

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

FUNDACIÓN
IVRIS TANTVM

 **IDIBE**
Instituto de Derecho Iberoamericano


tirant
lo blanch

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)

Tel. +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).
- RRDe (Ranking de las Revistas de Derecho por Especialidades de la Conferencia de Decanas y Decanos de Derecho): QI Multidisciplinar.

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

e-ISSN: 2706-8080

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - Printend in Bolivia

Diagramación General: [Elias On - elias.on@live.com](mailto:elias.on@live.com)

SUMARIO

36

DOCTRINA

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

- 01/ Dataización de la justicia (Algoritmos, Inteligencia Artificial y Justicia, ¿el comienzo de una gran amistad?). Silvia Barona Vilar (España). 14
- 02/ Calificación reputacional y consentimiento específico del usuario. Gabriele Toscano (Italia)..... 46

DERECHO DE LA PERSONA

- 03/ Derecho familiar a oponerse a la autopsia y consiguiente extirpación de órganos de un hijo amparado en motivos religiosos. A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta) de 20 de julio de 2021. Jorge Enriquez Sordo (Cuba)..... 56

DERECHO DE FAMILIA

- 04/ Interés superior de la niñez y filiación en la gestación por sustitución: caso Tabasco, México. Gisela María Pérez Fuentes y Karla Cantoral Domínguez (México). 92

DERECHO DE SUCESIONES

- 05/ Presupuestos para una reforma del sistema de legítimas en el Derecho español de sucesiones. José Ramón Cabello Hernández (España). 116

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 06/ Appalto e sopravvenienza contrattuale. Antonio Albanese (Italia)... 146
- 07/ El *soft law* (sustantivo) como herramienta al servicio del arbitraje comercial internacional. Víctor Javier Lana Arceiz (España). 182

DERECHO TRIBUTARIO

- 08/ Imposición a nivel mundial de las empresas multinacionales: escala europea. Enrique de Miguel Canuto (España) 202
- 09/ La adquisición, titularidad y transmisión de bienes y derechos: un estudio de su tributación. Fernando Hernández Guijarro (España) . 232

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

- 10/ La doctrina del reportaje neutral como respuesta a la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información. José Ramón de Verda y Beamonte y Julio Llop Tordera (España).....270
- 11/ Primeras consideraciones a la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. El reconocimiento de un nuevo derecho. María Teresa Agut García (España).....288
- 12/ La desheredación en el código civil de los hijos y descendientes por denegación de alimentos al testador. Beatriz Morera Villar (España).304
- 13/ Legitimación, jurisdicción, competencia y semillas en Bolivia. Roque Armando Camacho Negrete (Bolivia).....322
- 14/ Reflexiones sobre infancia y crimen organizado en el sur de América. Susana Sánchez González (España)346

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

DERECHO DE FAMILIA

- 15/ Fijación de la pensión compensatoria: el previo reparto de bienes como elemento objetivo relevante. Comentario a la STS de España núm. 810/2021, de 25 de noviembre. Nieves Rojano Martín (España).372

DERECHO DE SUCESIONES

- 16/ Preterición de legitimarios y Derecho transitorio. Comentario a la sentencia del TSJ País Vasco de 17 de noviembre de 2022. Gorka Galicia Aizpurua (España)390

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 17/ Revocación de donación por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Comentario a la STS de España, núm. 44/2023, de 18 de enero. José María Cardós Elena (España)406

DERECHOS REALES

- 18/ La legitimación individual del comunero. Comentario a la STS de España, núm 198/2023, de 9 de febrero. José Arturo Pérez Miralles (España)424

DERECHO PENAL

- 19/ Hacia una correcta interpretación del acoso sexual. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile de 9 de octubre de 2020. Javier Martínez Morales (Chile)440

PANORAMA

- 20/ Construyendo la doctrina de los derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico boliviano. José Ramón de Verda y Beamonte y Álvaro Bueno Biot (España).....458

- 21/ La libertad de expresión e imprenta y sus límites en el sistema constitucional histórico español. Irene Rufo Rubio (España).....496
- 22/ La Torah: Derecho positivo y relaciones con el Derecho de occidente. Sergio Zapata Romero (Colombia).....534
- 23/ *Smart contracts*: competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable. Alfonso Ortega Giménez (España).....560
- 24/ Últimas sentencias en materia de cláusulas abusivas. estado de la cuestión. María José Reyes López (España).....580
- 25/ El fomento de la responsabilidad de los ciudadanos a través de los métodos adecuados de resolución de controversias. Referencia al Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia. M^a Inmaculada Rodríguez Roblero (España).....622
- 26/ La Unión Europea y las crisis migratorias de Siria y Ucrania. Sofía Tajahuerce Barranco (España).....656
- 27/ La violación como arma de guerra. Daniela Major Montesinos (España)678
- 28/ Más sombras que luces en la vigente regulación de los vehículos de movilidad personal: Responsabilidad derivada de su uso. Manuel Ángel de las Heras García (España)698
- 29/ La gestación subrogada. Situación jurídicosocial en el ordenamiento español. A propósito de la STS 277/2022, 31 marzo 2022. Ángela Nadal Pastor (España)740

RECENSIONES

- 30/ Candelario Macías, M. I.: *El aseguramiento de la innovación tecnológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Eduardo Carlos Dittmar768
- 31/ De las Heras García, M. A.: *La delación abintestato y sus regímenes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022. José Ramón de Verda y Beamonte772
- 32/ De Miguel Asensio, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, 6^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022. Eduardo C. Dittmar....776
- 33/ Martínez Velencoso, L.M. y Sancho López, M. (dirs.): *Protección jurídica de la privacidad. Inteligencia Artificial, Salud y Contratación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022. David López Jiménez..781
- 34/ Muñoz Vela, J. M.: *Cuestiones éticas de la inteligencia artificial y repercusiones jurídicas. De lo dispositivo a lo imperativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022. David López Jiménez.....787

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

DR. RICCARDO MAZZARIOL
Prof. Titular de Derecho Privado, Università degli Studi di Padova, Italia

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 Valparaíso. 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

DR. NICOLÒ CEVOLANI
Investigador Postdoctoral, Universidad de Bolonia, Italia

DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA
Abogado, España

DR. MIGUEL HERRERO MEDINA
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Romano, Universidad Complutense de Madrid, España

DRA. CARLOTTA IPPOLITI MARTINI
Profesora Investigadora de Derecho Privado, Universidad de Bolonia

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

DR. CALOGERO ALBERTO VALENZA
Investigador postdoctoral, Universidad de Palermo, Italia



DOCTRINA



DATAIZACIÓN DE LA JUSTICIA
(ALGORITMOS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA,
¿EL COMIENZO DE UNA GRAN AMISTAD?)

*DATIZATION OF JUSTICE
(ALGORITHMS, ARTIFICIAL INTELLIGENCE UND JUSTICE, THE
BEGINNING OF A GREAT FRIENDSHIP?)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 14-45

Silvia BARONA
VILAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de febrero de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: La dataización de la vida, de la sociedad, en el siglo XXI se ha convertido en una realidad indiscutible, alcanzando igualmente a la algoritmización de la Justicia. Los retos y los riesgos son enormes y el panorama que se presenta es complejo. Asistimos a una cada vez mayor "hibridación" de la Justicia: las máquinas y los humanos interaccionan, los algoritmos asisten a los operadores jurídicos, se crean sistemas complementarios de las decisiones de jueces, fiscales, abogados, notarios, etc., si bien, cada vez más, caminamos hacia la sustitución progresiva del ser humano en la Justicia por las máquinas, por los robots. El dilema está presente y emerge la incógnita de si la fascinante búsqueda de la Smart Justice supondrá la desaparición de los humanos en la Justicia. Este trabajo plantea cómo la tecnología llegó al mundo de la Justicia y cómo está transformando conceptos jurídicos, principios, reglas procedimentales, favoreciendo una cierta "automatización" de funciones que, hasta el momento, eran "humanas".

PALABRAS CLAVE: Algoritmos; Inteligencia Artificial; justicia automatizada; robots judiciales.

ABSTRACT: *The dataization of life, of society, in the 21st century has become an indisputable reality, reaching also the algorithmization of Justice. The challenges and risks are enormous and the outlook is complex. We are witnessing an ever-increasing "hybridization" of Justice: machines and humans interact, algorithms assist legal operators, systems are created to complement the decisions of judges, prosecutors, lawyers, notaries, etc., although, increasingly, we are moving towards the progressive replacement of human beings in Justice by machines, by robots. The dilemma is present and the question arises as to whether the fascinating quest for Smart Justice will lead to the disappearance of humans in Justice. This paper discusses how technology has reached the world of Justice and how it is transforming legal concepts, principles, procedural rules, favoring a certain "automation" of functions that, until now, were "human".*

KEY WORDS: Algorithms; Artificial Intelligence; automated justice; judicial robots.

SUMARIO.- I. INNOVACIÓN, DISRUPCIÓN Y CAMBIO PROFUNDO Y SISTÉMICO EN LA SOCIEDAD DEL SIGLO XXI. HACIA EL CONTRATO SOCIAL DIGITAL.- II. JUSTICIA EN ESTADO DE MUDANZA. NUEVO PARADIGMA DE LA JUSTICIA, DIGITAL Y ALGORÍTMICA. TECNOLOGÍA INSTRUMENTAL Y TECNOLOGÍA FUNCIONAL.- III. TECNOLOGÍA INSTRUMENTAL EN LA JUSTICIA.- IV. TECNOLOGÍA FUNCIONAL. INCORPORACIÓN DE LA JUSTICIA ALGORÍTMICA. MANIFESTACIONES.- V. JUSTICIA PREDICTIVA POLICIAL Y ALGORITMOS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL.- VI. DE QUÉ FORMA TODO ESTOS SISTEMAS, HERRAMIENTAS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL AFECTAN A LA JUSTICIA.- VII. HACIA LA JUSTICIA + O JUSTICIA HÍBRIDA (SMART JUSTICE) Y LA ROBOTIZACIÓN JUDICIAL: ¿PUEDE LA MÁQUINA PENSAR COMO JURISTA?.- I. Algoritmización probatoria y consecuencias: decisión judicial híbrida.- 2. Robotización judicial: algoritmos que deciden.

I. INNOVACIÓN, DISRUPCIÓN Y CAMBIO PROFUNDO Y SISTÉMICO EN LA SOCIEDAD DEL SIGLO XXI. HACIA EL CONTRATO SOCIAL DIGITAL.

La tecnología ha mudado la piel de nuestra sociedad, alimentando la esperanza en poderes milagrosos para alcanzar un mundo feliz, una *Smart* vida, una respuesta que permita ordenar el cosmos frente al desorden que ha venido confeccionando el ser humano, algo que BAUMAN expresó muy bien al referirse a la tecnología y su despliegue como forma de presentar una manera diversa de “orden” frente al “des-orden” que nos precedía¹.

Esa mutación genética social, propulsada por las transformaciones tecnológicas y digitales, tiene una enorme trascendencia en todo cuanto nos rodea. Asistimos a una metamorfosis inimaginable, con una palmaria deconstrucción de estructuras, sistemas, procedimientos, personas, su *modus operandi*, y también el Derecho, su propia concepción, amén de la manera de configurar la Justicia. Los cambios sistémicos en la Justicia no son sino un eslabón más de la cadena de la sociedad digital. Se camina inexorablemente a un modelo de sociedad que supera el viejo contrato social de la era de la modernidad. En este escenario, la tecnología y la digitalización se presentan como la pócima de la felicidad, la salvadora del planeta, algo que MOROZOV denominó como “el solucionismo tecnológico”², con una vida híbrida, una integración Humanidad-Tecnología, que destella con una luz que embarga y se expande esférica e infinitamente.

1 BAUMAN, Z.: *Postmoderne Ethik*, Hamburger editorial, 1995, p. 291.

2 MOROZOV, E.: *La locura del solucionismo tecnológico*, Madrid, Katx Editores, 2015.S

• Silvia Barona Vilar

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

Un análisis del presente no puede sino enlazarse con el pasado, para determinar cómo se ha llegado a la situación actual y cuál va a ser la consecuencia de esta fascinación por la era digital y la incorporación de artefactos, estructuras y herramientas algorítmicas y de inteligencia artificial. Probablemente, esa seductora atracción de las máquinas es el asidero de una sociedad desnortada, de desencanto social (*die Entzauberung*), al que se refería Max WEBER, que perdió los viejos soportes de la humanidad -el misticismo, la sacralización-, que le aportaban magia, ilusión, fantasía, e incluso superchería. La modernidad truncó estos resortes, y el pensamiento racional y la ciencia respondían a los interrogantes de la Humanidad. Se construyó la sociedad moderna occidental, secularizada y burocratizada, que liberó al individuo de esas viejas ataduras sociales que lo esclavizaban. Si en esa evolución social, científica y sociológica racional se pueden encontrar respuestas a la transformación de las sociedades modernas, la irrupción de la tecnología, la revolución digital y la algoritmización de la vida, de la humanidad, es la respuesta a una sociedad descreída, que camina a la búsqueda de valores.

La globalización, la bonanza económica, las políticas neoliberales, la caída del muro de Berlín, la desaparición de las fronteras y el florecimiento del neocapitalismo que ofrecía un mundo feliz, boyante y lleno de esplendor, parecieran catapultar los viejos fantasmas de la postmodernidad, la tristura y el desencanto que los autores de la Escuela de Frankfurt habían expuesto, y se encumbraban los grandes disvalores de la sociedad economizada, la eficacia y eficiencia como motores del mundo. Apertura de fronteras, flujo económico, movimientos comerciales internacionales, sociedad de masas consumistas, fortaleza de las multinacionales, minimización de los Estados, su capacidad decisoria y su identidad e idiosincrasia, que van, progresivamente, dejando paso a una suerte de homogeneización neoliberal masiva.

Con esas coordenadas irrumpen en el planeta reacciones, tales como el terrorismo internacional, la crisis económica mundial, el cambio climático, crecimiento de la criminalidad organizada, etc., a los que se sumó la pandemia del COVID19. Emergen percepciones nuevas, miedo, inseguridad, peligros, tanto de presente como de futuro, y una sensación de orfandad de la ciudadanía respecto del Estado. El viejo contrato social que la ciudadanía suscribió con un Estado protector está sometido a presión y no ofrece respuestas frente a los grandes peligros globales que planean sobre el planeta, especialmente concentrados en tres componentes nucleares: la economía, la representación política y la seguridad.

Esa percepción de vulnerabilidad, de vacío e inseguridad de la Humanidad se ha venido contrastando, en periodos más recientes, con una fascinación por la magia digital, los algoritmos, la "inteligencia" artificial, los sistemas computacionales. La pandemia ha sido su mejor aliada, caminando hacia su conversión en una *sociedad*

algorítmica seductora, protectora, que ha arrastrado una disruptiva transformación social, más allá de lo aparente³. La sociedad algorítmica rescata a la ciudadanía de numerosas cargas, les ofrece una vida mucho más sencilla, incluso una posible sustitución de la fastidiosa tarea de decidir en libertad, y se presenta con una seductora permeabilidad de estructuras hegemónicas capaces de controlar el mundo, favoreciendo ese *status* de servidumbre maquinica o de enjambre digital, al que se han venido refiriendo Hovart⁴, Maurizio Lazzarato⁵, Byung Chun-Han⁶, Markus Gabriel⁷, Lasalle⁸, Eric Sadan⁹, entre otros.

En un primer estadio emergieron, con la revolución 3.0., las tecnologías de la comunicación como medio de organización y gestión de las sociedades, y especialmente con el empleo de internet. Comenzamos a aprender a vivir; socializar, comprar, consumir, estudiar, informar, a través de dos mundos paralelos, por un lado, el mundo presencial y, por otro, el virtual, que arrancó con la aparición del ciberespacio, o, en palabras de LESSING, el “no lugar”¹⁰, que ofrecía, de partida, una suerte de ubicuidad, al facilitar simultáneamente una vida presencial y virtual. Las estructuras, los valores, los principios, los tiempos, los protagonistas, el *modus operandi*, se transformaban poco a poco.

Esta evolución ha seguido imparables con la revolución digital 4.0., innovadora y disruptiva, nucleada en torno a los sistemas algorítmicos y a las estructuras computacionales e inteligencia artificial, que están propulsando una metamorfosis vital, social y personal. Esa disrupción global encontró un acelerador con el *lockdown* propulsado con la pandemia, un cierre del planeta, una distopía que ni siquiera los imaginativos autores que nos ofrecieron textos de ciencia ficción podían siquiera haber soñado. Hubo que echar mano de la tecnología, de sistemas todavía no testados o auditados, pero que se convertían en esa única vía mágica para poder accionar. Sobrecogidos por la fragilidad humana y por la incertidumbre, la puerta a la tecnología generaba el asidero perfecto de la Humanidad. Y no solo en pandemia, sino que ha propiciado una posición global, beneficiosa para algunos, no tanto para otros, pero muy aprovechada por las oligarquías empresariales tecnológicas, para continuar desarrollando artefactos de todo tipo y condición que

3 BARONA VILAR, S.: “La seductora algoritmización de la Justicia. Hacia una Justicia posthumanista (Justicia+) utópica o distópica?”, *El Cronista*, núm. 100 (Inteligencia Artificial y Derecho), 2022.

4 HOVART, S.: *Poesía del futuro*, Paidós, 2020.

5 LAZZARATO, M.: *La fábrica del hombre endeudado: Ensayo sobre la condición neoliberal*, Emorrortu Editores, 2013.

6 HAN, B-CH.: *En el enjambre*, Barcelona, Ed. Herder, 2020, pág. 26.

7 GABRIEL, M.: *El sentido del pensamiento*, Barcelona, Pasado&Presente, 2 ed., 2020.

8 LASALLE RUIZ, J. M.: *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona, Ed Arpa, 2019.

9 SADIN, E.: *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo*, Buenos Aires, Ed. Caja Negra, 2017.

10 LESSING, L.: *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

ofrecen una vida mejor a cambio de un precio, los datos, el petróleo y la energía que mueve el mundo en el siglo XXI.

Hemos llenado nuestras vidas de artefactos, herramientas, softwares, robots, máquinas inteligentes (con mayor o menor grado de intervención humana), cambiando nuestra manera de pensar, de ser y nuestra sociedad, convirtiéndonos en siervos de esa tecnología sin la que no nos es posible vivir¹¹. Vivir sin este mundo algorítmico nos resulta impensable. A título de ejemplo, basta pensar en el millón de citas que se concertan cada semana a través de la herramienta “tinder”, que lleva una década funcionando, presentándose como una suerte de “consumo en el amor”, con una cataloguización de personas (perfiles). Si en la esfera individual nuestra fascinación algorítmica es incuestionable, en lo social hemos asistido a la hiperproducción de artefactos que permiten más en economía (toda la industria de la economía colaborativa que se basa en instrumentos digitales), en sanidad, en vigilancia, en el sector inmobiliario, etc.. En algunos casos, como ha sucedido en la cadena de producción (cadena automatizada), se ha sustituido a operarios por robots, brazos tecnológicos, etc; en otros se convierten en componentes esenciales de hibridación con los humanos.

Los proyectos se suceden en todas las áreas con una presentación exitosa y, sobre todo, eficiente: *Med-Gold*, es una IA para la agricultura, que guía la actividad vitivinícola con predicciones estacionales de temperatura o de lluvia para los meses siguientes, con indicadores agroclimáticos que permiten realizar estrategias de protección de la vid; por su parte, “*Dinapsis*” se presenta como un centro ubicado en Benidorm desde 2017, que permite efectuar una gestión del ciclo integral del agua, haciéndola más sostenible y eficiente. En materia sanitaria *Harmonize*, es una herramienta que pretende comprobar la relación cambio climático con las enfermedades infecciosas transmitidas por los mosquitos en América Latina y en el Caribe, o por ejemplo, *IDAAlert*, que ofrece vigilancia, alerta y respuesta ante enfermedades zoonóticas, que se propagan entre animales y humanos; igualmente, se habla de un paso más, con la creación de gemelos digitales de las personas para fines médicos, es decir, con posibilidad de conseguir una representación virtual individualizada que permita, a través de un ordenador, prevenir enfermedades de cada uno o garantizar el tratamiento de las mismas de forma individualizada; igualmente, desde que se creara el marcapasos del corazón, los artefactos que se despliegan para fines de salud son infinitos: marcapasos cerebral para personas con degeneración cerebral¹², las piernas biónicas, las

11 Un desarrollo *ad extensum* puede verse en mi obra BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

12 Basta poner como ejemplo *Neuralink Corporation*, una empresa de neurotecnología estadounidense, fundada por Elon Musk, especializada en el desarrollo de interfaces cerebro-computadora, implantables, lo que se denomina *Brain-Machine Interfaces*. Está desarrollando los chips implantables cerebralmente para poder tratar discapacidades causadas por desórdenes neurológicos mediante estimulación cerebral directa.

máquinas que realizan operaciones, los chips que permiten tratar las secuelas derivadas del COVID, y un largo etcétera. En materia urbanística, el *Barcelona Supercomputing Center* plantea la creación de avatares que permitan trabajar con simulaciones del comportamiento de los semáforos para entender el flujo de tráfico¹³. Igualmente, en el sector de la movilidad, los trenes, tranvías o metros sin conductor, los automóviles automatizados (aun cuando con sus todavía limitaciones de circulación), el denominado “robotaxi”, que ya circula por las calles de China. Asimismo, múltiples aplicaciones que permiten en el sector bancario crear patrones analíticos y predictivos que ofrecen guía a sus clientes en la gestión de la economía doméstica, sin olvidar los sistemas biométricos que permiten identificar a las personas en aduanas, como medio de registro de gimnasios, de lugares de trabajo, etc. O, por ejemplo, las herramientas para que las empresas efectúen su transformación digital mediante el almacenamiento en la nube, ciberseguridad, internet de las cosas o *big data* adaptadas a las diversas realidades, necesidades y áreas de actividad. Y más recientemente el ChatGPT, que es un sistema de chat que permite interactuar con la máquina consultando acerca de cualquier cuestión o tema sobre el que queramos conseguir información o discutir.

La injerencia en la esfera íntima y personal es cada vez mayor e incluso se aplaude esta superpotencialidad que ofrecen las máquinas, de manera que la Humanidad, en esa ola de vulnerabilidad, de desprotección, de miedos, de angustias, encuentra protección, se agarra a un asidero en la tecnología, en los algoritmos, en la inteligencia artificial; algo que no le ofrece el sistema político, el viejo contrato social. Nos resulta excitante e interesante escuchar acerca de las investigaciones que se están realizando para enchufarse a un jardín, detectar con un botón una dolencia mientras se duerme, navegar más limpio, bucear en el cerebro, sumergir ordenadores para atajar su gasto energético (velas robóticas para reducir el consumo de combustibles hasta un 30% en los barcos), dispositivos que salvan vidas y que ofrecen la salvación del planeta; en suma, construir la sociedad utópica perfecta¹⁴, aunque pueda implicar a cambio la entrega de derechos, garantías, libertades. La sensación de abrigo y protección por las máquinas es mayor y, a la vez, es tremendamente peligroso, por cuanto está implicando un camino veloz hacia la servidumbre maquina, no solo instrumental, sino también funcional.

Asistimos a un escenario de constante estado de mudanza, que alcanza igualmente a la justicia, como pieza del contrato social. Son numerosos los elementos que han venido confluyendo para someter a una gran presión al contrato social existente. La interdependencia de la supranacionalidad, de la internacionalización, fruto de la globalización, han ido laminando ese respeto por los modelos

13 DE LLANO, P.: “En la sala de máquinas de la ciencia”, *El País semanal*, núm. 2387, 2022, pp. 60-61.

14 GARCÍA CANTERO, J.: “Constructores de utopías”, *El País semanal. Especial tecnología. Vidas digitales*, n. 2.335, 2021, pp. 26-32

políticos asentados en una suerte de nacionalidad que ha venido envuelta por la estructura de los estados. Este modelo no garantiza a los ciudadanos un futuro seguro; asistimos a una pérdida de sentimiento del control político estatal, de una constante muestra de inoperancia de la clase política por solventar cuestiones que interesan a la ciudadanía, y, a cambio, aplaudimos ese crecimiento masivo exponencial de digitalización y tecnología, de inteligencias artificiales, configuradas, producidas por el sector privado, por las oligarquías empresariales tecnológicas que mueven el mundo, lo controlan, lo manipulan y lo distorsionan también. Este habitat digital está empujando para diseñar un nuevo contrato social, esta vez digital, en el que una serie de variables deberán estar presentes, con el fin de garantizar la convivencia personal, social y planetaria. De ahí que se afirme que los algoritmos gozan de una dimensión política en la medida en que intervienen en el orden social y estructuran nuestras decisiones¹⁵.

Se habla de configurar un nuevo contrato social digital, un código completo compuesto por normas, reglas y prácticas comunes que consagren la privacidad y vuelvan a colocar a las personas en el centro del debate. Con ese contrato social digital permitiría fijar los principios-base para gestionar la *terra digitalis*, fruto de la prosperidad intelectual, social y económica, que ha propulsado esta dificultad de lo que MUÑIZ denomina la “gestión de la abundancia”¹⁶.

II. JUSTICIA EN ESTADO DE MUDANZA. NUEVO PARADIGMA DE LA JUSTICIA, DIGITAL Y ALGORÍTMICA. TECNOLOGÍA INSTRUMENTAL Y TECNOLOGÍA FUNCIONAL.

Esta mutación indiscutible de la Humanidad se expande y alcanza el Derecho y la Justicia¹⁷. La tecnología puede favorecer, garantizar, simplificar y ofrecer un mayor acceso a la Justicia, empero también puede negar, restringir o limitar derechos, y puede *deconstruir* el mismo modelo de Justicia. Mientras los juristas luchemos por las libertades y las garantías, el equilibrio seguirá existiendo¹⁸. De ahí la importancia que tiene la labor que acometamos en este presente para configurar y modular el mañana que se aproxima.

Una de las características más destacables de esta *terra digitalis* es su constante estado de mudanza, con cambios sociales, propulsados por numerosos

15 INNENARITY, D.: “Igualdad algorítmica”, *El País*, 13 de mayo de 2022.

16 MUÑIZ, M.: “Un nuevo contrato social para la era digital”, en *El trabajo en la era de los datos*, Madrid, BBVA, 2019, en <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/un-nuevo-contrato-social-para-la-era-digital/>, consultado el 8 de agosto de 2022.

17 Ad extensum sobre ese influjo e influencias puede verse, BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, cit.; y de forma específica, BARONA VILAR, S.: “Una justicia “digital” y “algorítmica” para una sociedad en estado de mudanza”, en BARONA VILAR, S. (ed.): *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 21 a 64.

18 HARARI, Y. N.: *Homo Sapiens. A Brief History of Humankind*, Londres, Penguin, 2014, p. 464.

acontecimientos y transformaciones sociológicas, económicas, culturales y políticas, amén de internacionales, que, sin embargo, mutan constantemente, viviendo lo que BAUMAN tan brillantemente expuso como la sociedad líquida, el amor líquido, la vida líquida¹⁹, etc, en la que todo fluye, líquido o gaseosamente, y en la que la tecnología se ha convertido en el eje que mueve el mundo, favoreciendo ese estado perenne de cambios, de transformaciones, de mudanza. También en la Justicia²⁰ se presentan nuevas normas, nuevos instrumentos, nuevos principios de actuación, nuevos protagonistas, nuevos espacios (presenciales y virtuales). Una mudanza que supone abandonar la vieja “Justicia con manguitos” que dio lugar al modelo analógico de Justicia, para mutar hacia una Justicia primero digital y poco a poco a una “Justicia con algoritmos”²¹. Son realidad ya los expedientes electrónicos, las actuaciones digitales y electrónicas con mayor o menor intervención humana y una perspectiva optimista de gestión procesal que pueda redundar, en todo caso, en beneficio de la ciudadanía²².

En este contexto, debemos, empero, diferenciar dos modalidades de aplicación de la tecnología: por un lado, tecnología instrumental, a saber, aquella que permita emplear los diversos y asimétricos instrumentos tecnológicos y digitales para hacer Justicia, y, por otro, la denominada tecnología funcional, en tanto en cuanto es la máquina la que realiza funciones que, hasta el momento, solo podían ser realizadas por humanos. En ciertos casos, esa función es complementaria del operador jurídico, mientras que, en otros casos, es sustitutiva de la función humana. Ahora bien, no todo es inteligencia artificial. Hay sistemas algorítmicos que no son inteligencia artificial, aunque, por motivos didácticos, se emplea el megaconcepto integrador, haciendo referencia a la inteligencia artificial. Hay tres niveles diversos de desarrollo y funcionalidad de la inteligencia artificial, que también están teniendo su extrapolación a la funcionalidad en la Justicia²³:

1º) La IA débil (*Artificial Narrow Intelligence, ANI*), que se aplica para la realización de una función específica y concreta (búsqueda de información, traducción automática, recomendación, por ejemplo), en muchos casos son softwares, herramientas algorítmicas sin más, no IA;

19 Por todos puede citarse, BAUMAN, Z.: *Vida líquida*, Ed. Paidós, 2013, p. 109.

20 Como apunté en alguna ocasión, si BAUMAN hubiese vivido, habría escrito una obra sobre la Justicia líquida. BARONA VILAR, S.: “Justicia Penal líquida (desde la mirada de Bauman)”, *Teoría y derecho. Revista de pensamiento crítico*, Tirant lo Blanch, 2017, n 22, p. 65.

21 BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021. Vid también, BARONA VILAR, S.: “La digitalización y la algoritmización, claves del nuevo paradigma eficiente y sostenible”, en COLOMER HERNÁNDEZ, I. (ed.): *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios de la era digital*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

22 BARONA VILAR, S.: “Una justicia “digital” y “algorítmica” para una sociedad en estado de mudanza”, en BARONA VILAR, S.: *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, cit., pág. 26.

23 Vid., BARONA VILAR, S.: “La seductora algoritmización de la Justicia. Hacia una Justicia posthumanista (Justicia+) ¿utópica o distópica?”, *El Cronista*, núm. 100 (Inteligencia Artificial y Derecho), 2022.

2º) La IA general, fuerte o nivel humano (*Artificial General Intelligence, AGI*), que aprende y realiza tareas que son típicas de los humanos (pueden realizar *due diligence*, puede proponer soluciones en negociaciones o mediaciones, puede resolver/decidir cuestiones muy reiterativas estadísticamente hablando); y

3º) “Super Inteligencia Artificial” (*Artificial Superintelligence, ASI*), que pretende superar las capacidades humanas, convertirse en la denominada *singularity* de Kurzweil, generando el dilema de la superación de la creatura humana por la máquina, en tareas de gobierno, gestión, decisión, etc., inspirando el movimiento posthumanista y transhumanista. No es película ficción, sino realidad que permite hoy por hoy revertirla. Esto, a la vez, suscita la reflexión sobre la posibilidad de que en el mundo de la Justicia esta modalidad (llamémosle robotización judicial o sistema automatizada de Justicia) pueda implicar no solo que las máquinas decidan, resuelvan, otorguen tutela a la ciudadanía, sino que la interacción futura ya no sea entre personas-máquinas, sino entre máquinas entre sí.

Los retos y los riesgos son enormes y el panorama que se presenta es complejo. La aparición del mundo híbrido en la Justicia es una realidad innegable, si bien no podemos olvidar que las máquinas son máquinas, son frías y no entienden de sueños, de verdad, belleza o amor; no piensan, ni sienten... Pueden ser muy útiles y eficientes para las tareas humanas, si bien jamás captará un algoritmo, un sistema computacional, una estructura, la belleza que es capaz de captar la mente humana²⁴. La máquina no tiene alma.

Trasladada esta evolución tecnológica y digital al mundo de la Justicia, ha alcanzado dos niveles: por un lado, la denominada “tecnología instrumental”, cuyo crecimiento volcánico se ha producido en el periodo de pandemia en todo el planeta. Hemos asistido a la incorporación del expediente digital, la búsqueda del papel cero, las actuaciones total o parcialmente a través de sistemas electrónicos e informáticos que ofrecen más por menos, más inmediatez, agilidad, rapidez, eficiencia. Paralelamente, asistimos a una suerte de sofisticados instrumentos digitales, que caminan hacia la “sustitución” del ser humano por la máquina, todo y que en ciertos casos no lo realiza del todo, sino que asesora o complementa la actividad y el *modus operandi* de los agentes de la Justicia, incorporando la “tecnología funcional”. En otros, la verdadera inteligencia artificial, sí, la máquina sustituye al humano-operador jurídico. En suma, la era de la algoritmización de la vida, del derecho y de la Justicia ha mudado la piel del planeta y, con ella, estamos asistiendo a la incorporación de la inteligencia artificial y la robotización, a la búsqueda de la *Smart Justice*.

24 YOGESHWAR, R.: *Próxima estación: futuro*, Ed Arpa, 2018, pp. 162-163.

III. TECNOLOGÍA INSTRUMENTAL EN LA JUSTICIA.

La incorporación de las tecnologías de la comunicación como medio de organización y gestión supuso un primer estadio en la revolución industrial, con la incorporación del internet. En la Administración de Justicia este impulso favoreció tareas con menos coste, menos papel, más agilidad y más eficiencia. Se trata de manifestaciones de tecnología instrumental. Se permite archivar, tratar y transmitir grandes cantidades de datos, cada vez más selectivos, en la compleja organización judicial, con reducción de costes y de plazos, lo que permite “más por menos”, incrementando los niveles de eficacia y calidad de la Justicia.

Uno de los ejes de esa evolución es la incorporación del expediente judicial digital, eficiente, económico, sostenible y transparente. Se presenta como una apuesta de conversión de la Justicia-papel en *eJustice*, con mejoras del servicio al ciudadano, con transparencia y rendición de cuentas, mayor accesibilidad, mejor organización del sistema judicial, su eficiencia estructural, estratégica y de gestión, así como de optimización del trabajo personal, su distribución y la formación y el perfeccionamiento.

En España hemos asistido a la digitalización de los expedientes judiciales (EJE)²⁵, así como del sistema de gestión de comunicaciones y notificaciones (LEXNET), probablemente fruto de la previa conexión digital que se consiguió alcanzar entre las distintas Administraciones públicas del estado (GEISER). Se presentan sistemas informáticos de gestión procesal, a través del programa MINERVA, o el de Registros públicos administrativos de apoyo a la actividad judicial (SIRAJ) o el de los Fiscales (FORTUNY), o los propios de las Comunidades autónomas (CICERONE en Valencia, E-Justicia.cat en Catalunya, LIBRA en Madrid, Justizia.eus en el País Vasco, ADRIANO en Andalucía, ATLANTE en Canarias, AVANTIUS en navarra, VEREDA en Cantabria, Minerva en Asturias y Galicia). Ante esta disparidad de modelos y sistemas, el objetivo prioritario fue tratar de alcanzar la interoperatividad, evitando las incompatibilidades entre los diferentes softwares que venían funcionando. Se creó una suerte de Protocolo General para el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y transmisión de datos, desde las aplicaciones de gestión procesal al Sistema Integrado de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia. Y así es como poco a poco comienza el proyecto LexNET, en 2007, que favorecía la presentación de

25 Para llegar a este modelo ya en las últimas décadas del siglo pasado se iniciaron algunos proyectos como el INFORIUS, que tenía como misión implantar programas de tratamiento de textos y de gestión de documentos, con utilización de bases de datos; proyecto del que surgió el SIJ (Sistema Informático de los Juzgados, que comenzó sobre 1984. Le siguieron otros (como Libra), que presentaron una respuesta poco eficiente, lo que motivó a las Comunidades autónomas a realizar dotaciones de equipos y a la incorporación de herramientas a sus juzgados, si bien diversas las unas de las otras e incorporadas de forma asimétrica en los territorios autonómicos.

escritos y documentos, traslado de copias, actos de comunicación procesal por medios telemáticos.

Los textos legales los han incorporado: la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que introduce el expediente electrónico y la sede judicial electrónica con Punto de Acceso General de la Administración de Justicia. En el año 2015 dos leyes incorporan la tramitación electrónica de las Administraciones, con aceptación de las comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia a través de LEXNET. En 2018 se aprueba la LO 4/2018, que permitió actuaciones telemáticas: audiencias, resoluciones y recursos, que no alteran los principios del proceso siempre que se garanticen la viabilidad (buenos sistemas de comunicación electrónica intercomunicados, ágiles y accesibles) y las garantías del cumplimiento del debido proceso y sobre todo del derecho de defensa.

La pandemia aceleró los acontecimientos. Se aprobó la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en la Justicia: celebración de vistas y actos procesales por medios telemáticos. El Ministerio de Justicia y el de las Comunidades Autónomas han estado trabajando en esa línea, consolidando las relaciones tecnológicas entre la ciudadanía y la Administración de Justicia e intentando coordinar sistemas informáticos para garantizar la eficiencia de la Justicia y su mejora en aras de una ágil, accesible y plena tutela efectiva para la ciudadanía²⁶. En abril de 2022 el Ministerio de Justicia español presentó datos estadísticos²⁷ sobre su usabilidad: se presentaron más de 95.000 oficios de órganos judiciales a administraciones públicas, enviados gracias a la interconexión de sistemas; la integración a través de la interoperatividad, de más de 288.000 expedientes administrativos de manera automática en el expediente judicial electrónico; la gestión de más de 326.000 citas previas en las sede judiciales y oficinas del Registro Civil; se celebraron más de 440.000 juicios telemáticos, 88.000 solicitudes de acceso al expediente judicial electrónico y se ha conseguido realizar una textualización de más de 318.000 grabaciones de vistas²⁸.

26 Son numerosos los proyectos tecnológicos que permiten avizorar esa mutación de la Justicia digital. A título de ejemplo, el Ministerio ha elaborado una herramienta para la cancelación automatizada de antecedentes penales del registro central de penados. Puede verse, Cubo, A.: "Más que un Diálogo: La transformación digital de la Justicia (III)", *La Ley*, abril de 2022. O también se hace referencia a la denominada Calculadora 988, una herramienta que realiza el cálculo de acumulación de condenas, evitando el tiempo empleado por jueces, magistrados y fiscales en la determinación del mismo; al respecto, Subdirección General de Nuevas Tecnologías de la Justicia, *Calculadora 988, XII Convocatoria Premios @asLAN*, disponible en: <https://aslan.es/wp-content/uploads/2020/02/20200205-Calculadora-988F.pdf>, consultado el 20 de mayo de 2022.

27 "El impacto real en la ciudadanía y las empresas de la actual digitalización del Ministerio de Justicia, en https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2022/Abril/Noticia-2022-04-22-impacto-digitalizacion-actual-justicia-espanola.html#_Ywc0R7TP3cs, consultado el 3 de mayo de 2022.

28 La textualización no consiste en transcribir, sino en convertir la voz de la grabación en texto, a efectos de facilitar la búsqueda de palabras clave o de declaraciones de algunos de los que han intervenido manejándose mejor tanto por los operadores jurídicos que intervienen en los tribunales como las partes el manejo de los textos.

Y los desarrollos se han sucedido imparablemente. Puede citarse, a título de ejemplo, la reciente plataforma *AstrelA*, como apuesta de Fujitsu, una herramienta que ofrece a la ciudadanía dos objetivos: por un lado, acercar la justicia al ciudadano y, por otro, facilitar la labor de los jueces y magistrados españoles, estando integrada con cinco funciones: 1) IA; 2) Plataforma amigable a la ciudadanía para resolver dudas frecuentes; 3) e-Mediación; 4) Textualización inteligente (no se buscan solo palabras, sino argumentaciones, incongruencias... (esta tarea ya se está realizando en el Ministerio de Justicia evitando y minimizando el colapso judicial en un 20% y alcanzando una reducción de tiempos en un 50%; y 5) Biometría inteligente.

En suma, la disrupción social comporta una disrupción de la Justicia. Ante una ciudadanía *digitalis*, la sociedad y la justicia han mudado la piel y hasta han sufrido una transformación genética, en el cuerpo y en el alma, consecuencia de la revolución 4.0., que propulsó una mutación sistémica de la realidad global y de la Humanidad, un impensable desarrollo de la tecnología y la ciencia en esta nueva etapa de industrialización en la que se anudaban la digitalización con la conectividad, la automatización, la robotización y la inteligencia artificial. Si bien inicialmente su razón de ser se hallaba vinculada a la Ciberindustria, *Smart Factory* o *Smart Industry*, favoreciendo una transformación en el *modus operandi* empresarial, poco a poco se fue expandiendo a otros sectores, convirtiéndose en una suerte de *modus vivendi*, transportando maneras del *homo economicus* a la cotidianidad o, en palabras de Norbert WIENER, pasando del *Mensch* al *Menschmaschine*, surgiendo el *Homo digitalis*²⁹.

IV. TECNOLOGÍA FUNCIONAL. INCORPORACIÓN DE LA JUSTICIA ALGORÍTMICA. MANIFESTACIONES.

El *modus operandi* de abogados, jueces, fiscales, policía, se ha transformado y los métodos y tomas de decisiones encuentran soporte en estos instrumentos digitales. En unos casos, son herramientas asistenciales; en otros, se convierten en las colaboradoras imprescindibles para acortar tiempos, facilitar decisiones, obtener información y su análisis, amén de ofrecer posibles estrategias y hasta propuestas argumentativas. Y, también, existen herramientas que ofrecen la solución, propositiva o decisiva imperativa. Las variables son infinitas y las herramientas, también. Las matemáticas, la estadística, la computación, han irrumpido y se han asentado en el mundo de la Justicia.

Ahora bien, no se trata de un desarrollo abrupto y repentino en el siglo XXI, sino que son la consecuencia de un trabajo que venía impulsándose desde el siglo XX. Merece destacarse la labor realizada por Norbert WIENER, el padre de la Escuela

29 Vid., BARONA VILAR, S.: "La seductora algoritmización de la Justicia. Hacia una Justicia posthumanista (Justicia+) ¿utópica o distópica?", *El Cronista*, núm. 100 (Inteligencia Artificial y Derecho), 2022.

Jurimétrica americana, quien, desde 1950, pretendió extender los programas computacionales de "Jurimetría" al mundo jurídico, convencido de que la traslación del hombre a la máquina, lo que afirmaba como del *Mensch* al *Menschmaschine*³⁰ tenía que tener una importante proyección jurídica. Sin embargo, no consiguió su propósito debido a la segunda guerra mundial, momento en que se encontraba trabajando sobre una máquina que pudiera reproducir el cerebro humano, aun cuando con una gran preocupación por la irreversibilidad de la automatización y de los problemas éticos y morales que se pueden plantear, insistiendo siempre en la necesidad de trabajar con juristas³¹. Fue su discípulo Leo LOEVINGER³² el que alcanzó a proyectar los avances de Wiener al mundo jurídico, comenzando a hablarse de los denominados *Legal Decision Support Systems*. Inicialmente eran herramientas que ofrecían respuestas, pero sin justificar la propuesta realizada, aplicando la lógica computacional clásica, que no era extrapolable al modelo lógico argumentativo jurídico, en cuanto actividad razonadora de los juristas³³. No obstante, fueron progresivamente perfeccionándose³⁴, surgiendo los sistemas de asesoría jurídica, los *Legal Advisory Systems* y la ALI (*Artificial Legal Intelligence*)³⁵.

Los modelos jurimétricos han continuado empleándose para determinar estrategias procesales³⁶. Un interesante ejemplo fue la publicación en octubre de 2016 de una investigación en la Universidad de Londres sobre un *software* que permitía determinar patrones para predecir los resultados de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en los asuntos relacionados con los artículos 3, 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos, siendo sorprendente que en un 79% de los casos pudo predecir el resultado. Similar fue el algoritmo empleado para predecir las decisiones del Tribunal Supremo americano, alcanzando un 83% de predictibilidad³⁷. En la actualidad han proliferado los modelos computacionales con el *expertise* del asesor jurídico, que permiten el "diagnóstico legal"³⁸. Incluso, en ciertos casos, pueden realizar función de auditoría y control de calidad de las leyes, o como creadora de textos jurídicos (contratos, informes, documentos, entre otros), argumentos para una negociación o incluso

30 WIENER, N.: *Mensch und Menschmaschine*, Alfred Metzner Verlag, 1952, 4° ed., pp. 150-194. WIENER, N.: *The Human Use of Human Beings*, Torino, 1953.

31 WIENER, N.: "Some Moral and Technical Consequences of Automation", *Science* 1341 (3410), 1960, pp. 1355-1358.

32 LOEVINGER, L.: "JURIMETRICS -The Next Step Forward", 33 *Minnesota Law Review*, 1949.

33 KALINOWSKY, G.: *Introducción a la lógica jurídica*, Ed. Eudeba, 1973, p. 67.

34 GREENLEAF, G.; MOMBAY, A.; CHUNG, P. H.: "Building Sustainable Free Legal Advisory Systems: Experiences from The History of AI&Law", *Computer Law&Security Review*, University of New South Wales Law Research Series (UNSW), 24 (1), 2018, p. 3.

35 GRAY, P. N.: *Artificial Legal Intelligence*, Brookfield, Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 3.

36 SIMETER, D. I., BRODIE, R. J.: "Forecasting criminal sentencing decisions", en *International Journal of Forecasting* 9, 1, Abril, 1993, pp. 49-60.

37 WAKEDIELD, J.: "AI predicts outcome of human right cases", <https://www.bbc.com/news/technology-37727387>, 23 de octubre 2016.

38 CHALTON, S.: "Legal Diagnostics", *Computers and Law*, núm. 25 agosto 1980, pp. 13-15.

herramientas de solución autocompositiva de conflictos. Todo ello se presenta como un ineludible apoyo para todos los operadores jurídicos. Es un instrumento asistencial -no sustitutivo- que puede permitir gestionar tiempos, ahorrar recursos y ser más eficientes en la elaboración de la estrategia a seguir. No es infalible, empero se presenta como una suerte de evitación de lo ineficiente, al predecir soluciones jurídicas, eludiendo trámites innecesarios o absurdos. Las editoriales modernas han incluido entre sus servicios sistemas analíticos predictivos, favoreciendo estrategias procesales.

La sucesión de herramientas digitales con funcionalidades plurales es una realidad que nos asiste en la actualidad; son herramientas más o menos sofisticadas que permiten realizar tareas propias de los juristas. A título de ejemplo:

1.- Herramientas que ofrecen tareas organizativas: coordinación de agendas de jueces, fiscales, policía, abogados, procuradores. Se prevé crear en nuestro país una suerte de agenda programada de señalamientos, con el fin de evitar coincidencias en señalamientos a un mismo ciudadano, profesional o funcionario.

2.- Tarea de análisis de textos, documentos, resoluciones. Extrae información relevante, presentando respuestas. E incluso puede elaborar documentos escritos, redacción de contratos, propuestas de informes, auditorías o due-diligence ((Kira System, Bounsel, Luminance o iManage RAVN) etc., que pueden tener eficacia probatoria en el proceso.

3.- Redacción de demandas en procesos judiciales y arbitrales, especialmente colectivos.

4.- Funciones predictivas en el área económico-financiera, presentando asesoramientos en mercados, estrategias inversoras, determinación de riesgos en inversiones internas o internacionales, etc., que pueden servir como prevención de responsabilidad de las personas jurídicas.

5.- *On line Dispute Resolution Systems*. Son diversos los que vienen funcionando: MODRIA, herramienta que aplicó inicialmente eBay y PayPal para quejas a través de formulario-tipo, que ofrecía una propuesta de resolución; *eConciliador*, *MEDIARÉ*, *Redalyc*, *iCAN SYSTEM* (negociador electrónico), *SMARTSETTLE ONE*, que resolvió en una hora un conflicto civil que llevaba tres meses tratando de resolverse; *LISA*, un chatbot que ayuda a las partes a alcanzar acuerdos, etc. Se habla de sistemas inteligentes de negociación, de mediación (con propuestas de solución) e incluso de arbitraje.

6.- En el ámbito funcional legislativo se hace referencia a posibles herramientas que permiten desde la redacción *ex novo* a la revisión gramatical de textos, sistemas de detección de contradicciones, etc.

7.- En sede contractual (aplicable a numerosos ámbitos jurídicos) han aparecido las estructuras inteligentes, que permite realizar contratos a través de agentes inteligentes, no solo en la redacción, sino también respecto de la gestión o control de cumplimiento o no de las estipulaciones contractuales.

8.- En el mundo de la Abogacía el dilema está servido: frente a los negacionistas y opositores, con argumentos tales como que nunca se podrá sustituir al abogado humano, por la relación afectivo-emocional entre abogado y cliente, se sitúan los seducidos por estas herramientas que proliferan a gran velocidad, para múltiples funciones, si bien en este sector destacan (ya aceptada e implementada en un sector de la abogacía española) los chatbots o abogados electrónicos que ofrecen asistencia letrada maquínica. Así, ha surgido un movimiento internacional de los abogados hacia la "Legaltech", la fusión entre Derecho y Negocio, la integración de los juristas en el diseño de estas herramientas y el empleo de las herramientas para "suplir" las primeras tareas de los abogados, optimizando tiempos en las firmas de abogados.

10.- En sede penal destacan los sistemas algorítmicos que realizan, cada vez más, tareas predictivas en la prevención policial y en la investigación penal.

11.- Finalmente, es indudable que los jueces comienzan a recibir con expectación (sin perjuicio de los más cautos) las múltiples herramientas algorítmicas, fueren argumentativas o propositivas.

V. JUSTICIA PREDICTIVA POLICIAL Y ALGORITMOS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL.

Los algoritmos de datos han influido en nuestra vida, en nuestra sociedad, en nuestra Justicia y por supuesto en nuestra visión de las cosas, o quizás, en términos de Byung-Chul HAN deberíamos decir del tránsito de las cosas a las no-cosas. Uno de los ámbitos en los que ha encontrado perfecto acomodo esta algoritmización ha sido en sede preventiva policial. Atrás quedó la actuación basada en la intuición personal policial, reflejada en la ficción con figuras como Hércules Poirot (Agatha Christie), el Comisario Montalvano (Camilleri), Brunetti (Dona León), Pepe Carvalho (Vázquez Montalbán), Cayetano Brulé (Roberto Ampuero) o el comisario Jaritos (Petros Márkaris). En todos ellos el olfato policial era intuitivo y respondía a un análisis personal del que podía derivarse una investigación policial con consecuencias procesales. Sus actuaciones y decisiones eran siempre *ex post factum*, de manera que actuaban tras los indicios o prueba de comisión de

hechos delictivos, no lo hacían preventivamente, *ex ante*. Frente a esta actividad intuitiva policial, y muy probablemente como consecuencia de la situación *supra* descrita, percepción de desprotección, de peligro, de miedos, la sociedad abraza mecanismos de control, a la búsqueda de una ansiada seguridad que pareciera encontrarse en la vida algorítmica; una vida que alimenta la denominada “Justicia predictiva policial” (*predictive policing* o *PredPol*) o vigilancia predictiva, en la que se emplean una serie de herramientas, basadas en técnicas cuantitativas de análisis estadísticos, que ofrecen resultados predictivos que potencian la intervención policial. La evolución de estos modelos ha sido espectacular, fruto de la ingente información policial que se puede obtener a través de webs, redes sociales, foros, además de la información que puede adquirirse a través de los móviles.

En sus inicios estos análisis predictivos servían para detectar lugares identificados como de alto riesgo o *hot spots*. Esa detección permite una mejor gestión de medios personales y materiales para reducir la delincuencia y, con ello, garantizar la seguridad pública, realizando mapas digitales del delito (*mapping*). Estos sistemas predictivos tuvieron una magnífica acogida en EEUU; uno de los primeros, BIG DATA en Chicago, basado en los principios ecológicos defendidos por la Escuela de Chicago (años 20 del siglo pasado), se basaba en la ecología del crimen, considerando, entre otros, la temperatura ambiente, la meteorología (de ahí que se considere que esta justicia predictiva se enmarca en la denominada criminología ambiental o criminometría).

La incorporación en Europa fue más tardía. Tras Francia, en 1994, con Anacrim y posterior i2 Analyst Notebook o ALICEM, le siguieron Suecia, Italia (KeyCrime en 2007), Reino Unido (PredPol), Bélgica, Países Bajos (CAS y VALCRI), Alemania (Precobs, SKALA, LKA en Niedersachsen, HALI-Berlin, X-SONAR, o Videmo360 en Hamburgo), España, Dinamarca y Austria. La mayoría de los programas desarrollados en Europa se circunscriben a centros urbanos, centrándose en la evaluación de riesgos comunitarios (*predictive mapping*), no individuales, aun cuando este dato va progresivamente cambiando, como lo demuestran las múltiples herramientas que tratan de predecir la reincidencia. Poco a poco se va advirtiendo un cambio de la predicción solo objetiva a la también subjetiva, a saber, no solo lugares y delitos, sino también de personas que pueden cometerlos.

En España, por ejemplo, la aplicación de los SIG (sistema de información geográfica), ha sido algo más tardía, para identificar las concentraciones delictivas en atención a características sociales de la zona, meteorología, topología. Se permite una mejor gestión de medios policiales en lugares y momentos determinados. Se ha utilizado por la Policía Municipal de Madrid a través del Centro Integrado de Seguridad y Emergencias (CISEM), para realizar mapas de riesgo, permitiendo planificar los servicios, constituyendo una modalidad de “geoprevención”

consistente en el análisis de las relaciones existentes entre los agentes del crimen y el territorio, la integración de estrategias preventivas necesarias y su implementación mediante las tecnologías SIG, con el fin de favorecer la reducción de la delincuencia y una mayor seguridad. Desde 2015 la Policía Nacional ha empleado estos sistemas también para la delimitación de las zonas o lugares de patrullaje, que ofrece identificación de concentraciones delictivas, de manera que permita una mejor gestión de medios policiales en lugares y momentos determinados.

En el proceso evolutivo de estas herramientas hemos asistido a su efecto expansivo hacia la predicción subjetiva. Ejemplo citado de forma reiterada fue la herramienta COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), que realizaba cálculos probabilísticos sobre la posible comisión de delitos por una persona, permitiendo la adopción de medidas cautelares más gravosas o una condena más grave; su aplicación en el caso del ciudadano americano Eric Loomis en 2013 suscitó un enorme debate, al condenarle con pena más grave por aplicación de esta herramienta, que avizoraba una reincidencia delictiva. Planteada apelación, se solicitaba conocer la herramienta, para ejercitar el derecho de defensa, lo que se negaba por la empresa diseñadora de la herramienta al considerarse tutelada por los derechos de autor y de propiedad intelectual. Un interesante caso de equilibrio entre los derechos de autor de la empresa y el derecho al debido proceso.

En Europa también encontramos herramientas predictivas subjetivas. En el Reino Unido HART (*Harm Assessment Risk Tool*), empleado por la Policía de Durham para predecir si los sospechosos tienen un bajo, moderado o alto riesgo de cometer más delitos en un periodo de dos años, a efectos de aplicar medida limitativa o privativa de libertad, así como programa de rehabilitación. HART utiliza datos de 34 categorías diferentes (entre ellas, edad, sexo, domicilio, antecedentes penales, profesión, estado civil, etc). En España, VIOGÉN, herramienta predictiva en supuestos de violencia de género (desde 2007), que trabaja con una red que permite el seguimiento y la protección de forma rápida, integral y efectiva de las mujeres maltratadas, y de sus hijos e hijas, en cualquier parte del territorio nacional; en función del nivel de riesgo resultante, el protocolo contempla la adopción de determinadas medidas de protección policial que pretenden evitar la reincidencia. Igualmente, la herramienta predictiva empleada en Galicia para configurar perfiles de posibles incendiarios forestales; era un sistema en el que, a partir de indicios encontrados en el incendio, buscaban la identificación y localización de sus posibles autores.

La multiplicación y empleo de estas herramientas permite afirmar que ha cambiado el modelo policial, actuando *ex ante*, esto es, favoreciendo esencialmente la función policial preventiva (proactiva) frente a la función

reactiva (*ex post*). Las consecuencias de su empleo son importantes y todavía no se ha conseguido garantizar la transparencia de estos sistemas, generando –supuestos se han detectado– desigualdades, discriminaciones, fruto de esos posibles sesgos que albergan las cajas negras algorítmicas (racistas, homóforas, sexistas, clasistas, etc). En todo caso, estas herramientas indudablemente no son neutras. Es más, sin restar valor a la incorporación de estos métodos, que han ejercido un papel extraordinario en la lucha contra la criminalidad organizada, a través de instrumentos como el rastreo en la red o ciberpatrullaje, la investigación de ficheros que contienen imágenes y videos de carácter pedófilo, el uso de programas informáticos para leer matrículas o la videovigilancia mediante cámaras con activación remota, la utilización de geo-radares para sondear el subsuelo, el empleo de pulseras electrónicas de localización permanente, la tecnología GPS para localizar la ubicación de una persona, el control de los movimientos bancarios en tiempo real³⁹, e inclusive con el empleo de instrumentos que suponen una clara intromisión en los derechos fundamentales como el uso del virus espía (malware) como vía de investigación, no podemos negar su inquietante expansión indiscriminada y su directa afectación los derechos fundamentales. En cuanto la sociedad acepta que “todo vale por la seguridad”, generamos un cada vez más expansivo Derecho penal de la Seguridad que se adentra en parámetros de prevención. El lado anverso de esta profusa empleabilidad algorítmica es la conversión del Derecho Penal en Derecho Penal de la Seguridad, favoreciendo la vigilancia predictiva *ex ante* frente a la respuesta penal *ex post*. Se produce una derivación hacia la *securitización* de la sociedad moderna⁴⁰. Un discurso de predictibilidad altamente peligroso porque supone trabajar con la configuración de grupos sociales, excluyendo a aquellos en los que concurren esos riesgos⁴¹. Estereotipos, compartimentos estancos sociales, presunciones negativas, prejuicios, todos ellos son los ingredientes del odio, el racismo, la xenofobia, la exclusión y la segregación, que solo aportan más dureza, más violencia, menos igualdad y más injusticia social. Ha de trabajarse, en consecuencia, la transparencia y robustez de estos instrumentos, sin que se conviertan en el látigo de la segregación, de la sociedad de varias velocidades y la desigualdad por motivos diversos.

Es más, los resultados de la Justicia predictiva pueden tener consecuencias en la investigación penal. También es posible emplear herramientas que se traducen en manera de realizar diligencias de investigación, así como en soportes para evaluar los resultados alcanzados por estas e incluso, en ciertos casos, se convierten en fuentes de prueba (predicción-investigación y prueba). Las reformas procesales aprobadas en la última década han favorecido la integración de la realidad digital

39 RUIZ PRADILLO, J. C.: *La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación*, Estudios de progreso Fundación Alternativas, 2013, pp. 8-9.

40 BARONA VILAR, S.: *Justicia Penal, Globalización y Digitalización*, Thomson Reuters, Chile, 2018, pp. 138 a 144.

41 ROSE, W.: “Crimes of color: Risk, profiling and the contemporary racialization of social control”, en *International Journal of Politics, Culture and Society*, 16 (2), 2002, pp. 179-205.

en la investigación procesal. Son numerosas las herramientas que permiten arrojar resultados en la investigación de manera que, aun teniendo eficacia predictiva, como sucede con algunas de las ya enunciadas, VALCRI, HART, VioGén, etc., producen efecto en los resultados de la investigación y en la adopción de decisiones. Existen otras herramientas asistenciales y colaborativas en la investigación penal, tales como la que permite reconstruir una historia (STEVIE), o emplear posibles escenarios del crimen desde escenas de crímenes anteriores, a fin de prever dónde conseguir posibles indicios (DATA MINING), o los que sirven para predecir la idoneidad o fiabilidad de los testigos (ADVOKATE) o la que permite establecer el valor de los rumores (la canadiense HEARSAY RULE ADVISOR (HRA)), obviamente sin perjuicio de los instrumentos que desde la LECRIM se ofrecen en la investigación, en muchos casos con un alto grado de sofisticación.

Junto con los sistemas algorítmicos expuestos, adquieren un papel cada vez más relevantes, *ex ante* y *ex post*, los denominados sistemas biométricos. Son heterogéneos y su funcionalidad en la actualidad es indiscutible. Existen los sistemas de identificación basados en el análisis de sus huellas dactilares, geometría de la mano, retina o iris del ojo, imagen facial, la oreja (otograma), los movimientos, etc., procediendo a su registro para poder desarrollar posteriormente su identificación. Su objetivo es identificar (reconocimiento) o la autenticación (verificación) de las personas a partir de algunas características fisiológicas o morfológicas. Indudablemente, el más cuestionado es el del reconocimiento facial, que permite reconocer a una persona por los rasgos de su cara, empleando algoritmos, a través de "búsqueda de la apariencia". La consolidada experiencia en China, Japón, Corea del Sur, Singapur, EEUU, etc., no es comparable con la europea. Por ejemplo, en China se ha creado un sistema de puntaje social, lo que se denomina *social score* o *social scoring*, que viene de configurar la credibilidad o reputación de una persona a base de una puntuación alcanzada por varios factores, absolutamente controlados, que afectan a su comportamiento, tanto en lo que hace o practica en la vida real, como respecto de la información que se obtiene en redes sociales, en foros, en tiendas on line etc. Este puntaje (va desde los 350 a los 950 puntos) no es baladí, dado que tiene consecuencias en su vida (ser funcionario, conseguir un crédito, subir o no a un avión, etc) y los categoriza como ciudadanos, buenos, malos – personas no fiables-, regulares, etc.. Se ha estandarizado para toda la población china desde 2020 y todos los ciudadanos están controlados a través de este sistema, que permite una vigilancia y control absoluto de los ciudadanos, de lo que hacen, con quien hablan, con quien se relacionan, etc. La implementación de 170 millones de cámaras con incorporación de sistemas biométricos de reconocimiento facial y de movimientos facilitan esta tarea a las autoridades chinas⁴².

42 VICENT, J.: "Qué es el Social Score", en *Trece bits, redes sociales y tecnología*, 28 de abril de 2021, <https://www.trecebits.com/2021/04/28/que-es-el-social-score/>, consultado el 4 de mayo de 2022.

En Europa, pese a su indudable, aunque muy restringido empleo, sigue manteniéndose una prohibición del reconocimiento facial y el uso de otros datos biométricos sin el consentimiento de las personas, de ahí que la usabilidad se restringe al cumplimiento específico de una función. El Parlamento europeo (a través del Informe LIBE de 2021), ha solicitado a la Comisión que implemente, mediante medios legislativos, no legislativos y procedimientos de infracción, la prohibición de cualquier procesamiento de datos biométricos incluidas las imágenes faciales con fines policiales, que conduzcan a una vigilancia masiva en espacios de acceso público, lo que conduciría a un *Big Brother* planetario o una suerte de panóptico benthiano digital, controlado por Estados o multinacionales tecnológicas. De lo contrario se aceptaría una vulneración de derechos fundamentales.

VI. DE QUÉ FORMA TODO ESTOS SISTEMAS, HERRAMIENTAS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL AFECTAN A LA JUSTICIA.

Llegado este punto, y expuestas diversas manifestaciones de estas herramientas algorítmicas que afectan a los operadores jurídicos que intervienen en el habitat de la Justicia y al mismo *modus operandi* de ésta, podemos *a priori*, y sin perjuicio de lo que expondremos en el último apartado en relación con la transformación de la función de “ser juez”, establecer diversos niveles de afectación de este magma digital.

1.- En primer lugar, es innegable, y probablemente es uno de los elementos que más fascinación generan, que con la incorporación de estas herramientas el modelo de Justicia cambia en cuanto a los tiempos, esto es, la tecnología imprime rapidez, celeridad y, en muchos casos, instantaneidad, lo que permite presentar estas herramientas como altamente eficientes.

2.- En segundo lugar, el empleo de estas herramientas obliga a repensar cuáles son los protagonistas de la justicia y cuáles son sus medios de actuación. La tecnología permite menos gente en la realización de determinadas tareas (en comunicación, en la elaboración de documentos, en la presentación de los mismos, en la valoración, etc), e incluso parece avizorarse que algunos de los protagonistas de la Justicia pierden su carácter protagónico para convertirse en innecesarios o en poco necesarios. Esto, a medio y largo plazo, va a significar una necesidad de replantear la planta de determinados funcionarios de los tribunales e incluso de la innecesidad de tantos letrados, dado que, sin ser sustituidos completamente, encuentran con las herramientas tecnológicas una sustitución de tareas que antes solo realizaban ellos. Ejemplos de cuanto decimos son que las cámaras, grabaciones y videos sustituyen a las actas de los LAJ; que los sistemas de policía o vigilancia predictiva sustituyen al patrullaje policial humano; que los abogados trabajan con bots o con software que o bien les sustituyen en las tareas iniciales de asesoramiento básico o bien encuentran en los software sustento imprescindible

para conformar estrategias de defensa (los predictivos de riesgos) o para efectuar argumentos jurídicos que avalen su defensa (softwares argumentativos); que los jueces cuentan con sistemas predictivos de riesgos de reincidencia, por ejemplo, que les permiten asumir decisiones restrictivas o privativas de derechos, sean cautelares o decisorias del proceso, o incluso para tomar decisiones en la fase de ejecución; que existen softwares que permiten elaborar documentos, formalizar contratos, redactar demandas..., lo que ofrece actividades que antes solo realizaban peritos, expertos, o abogados.

En consecuencia, comienza a avizorarse un desplazamiento de la Humanidad en favor de la Tecnología, generando espacios en los que las máquinas hacen más y más rápido, lo que no significa que lo hagan mejor, en todo caso. Pero es una realidad innegable.

3.- En tercer lugar, se ha ido generando una cada vez mayor dependencia tecnológica. Amén de la fascinación por la seductora irrupción de la tecnología en la Justicia, *in crescendo*, se presenta una suerte de maravilloso solucionismo tecnológico y su pretendido valor de infalibilidad. Obviamente, debe primar una mirada realista que permita, por un lado, valorar lo que de positivo tiene incorporar herramientas que benefician el modelo de Justicia, pero siempre desde la visión de las personas, de la humanidad, y por otro, que la incorporación de esta fascinante tecnología no permita que, lejos de alcanzar una verdadera Justicia sostenible y que encuentre su eje en las personas, termine generando más brecha entre ricos y pobres, entre norte y sur, entre países o entre sectores de un mismo país. El equilibrio requiere esfuerzo, evitando desigualdades (por razón económica, de nacionalidad, de raza, de religión, de género o de capacidades tecnológicas) y presentando una posición realista frente a un modelo de Justicia frío, racional, estadístico. Se dice que el *big data* y toda la analítica predictiva son muy conservadores, porque se basan en la idea de que nuestro presente y nuestro futuro se mide desde parámetros del pasado.

4- En cuarto lugar, es indudable que el manejo de sistemas computacionales, de tecnología analítica, de herramientas predictivas, de sistemas algorítmicos en general, nos está llevando a repensar y reinterpretar conceptos y principios. Aparecen conceptos nuevos, como el *phising*, *sexing/sexting*, *craking*, *ciberbulling*, *swim swapping*, *scareware*, entre otros, que incluso nos incorporan cambios lingüísticos, porque los conceptos provienen de la lengua inglesa y en muchos casos no los traducimos (de hecho, el lenguaje tecnológico viene marcado por el inglés). E igualmente, hemos incorporado nociones nuevas, tales como modelos de justicia automatizada, documento automatizado, robots judiciales, o nos planteamos la necesidad de reinterpretar principios esenciales de nuestro sistema procesal, tales como la exigencia de motivación de resolución y en qué términos

cuando se basa en el empleo de herramientas algorítmicas que inciden en la toma de la decisión; o, por ejemplo, el significado integrador de otros principios como el de inmediación, oralidad, publicidad, etc.

5.- En quinto lugar, asistimos cada vez más a una posible sustitución del ser humano por la máquina en la esencia de la Justicia, en la función de hacer de Justicia, en el oficio de ser juez. Esta sustitución, denominada por algunos, automatización de la justicia, puede ser considerada como una suerte de robotización judicial o de Justicia híbrida, que permite integrar a las máquinas en la toma de decisiones por ellas mismas, generando lo que podría denominarse en el contexto del transhumanismo el paso hacia la denominada Justicia+. A este último punto nos referimos a continuación.

VII. HACIA LA JUSTICIA + O JUSTICIA HÍBRIDA (SMART JUSTICE) Y LA ROBOTIZACIÓN JUDICIAL: ¿PUEDE LA MÁQUINA PENSAR CÓMO JURISTA?

Amén de las diversas manifestaciones que hemos expuesto respecto de la algoritmización del mundo jurídico y de la Justicia, cada vez más la penetración de estas herramientas algorítmicas en sede procesal es mayor. Y esa algoritmización alcanza a actividades que son esencia de la Justicia, a saber, en materia probatoria y en la esfera de la capacidad de decisión judicial o en lo que los anglosajones denominan la intromisión en el oficio o arte de ser juez (*Judge Craft*). Esa incidencia algorítmica en la función decisoria judicial abarca la fase de investigación penal (en nuestro modelo todavía en manos del juez de instrucción), así como la fase probatoria y la toma de decisiones declarativa y en el proceso de ejecución. Y con esta irrupción en la capacidad decisora de las máquinas emergen numerosas cuestiones acerca de la innecesariedad de los jueces humanos o de su hibridación o de la capacidad de las máquinas para pensar y hacerlo, en lo que a nosotros nos importa, como juristas.

I. Algoritmización probatoria y consecuencias: decisión judicial hibridada.

En primer lugar, uno de los elementos esenciales en el oficio de ser juez a la hora de tomar decisiones judiciales es la *prueba*. Y es innegable que en materia probatoria hemos asistido a una incorporación de herramientas que permiten tanto la creación de fuentes de prueba, como la incidencia en los componentes del modelo probatorio⁴³.

43 BARONA VILAR, S.: "Algoritmización de la prueba y de la decisión judicial en el proceso penal: utopía o distopía?", en PILLADO GONZÁLEZ, E. (ed.): *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Pamplona, Aranzadi, 2023, en prensa.

1º) Existen herramientas algorítmicas que, amén de almacenar datos, los seleccionan y configuran –crean- un documento específico, que puede incorporarse al proceso como prueba documental. E incluso existen herramientas computacionales que ejecutan informes-auditorías que pueden aportarse al proceso con valor probatorio documental-pericial; realizan una valoración de resultados y de posibles riesgos. Por ejemplo, hay supuestos en los que estas valoraciones predicen riesgos en los que puede incurrir una persona jurídica, evitando una posible responsabilidad civil o penal de la misma, o el riesgo que se arroja de la justicia predictiva sobre la posible reincidencia de una persona. Y, por supuesto, los citados modelos biométricos permiten conseguir resultados-datos, que pueden incorporarse como fuente de prueba en el proceso, convirtiéndose ineludiblemente en sustento probatorio. Asimismo, son ya numerosos los sistemas algorítmicos que van a incidir en el significado de la prueba, en su valor, en su planteamiento, en sus protagonistas y en sus principios.

2º) Uno de los grandes dilemas en la empleabilidad de estos seductores modelos algorítmicos es cómo garantizar el debido proceso, especialmente el derecho de defensa y la contradicción. Son ya numerosos los supuestos conocidos que muestran decisiones judiciales que, pese a la posible valoración libre de la prueba por el juez, se sustentan en la respuesta algorítmica. Algunos ejemplos de algoritmos que asisten o complementan la tarea de ser juez, ya citados, permiten: ADVOCATE es una herramienta que permite evaluar la idoneidad y/o fiabilidad de un testigo (valoración testifical); COMPAS, en su momento permitió arrojar resultados algorítmicos acerca de la posible reincidencia delictiva, condicionando el sentido de la decisión judicial, fuere cautelar o decisión final del proceso penal; VioGÉN permite evaluar el riesgo de reincidencia de los victimarios en caso de violencia de género; la herramienta canadiense ASSYST se ofrecía a ayudar a los jueces a aplicar las directrices en la sentencia, propiciando la aplicación automática de la condena; o LIST, desarrollado en la University of British Columbia, proporciona información relevante al juez, que no pretende determinar el contenido de la resolución, sino facilitarla. Se han criticado ambas, al considerar que ninguna de las dos es capaz de asimilar, en cada caso, la complejidad real del supuesto y del razonamiento a seguir en la sentencia. HART, es una herramienta del Reino Unido que predice si los sospechosos tienen un bajo, medio o alto nivel de riesgo para cometer delitos en el periodo de dos años, a efectos de aplicar medida limitativa o privativa de libertad o programa de rehabilitación. Todas ellas son herramientas asistenciales o complementarias de la decisión judicial humana, empero pueden ser directamente condicionantes de la misma.

Frente a los posibles sesgos de estas herramientas y a las dificultades para rebatir sus contenidos, hay voces en la doctrina procesal favorables a considerar excluida como prueba los resultados que se aportan al proceso por la aplicación de

estos sistemas, cuando es la única base probatoria de la sentencia condenatoria, lo que puede indudablemente, a su vez, generar impunidad o indefensión en ciertos casos. La dificultad está en alcanzar un equilibrio que permita su usabilidad con condiciones, a sabiendas de la utilidad probatoria que pueden reportar, empero siendo conscientes de su falibilidad.

3°) Esta algoritmización de la prueba genera ruptura de algunos de los postulados probatorios asentados en los modelos jurídicos democráticos, y muy especialmente altera el significado de la presunción de inocencia, entendida en sus tres vertientes: a) Como derecho fundamental de status de inocente del sujeto sospechoso, investigado o encausado; el sistema algorítmico invierte en ciertos casos el status de partida, favoreciendo una suerte de presunción de culpabilidad; b) Demostrar la inocencia afecta a la regla probatoria derivada de la presunción de inocencia, dado que la carga de probar la culpabilidad, precisamente a consecuencia de la utilidad del sistema algorítmico, se desplazaría de las partes acusadoras, que deben probar la totalidad de los elementos constitutivos del delito, tanto de carácter objetivo como subjetivo, hacia el acusado, que quedaría al descubierto ante los datos arrojados por la fórmula predictiva; c) Y, en tercer lugar, la aplicación de estos sistemas allana la valoración de la prueba, superponiéndose al “in dubio pro reo”, en cuanto el sistema algorítmico pueda convencer directamente al juzgador sobre la culpabilidad, más allá de toda posible duda razonable⁴⁴.

4°) Igualmente, uno de los componentes que vinculan la prueba con la facultad decisora del juez es la motivación, en cuanto esta se va a nuclear en torno a la valoración de la prueba y a las razones por las que se dicta la sentencia (razones, en todo caso, transparentes y visibles). Afecta, en consecuencia, a la argumentación jurídica de la sentencia, que exige dar razones de la decisión. En este sentido, el Informe “*Artificial Intelligence and Fundamental Rights*”, presentado por la *European Union Agency for Fundamental Rights* en el año 2020, exige justificar adecuadamente los criterios y procesos mediante los cuales se adoptan decisiones basadas en algoritmos, esto es, debe contar con la correspondiente motivación, con la dación de razones, con los argumentos que justifiquen la decisión tomada a la luz de la prueba practicada.

2. Robotización judicial: algoritmos que deciden.

Allende las herramientas asistenciales o colaborativas, decisivas o no en el oficio de ser juez, cada vez más aceptadas en sede judicial, se ha venido desarrollando, poco a poco, y con mayor aceptación en algunos países que en otros, la denominada justicia automatizada, justicia maquina o robotización

44 BARONA VILAR, S.: “La seductora algoritmización de la Justicia. Hacia una Justicia posthumanista (Justicia+) utópica o distópica?”, *El Cronista*, núm. 100 (Inteligencia Artificial y Derecho), 2022.

judicial⁴⁵. Aceptar esta posibilidad implica dejar en manos maquina la respuesta al ciudadano, sin intervención de juez humano, automatizando las diversas etapas y actos procesales en un modelo computacional o una estructura que se denomina inteligencia artificial. El dilema está presente: sustitución del ser humano-juez por IA-juez, trasladando la función judicial a los sistemas algorítmicos de inteligencia artificial.

La primera idea que queremos apuntar es la de que el juez no es un autómatas, ni actúa de forma automatizada, lo que de partida plantea la cuestión de si es posible automatizar las decisiones judiciales. Los jueces, para realizar esa función, deben conocer el derecho e integrar el conocimiento en su intelecto, en su pensamiento jurídico, transformándolo en la decisión que adoptan, al dar respuesta a la solicitada tutela judicial efectiva. La teoría nos la sabemos; la puesta en práctica exige otras habilidades que, allende el conocimiento de la norma, permitan interpretarla, adaptarla y, por supuesto, razonar la decisión (argumentar o dar razones), a través de la motivación. ¿Puede esto hacerlo una maquina?

Existen ya, especialmente en los sistemas jurídicos anglosajones, algunas IA que permiten ser solucionadoras propositivas, esto es, se trata de sistemas algorítmicos que formulan hipótesis sobre cómo llegaron a suceder los hechos, o cómo están, y hacen propuestas de resolución (especialmente en materia de conflictos en consumo, en materia de disolución de una sociedad de gananciales o en materia de disolución de una herencia). Es una manera de actuar maquina (algorítmica), que puede ser considerada como una suerte de función judicial automatizada, una manifestación de la AGI (*Artificial General Intelligence*).

El camino continúa y ahí es donde el dilema se plantea: ¿son posibles los sistemas computacionales “¿capaces?” de realizar el oficio del juez, de sustituir al juez humano en las decisiones propias de la función jurisdiccional, propiciando la aparición de los “juez-robot”? Este dilema no se suscita en sede judicial aisladamente, sino que es la consecuencia de la realidad que vivimos, la respuesta a ese “mundo feliz de los algoritmos perfectos” a que se refiere Markus GABRIEL, consecuencia de una delegación de nuestras decisiones esenciales en programas informáticos. La ponderación entre lo más sencillo y la capacidad decisional humana exige un espacio de interpretación, modulación y conformación que nos corresponde como humanidad. Usar la maquina es estupendo, empero con el control humano sobre ella y no al revés. Ese nivel de ASI (*Artificial Superintelligence*) es el que se viene defendiendo desde posiciones posthumanistas o transhumanistas, la superioridad de la decisión maquina sobre la humana.

45 Ad extensum, BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

No es generalizado, empero empiezan a encontrarse verdaderas ASI como operadores jurídicos que permiten avizorar, quizás no masivamente, empero si en determinados sectores, la automatización de la justicia o la robotización judicial. Se ha comenzado por trabajar con sistemas o estructuras computacionales complejas que permiten resolver asuntos en los que las decisiones se reiteran o repiten, al darse las mismas circunstancias y condiciones, en temas de reclamaciones de consumo o en cuestiones que se plantean a través del monitorio. E incluso se han presentado sistemas de automatización plena, de robotización judicial, que son sistemas operativos que realizan la tarea de decidir en el marco de la solicitud de tutela judicial efectiva, como el robot de Estonia que resuelve casos que no excedan de 7.000 euros en disputas contractuales, aunque cabe recurso “ante juez humano”; o el software DO NOT PAY del Reino Unido, que permite anular las multas de tráfico, u otras que han surgido para proponer cómo dividir los bienes de una sociedad de gananciales en el divorcio, o en caso de herencia con diversos herederos; o el SPLIT-UP en Australia, que resuelve divorcios y separaciones; o el iCAN SYSTEMS que es un robot-negociador canadiense. En China se crearon los “tribunales de internet” en 2017⁴⁶, que conocen de disputas contractuales, disputas de consumo, conflictos por derechos de autor, disputas de nombre de dominio, etc. Y en Emiratos Árabes, REEM es un robot-judicial para resolver cuestiones derivadas de accidentes de tráfico, multas, etc.

Como complemento de estas IA-jueces pueden citarse también los robots policías que patrullan las calles, sustituyendo la actividad humana, en Singapur o en Miami. O el reciente Fiscal Inteligencia Artificial de la Fiscalía Popular de Pudong, en Shanghai⁴⁷, un sistema informático capaz de redactar de forma automática escritos de acusación en determinados delitos (ocho delitos entre los que se encuentra el fraude con tarjetas de pago, el juego clandestino, la conducción temeraria, las lesiones intencionales, la estafa y el robo) y que se ha presentado en 2021 como un proyecto piloto con un índice de precisión del 97%, considerándose por los científicos chinos que es un sistema IA-Fiscal comparable al Fiscal-humano, que ahorra tiempo y dinero y, con él, pueden dedicarse los humanos a los casos más difíciles y complicados.

Igualmente, en algunos países más avanzados en materia de IA, probablemente por la ausencia de límites en su evolución, o por la prevalencia de la eficiencia de la IA frente a cualquier desequilibrio de los derechos de la ciudadanía, se han venido diseñando, siquiera como proyecto piloto, modelos de prisiones *Smart Prison*, en los que la tecnología inteligente se despliega en la construcción de los edificios y su funcionamiento cotidiano, amén de los sistemas de vigilancia con robots,

46 SUNG, H-CH.: “Can Online Courts Promote Access to Justice? A Case Study of the Internet Courts in China”, *Computer Law&Security Review*, Vol 39, nov. 2020.

47 <https://www.europapress.es/internacional/noticia-china-desarrolla-inteligencia-artificial-desempena-funciones-fiscal-20211227054158.html>.

y con modelos computacionales de control de los presos, generando sistemas de contacto de éstos con el sistema de Justicia (Administración penitenciaria, jueces, etc) a través de procedimientos electrónicos. Es un modelo que se ha puesto en marcha como proyecto piloto en Hong Kong, y que todavía presenta numerosas falencias que hay que trabajar para poder desarrollar este tipo de cárceles inteligentes. E igualmente, en Europa se han presentado algunos modelos de Smart prison, como el proyecto piloto de Finlandia, un intento por emplear la digitalización en apoyo de la rehabilitación y para fomentar una cultura penitenciaria moderna⁴⁸.

Son numerosos los interrogantes que se suscitan en la implementación de los sistemas de inteligencia artificial que permitan interactuar en la Justicia y sustituir, en ciertos casos, a los jueces-humanos. Si bien en ciertos supuestos pueden otorgar un gran servicio a los justiciables (pensemos en la posibilidad de incorporar sistemas algorítmicos que permitan efectuar la localización y la sistematización de los bienes del deudor en el proceso de ejecución, en conexión con organismos públicos y privados, aprovechando el big data y los sistemas de blockchain), o favorecer las decisiones judiciales (como podría ser el empleo de sistemas algorítmicos que permitan realizar el progreso individual en los establecimientos penitenciarios en cumplimiento de la condena penal, determinando grados o regímenes de ejecución de condena, todo y que hay que auditar sus resultados, teniendo en cuenta los pros y contras que ha generado una herramienta como RisCanvi en nuestro país⁴⁹), el dilema en lo esencial está presente: ¿mejor o peor ser humano o máquina? La respuesta siempre será “depende”; en unos casos, puede servir y mejorar la máquina, en otros, no.

En suma, debe tenerse en cuenta que las máquinas no piensan, no son inteligentes, sino estadísticas⁵⁰, trabajan con una masa de datos que le aportan información para realizar su función; carecen de memoria perceptiva, de sensación de tiempo, de recuerdos, de sensaciones ante éstos, creatividad, etc.. Pensar no es leer letras, no es alimentarse de información y traducirla, integrarla, extraer lo esencial respecto de un caso, parte integrante de ese desarrollo intelectual que lleva a tomar decisiones por pensar. La máquina puede desarrollar funciones que hasta el momento realizábamos como humanos, y hacerlo a una velocidad inusitada, eficientísimamente, supliendo la falencia de la función humana, pero la máquina no ha podido, al menos hasta el momento, “provocar un discurso

48 PUOLAKKA, P.: “Smart Prisons in Finland”, 2021, en <https://www.europpris.org/news/smart-prisons-in-finland-2021/>.

49 Sobre bondades y desventajas de este sistema Riscanvi puede verse, SAURA, G.; ARAGÓ, L.: “Un algoritmo impreciso condiciona la libertad de los presos”, en *La Vanguardia*, 6 de diciembre 2021, <https://www.lavanguardia.com/vida/2021/12/06/7888727/algoritmo-sirve-denegar-permisos-presos-pese-fallos.html>; SAURA, G.; ARAGÓ, L.: “El algoritmo de prisiones que no rinde cuenta a nadie”, en *La Vanguardia*, 7 de diciembre de 2021, <https://www.lavanguardia.com/vida/2021/12/07/7911428/algoritmo-prisiones-rinde-cuentas-nadie.html>.

50 CARDON, D.: *Con qué sueñan los algoritmos*, Ed. Dado, 2018, p. 78.

interior en el que se plasma la continuidad de la consciencia como memoria”⁵¹. Más allá de conocer las normas y la jurisprudencia, la función de ser juez implica capacidad de interpretarlo con emociones, percepciones, intuiciones, o lo que es lo mismo, las sensibilidades subjetivas. El juez humano contextualiza. El juez robot, no. Y ello sin olvidar la falsa neutralidad de los algoritmos. Presentan sesgos (*black box*), como también los humanos tenemos prejuicios. Esos sesgos no siempre ni necesariamente han sido inoculados por sus diseñadores, sino que en ciertos casos son adquiridos maquínicamente –porque así están predeterminados– desde conductas y parámetros sociales. Habrá que considerarlos y, sobre todo, tener presente el enorme valor de la acción humana tras estos modelos IA.

Con todas las dudas y la formulación del gran dilema “humanidad versus transhumanismo o humanidad+”, superando el concepto de persona por el de *Übermensch*, no puede negarse la presencia de los modelos algorítmicos en el desempeño de la función judicial. Hay que evitar el desequilibrio, las desigualdades, la brecha digital, la aminoración de garantías, la conversión de Justicia en el frío dato estadístico-matemático, que pervierta el modelo de Justicia humano; un modelo con falencias, pero construido sobre derechos y garantías. Tarea esencial es la de conseguir que sea para mejora del sistema (eficiente) y de las personas (garantista). Tenemos la oportunidad de mejorar el mundo, no de perjudicarlo; un mundo en el que la tecnología sirva a la Humanidad y no al revés. El camino es largo y requiere de controles previos, a través de modelos de *compliance* de los sistemas algorítmicos e IA, que permitan invalidar aquellos que puedan incurrir en sesgos y exigir la debida protección de derechos y garantías, siendo especial el derecho de protección de datos personales; y controles de funcionamiento, esto es, mediante auditorías del sistema algorítmico de forma periódica. Igualmente, se necesita generar conocimientos, habilidades de los operadores jurídicos sobre estos sistemas, sobre su usabilidad, sin que esto pueda generar una brecha entre ricos y pobres, empero también que les haga partícipes del diseño de las inteligencias artificiales. Pasar de la utopía a la distopía puede ser catastrófico y desde luego irreversiblemente disruptivo. La seductora atracción por la algoritmización de la Justicia no debe hacernos olvidar que el pensamiento humano existe, con su capacidad de asombro, de crítica y de interpretación del ser humano, en suma, con espíritu y alma del ser imperfecto pensante⁵².

51 LLEDÓ, E.: *El silencio de la escritura*, Barcelona, Espasa, 2011, p. 151.

52 BARONA VILAR, S.: “La seductora algoritmización de la Justicia. Hacia una Justicia posthumanista (Justicia+) ¿utópica o distópica?”, *El Cronista*, núm. 100 (Inteligencia Artificial y Derecho), 2022.

BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S.:

- "Algoritmización de la prueba y de la decisión judicial en el proceso penal: utopía o distopía?", en PILLADO GONZÁLEZ, E. (ed.): *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Pamplona, Aranzadi, 2023, en prensa.
- *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- *Justicia Penal, Globalización y Digitalización*, Thomson Reuters, Chile, 2018.
- "Justicia Penal líquida (desde la mirada de Bauman)", *Teoría y derecho. Revista de pensamiento crítico*, Tirant lo Blanch, 2017.
- "La digitalización y la algoritmización, claves del nuevo paradigma eficiente y sostenible", en COLOMER HERNÁNDEZ, I. (ed.): *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios de la era digital*, Pamplona, Aranzadi, 2022.
- "La seductora algoritmización de la Justicia. Hacia una Justicia posthumanista (Justicia+) ¿utópica o distópica?", *El Cronista*, núm. 100 (Inteligencia Artificial y Derecho), 2022.
- "Una justicia "digital" y "algorítmica" para una sociedad en estado de mudanza", en BARONA VILAR, S. (ed.): *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

BAUMAN, Z.:

- *Postmoderne Ethik*, Hamburger editorial, 1995.
- *Vida líquida*, Ed. Paidós, 2013.

CARDON, D.: *Con qué sueñan los algoritmos*, Ed. Dado, 2018.

CHALTON, S.: "Legal Diagnostics", *Computers and Law*, núm. 25, agosto 1980.

CUBO, A.: "Más que un Diálogo: La transformación digital de la Justicia (III)", *La Ley*, abril de 2022.

DE LLANO, P.: "En la sala de máquinas de la ciencia", *El País semanal*, núm. 2387, 2022.

GABRIEL, M.: *El sentido del pensamiento*, Barcelona, Pasado&Presente, 2 ed., 2020.

GARCÍA CANTERO, J.: "Constructores de utopías", *El País semanal. Especial tecnología. Vidas digitales*, núm. 2.335, 2021.

GRAY, P. N.: *Artificial Legal Intelligence*, Brookfield, Dartmouth Publishing Company, 1997.

GREENLEAF, G.; MOMBAY, A.; CHUNG, P.H.: "Building Sustainable Free Legal Advisory Systems: Experiences from The History of AI&Law", *Computer Law&Security Review*, University of New South Wales Law Research Series (UNSW), 24 (1), 2018.

HAN, B-CH.: *En el enjambre*, Barcelona, Ed. Herder, 2020.

HARARI, Y. N.: *Homo Sapiens. A Brief History of Humankind*, Londres, Penguin, 2014.

HOVART, S., *Poesía del futuro*, Paidós, 2020.

INNENARITY, D.: "Igualdad algorítmica", *El País*, 13 de mayo de 2022.

KALINOWSKY, G.: *Introducción a la lógica jurídica*, Ed. Eudeba, 1973.

LASALLE RUIZ, J. M.: *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona, Ed Arpa, 2019.

LAZZARATTO, M.: *La fábrica del hombre endeudado: Ensayo sobre la condición neoliberal*, Emorrortu Editores, 2013.

LESSING, L.: *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

LOEVINGER, L.: "JURIMETRICS -The Next Step Forward", *33 Minnesota Law Review*, 1949.

LLEDÓ, E.: *El silencio de la escritura*, Barcelona, Espasa, 2011.

MOROZOV, E.: *La locura del solucionismo tecnológico*, Madrid, Katx Editores, 2015.

MUÑIZ, M.: "Un nuevo contrato social para la era digital", en *El trabajo en la era de los datos*, Madrid, BBVA, 2019, en <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/un-nuevo-contrato-social-para-la-era-digital/>.

PUOLAKKA, P.: "Smart Prisons in Finland", 2021, en <https://www.europris.org/news/smart-prisons-in-finland-2021/>.

ROSE, W.: "Crimes of color: Risk, profiling and the contemporary racialization of social control", en *International Journal of Politics, Culture and Society*, 16 (2), 2002.

RUIZ PRADILLO, J. C.: *La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación*, Estudios de progreso Fundación Alternativas, 2013.

SADIN, E.: *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo*, Buenos Aires, Ed. Caja Negra, 2017.

SAURA, G. y ARAGÓ, L.: "Un algoritmo impreciso condiciona la libertad de los presos", en *La Vanguardia*, 6 de diciembre 2021, <https://www.lavanguardia.com/vida/2021/12/06/7888727/algoritmo-sirve-denegar-permisos-presos-pese-fallos.html>.

SAURA, G. y ARAGÓ, L.: "El algoritmo de prisiones que no rinde cuenta a nadie", en *La vanguardia*, 7 de diciembre de 2021, <https://www.lavanguardia.com/vida/2021/12/07/7911428/algoritmo-prisiones-rinde-cuentas-nadie.html>.

SIMETER, D. I.; BRODIE, R. J.: "Forecasting criminal sentencing decisions", en *International Journal of Forecasting* 9, 1, Abril, 1993.

SUNG, H-CH.: "Can Online Courts Promote Access to Justice? A Case Study of the Internet Courts in China", *Computer Law&Security Review*, Vol 39, nov. 2020.

VICENT, J.: "Qué es el Social Score", en *Trece bits, redes sociales y tecnología*, 28 de abril de 2021, <https://www.trecebits.com/2021/04/28/que-es-el-social-score/>.

YOGESHWAR, R.: *Próxima estación: futuro*, Ed Arpa, 2018.

WAKEDIELD, J.: "AI predicts outcome of human right cases", <https://www.bbc.com/news/technology-37727387>, 23 de octubre 2016.

WIENER, N.:

- *Mensch und Menschmaschine*, Alfred Metzner Verlag, 4ª ed., 1952.
- "Some Moral and Technical Consequences of Automation", *Science* 1341 (3410), 1960.
- *The Human Use of Human Beings*, Torino, 1953.

CALIFICACIÓN REPUTACIONAL Y CONSENTIMIENTO
ESPECÍFICO DEL USUARIO

REPUTATIONAL RATING AND USER-SPECIFIC CONSENT

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 46-55



Gabriele
TOSCANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: Tras analizar brevemente el tema de la calificación reputacional en general, el trabajo tiene el objetivo de ilustrar una reciente sentencia del Tribunal Supremo italiano donde se puede comprender que, en materia de tratamiento de datos personales, el consentimiento solo es válido si se expresa libre y específicamente con referencia a un tratamiento claramente identificado.

PALABRAS CLAVE: Calificación reputacional; consentimiento específico; elaboración de perfiles; autorización; tratamiento de datos personales; código de la privacidad.

ABSTRACT: *After a briefly analysing the issue of reputational qualification in general, the paper aims to illustrate a recent decision of the Italian Supreme Court in which it is understood that, in matters of personal data processing, consent is valid only if it is freely and specifically expressed with reference to a clearly identified processing operation.*

KEY WORDS: Reputational rating; specific consent; profiling; authorisation; processing of personal data; privacy code.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CALIFICACIÓN REPUTACIONAL Y SUS IMPLICACIONES ECONÓMICAS.- III. UN CASO DE CALIFICACIÓN REPUTACIONAL: REFLEXIONES AL MARGEN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN ITALIANO N. 14381/2021.- IV. LA SOLUCIÓN PROPUESTA POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN ITALIANO.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La calificación reputacional¹ (o alternativamente *rating* reputacional) es el sistema de calificación que abre las puertas de la economía conductual a los profesionales y a sus clientes (comerciantes, consumidores/usuarios, empleados). Se trata de una herramienta única, ya que es el único *rating* que evalúa la reputación mediante documentos y certificados. Y lo hace a través de un algoritmo propio que analiza más de seiscientos indicadores para particulares y más de cuatrocientos para empresas y entidades. Esto la convierte en la herramienta de evaluación más fiable disponible actualmente en el mercado².

La calificación reputacional puede ser, por tanto, la respuesta a uno de los mayores problemas socioeconómicos del momento, porque no deja lugar al *like*, rumores o reelaboraciones de noticias no verificadas de *internet* y las redes sociales.

La calificación reputacional es un código compuesto por cinco indicadores alfanuméricos, donde cada letra y casa número resumen la calificación obtenida en un ámbito específico de la actividad humana: penal, fiscal, civil, estudios y formación (presente sólo en las calificación de personas físicas, no de personas jurídicas), trabajo y compromiso cívico.

La calificación reputacional es independiente³, porque no está influenciada por ningún grupo o poder, incorruptible, porque es el resultado de un cálculo, cierta, porque se deriva únicamente de documentos originales producidos por las partes interesadas (sin problema de privacidad), infalible, porque está determinada por el algoritmo, dinámica, porque se actualiza en tiempo real (en los treinta días

-
- 1 Para más información, ver PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L.: "Sobre la obligación de contabilidad y la calificación culpable del concurso del empresario", en AA.VV.: *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, 2018, pp. 2279-2306 y TANZILLO, M.: "Rating reputazionale tra consenso dell'interessato e principi dell'ordinamento italo-europeo", *Tecnologie diritto*, 2022, p. 367 ss.
 - 2 AMMANNATI, L. y GRECO, G.L.: "Piattaforme digitali, algoritmi e «big data»: il caso del «credit scoring»", *Riv. dir. econ.*, 2021, pp. 290-324.
 - 3 Cfr. BORGHESI, A.: "«Non performing loans» l'eredità della grande crisi come sfida per il sistema bancario europeo", *Riv. dir. econ.*, 2020, pp. 4-37.

• **Gabriele Toscano**

Doctorando en Derecho privado y de consumo por la Universidad de Perugia y Salamanca. Correo electrónico: gabriele.toscano@gmail.com.

siguientes al hecho que determina su posible cambio), autorizada porque se inspira en el Código Universal de Reputación basado en el modelo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos promovido por las Naciones Unidas, que define los principios éticos y reglamentarios en los que se basa el Código, y validado por el Comité Mundial de ética que supervisa la coherencia de la calificación con los principios éticos del Código, y garantiza su fiabilidad y uniformidad a escala internacional mediante notas específicas por país, verificable, porque está sujeto a un amplio escrutinio público.

Dentro de cada categoría, el algoritmo aplica ponderaciones de calificación a cada hecho, determinando el valor final. La información contenida en los certificados y documentos, necesaria para obtener la calificación del algoritmo, es gestionada y verificada por un RAM, único profesional autorizado para certificar calificaciones reputacionales, encargándose de todo el proceso necesario ya se han destacado las ventajas que una empresa o entidad puede obtener al adoptar el sistema de calificación de CROP NEWS, pero contar con una calificación de reputación también aporta ventajas concretas a profesionales, trabajadores, consumidores y usuarios⁴.

II. LA CALIFICACIÓN REPUTACIONAL Y SUS IMPLICACIONES ECONÓMICAS.

En primer lugar, hay implicaciones económicas directas; de hecho, cada vez que se hace una consulta sobre propia calificación, se reciben contribuciones compensatorias que ascienden al 15% del coste del servicio adquirido para la consulta. Pero aún más, la calificación reputacional puede utilizarse para obtener un contrato, participar en una licitación o incluso presentarse mejor a una entrevista de trabajo: se trata, de hecho, de un auténtico «pasaporte de reputación» listo para ser utilizado⁵.

Entre otras cosas, cada titular de una calificación reputacional puede decidir pagar por adelantado una o varias consultas a las contrapartes que indique, utilizando el servicio BIZ-QU. En resumen, constituye una tarjeta de vista eficaz, completa y siempre actualizada. Los contables pueden adoptar personalmente la calificación reputacional, pero también simplemente promocionarla entre sus clientes, sin dejar de obtener de CROP NEWS, una comisión del 8% del valor de todos los servicios adquiridos. Obviamente, sin embargo, si el profesional no se ha cualificado como RAM o RATER, no puede seguir a los clientes en la gestión de su calificación reputacional⁶.

4 RECINTO G., MEZZASOMA, L. y CHERTI, S.: *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.

5 Cfr. DE POLI, M.: «Rating» e tutele», *Riv. dir. bancario*, 2020, pp. 127-144.

6 FERRARESE, M.R.: «La geografia mobile della «governance» globale», *Gnosis*, 2020, pp. 70-81.

Con la calificación reputacional, los profesionales también tienen un arma más para defenderse de las reseñas falsas que ahora asolan a todo el mundo en la *web*. Especialmente tras las últimas sentencias del Tribunal del Roma - que sancionan la supremacía del derecho de crítica de los usuarios sobre el derecho al olvido de los profesionales -, nadie puede permitirse pasar por alto la posibilidad de sufrir un ataque injustificado o incluso falso o a su reputación⁷.

III. UN CASO DE CALIFICACIÓN REPUTACIONAL: REFLEXIONES AL MARGEN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN ITALIANO N. 14381/2021.

Una cuestión de actualidad sobre la calificación reputacional, y digna de reflexión, se refiere a una reciente decisión del Tribunal Supremo de Casación italiano⁸, que estimó el recurso del Garante de la privacidad contra una asociación Onlus que pretendía combatir los fenómenos basados en la creación de perfiles falsos o no veraces, y calcular de forma imparcial la denominada calificación reputacional, para permitir a terceros verificar su credibilidad real.

En concreto, una entidad sin ánimo de lucro solicitó al Tribunal de Roma la anulación de la sentencia del año 2016 por el que el Garante de la privacidad había ordenado la prohibición de cualquier tratamiento de datos personales (presentes y futuros) realizado por la propia asociación, en relación con los servicios ofrecidos a través del sistema de la entidad sin ánimo de lucro, por ser contrario a los artículos 2, 3, 11, 23, 24 y 26 del Código de la privacidad.

El sistema de la asociación, por lo que puede deducirse, adoptaba la forma de una plataforma *web* (con archivo informático adjunto) destinada a elaborar perfiles reputacionales de personas físicas y jurídicas, con el fin de combatir los fenómenos basados en la creación de ficticios o falsos y, en cambio, calcular de forma imparcial la denominada calificación reputacional al de los sujetos encuestados, de modo que cualquier tercero pudiera comprobar su credibilidad real⁹.

En la resistencia del garante de la privacidad, el Tribunal estimó parcialmente el recurso. En particular, anuló la medida, preservando la eficacia de la prohibición en lo que respecta únicamente que al tratamiento de datos personales para la actividad inherente al denominado «perfil contro» relativo a terceros no asociados.

7 Cfr. SCARPA, D.: "Modello comportamentale e negoziale dell'intermediario finanziario e conseguente responsabilità civile", *Nuovo dir. società*, 2020, pp. 1137-1155.

8 TANZILLO, M.: "Rating reputazionale tra consenso dell'interessato e principi dell'ordinamento italo-europeo", cit., p. 367 ss. Para más información, ver LO SAPIO, G.: "Rating reputazionale, consenso valido e comprensione dell'algoritmo alle prese con l'era digitale", *federalismi.it*, 2021, p. 2 ss.

9 CARDONE, M.: "Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato", *federalismi.it*, 2020, pp. 1-15.

Desde esta perspectiva el Tribunal no estuvo de acuerdo con que la razón de la ilicitud de la plataforma y del correspondiente tratamiento de datos personales sostenida por el Garante de la privacidad se encontrara fundamentalmente en la ausencia de un marco normativo adecuado, pertinente en virtud del Decreto Legislativo número 196 del 2003, art. 11 letra a) como fundamento del sistema predispuesto de recogida y tratamiento de datos personales; y ello a pesar de que el sistema es susceptible de afectar fuertemente a la repercusiones calificadoras sobre la vida privada de las personas encuestadas¹⁰.

A juicio del Tribunal no podía negarse a la autonomía privada la facultad de organizar sistemas de acreditación de sujetos, prestando servicios en el sentido amplio de evaluación, con vistas a su incorporación al mercado, celebración de contratos y gestión de relaciones económicas¹¹.

IV. LA SOLUCIÓN PROPUESTA POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN ITALIANO.

Por consiguiente la «Avvocatura generale dello Stato», en nombre del garante de la privacidad, ha recurrido la citada resolución por los siguientes motivos: a) la falta de examen del hecho decisivo que representa el supuesto desconocimiento del algoritmo utilizado para asignar la nota de calificación, con la consiguiente falta del necesario requisito de transparencia del sistema automatizado funcional para hacer consciente el consentimiento prestado por el interesado; b) la falta de examen de hecho, que afecta al requisito de transparencia del algoritmo utilizado para el tratamiento de los datos, invalida la apreciación del Tribunal sobre la pertinencia del consentimiento prestado; c) el derecho a la información se vulnera en general en un sistema en el que el interesado no está en condiciones de conocer el funcionamiento del algoritmo en el que se basa el tratamiento de los datos personales; d) el principio de legalidad, equidad y transparencia exigido por la ley, también se vulnera por la omisión expuesta; e) la forma en que se insertaron las cláusulas contractuales relativas a la publicación de los actos y documentos de las contrapartes; f) la falta de examen de un hecho determinante relativo a la previsión de sanciones en caso de retirada de la autorización para publicar datos relativos al incumplimiento del contrato.

El Tribunal Supremo de Casación, al estimar fundados los motivos *ut supra*, recuerda cómo la cuestión de la imposibilidad de conocer el algoritmo utilizado para determinar la calificación, reputación al haber sido planteada por el Garante de la privacidad que el Tribunal de Roma consideró que el tratamiento de los

¹⁰ Cfr. BINI, M.: "Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo", *Società*, 2019, pp. 430-437.

¹¹ LO SAPIO, G.: "Rating reputazionale, consenso valido e comprensione dell'algoritmo alle prese con l'era digitale", *cit.*, p. 4.

datos personales de los miembros del sistema de la asociación era legítimo porque estaba validado por el consentimiento y, por tanto, porque era una expresión de la autonomía privada¹².

A efectos de la licitud del tratamiento basado en el consentimiento, el artículo 23 del Decreto Legislativo número 196 del 2013 (Código de la privacidad) presupone no sólo el consentimiento, sino también que éste se haya otorgado válidamente¹³. En concreto, observa el Tribunal Supremo el artículo 23: a) el tratamiento de datos personales por particulares o entidades públicas de carácter económico, solo está permitido, con el consentimiento expreso del interesado; b) el consentimiento puede referirse a la totalidad del tratamiento o a una o varias de sus operaciones; c) el consentimiento solo es válido, si se expresa libre y específicamente con referencia a una operación de tratamiento «claramente identificada», si se documenta por escrito y si se ha facilitado al interesado la información, a qué se refiere el artículo 23 *ut supra*; d) el consentimiento se dé por escrito cuando el tratamiento se refiera a datos sensibles¹⁴.

V. CONCLUSIONES.

Para llegar a las conclusiones de este trabajo, conviene señalar que en el presente caso el tratamiento era (y es) funcional a la determinación del perfil reputacional de los sujetos.

La apreciación de la licitud de tal tratamiento el consentimiento no podría ser realizada por el Tribunal sin la previa consideración de los elementos susceptibles de incidir en la gravedad del hecho, y entre éstos también, y precisamente los elementos implicados y considerados en el algoritmo pertinente, cuyo funcionamiento es esencial para el cálculo de la calificación.

La falta de transparencia del algoritmo utilizado para este fin concreto no fue negada por la sentencia recurrida, que se limitó a considerar no determinantes

12 CAZZETTA, G.: "Autonomia privata e autorità nei procedimenti di regolazione della crisi di impresa", *Rass. dir. civ.*, 2020, pp. 496-532. A continuación, apoyaba esta afirmación añadiendo que la realidad nacional y supranacional actual conoce ampliamente fenómenos de evaluación y certificación por parte de particulares, también reconocidos a efectos de certificación de calidad y/o de cumplimiento de normas técnicas. Así, la falta de un marco normativo que establezca la calificación reputacional propuesta por la asociación, análogo, por ejemplo, a la denominada calificación de empresas del Decreto Legislativo número 50 del 2016, artículo 83, no podría interceptar un defecto de licitud del sistema.

13 Casación civil, sec. I, sentencia 2 de julio de 2018, número 17278 y Casación civil, sec. I, ordenanza 21 de junio de 2018 número 16358, en *DeJure online*.

14 En el marco de normas y principios, la expresión «claramente identificada» -que caracteriza el tratamiento de datos personales- presupone que el consentimiento debe ser informado previamente en relación con un tratamiento bien definido en sus elementos esenciales, de modo que pueda decirse que ha sido expresado libre y específicamente desde esa perspectiva.

A este respecto, incumbe al responsable del tratamiento aportar pruebas de que el acceso y el tratamiento impugnados son atribuibles a los fines para los que se solicitó -y obtuvo- válidamente el debido consentimiento. Cfr. LO SAPIO, G.: "Rating reputazionale, consenso valido e comprensione dell'algoritmo alle prese con l'era digitale", cit., p. 8

las dudas sobre. El sistema de cálculo automatizado para la definición de la calificación reputacional al por entender que la validez de la fórmula afectaría «al momento valorativo del procedimiento», frente al cual correspondería, en cambio al mercado «establecer la eficacia y bondad del resultado o servicio prestado por la plataforma»¹⁵.

Este razonamiento, en opinión de los Jueces de última instancia, no puede compartirse jurídicamente, ya que el problema no se limitaba (ni se limita) a la respuesta perentoria del mercado - síntesis metafórica para indicar el lugar y el momento en que se realiza el comercio en los más diversos niveles - respecto a la ordenación de las calificaciones atribuidas a los distintos operadores.

El problema para la licitud del tratamiento, lo constituía en cambio (y lo constituye) la validez -precisamente- del consentimiento que se supone otorgado en el momento de la adhesión. Y no puede, lógicamente, afirmarse que la adhesión a una plataforma por parte de sus miembros incluya también la aceptación de un sistema automatizado que hace uso de un algoritmo, para la evaluación objetiva de datos personales, cuando no se da a conocer el esquema ejecutivo en el que se expresa el algoritmo y los elementos considerados para ello¹⁶.

Por estas razones, el Tribunal de Casación al anular la sentencia, establece que el Tribunal de Roma debe respetar el siguiente principio de derecho: en materia de tratamiento de datos personales, el consentimiento solo es válido si se expresa libre y específicamente con referencia a un tratamiento claramente identificado; de ello se deduce que, en el caso de una plataforma web (con archivo informático adjunto) destinada al tratamiento de los perfiles de reputación de personas físicas o jurídicas individuales, centrada en un sistema de cálculo con un algoritmo en su base destinado a establecer puntuaciones de fiabilidad, el requisito del conocimiento no puede considerarse satisfecho cuando el esquema ejecutivo del algoritmo y los elementos que lo componen permanecen desconocidos o no pueden ser conocidos por los interesados¹⁷.

15 MACIARIELLO, E.: "La responsabilità da «rating»: analisi dell'articolo 35-bis del Regolamento (CE) 1060/2009", *Banca impresa società*, 2018, pp. 157-188.

16 Cfr. BIRGILLITO G. y BIRGILLITO, M.: "Algoritmi e valutazioni: strumenti per gestire i rapporti di lavoro. Proposte per rinegoziare le condizioni lavorative per i «drivers» di piattaforme", *Labour & Law Issues*, 2018, pp. 1-26.

17 Para más información, ver LO SAPIO, G.: "Agenzie di «rating» e manipolazione del mercato", *Riv. dir. pen. econ.*, 2018, pp. 506-527. Cfr. LO SAPIO, G.: "Rating reputazionale, consenso valido e comprensione dell'algoritmo alle prese con l'era digitale", cit., p. 14. El autor, con referencia específica al fenómeno de la inteligencia artificial, sostiene que «entre todos ellos, se vislumbra un problema general: el relativo a la coordinación del futuro Reglamento I.A. con el Reglamento sobre protección de datos de carácter personal, respecto del cual, como la propia Comisión refiere textualmente, el primero constituiría una fuente de igual rango y eficacia integradora; así, su valor interpretativo revitalizador podría vislumbrarse también para la propia calificación de las nociones, nunca definidas con precisión, de datos personales y anónimos».

BIBLIOGRAFÍA

AMMANNATI, L. y GRECO, G. L.: “Piattaforme digitali, algoritmi e «big data»: il caso del «credit scoring»”, *Riv. dir. econ.*, 2021.

BINI, M.: “Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo”, *Società*, 2019.

BIRGILLITO G. y BIRGILLITO, M.: “Algoritmi e valutazioni: strumenti per gestire i rapporti di lavoro. Proposte per rinegoziare le condizioni lavorative per i «drivers» di piattaforme”, *Labour & Law Issues*, 2018.

BORGHESI, A.: “«Non performing loans» l'eredità della grande crisi come sfida per il sistema bancario europeo”, *Riv. dir. econ.*, 2020.

CARDONE, M.: “Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato”, *federalismi.it*, 2020.

CAZZETTA, G.: “Autonomia privata e autorità nei procedimenti di regolazione della crisi di impresa”, *Rass. dir. civ.*, 2020.

DE POLI, M.: “«Rating» e tutele”, *Riv. dir. bancario*, 2020.

FERRARESE, M. R.: “La geografia mobile della «governance» globale”, *Gnosis*, 2020.

LO SAPIO, G.:

- “Agenzie di «rating» e manipolazione del mercato”, *Riv. dir. pen. econ.*, 2018.
- “Rating reputazionale, consenso valido e comprensione dell'algoritmo alle prese con l'era digitale”, *federalismi.it*, 2021.

MACIARIELLO, E.: “La responsabilità da «rating»: analisi dell'articolo 35-bis del Regolamento (CE) 1060/2009”, *Banca impresa società*, 2018.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: “Sobre la obligación de contabilidad y la calificación culpable del concurso del empresario”, en AA.VV.: *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, 2018.

RECINTO G., MEZZASOMA, L. y CHERTI, S.: *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.

SCARPA, D.: “Modello comportamentale e negoziale dell'intermediario finanziario e conseguente responsabilità civile”, *Nuovo dir. società*, 2020.

TANZILLO, M.: "Rating reputazionale tra consenso dell'interessato e princípi dell'ordinamento italo-europeo", *Tecnologie diritto*, 2022.

DERECHO FAMILIAR A Oponerse a la Autopsia y
Consiguiente Extirpación de Órganos de un Hijo
Amparado en Motivos Religiosos. A Propósito de
la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos
Humanos (Sección Cuarta) de 20 de Julio de 2021

*FAMILY RIGHTS TO OPPOSE AUTOPSY AND SUBSEQUENT
REMOVAL OF A CHILD'S ORGANS FOR RELIGIOUS REASONS.
REGARDING THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS (FOURTH SECTION) OF JULY 20, 2021*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 56-91



Jorge
ENRÍQUEZ
SORDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de febrero de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: El objetivo de este artículo es reflexionar sobre el derecho a oponerse a la práctica de la autopsia y el impacto que tiene la defensa del interés general o científico como límite a su ejercicio. En la medida en que vayamos comentando la sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 20 de julio de 2021, analizaremos quiénes son los distintos sujetos legitimados para disponer u oponerse a la autopsia de un cadáver, cuál es la calidad y contenido de su situación jurídica de poder, así como la manera en que deben solucionarse los conflictos de intereses que se susciten cuando dichas figuras entran en colisión. Además, valoraremos si este derecho está recogido en los arts. 8 y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y explicaremos el camino que ha seguido la jurisprudencia creada por la alta Corte al respecto. Se comentará al unísono la legislación austriaca que rige la materia y que fue objeto de consulta por parte del Tribunal a la hora de dictaminar el caso. Finalmente, se analizará el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la importancia de que se establezcan mecanismos de protección preventiva en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: Derecho de disposición sobre el cadáver; derecho a oponerse a la autopsia; potestad sobre el cadáver; proceso civil; cadáver; medidas preventivas; dignidad humana; creencias religiosas.

ABSTRACT: *The objective of this article is to reflect on the right to oppose the practice of autopsy and the impact of defending the general or scientific interest as a limit to its exercise. To the extent that we comment on the judgment of the Strasbourg Court of July 20, 2021, we will analyze who the different subjects entitled to order or oppose the autopsy of a corpse, what is the quality and content of their legal status of power, as well as how conflicts of interest that arise when these figures collide should be resolved. In addition, we will assess whether this right is included in articles 8 and 9 of the European Convention on Human Rights, and we will explain the path followed by the jurisprudence of the High Court in this regard. The Austrian legislation that governs the matter and that was the subject of consultation by the Court at the time of ruling on the case will be commented on in unison. Finally, article 13 of the European Convention on Human Rights and the need to establish preventive protection mechanisms in this area will be analyzed.*

KEY WORDS: *Right to dispose of the corpse; right to oppose the practice of autopsy; authority over the corpse; civil proceedings; dead body; precautionary measures; human dignity; religious beliefs.*

SUMARIO.- I. A MODO INTRODUCTORIO.- II. PARA SITUARNOS EN LO ACONTECIDO.- III. SOBRE LOS SUJETOS LEGITIMADOS.- IV. A PROPÓSITO DE LA UTILIZACIÓN DE LOS ARTS. 8 Y 9 DE LA CEDH COMO FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.- V. INTERESES PÚBLICOS O CIENTÍFICO VS DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER. ¿ES NECESARIO OBSERVAR UNA ALTA CONDUCTA BIOÉTICA SOBRE LA BASE DEL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA CON PREFERENCIA AL PROGRESO DE LA CIENCIA EN EL ÁMBITO DE LA SALUD?- VI. EL DERECHO A DISPONER SOBRE LA REALIZACIÓN DE LA AUTOPSIA Y SU CONTENIDO.- VII. A PROPÓSITO DEL VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ PASTOR VILANOVA Y LA IMPORTANCIA DE REFORZAR LA IMPLEMENTACIÓN DE UN ENFOQUE PREVENTIVO.

I. A MODO INTRODUCTORIO.

El hecho jurídico muerte constituye un acontecimiento natural, hasta el momento irreversible, además de trágico y en la mayoría de los casos inevitable; otras veces impredecible, pero sin lugar a dudas, doloroso. El dolor es más intenso cuando se trata de la pérdida de un hijo, y aún más si esta tiene lugar cerca del momento del nacimiento. Aunque existan sospechas de que algo no está funcionando correctamente, aunque la ciencia te trate de explicar que tu pariente o amigo no sobrevivirá, la razón no es lo que prima en los dolientes, estos se niegan a aceptar tal verdad y se aferran a la esperanza de que esa persona querida no muera. En ese instante la razón se ve oscurecida por las emociones y la situación que se nos presenta requiere ser abordada con mucha sensibilidad, responsabilidad y profesionalidad. Además, debe existir una ética de trabajo y un respeto por parte de los médicos o del personal sanitario que interviene en sede de disposición sobre el cadáver, ya sea informando del fallecimiento (o la posibilidad de que ocurra), procurando la obtención del consentimiento para realizar determinado proceder o directamente en la toma de decisiones (en especial cuando hablamos de un recién nacido).

La muerte trae aparejada un conjunto de consecuencias jurídicas en derredor suyo, que afectan tanto la esfera patrimonial como personal de un ser humano -esta última es la que nos interesa abordar aquí-. La sentencia dictada por los magistrados de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo adelante TEDH), de fecha 20 de julio de 2021, nos obliga a reflexionar

• Jorge Enríquez Sordo

Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana en el año 2006. Máster en Bioética por la Universidad de la Habana en el año 2013. Ejercí durante dos años como juez profesional en la provincia de La Habana. Ejercí durante seis años como Notario Público con competencia en la provincia de La Habana. Me desempeñé como profesor, con categoría docente principal de auxiliar, contratado a tiempo completo en la Facultad de Derecho de La Universidad de La Habana hasta el 2018. Vinculado a la docencia universitaria durante más de diez años, perteneciendo al departamento de Derecho Civil y Familia de la Universidad de La Habana. Actualmente soy doctorando en la Universidad de Valencia. Email: jenriquezsordo@gmail.com.

nuevamente sobre los derechos y potestades que recaen sobre el cadáver de una persona (en este caso el de un recién nacido), sobre cuál es el alcance de los mismos, cuál es la conducta ética que se debe observar, cuáles los principios éticos y jurídicos que deben ser tenidos en cuenta y los valores que deben informar al Derecho y a la Ciencia y que permiten ponderar equilibradamente ante la colisión que puede tener lugar entre intereses válidos y dignos de tutela jurídica (como puede ser el interés científico que fundamenta la necesidad de practicar una autopsia y, por otra parte, el derecho a oponerse a ella).

Igualmente, nos lleva a cavilar sobre la naturaleza jurídica de la situación de poder que ostenta cada uno de los sujetos que intervienen, que los legitima para actuar sobre determinado cadáver, y lo difícil que puede resultar encuadrarla en la normativa de la Convención Europea de Derechos Humanos estricto *sensu* (en lo adelante CEDH). Solo una mente jurídica capaz, dotada de abstracción, alejada de rigideces y respaldada por valores como la justicia o el respeto a la dignidad humana (como la de muchos de los jueces que conforman la Corte de Estrasburgo y que ha quedado plasmada en su jurisprudencia), puede dar cabida a que una situación que no ha sido recogida de manera explícita en su texto, obtenga tutela (claro está, que ello va unido al potencial de abstracción que el legislador le imprimió al redactar el precepto).

Asimismo, es preciso reflexionar sobre la demora en la sustanciación de los procesos y cómo esto hace que la verdadera administración de justicia se vea difuminada. Ello, a su vez, conlleva que las personas revivan constantemente el duelo, sin un adecuado cierre, que se corporifica en una iatrogenia de orden psicológico. Este daño se produce a través del paso por las diferentes instancias y recursos que componen la administración de justicia (lo que incluye a sus funcionarios), ya sea deliberadamente o no. Aunque la persona sea compensada económicamente, moral o inmaterialmente, el daño no puede ser reparado, sobre todo en relación con la temática que tratamos, donde el retorno a la situación anterior es, en muchas ocasiones, imposible.

A continuación, profundizaremos en los temas esbozados en la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, con el objetivo de ofrecer algunas reflexiones respecto a lo ocurrido en el caso y que puedan servir de orientación ante situaciones que acontezcan en el futuro y que guarden cierta semejanza. Para ello, nos situaremos en el contexto de lo sucedido, pasando a determinar los derechos y potestades en juego (que intentaremos categorizar) y la legitimidad de los sujetos que son partícipes de las relaciones jurídicas que sirven de base a la litis. Asimismo, queremos dilucidar los límites del derecho de disposición sobre el cadáver respecto a la posibilidad de autorizar u oponerse a una autopsia y cómo se ejerce este en función de los sujetos involucrados. De manera similar, trataremos de abordar la

pertinencia del empleo de los art. 8 y 9 del CEDH al caso en concreto; así como, la importancia de que existan en las legislaciones recursos que ofrezcan soluciones rápidas y eficaces, más allá de una indemnización pecuniaria que se prolongue en el tiempo. A medida que vayamos comentando la sentencia, analizaremos los fundamentos de derecho interno que caracterizan la realidad de Austria y que sirven de sustento a la Corte para llegar a su fallo.

II. PARA SITUARNOS EN LO ACONTECIDO.

En fecha 29 de febrero de 2016 se interpuso la demanda número 12886 ante el TEDH, la misma, fue establecida por la señora *Leyla Polat* contra la República de Austria. Se refiere a la objeción que la demandante formuló en su momento con relación a que se practicara una autopsia sin su consentimiento a su hijo nacido de forma prematura y fallecido a los pocos días. La demandante estima que sus derechos fueron vulnerados en virtud de los arts. 8 y 9 del CEDH, ya que no había sido previamente informada sobre el alcance de esto, ni con respecto a la extracción de los órganos con fines de conservación; además, considera que no existía ningún recurso legal para impugnar dicho proceder¹.

La demandante quedó embarazada en 2006 y recibió tratamiento médico en el Hospital Regional de Feldkirch (un establecimiento hospitalario público). Los exámenes prenatales indicaron que el feto presentaba claros síntomas del “Prune-Belly-Syndrome” y, por lo tanto, probablemente nacería con una discapacidad.

El médico responsable de su caso le comunicó que su hijo probablemente no sobreviviría y de la posible necesidad de realizar una autopsia del cuerpo, para aclarar la causa exacta de la muerte y evaluar si tal malformación podría ocurrir en otro niño (en particular, la futura descendencia de hermanos ya nacidos). La señora Polat y su esposo se negaron a aceptar un examen *post mortem* debido a sus creencias musulmanas, ya que deseaban lavar ritualmente el cadáver antes del funeral y para ello, este debía permanecer lo más incólume posible.

El niño nació en el hospital el 3 de abril de 2007 (fue un parto prematuro en la semana 25), y a pesar de recibir atención médica intensiva, murió dos días después a causa de una hemorragia cerebral. Los padres fueron interpelados una vez más para recabar su consentimiento con respecto a la realización de la necropsia y poder precisar con exactitud la causa de la muerte y otras cuestiones de interés científico, además de razones de carácter profiláctico. Los dos progenitores mostraron su voluntad de forma explícita en contra y ratificaron su posición al

¹ El texto oficial de la sentencia se encuentra en inglés. A los efectos del presente trabajo y del lector al que va dirigido iré comentando y parafraseando su texto en castellano (traducción libre de mi autoría). Sobre la original véase STEDH 20 julio 2021 (TEDH 2021, 85).

respecto. A pesar de su oposición, el médico les notificó que la prueba se realizaría para esclarecer el diagnóstico.

Se practicó una autopsia al cuerpo del niño y prácticamente todos los órganos internos fueron extraídos y conservados en el hospital para una evaluación integral. Además, se extirpó una gran parte del tracto urinario, lo que significaba que el sexo del bebé ya no era evidente. El hospital entregó el cadáver del pequeño a la demandante y a su cónyuge después del 8 de abril de 2007, sin revelar el alcance de la autopsia y cómo ello había dañado estéticamente el cuerpo y hasta qué punto podía impedir el ritual religioso que pretendían ejecutar. El cuerpo estaba completamente vestido y llevaba puesto una gorra. El rostro estaba demacrado, pero no se podía distinguir debido a la vestimenta si se había hecho un examen *post mortem* (y, de ser así, qué tan extenso había sido) o si se habían extirpado órganos. La demandante y su esposo, por ende, pensaban que el cuerpo se encontraba en un estado adecuado para ser trasladado a Turquía y enterrado de conformidad con sus creencias musulmanas.

El hijo difunto fue trasladado a su localidad natal para el funeral. Durante la ceremonia fúnebre, el cuerpo del niño fue desvestido por la esposa de Hodja (en turco, "hombre erudito" -la persona religiosa que realiza la ceremonia-) y por su propia madre. Durante ese procedimiento, las dos notaron que se le había efectuado una autopsia de cuerpo completo, es decir, todo el cuerpo y la cabeza habían sido cortados y cosidos. Se notaba que los órganos internos habían sido removidos y los genitales no eran reconocibles. Debido a que los genitales del niño fallecido ya no eran identificables, el lavado ritual no pudo hacerse (ya que existen diferentes rituales de lavado para hombres y mujeres fallecidos), y el funeral tuvo que ser cancelado. Los invitados reprocharon a la demandante y a su esposo por el deplorable estado del cuerpo. El niño fallecido debía ser enterrado en otra comunidad, sin el lavado ritual y la ceremonia requerida por la fe musulmana de los progenitores.

Tras el regreso de la demandante a Austria, solicitó al hospital que le devolvieran los órganos de su hijo fallecido. Inicialmente, el hospital negó que se hubieran extirpado órganos del cuerpo. Después de que el Defensor del Paciente de *Vorarlberg (Patientenanwalt)* interviniera, el Hospital acordó restituir algunos de los órganos extraídos el 24 de abril de 2007, para que pudieran ser enterrados junto al resto del cuerpo. El 1 de octubre de 2007, tras una nueva intervención del Defensor del Paciente, recibieron el resto de los órganos a fines de que fueran inhumados.

En la primera instancia, el Tribunal Regional de *Feldkirch (Landesgericht)* admitió la reclamación de la demandante mediante sentencia de 9 de julio de 2012 y consideró que se había producido una violación al practicar la autopsia sin el

consentimiento de los padres y no consideraba que existiera un interés científico que permitiera contravenir esa voluntad.

El Hospital, como parte demandada, recurrió la decisión ante el Tribunal de apelación de *Innsbruck (Oberlandesgericht)*; el recurso fue admitido el 8 de noviembre de 2012 por considerarse que había existido vicio de procedimiento y se remitieron las actuaciones de vuelta al Tribunal de Instancia a fin de que se obtuvieran los peritajes médicos señalados y se dictara una nueva sentencia. El Tribunal Regional obtuvo los dictámenes pertinentes y volvió a ratificar su decisión anterior, ahora con una nueva resolución de fecha 13 de agosto de 2014. El 4 de diciembre de 2014, el Tribunal de Apelación de *Innsbruck* admitió un recurso presentado por el hospital y le dio la razón.

La señora *Polat* presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, reiterando los argumentos presentados en las instancias anteriores y añadiendo que se habían violado sus derechos en virtud del art. 9 del CEDH, y solicitó que se iniciara un procedimiento ante el Tribunal Constitucional para revisar la constitucionalidad del § 25 (I), de la Ley Federal de Hospitales, y requerir una decisión prejudicial del TEDH al respecto.

El Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) rechazó el recurso extraordinario de la demandante sobre cuestiones de derecho el 25 de septiembre de 2015 y no observó ninguna razón para poner en marcha un procedimiento ante el Tribunal Constitucional con el objetivo de verificar las disposiciones en cuestión, o para solicitar una decisión prejudicial del TEDH. El Tribunal Supremo notificó a la demandante su decisión el 20 de octubre de 2015.

III. SOBRE LOS SUJETOS LEGITIMADOS.

Cabe señalar que el fundamento de este caso se basa en una de las manifestaciones del derecho de disposición sobre el cadáver (aquella que respecta a disponer sobre la integridad física de este, específicamente mediante la realización de una autopsia o la oposición a ella). Asimismo, es preciso tener en cuenta que nos encontramos con diferentes sujetos, cuya posibilidad jurídica de actuación varía en función de su cualidad (ya sea porque se trate de la propia persona, de familiares o de terceros no familiares).

El derecho a disponer sobre el cadáver corresponde en primer lugar a la persona en vida, como un derecho inherente a la personalidad. Si la persona no pudo o no quiso ejercitar su derecho, con la muerte, nace en sus familiares más cercanos, el poder de pronunciarse en un sentido u otro y dentro de determinados límites².

2 Dicho poder puede variar de una legislación a otra (en lo que respecta a su naturaleza y contenido), así como en lo referente al orden de prioridad que se establece entre los diferentes sujetos legitimados. Ergo,

En ausencia de familiares, surge en determinadas instituciones (materializada en aquellas personas que determina la Ley) la posibilidad de tomar una decisión, pero ya no como un derecho, sino más bien como una potestad.

En el presente caso, la situación jurídica de poder nace, con la muerte del hijo, en sus padres, y adquieren la condición de sujetos legitimados para pronunciarse respecto al destino final de su cadáver y partes. No actúan en ejercicio de un derecho de su hijo, sino como titulares originarios, ya que la posibilidad que le correspondía a su prole; de disponer sobre su cadáver, se extinguió con el fallecimiento, sin poder hacer uso de él, debido a su corta edad.

Por otro lado, tenemos al personal médico a cargo del caso, quienes, como representantes del hospital público en el que efectúan su trabajo, serían los legitimados para disponer la autopsia en determinados supuestos que establece la legislación austriaca.

La Ley Federal de Hospitales de Austria reconoce en su § 25 (2), el derecho de los familiares más cercanos a oponerse a la práctica de la autopsia y al mismo tiempo admite el derecho de la persona en vida a disponer en este sentido. No obstante, el mismo debe examinarse en concordancia con el numeral (1), el cual establece los supuestos en los que se debe llevar a cabo una autopsia a los cuerpos de los pacientes ingresados en hospitales públicos, quedando los mismos reducidos a aquellos casos ordenados por la policía médica, los que guarden relación con un procedimiento penal y en los que sea necesaria para proteger otros intereses públicos o científicos (y aquí incluye supuestos de falta de claridad en el diagnóstico o en caso de una intervención quirúrgica)³.

Cabe destacar que se trata de un fallecimiento ocurrido en un hospital público, lo que haría pensar que no se aplica en el caso de un deceso en un hospital privado al matizarlo así la norma. Esto tendría sentido dado que, en Austria, los derechos y obligaciones de los pacientes de los hospitales privados se evalúan conforme al derecho civil, por lo que se podría entender que ante una muerte que tuviera lugar en estos recintos, tendría prioridad la voluntad del fallecido o

no siempre se podrá hablar de que se trata de un derecho, sino más bien que nos encontremos ante una potestad u otra figura jurídica. En consecuencia, las posibilidades de actuación van a estar determinadas por la naturaleza de la figura en cuestión y además limitadas por la cultura, las costumbres, la moral y otros aspectos relacionadas con el interés general (como la protección de la salud pública, el desarrollo de la ciencia o la búsqueda de la verdad en una investigación criminal, entre otras). Esos límites, pueden apreciarse mejor, cuando entran en conflicto el derecho de la persona o de sus familiares con la potestad de aquellos terceros que ejercen la tutela de esos intereses superiores de carácter colectivo.

- 3 Entiendo yo que al especificar operación quirúrgica lo hace en el sentido de que la persona haya fallecido en el quirófano o que fuera operada y falleciera posteriormente y con ello determinar algún nexo causal entre la muerte y el acto quirúrgico, pues lo contrario sería muy invasivo en el ámbito privado. ¿Cuál sería la finalidad de esto?, ¿acaso eximir de responsabilidades al cirujano?, ¿cuál sería el interés científico en ello? Y me formulo estas interrogantes, porque si la cuestión fuera la falta de claridad en el diagnóstico de la causa de la muerte, no sería necesario especificar el supuesto de intervención quirúrgica. No me queda del todo inteligible el fundamento de esta excepción al derecho.

de la familia respecto a la práctica de la autopsia (salvo los supuestos obligatorios que contempla cualquier legislación)⁴. No obstante, en su § 40, que establece qué preceptos de derecho público se aplican a los hospitales privados, se indica en el numeral (1), inciso b) que se practicarán las autopsias con la salvedad de que sean necesarias por ambigüedades diagnósticas del caso o por intervención quirúrgica⁵. De esta manera, y aparentemente, no extiende la práctica de la misma amparada en el motivo de “proteger otros intereses públicos o científicos”, que sí está presente en el texto original del § 25 (1). Hasta cierto punto, la decisión resulta acertada, dado que refuerza el interés particular con respecto al general, especialmente cuando la norma no es del todo explícita en cuanto a qué incluye ese interés público o científico, quién lo determina o cómo se reclama ante una inconformidad; aspecto que en cierta medida derivó en el daño ocasionado a la actora (por la demora en obtener una respuesta y la imposibilidad de objetarlo).

La Ley de Funerales del *Land* de *Voralberg* establece en su § 12 (2), la necesidad de que exista consentimiento en vida del difunto o en su defecto autorización escrita por parte de los familiares para poder realizar una autopsia cuando no se dan las excepciones previstas en la norma. En el numeral (1) se recoge la excepción de que exista una orden del ministerio público o del alcalde a fin de aclarar la causa de la muerte; y en el (3) se plantea que la muerte haya ocurrido en hospitales y sea necesario para proteger otros intereses públicos o científicos (y vuelve a hacer las mismas salvedades que ya vienen contenidas en el § 25 de la Ley Federal de Hospitales).

Por otra parte, el numeral 2 del § 3 de la Ley de Funerales del *Land* de *Voralberg* reconoce el derecho de los familiares a encargarse del entierro (en ausencia de voluntad en contrario del difunto), o ejecutar otros arreglos y dar su consentimiento por escrito para aquellos casos que no se encuentran como excepciones en la Ley, como es el caso de la práctica de la autopsia. Asimismo, el §12 (2) hace referencia a este y confirma que debe haber un consentimiento por escrito de los familiares. Del mismo modo, el § 3 (6) enumera a los parientes, el orden de prelación entre ellos y la jerarquía entre aquellos de igual grado ante puntos de vista discrepantes (este catálogo incluye a los ascendientes, que en el caso que nos ocupa serían los padres).

Como se muestra en el § 3, la persona tiene derecho a disponer el destino final del cadáver en primer lugar; en su defecto, los familiares tienen derecho y obligación de hacerlo, tal como se confirma en el numeral 6 al establecer que los derechos mencionados en los numerales (1), (2) y (3) solo corresponden a ellos.

4 Así lo establece el § 39 (2) de la Ley Federal de Hospitales.

5 Es oportuno señalar que, en la versión original de la Ley federal de Hospitales de 1957, en su § 40 (1), pero inciso c), si se establecía que la autopsia solo se podía practicar en hospitales privados si existía consentimiento del pariente más cercano, limitando así mucho más la esfera de actuación pública.

El Estado tiene la potestad de intervenir en relación con los muertos, cuando sea necesario, por cuestiones de necesidad (interés docente o científico, dudas respecto a las causas de la muerte, investigaciones policiales o judiciales de orden civil), o cuando constituya una obligación vinculada con el deber de piedad con relación a los muertos (necesidad de conferir digna sepultura). En lo que respecta a la potestad de ordenar la autopsia clínica, parece que puede estar reglada o dejar cierto margen a la discrecionalidad. Este margen de discrecionalidad que se confiere en el ámbito clínico, fue lo que llevó al TEDH a declarar con lugar la demanda, pues esa posibilidad de escoger uno u otro camino debe, al menos en sede de derecho de disposición sobre el cadáver, estar guiada por el respeto a la dignidad humana. Y obliga a realizar una aguda ponderación de los intereses en juego (cuestión que estuvo ausente).

Además, al consultar la Ley de Hospitales del *Land* de *Vorarlberg*, en lo que concierne a las autopsias, su § 50 hace referencia a la Ley de Funerales, ya mencionada, ratificándola como la norma que rige esta materia⁶.

Por lo tanto, tenemos en el presente caso una situación en la que existen dos sujetos con posible aptitud para pronunciarse sobre la realización o no de la autopsia. Por un lado, los padres, quienes, sin duda, tienen derecho a disponer del cadáver de su hijo fallecido y cuya autorización por escrito es necesaria para practicar una autopsia clínica cuando no exista necesidad de proteger intereses públicos o científicos. Por otro lado, está la institución hospitalaria, cuyo personal médico tiene la capacidad de decidir la realización de una autopsia cuando sea necesaria para proteger dichos intereses (entre los que se encuentran la incertidumbre diagnóstica o que se haya llevado a cabo una intervención quirúrgica). Una vez que nos adentremos más en estas líneas, analizaremos si existe una verdadera contradicción de intereses entre estas figuras y si el Tribunal actuó correctamente al resolverla. También tendremos en cuenta si es posible debatir sobre la existencia de un mejor derecho.

IV. A PROPÓSITO DE LA UTILIZACIÓN DE LOS ARTS. 8 Y 9 DE LA CEDH COMO FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.

La actora, en su argumentación, considera que el haber realizado la autopsia sin su consentimiento constituye una violación del derecho al respeto de su vida privada y familiar y de su derecho a la libertad de religión; además de que, a su juicio, los Tribunales de Austria no habían realizado una debida evaluación de los intereses en conflicto.

⁶ Versión consolidada de 16 de enero de 2023.

El art. 8 del CEDH, reconoce, en su apartado 1, el derecho al respeto de la vida privada y familiar; y en su apartado segundo, limita la injerencia de la autoridad pública y la constriñe a los siguientes supuestos: “[...]excepto cuando sea conforme a la ley y sea necesario en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención del desorden o del delito, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Y el art. 9 del CEDH, apartado primero, reconoce la libertad de religión y especifica que la misma incluye la libertad de cambiar de religión, así como, la libertad de manifestar solo o en comunidad esta, ya sea en el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia. En su apartado 2 establece límites similares a los dispuestos en el art. 9.

A primera vista, los preceptos en cuestión no se refieren al derecho de disposición sobre el cadáver; sin embargo, de acuerdo con la dogmática seguida en el CEDH, serían los más adecuados para esgrimir dada la forma en que están redactados (con cierto margen de abstracción, susceptibles de ser enriquecidos por la labor jurisprudencial de la Corte) y de esta manera ofrecer una protección indirecta⁷. En este contexto, es interesante analizar los argumentos presentados por el Tribunal al establecer la aplicabilidad de cada uno de esos artículos, así como la jurisprudencia que ha seguido.

A mi juicio, en el presente caso, todo se deriva del hecho de que se ha vulnerado el derecho de la persona a disponer el destino final del cadáver de su hijo, con el consiguiente daño moral y las consecuencias que tuvo en términos de frustrar la posibilidad de manifestar su religión de una manera determinada (mediante la práctica del ritual funerario). Lo que se encuentra en cuestión es determinar quién posea un mejor derecho para disponer y, en segundo lugar, si ostentando esa mejor condición, podría haber actuado de esa forma. Dicho de otro modo, si el demandado hubiera sido titular de una situación de poder de mejor calidad, no habría existido una intromisión ilegítima en la vida privada y familiar. Por el contrario, si a pesar de estar en mejor situación de poder jurídico, hubiera incumplido determinados deberes éticos y legales, si existiría una violación.

7 En este sentido, en el caso *Sargasyan* contra Azerbaiyán, la Corte recuerda además que el concepto de “vida privada” es amplio, no susceptible de una definición exhaustiva, que comprende en particular el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. Vid. STEDH 16 junio 2015 (JUR 2015, 156018). En *Petrova* contra Letonia, reitera que los conceptos de vida privada y familiar son términos generales no susceptibles de una definición exhaustiva. Vid. STEDH 24 junio 2014 (TEDH 2014, 43). En *Elli Poluha Dödsbo* contra Suecia, se pronuncia de igual manera. Vid. STEDH 17 enero 2006 (TEDH 2006, 8). También pueden consultarse en este sentido *Hadri-Vionnet* contra Suiza, STEDH 14 febrero 2008 (TEDH 2008, 12) y *Sabançiyeva* y otros contra Rusia, STEDH 6 junio 2013 (JUR 2013, 177182).

Por otra parte, la posibilidad de realizar el ritual funerario conforme lo determine la persona o la familia, constituye una manifestación del ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver. Aunque el derecho a mostrar las creencias religiosas mediante una práctica funeraria es un añadido que acompaña al ejercicio del derecho, que lo acota y cuya frustración puede ser invocada para fundamentar el daño moral causado, no es el derecho en sí mismo. En el caso en concreto, si la práctica de la autopsia hubiera sido legítima, y se les hubiera comunicado en qué estado se encontraba el cadáver en relación con los fines perseguidos, ellos no habrían podido practicar el ritual funerario de la manera que tenían prevista y estarían obligados a velarlo de otra forma o desistir de ello.

En cambio, si no hubiesen tenido conocimiento del alcance de la autopsia (como de hecho ocurrió) y esta hubiera sido legítima, si existiría la posibilidad de reclamar el daño moral causado, no por violación del derecho de disposición sobre el cadáver, sino por la vergüenza a la que fueron expuestos y encontrarse el cadáver en unas condiciones que imposibilitaban la realización de la ceremonia religiosa. En el caso controvertido se plantean dos cuestiones, una, la indebida práctica de la autopsia, y otra, la frustración del ritual funerario de carácter religioso como consecuencia de una práctica indebida y de la falta de información respecto al alcance de esta. Aunque el derecho a realizar el velatorio no fue violado (puesto que ellos crearon las condiciones y lo organizaron conforme a lo que tenían previsto), sí se vio afectada la posibilidad de hacerlo de una determinada manera y, por ende, se frustró el derecho a manifestar su religión mediante ese acto, lo cual sí deriva de una intromisión ilegítima en la esfera privada y familiar (como apuntaré más adelante). Aquí, ellos expresaron sus creencias, pero el ritual se vio malogrado.

El derecho a disponer sobre el cuerpo humano muerto supone cierta complejidad en cuanto a su ejercicio, que está marcada por los sentimientos, las costumbres y las creencias religiosas, aunque estas no sean el derecho en sí, guardan relación con él. La norma establece una posibilidad de actuación en tanto figura general, que se va concretando y llenando de contenido y matices en dependencia de las costumbres del lugar, de la familia, de sus creencias religiosas o de su cosmovisión particular del final de la vida.

La Corte observa que el alcance del art. 8 del CEDH se refiere, principalmente, a las relaciones entre seres humanos vivos. No obstante, no se puede descartar la posibilidad de que se extienda a ciertas situaciones tras la muerte. Y cita como ejemplo de su jurisprudencia el caso de *Jones contra Reino Unido* de 13 de septiembre de 2005, que se refiere a la negativa de las autoridades a permitir que el demandante colocara una lápida con una fotografía en la tumba de su hija.

También podemos traer a colación como muestra del criterio seguido por la Corte, el asunto de *Elli Poluha Dödsbo* contra Suecia (STEDH 17 enero 2006), en la que se considera que el rechazo a autorizar el traslado de la urna que contenía las cenizas del esposo de la demandante es una cuestión dentro del ámbito de aplicación del art. 8⁸. En *Hadri-Vionnet* contra Suiza, (STEDH 14 febrero 2008), relativa al entierro por parte de las autoridades del niño nacido muerto de la demandante, se considera que el art. 8 es aplicable y que se ha violado el derecho de esta a asistir al entierro de su hijo, a la ceremonia y de ver sus restos mortales trasladados en un vehículo apropiado⁹.

En un caso más reciente, en *Sabanchiyeva* y otros contra Rusia, (STEDH 6 junio 2013), en el que las autoridades se negaron a devolver los cuerpos de sus familiares a los solicitantes y ordenaron su entierro en un lugar desconocido, se sostuvo que, habiendo privado así a los solicitantes de la posibilidad de conocer la ubicación de la tumba de sus difuntos y de poder ir allí posteriormente, dichas autoridades habían interferido en su vida privada y familiar¹⁰. De manera similar, en el caso de *Dzintra Elberte* contra Letonia, (STEDH 13 enero 2015), se cita a *Pannullo y Forte* contra Francia "(n.º 37794/97, § 36, ECHR 2001-X)", en el que el Tribunal consideró que la excesiva demora de las autoridades francesas en devolver el cuerpo de su hijo tras la autopsia era una injerencia con la vida privada y familiar de los solicitantes¹¹. En el caso *Petrova* contra Letonia, (STEDH 24 junio 2014), reconoció que la extracción de órganos o tejidos de un familiar fallecido sin consentimiento entraba dentro del ámbito de la "vida privada" de los familiares supervivientes¹². De la misma manera, en el caso de *Dzintra Elberte* contra Letonia, (STEDH 13 enero 2015), el Tribunal considera que se ha violado el art. 8 al extraerse parte del tejido del cadáver del esposo de la demandante y enviarlo a una empresa en Alemania para modificarlo en bio-implantes, con la intención de enviarlo de vuelta a Letonia para su trasplante, todo esto sin el consentimiento de la esposa¹³.

En último término, en el asunto *Solska y Rybicka* contra Polonia, (STEDH 20 septiembre 2018), estima que la exhumación de los restos de los difuntos maridos de las demandantes, realizada a pesar de las objeciones de las demandantes, podría ser considerada como una injerencia en su esfera relacional de tal modo y en tal grado que revele una interferencia con su derecho al respeto de su vida privada y familiar¹⁴.

8 Vid. STEDH 17 enero (TEDH 2006, 8).

9 Vid. STEDH 14 febrero 2008 (TEDH 2008, 12).

10 Vid. STEDH 6 junio 2013 (JUR 2013, 177182).

11 Vid. STEDH 13 enero 2015 (JUR 2015, 9783).

12 Vid. STEDH 24 junio 2014 (TEDH 2014, 43).

13 Vid. STEDH 13 enero 2015 (JUR 2015, 9783).

14 Vid. STEDH 20 septiembre 2018 (JUR 2018, 259469).

El Tribunal de Estrasburgo, teniendo en cuenta la jurisprudencia establecida por la sala y la falta de oposición por parte del gobierno en cuanto a la aplicabilidad del art. 8 del CEDH, consideró que la denuncia presentada por la demandante y su esposo en lo que se refiere a la realización de la autopsia sin su consentimiento está comprendida en el alcance de este artículo. De la misma manera, estimó que esto afecta su esfera social de tal manera y en tal grado que revela una interferencia con su derecho al respeto de su vida privada y familiar.

En cuanto a la aplicabilidad del art. 9 del CEDH, la Corte reitera que la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los fundamentos de una sociedad democrática. Y considera que la libertad religiosa es, ante todo, una cuestión de conciencia individual; pero también implica, entre otras cosas, la libertad de practicar la propia religión en solitario y en privado, o en comunidad con otros, en público y dentro del círculo de aquellos cuya fe se comparte. Y sentencia que constituye jurisprudencia sentada por el Tribunal que la manera de enterrar a los muertos representa un aspecto esencial de la práctica religiosa y está incluida en el derecho a manifestar la propia religión en el sentido del art. 9.

En el caso de *Izzettin Dogan y otros contra Turquía* (STEDH 26 abril 2016), la Corte concluyó que las actividades de las comunidades religiosas se rigen por reglas que a menudo son vistas por sus seguidores como de origen divino. Las ceremonias religiosas tienen un significado y valor sagrado para los creyentes si han sido conducidas por ministros capacitados para ello, en cumplimiento de dichas normas. La participación en la vida de la comunidad es, por tanto, una expresión específica de su religión, que en sí misma goza de protección en virtud del precepto mencionado¹⁵.

En *Johannische Kirche y Horst Peters contra Alemania*, (STEDH 10 julio 2001), recuerda que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los pilares de una sociedad democrática en el sentido del Convenio. Y que la libertad religiosa depende ante todo del fuero interno, pero también implica la libertad de manifestar la religión de forma individual y privada, o bien de forma colectiva y pública, entre aquellos que comparten la fe. Y añade, que las decisiones en litigio de las autoridades alemanas pueden considerarse una restricción al derecho de manifestar su religión, en el sentido del art. 9.2 del Convenio, en la medida en que la forma de enterrar a los muertos y acondicionar los cementerios representa un elemento esencial de la práctica religiosa de la primera demandante y de sus miembros¹⁶. De manera análoga, pero en otro contexto, en el caso *Chaare Shalom Ve Tsedek contra Francia*, (STEDH 27 junio 2000), la Corte estimó que, dado que el sacrificio ritual se basa en un derecho garantizado por el Convenio, es decir, el

¹⁵ Vid. STEDH 26 abril 2016 (JUR 2016, 84992).

¹⁶ Vid. STEDH 10 julio 2001 (JUR 2011, 154593).

derecho a practicar su religión mediante el cumplimiento de sus ritos, la asociación demandante puede invocar el art. 9 del Convenio en relación con la negativa de las autoridades francesas de conceder la autorización correspondiente¹⁷.

A tono con esta línea jurisprudencial, el Tribunal dictaminó en el caso que comentamos, que el hecho de que la demandante enterrara a su hijo de acuerdo con sus creencias musulmanas, que requerían que el cuerpo permaneciera ileso, fue una manifestación de su religión y es aplicable a la denuncia de que se le había impedido hacerlo de acuerdo con ellas, ya que afirmó que la autopsia se había realizado en contra de sus convicciones religiosas. Además, aprecia que la necropsia realizada en el cuerpo del hijo de la demandante en contra de su voluntad y en contra de sus convicciones religiosas declaradas constituyó una injerencia en su vida privada y familiar en el sentido del art. 8, así como de su derecho a manifestar su religión en virtud del art. 9, ambos del CEDH.

A partir de lo expuesto hasta este momento, parece ser evidente que, aunque los preceptos mencionados no se refieran explícitamente al derecho de disposición sobre el cadáver, permiten protegerlo en cierta medida. Sin embargo, resulta curioso que la Corte en ninguna de sus sentencias lo haya reconocido por su nombre, ni haya contribuido a crear una figura abstracta omnicomprendiva de las distintas facetas que lo componen. De su lectura, se alcanza llegar a pensar que se trata de derechos diferentes. La máxima aproximación a un enunciado general que se encuentra es, cuando la Corte, en algunas de sus resoluciones, hace referencia a “la forma de enterrar a los muertos”. Y se podría interpretar esta denominación con alcance general, en el sentido de que incluye cualquier acto de disposición sobre el cuerpo, que se utiliza por ser una categoría más aceptada por la costumbre y más accesible al uso diario (teniendo en cuenta que este tema está muy arraigado a la cultura y costumbres de los pueblos)¹⁸.

En cambio, también pudiera entenderse, que el derecho a enterrar a los muertos se refiere a la posibilidad de inhumar, realizar previamente el velatorio o renunciar a él, más que a una categoría que agrupe todas las posibilidades de actuación sobre el cuerpo de una persona fallecida. Aunque, en algunas de sus sentencias, el fallo se corresponde también con disposiciones relacionadas con el

17 Vid. STEDH 27 junio 2000 (TEDH 2000, 144).

18 Al respecto del derecho a enterrar a los muertos, resulta interesante ver, como la legislación austriaca peca de una actitud similar. En la Ley de Funerales del *Land de Vorarlberg*, se recoge como tipo de entierros la inhumación propiamente dicha y la cremación, § 23 (1). Es importante señalar que en Austria la cremación termina como regla general con el depósito de las cenizas en una urna con la finalidad de enterrarla. La posibilidad de esparcir las cenizas parece no estar aceptada. Esto pudiera apoyar la tesis de que el Tribunal de Estrasburgo entiende “el derecho a enterrar a los muertos” como un derecho más amplio. Habría que valorar si admite incluir otras posibilidades de actuación, más allá de la cremación. Por otra parte, la mencionada Ley, titula a su § 3 “Disposición del Cadáver”, e incluye en los párrafos que la conforman diferentes posibilidades de actuación, a las que denomina derechos, que quizás no sea la técnica jurídica más depurada, pero permite fundamentar cierta abstracción de la figura.

traslado de las cenizas. No obstante, la Corte se queda corta y desaprovecha la oportunidad de construir la figura desde la abstracción, especialmente cuando es reconocida por diferentes legislaciones con tal amplitud y ya ha sido consagrada por la doctrina¹⁹. Si bien, al menos, nos queda el consuelo de que existe una vía de tutela.

V. INTERESES PÚBLICOS O CIENTÍFICO VS DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER. ¿ES NECESARIO OBSERVAR UNA ALTA CONDUCTA BIOÉTICA SOBRE LA BASE DEL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA CON PREFERENCIA AL PROGRESO DE LA CIENCIA EN EL ÁMBITO DE LA SALUD?

El derecho a disponer sobre el cadáver, al igual que cualquier otro derecho, tiene límites que conforman su contenido y lo configuran. En lo que respecta a las autopsias, es habitual encontrar en las diferentes legislaciones la defensa de intereses superiores a la hora de argumentar la obligatoriedad o necesidad de su práctica. Ya sea amparado en razones médico-legales, vinculadas con una investigación criminal o dispuestas por la autoridad judicial, o por motivos de interés docente o científico (estas serían las conocidas como autopsias clínicas y

19 Al respecto DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 335, son partidarios de considerar estos actos dispositivos como un derecho subjetivo personalísimo y comentan que "Sobre su cadáver, la persona posee un poder de disposición en orden a establecer tal destino. Por ejemplo, inhumación, incineración, etc. Es admisible igualmente destinar el propio cadáver a fines científicos o didácticos, siempre que se respeten las exigencias del orden público o que el destino establecido resulte conforme con las buenas costumbres y no repudiado por la conciencia social". También CIFUENTES, S.: *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 414, es defensor de la corriente personalista, luego, nos explica que "En suma: hay un derecho personalísimo sobre cosa futura con respecto al propio cadáver, limitado por los intereses públicos; ese derecho cuando se ejercita excluye el de los parientes, no requiere la manifestación por acto solemne testamentario, es unilateral y revocable, y solo se admite cuando no depende de contraprestaciones en dinero, es decir, cuando no es oneroso". De igual manera LASARTE, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil*, T-I, Marcial Pons, Madrid, 2021, p.p. 162-164, al hablar sobre los trasplantes de órganos *postmortem* los ubica dentro de los derechos de la personalidad que guardan relación con la integridad física. Del mismo modo ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2013, pp. 346-347, lo ubica dentro de aquellos que guardan relación con la integridad física y argumenta que "Muerta la persona no puede ya hablarse de derechos de la misma, y su cadáver pasa a ser algo cuya naturaleza examinaré oportunamente. Sin embargo, cabe preguntar si el interesado tiene en vida un derecho de la personalidad que le permita disponer para el futuro del propio cadáver entero o de partes del mismo. La respuesta es que sí, pero la disposición no puede exceder de los límites que autoricen la ley, la moral y las buenas costumbres". Y añade, "Normalmente se refiere a los funerales o a la forma y lugar de sepultar el cadáver; pero también se puede destinar éste a otros fines (científicos, didácticos, etc.)". También incluye la extracción de órganos como parte del derecho. Asimismo, resultan interesantes las reflexiones brindadas por CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J.: "La Persona, el estado civil y el registro civil (I)", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado I. Personas* (coord. por J. J. CASTIELLA RODRÍGUEZ), Civitas, Navarra, 2016, p. 151, cuando expresa "Aunque la muerte extingue la personalidad, el Ordenamiento jurídico sigue protegiendo la voluntad manifestada del fallecido, por medio del testamento u otra forma válida de disposición mortis causa, en orden a lo que deba hacerse tanto con su patrimonio, convertido en herencia; así como la voluntad manifestada del fallecido, por medio de las llamadas -voluntades anticipadas-, en orden a lo que deba hacerse con su cuerpo, convertido en cadáver". Más recientemente PIZARRO MORENO, E.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de La Persona* (coord. por F. OLIVA BLÁZQUEZ y L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 105-106, ubican los trasplantes de órganos dentro del derecho a la integridad física, pero no hablan de un derecho de disposición sobre el cadáver. Aunque a mi entender el mismo se encuentra implícito.

que se corresponden con el caso que comentamos). Estas últimas, a mi modo de ver, suscitan una mayor repercusión ética y son susceptibles de causar un daño a los titulares de los derechos sobre el cadáver, puesto que generalmente su práctica está teñida de zonas grises, y se tiende a dar preeminencia al interés del desarrollo científico vinculado a la medicina en detrimento de los derechos individuales.

Las normas que regulan este tipo de proceder no siempre son claras al establecer la necesidad de realizar una autopsia en el marco hospitalario, ya sea porque no se consagre expresamente el deber de informar su práctica y recabar el consentimiento de los familiares²⁰, o porque la Ley establezca un margen de discrecionalidad, en el que el médico a cargo, pueda determinar cuándo es necesario para salvaguardar esos intereses públicos o científicos superiores (muchas veces sin acotar estos)²¹.

En Austria, contamos con la particularidad de que existe una cultura (consagrada legislativamente) que respeta la importancia de la ciencia, la necesidad de su desarrollo y la libertad de la enseñanza y la adquisición de conocimientos. La autopsia clínica es un método idóneo para el adelanto de los conocimientos en el campo de la medicina, el desarrollo de la misma y la protección de la salud pública (con una perspectiva preventiva)²². Para mi gusto, se consagra la defensa de la libertad del conocimiento científico por encima de algunos derechos individuales, limitando más allá de lo habitual su contenido esencial (al menos eso sucede en

20 Es muy común encontrar referencias de este tipo en las legislaciones: "se practicará si no existe oposición de los familiares", pero sin establecer un deber previo de informar que se realizará.

21 Ambas cuestiones se tornan más peligrosas en cuanto a su potencial para ocasionar un daño, en el supuesto de que se establezca la práctica de necropsias como indicador de excelencia de la calidad y el prestigio de la institución hospitalaria (con el fin noble de potenciar el desarrollo de la medicina), pero, en muchos casos solapa el simple hecho de satisfacer la curiosidad científica del médico (a veces fundada, y otras, dada su incompetencia), en detrimento del respeto a los derechos humanos, con un marcado carácter utilitarista. Aquí acontece también que los profesionales en el ámbito hospitalario se dejen llevar por las presiones de sus superiores a la hora de mantener ese índice de excelencia; o que en otras ocasiones queden cegados por el ego de ratificar un diagnóstico y anotarse un punto más a favor de su carrera profesional. Y con ello abusan del poder que les otorga la norma, cercenan un derecho privado por la supuesta defensa de un bien superior, que en el fondo está disfrazando un interés particular del profesional. De igual manera, puede acontecer que en el esquema de valores del médico, no sea valioso o se considere como algo menor o insignificante, el respeto al derecho de una persona a que no se afecte la integridad física de su cadáver, pues en su fuero interno, es más importante el saber que el ser (si ya está muerto, que daño le puede hacer o qué son las creencias religiosas para oponerse a un interés científico). Punto de vista, a mi modo de ver cuestionable, y que obvia la complejidad de la vida en sociedad y la necesidad del respeto a la espiritualidad, costumbres y creencias que la conforman, la nutren y la hacen diversa.

22 Según refiere el Tribunal en su sentencia, antes de la aprobación de la Ley de Hospitales, la Ley de Autopsias tenía una larga tradición en Austria. Desde 1867, se percibe como una parte integral de la libertad de ciencia garantizada constitucionalmente. El lema "*mors auxilium vitae*" no solo adorna muchos edificios que albergan departamentos universitarios de anatomía y patología, sino que expresa un concepto de larga data de la importancia primordial de los intereses públicos en la ciencia y la atención médica al excluir los derechos de las personas a oponerse a una autopsia, al menos si se realiza en un hospital público y cita al respecto el trabajo de Kopetzki, C. *Obduktionen im wissenschaftlichen Interesse: Rechtlicher Rahmen und verfassungsrechtliche Grenzen*, en Kopetzki/Körner (ed.), *Leichenöffnung für wissenschaftliche Zwecke (2021)*, pág. 88). La Corte destaca las alegaciones del Gobierno en el sentido de justificar que el avance de la medicina moderna ha sido posible en parte gracias a los exámenes *post mortem* que establecen la causa de la muerte y contribuyen a la prevención de enfermedades y dolencias así descubiertas en los que aún están vivos.

el caso que nos ocupa), pero se da margen, como veremos, para actuar de forma discrecional y con la posibilidad de valorar en determinados casos. Esta situación de poder-deber, tiene que estar complementada con una correcta actitud profesional, y por un apego al deber ser y a la ética como guías que permitan tomar una decisión justa, que cause el menor daño posible (porque si esto falla, deriva en un ilícito civil).

El Tribunal dictaminó que el caso en concreto estaba relacionado con la regulación de las autopsias en los hospitales públicos y si, en qué situaciones, se debería conceder a los familiares cercanos del difunto el derecho a oponerse a una autopsia por motivos ligados a la vida privada y la religión cuando los intereses de la salud pública estuvieran en juego. Respecto a esto, estoy en desacuerdo, pues el debate estaría más enfocado en determinar, en ese caso, quién se encuentra en mejor posición para decidir si se realiza o no una autopsia, pero, como una faceta del derecho de disposición sobre el cadáver.

La Ley austriaca reconoce el derecho de la persona en vida, o en su defecto, el de los familiares, a oponerse a una autopsia. De manera similar, está regulada la capacidad que posee el personal médico para decidir su ejecución en los supuestos que establece la norma (quedando en estos casos limitados el derecho de la persona o de la familia). Se debía haber evaluado si la situación de necesidad que establece la norma, era suficiente para que la potestad tuviera preeminencia sobre el derecho. Asimismo, era necesario haber profundizado en “qué se considera de interés para la salud pública”. Existe un momento en el que confluyen los derechos y colisionan y se produce una grieta que permite a la familia oponerse al fundamento de la necesidad alegada por el facultativo.

Por otro lado, la oposición a la intervención sobre la integridad física del cuerpo, no se puede mantener basándonos en el fundamento del respeto a la vida privada o familiar, o en el hecho de que se practique o no cierta religión. El derecho a disponer sobre el cadáver existe por sí mismo, se ha construido legislativa y doctrinalmente desde una normativa civil, en lo que respecta a las relaciones de carácter personal que no están vinculadas al patrimonio. Si la oposición hubiera sido formulada por una persona que no pretendía realizar una ceremonia religiosa, sino solo preservar la integridad física del cadáver de su pariente, debería haber sido atendida de igual manera. El punto de partida debe ser a quien le corresponde el derecho, con independencia de que después, sea necesario encuadrarlo en los arts. 8 y 9 del CEDH y, por supuesto, con el añadido de que, en el presente caso, la violación del derecho tiene una repercusión extra en la práctica del ritual funerario con un marcado carácter religioso. Limitarnos a la cuestión de que exista un fundamento religioso sería reforzar una visión totalitaria, en la que el status del

cadáver rozaría con la noción de entenderlo como un bien susceptible de dominio público.

Si me parece oportuno, que el Tribunal considerara que el asunto se relacionaba con cuestiones morales y éticas delicadas y se enfocara en la necesidad de lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en contienda. Lo anterior, por supuesto, está relacionado con la manera en que se interpreta la norma, cuál es su sentido y cómo se aplica, además del dominio teórico que se tenga sobre la figura objeto de debate. Ambas formas de ver el fenómeno que señalo y la diferente manera de presentarlo ante el Tribunal, conllevarían al mismo resultado, pero considero, que la visión que propongo es más técnica y ayuda mejor a perfilar el derecho vulnerado. Ahora bien, ¿cuál ha sido la ratio legislativa de los argumentos del Tribunal y cómo hubiéramos podido observarlo desde otra óptica?

El § 25 (1) de la Ley General de Hospitales de Austria establece de forma imperativa los supuestos en los que se realizará una autopsia, lo cual supone un límite al derecho de la persona o de los familiares mencionado en el numeral (2) (tanto en su vertiente médico-legal como en su aspecto clínico)²³. Sin embargo, es importante señalar que, en el caso de la necropsia clínica, al limitar el ejercicio del derecho, se utiliza el adjetivo “necesario”. Y se evalúa esa necesidad para determinar cuándo deben protegerse “otros intereses públicos o científicos” (y señala dos ejemplos que se incluirían dentro de estos: “la falta de claridad diagnóstica o cuando se realiza una operación quirúrgica”).

Con el mismo criterio, la Ley de Funerales del *Land* de *Voralberg*, que especifica y configura el derecho de disposición sobre el cadáver para ese Estado, se limita a reproducir con una redacción similar, en su § 12 (3), los límites comentados.

A la hora de interpretar este precepto, podríamos plantearnos las siguientes cuestiones: ¿el derecho de los familiares es previo o nace cuando no se cumplen los supuestos previstos en la norma? O, por el contrario, ¿el derecho es previo, pero limitado en una de sus facetas cuando acontecen estos supuestos, dando prioridad a que prevalezca la potestad que se le atribuye a la institución hospitalaria pública²⁴?

Me inclino a pensar que el derecho de disposición sobre el cadáver corresponde a la persona en vida y que la posibilidad de actuación que nace en los familiares

23 Al respecto el Tribunal observa que la ley austriaca no otorga en todos los casos el derecho a oponerse a un examen *post mortem* de parientes cercanos por motivos religiosos o de otro tipo. Y no ve ninguna razón para cuestionar esta opción legislativa pues los derechos previstos en los art. 8 y 9 no son absolutos y, por lo tanto, no requieren que los Estados contratantes otorguen un derecho absoluto a presentar una objeción al respecto.

24 Fíjese que este criterio se apoya en el añadido de que no sería de aplicación el límite del interés científico cuando el fallecimiento tenga lugar en una institución privada, debiendo recabarse siempre el consentimiento, como ya comentamos *supra*.

(ya sea que se considere un derecho o una potestad, según el alcance de cada legislación) se adquiere con idéntico contenido, pero ambos están limitados en una de sus facetas (la que se refiere a decidir sobre la autopsia cuando acontecen algunos de los supuestos tipificados). Luego, cuando el texto emplea la palabra “necesario”, supuesto que da lugar a la práctica de la autopsia, se ampara en la útil que ello resulta para la ciencia; y es necesario determinar el alcance de esos intereses, así como, debe existir la posibilidad de cuestionar esa perentoriedad, y debería ser en un momento previo y no a posteriori (como lamentablemente aconteció en esta historia). Además, esa posibilidad de cuestionar sería parte del contenido del derecho de los familiares a oponerse a la autopsia.

Por lo tanto, llegaría un momento en que se encontrarían en conflicto ambas situaciones de poder, y el médico actuante estaría obligado a fundamentar debidamente su propuesta a fin de explicar la necesidad de realizarla. Este instante, en que colisionan ambos intereses, debe ser justamente ponderado. En caso de ser necesario, los derechos de los familiares estarán limitados, y en caso contrario, prevalecerán y será necesario obtener el consentimiento. Aunque exista un interés científico o una curiosidad, la necesidad que lo acompaña debe tener cierta importancia, ya que su inclusión en la norma responde a la exigencia de proteger ese espacio que está sustraído a lo público (la vida privada y familiar, el derecho civil), y evitar excesos, paternalismos y totalitarismos.

Y aquí radica el juicio de ponderación, yo tengo interés, pero no es imprescindible, debe prevalecer el derecho de los familiares. Tengo interés y es necesario, prevalece mi potestad. Pero, siempre debe existir una comunicación con los familiares, indagar sobre la voluntad del difunto, sus creencias. Creo firmemente en que se debe comunicar y dar la oportunidad de objetar (por lo menos en una sociedad democrática), y nunca actuar de manera automática. Aunque en general los procesos de muerte son apresurados por cuestiones biológicas y naturales, en esta situación, tener cautela y esperar un poco más no afectará el resultado. Aquí, es mucho mejor actuar profilácticamente.

El Tribunal, sin embargo, concluye que la autopsia se realizó de conformidad con el § 25 de la Ley de hospitales y el § 12 (3), de la Ley de Funerales, y que, en los casos de muerte en un hospital público, se llevará a cabo una autopsia -incluso si los familiares cercanos no dan su consentimiento- si es necesario, entre otras cosas, para proteger los intereses científicos u otros intereses públicos. Si no es necesario proteger tales intereses y no se cumplen los otros criterios enumerados en el § 25 de la Ley de Hospitales, la autopsia solo podrá realizarse previa autorización de los familiares más próximos del fallecido. Y añade, que, en consecuencia, la ley no autoriza a las autoridades a practicar autopsias en todos y cada uno de los casos. No obstante, se aprecia que el legislador austriaco ha decidido otorgar

prioridad a los intereses de la ciencia y la salud de los demás por encima de los motivos religiosos u otros tipos de objeciones por parte de los familiares de una persona fallecida en casos de necesidad para proteger la información científica o los intereses públicos, en particular si un caso no está claro desde el punto de vista del diagnóstico.

Esta posición es apoyada por el juez Pastor Vilanova en su voto parcialmente disidente, al indicar que no hay duda de que, de conformidad con la ley aplicable, los médicos austriacos pueden realizar una autopsia sin la autorización de la familia por razones científicas. Y agrega que, los médicos no solo pueden ignorar cualquier objeción explícita de la familia, sino que sus decisiones no pueden ser objeto de ningún examen previo ante un tribunal o cualquier otro organismo independiente.

No estoy conteste con la forma en que el Tribunal interpreta la norma y defiende que puede y debe existir otra perspectiva al respecto. Empero, estoy de acuerdo en que no hay un mecanismo que permita previamente disentir de la decisión médica, sobre todo cuando hay que tener en cuenta otros factores.

Por otra parte, el Tribunal estima que, si existió un interés científico en el caso, pero resalta que el examen *post mortem* debe realizarse únicamente si es necesario para proteger dicho interés, lo que otorga cierto margen de maniobra a los médicos que deben tomar la decisión, inclusive en lo referente al alcance de la intervención necesaria. Por lo tanto, no se descarta la posibilidad de que pueda o deba establecerse un equilibrio entre los derechos e intereses enfrentados.

La Corte también aprecia que, en el caso de la demandante, sus motivos para oponerse a la autopsia del cuerpo de su hijo no fueron tenidos en cuenta por el hospital público. El Tribunal de Apelación, al desestimar la reclamación de daños y perjuicios de la demandante, no tuvo en cuenta la importancia del interés científico en la autopsia frente al interés privado particular de la demandante en tener el cuerpo de su hijo "lo más ileso posible" para el funeral religioso. Aunque la Corte admite la amplia capacidad de apreciación de las autoridades nacionales en estos temas, en el presente caso, no parece que hayan realizado ningún ejercicio de balance entre los intereses enfrentados.

Añade además que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal, el concepto de necesidad implica que la injerencia en cuestión se corresponde con una necesidad social apremiante y, en particular, que es proporcionada al fin legítimo perseguido, teniendo en cuenta el justo equilibrio que debe ser sopesado entre los intereses en competencia relevantes y cita el caso A, B y C contra Irlanda (TEDH 2010, 116).

La Corte, en consecuencia, estimó que el caso requería un ejercicio de ponderación entre, por un lado, la protección de la salud de los otros a través

de la realización del examen *post mortem* y, por el otro, la protección de la salud de la demandante, el derecho al respeto de su vida privada y familiar (art. 8) y su derecho a manifestar su religión (art. 9)²⁵. La falta de ponderación del equilibrio llevó a la Corte a declarar con lugar la demanda.

En contraposición al criterio de la Corte, sostengo que la ponderación debe darse entre la necesidad real que representa la práctica de la autopsia para salvaguardar los intereses públicos o científicos y el derecho de los familiares a oponerse a la autopsia. Esto es, si se concede prioridad al derecho de practicar la autopsia sobre el derecho a disponer el destino final del cuerpo; con independencia de que esto pudiera tener consecuencias en el orden religioso o que esté relacionado con la práctica del ritual funerario. Como lo entiendo yo, y he mencionado anteriormente, si la autopsia es necesaria, entonces tiene prioridad la potestad, pero si no es necesaria, entonces tiene prioridad el derecho. No es porque exista una determinada creencia que deba respetarse, sino porque son los titulares del derecho, y el facultativo es solo el titular de la potestad. Como médico, tiene una responsabilidad y no puede actuar de forma subjetiva sino objetivamente; y debe detenerse a reflexionar si lo que quiere hacer realmente cumple con esa ética de mínimos (fruto del consenso social existente en una sociedad democrática), que está plasmada en la norma austriaca.

La postura asumida por el Tribunal Regional de *Feldkirch* (*Landesgericht*) en primera instancia resulta muy valiosa (aunque lamentablemente no fue seguida por las instancias superiores). Como se indica en la sentencia que estamos comentando, el órgano de justicia en cuestión admitió la reclamación de la demandante mediante resolución de 9 de julio de 2012 y señaló que era cierto que el examen *post mortem* había sido necesario para un diagnóstico seguro de *Prune-Belly-Syndrome*, ya que podría haberse confundido con otra enfermedad únicamente basándose en los síntomas. No obstante, un requisito indispensable para llevar a cabo una autopsia a un niño sin el consentimiento de los padres no es solo la existencia de duda diagnóstica, sino también un interés científico legítimo en hacerlo. Y determinó que no había existido un interés científico real en el caso y que la autopsia solo se había llevado a cabo porque los médicos querían satisfacer su curiosidad (*Neugierde befriedigen*) sobre esta enfermedad muy rara. A

25 Al respecto quisiera dejar planteadas algunas ideas. Cuando los médicos esgrimen, en el presente caso, como fundamento de la necesidad de realizar la necropsia, la intención de proteger la salud de la familia que debe prestar el consentimiento (en especial el interés en prevenir situaciones similares en el futuro tanto en futuros embarazos como en las futuras proles de los hijos ya nacidos), está invadiendo un terreno que corresponde ser regido por una ética de máximos y depende de cada grupo familiar decidir hasta donde puede existir una intromisión en su esfera privada (nos guste o no). Existe un margen de libertad que no puede ser ultrajado (por muy legítimo y noble que sea el objetivo perseguido). En cambio, si es loable, si con ello se pretende obtener un consentimiento informado. Por el contrario, cuando se fundamenta la necesidad sobre la base de la protección de la salud de los demás, caemos en un campo de mínimos (aquello que es aceptable y tolerable para la sociedad a la hora de invadir esa esfera), y, por tanto, exigible y deseable que se cumpla.

su debido juicio, eso no había constituido una justificación apropiada para realizar un examen *post mortem* sin obtener antes el consentimiento de los familiares cercanos, de conformidad con el § 25 de la Ley Federal de Hospitales.

Estoy conteste con el planteamiento de que la autopsia se llevó a cabo para satisfacer la curiosidad científica de los médicos, en cambio, no coincido con que fuera necesaria para un diagnóstico seguro del síndrome en cuestión; ni tampoco, en que no existiera interés científico. Al analizar la sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo, se puede apreciar que se conocen las características del *Prune-Belly-Syndrome*, pero no se saben sus causas, aunque existen diversas teorías al respecto. Las características esenciales incluyen, entre otras, piel arrugada sobre el abdomen, falta de musculatura abdominal, malformaciones graves del tracto urinario y testículos no descendidos. Asimismo, pueden presentarse otras anomalías en el cuerpo. Y se puede detectar mediante una ecografía antes del nacimiento si un feto presenta estas características. Los exámenes prenatales realizados en el hospital revelaron que el feto presentaba evidentes signos del síndrome del vientre en ciruela pasa y, por consiguiente, probablemente nacería con una discapacidad. Esto me lleva a afirmar que antes del nacimiento, los médicos ya tenían información importante al respecto, que se pudo haber confirmado fácilmente con un examen clínico al nacer. Asimismo, se especifica en el texto de la sentencia que la causa de la muerte estuvo relacionada con una hemorragia cerebral. En consecuencia, si se conocía qué había causado la muerte.

Es cierto que existían dudas científicas relacionadas con la enfermedad y que el examen patológico podría contribuir a entenderla mejor, pero no es el primer caso, ni consta de los argumentos ofrecidos por el personal médico que dicho examen hubiera arrojado un resultado que marcara una diferencia sustancial respecto a lo que ya se conocía (de hecho no lo arrojó). Luego, en este caso falta la entidad suficiente de la “necesidad”, con capacidad para destruir o debilitar el derecho de los familiares; en cambio, debió procurarse un consentimiento informado y actuarse con apego a la ética y sobre la base del respeto a la dignidad humana.

La relación entre la Bioética y la Ciencia debe establecerse a partir de una adecuada interacción y tener como objetivo principal que todo aquello que es posible en el ámbito científico debe ser algo deseable en el ámbito ético. Aunque resulte valiosa la existencia de una cultura en Austria que promueva el desarrollo científico, esta no puede estar divorciada de los valores que forman parte de lo que se entiende por una sociedad democrática, y quedar vacía de contenido. La norma no es solo norma y el propio Hans Kelsen lo tuvo que reconocer en sus últimos años de vida.

Asimismo, debemos tener en cuenta que Austria es signataria del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, una norma de carácter internacional, que al

ser suscrita se convierte en parte de su derecho interno. Y el art. 2 de dicho texto, consagra el principio de que el ser humano está por encima del interés exclusivo de la sociedad y de la ciencia. Asimismo, también son signatarios de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, de 19 de octubre de 2005, que aunque no cuenta con la misma fuerza normativa, sí establece un deber ser por parte de los Estados que la aprobaron. Esta, en su art. 3 apartado 1 instituye como principio rector el respeto a la dignidad humana. Y en su apartado 2 prescribe que los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad. Las normas mencionadas deben complementar la regulación vigente en cuanto a la necesidad de practicar la autopsia clínica, y deben ser la guía que oriente la actuación del médico a la hora de evaluar si es necesario practicarla.

Igualmente, siendo de carácter imperativo, los art. 8 y 9 del CEDH (apartado 2), solo admiten la injerencia en la vida privada y familiar; así como en la manifestación de las creencias religiosas, cuando estas sean absolutamente necesarias en una sociedad democrática. Luego, no se ha demostrado la necesidad, la intervención es, por lo tanto, ilegal.

La aplicación del § 25 (2) sin las guías contenidas en las normas citadas anteriormente, redundaría en una postura paternalista y totalitaria; donde la individualidad queda despojada de su singularidad. Aunque había dudas, se podía conocer la causa de la muerte sin necesidad de practicar necropsia.

VI. EL DERECHO A DISPONER SOBRE LA REALIZACIÓN DE LA AUTOPSIA Y SU CONTENIDO.

Otro aspecto de especial interés que presenta la sentencia que comentamos es lo referente a determinar el contenido del derecho en su faceta de autopsia. Ello salta a la luz a partir de dos cuestiones que acontecieron en el caso y que derivaron en un correspondiente daño moral a la demandante y a su esposo (omisión de proporcionar información suficiente sobre el alcance de la autopsia y respecto al paradero de los órganos extirpados, además de demorarse injustificadamente en devolverlos). Por un lado, debemos evaluar si existe un derecho a solicitar información en relación con una autopsia, a quién pertenece ese derecho, y si eso implica una deber de actuar por parte del personal médico, o si solo corresponde actuar a petición de los familiares, así como cuál es su alcance. Por otro lado, es necesario determinar el derecho que recae sobre los órganos y tejidos que se extraen de un cadáver en estos supuestos, así como a quiénes pertenecen estos y cuál sería su posible destino.

Como ya indicamos, el derecho de disposición sobre el cadáver, comprende facultades tendentes a actuar tanto en el orden dispositivo como en el tuitivo. Las

primeras se dirigen a determinar el destino final del cadáver como un todo o de sus partes, mientras que las segundas tienen por objeto proteger el ejercicio de las primeras (ya sea con medidas profilácticas o indemnizatorias u otras tendentes a encauzar el fin perseguido).

Considero que el derecho de disposición sobre el cadáver es un derecho de carácter unitario, con diversas manifestaciones, entre las cuales se encuentra la práctica de la autopsia, que es la que nos ocupa. Por otro lado, estaría la disposición de las partes, en este caso, los órganos que fueron extraídos del cuerpo. En relación con lo anterior, cabría evaluar si el derecho a solicitar información formaría parte de la manifestación referente a la práctica de la autopsia, y, por otro lado, cuál es el tipo de titularidad que existe sobre los órganos ablacionados al practicarla.

El § 5a de la Ley Federal de Hospitales de Austria, establece en los numerales (1.1) y (1.2), el derecho de los pacientes a estar informados de sus derechos y a tener acceso a su historial médico. El (1.2) se refiere más al acceso a la información con el fin de tomar decisiones sobre las diferentes opciones de tratamiento. Y en el (3.3), se espera que el médico, a petición del paciente, ofrezca la información de la forma más comprensible y amable posible.

Por otro lado, la Ley de Hospitales del *Land* de *Voralberg*, en su § 30 (2), contempla en sus incisos a), d) y m), posibilidades de actuación similares a las establecidas en la Ley Federal. Es correcto que se trate de preceptos que están establecidos para los vivos, pero esto no es una razón suficiente para considerar que no exista un deber respecto a la posibilidad de informar sobre los resultados de una autopsia. Es cierto también, que la condición de paciente finaliza con la muerte, pero ello no significa que el acceso a la información y a su historia clínica no pueda tener lugar por aquellos sujetos legitimados para disponer sobre su cadáver²⁶.

Asimismo, al examinar el § 25 (2), de la Ley Federal de Hospitales, queda claro que establece el derecho de los familiares de solicitar la realización de una autopsia, lo cual nos lleva a preguntarnos: ¿con qué objetivo?, pues con el de obtener noticias de interés sobre el fallecimiento o cualquier enfermedad o dolencia que hubiera padecido el difunto²⁷. La norma no establece de forma explícita una obligación

26 En sentido contrario, según refiere el Tribunal de Estrasburgo, la Corte Suprema de Austria, sostuvo que las leyes relativas al derecho del paciente a la información no eran directamente aplicables, ya que se referían al trato de los vivos y tenían por objeto permitir que los pacientes tomaran decisiones informadas con respecto a su propia salud. Además, explican que el gobierno en sus alegatos afirmó que el deber de los médicos de proporcionar información y explicaciones a los familiares de una persona fallecida se derivaba *mutatis mutandis* del § 5a de la Ley de hospitales, pero no se aplicaba en la misma medida que se aplicaba a los vivos.

27 En ese sentido, la Ley de Funerales del *Land* de *Voralberg*, § 12 (2), establece el derecho de los familiares de solicitar una autopsia. El mismo guarda relación con el § 3 (3); que permite dejar el cadáver en la institución médica para conocer las causas de la muerte u otras cuestiones de interés.

del médico de proporcionar información en este supuesto, pero se deduce de la misma lógica del proceder, ya que sería absurdo que solo quedara registrada en un expediente médico. Por otra parte, el numeral (3) del citado párrafo establece la obligación de llevar un historial médico de cada autopsia practicada (de acuerdo con el protocolo descrito en el § 10 (1), apartado (3). Asimismo, en el (1), apartado (1) del § 10, se reconoce el derecho de los pacientes a obtener acceso a su historial médico y a hacer copias de él. Y es pertinente cuestionarse qué ocurre con la muerte, ¿desaparece el derecho o se transmite *mortis causa* o surge en los familiares más próximos, en este caso, los titulares del derecho de disposición sobre el cadáver?

El Tribunal observa que, en lo que respecta a si la legislación austriaca establece una norma clara sobre el alcance de la información que debe o no proporcionarse a los familiares cercanos de una persona fallecida respecto de la cual se ha realizado una autopsia, no parece ser positiva la respuesta. El tribunal ha considerado en otros casos que es deber de los Estados contratantes organizar sus servicios y formar a sus agentes de tal manera que puedan cumplir con los requisitos del Convenio. Además, en un área tan personal y delicada como la gestión de la muerte de un familiar cercano, las autoridades deben ejercer un grado de diligencia y prudencia particularmente alto. En el presente caso, la demandante acababa de perder a un hijo y se enfrentaba a una situación en la que no tenía ningún derecho legal a oponerse a que se realizara un examen *post mortem*. Y había notificado al personal del hospital que, de conformidad con sus creencias religiosas, el cuerpo del niño fallecido debía estar lo más intacto posible para la ceremonia de entierro. La Corte, por lo tanto, estima que estas circunstancias específicas son tan delicadas como las del caso *Hadri-Vionnet* (TEDH 2008, 12) y requieren un nivel igualmente alto de cuidado y prudencia por parte del personal del hospital al interactuar con el solicitante. Como la demandante notificó al personal del hospital de sus razones para oponerse a la autopsia, el Tribunal estima que el hospital tenía una mayor obligación de proporcionarle información adecuada sobre lo que se había realizado y lo que sucedería.

Conforme lo expuesto por el Tribunal, nos atrevemos a afirmar que, si bien la norma no indica explícitamente que los familiares tengan derecho a solicitar información sobre el alcance de la autopsia ni menciona el deber del médico en tal sentido, tampoco indica que estos no tengan derecho a acceder al historial médico de su pariente y a obtener información al respecto. Y considero que dicho derecho y el deber de informar debe entenderse aplicable también en sede de autopsias (el informe de autopsia constituye un historial médico según establece la propia norma). Y en última instancia, aunque no exista un deber jurídico explícito, al menos debería existir un deber ético de informar; más aún, cuando se sabe

que su práctica puede derivar en un daño y frustrar el objetivo perseguido por la persona.

Por lo tanto, podemos concluir que el derecho a obtener información en relación con la práctica de la autopsia podría verse como parte de la facultad de autorizarla u oponerse a ella. En vida corresponde a la persona y ante la muerte a los familiares. Además, aunque estuviéramos contestes con lo expuesto por el Tribunal, referente a que en Austria no existe un derecho a oponerse a la autopsia en estos casos; no podemos negar que, aunque esté limitada esa faceta, no afecta ello el derecho de la familia a obtener información sobre su alcance²⁸.

En cuanto a la disposición de los órganos y su destino, la práctica de la autopsia puede implicar la extracción de estos para su posterior estudio y la necesidad de decidir qué hacer con ellos una vez terminada la investigación (como fue el caso). Es interesante cuestionarse sobre el destino de esos órganos: ¿qué titularidad recae sobre ellos?, ¿si los médicos pueden disponer de ellos libremente una vez finalizado el estudio?, y ¿si deben retornar a la familia?

La Corte observa, que el Tribunal Supremo sostuvo que no podía ser considerado como de dominio público que todos los órganos son extraídos durante la autopsia de un recién nacido. El Gobierno no debatió que el personal del hospital inicialmente negó haber extraído ningún órgano, pero posteriormente admitió que, de hecho, lo habían hecho. La demandante recibió los órganos de su hijo solo después de que intervino el Defensor del Paciente en dos ocasiones. Esto tampoco fue abordado por el Gobierno.

28 Al respecto es interesante traer a colación el punto de vista del Tribunal Supremo de Austria (según se aprecia de la sentencia comentada), que considera acertada la postura de los médicos al abstenerse de ofrecer explicaciones detalladas a la demandante y su marido sobre el alcance de la autopsia y en especial lo referente a la extracción de órganos, pues consideraba que era algo rutinario extraer los órganos durante la práctica de la autopsia (aunque no era de conocimiento común), pero con dicha ausencia de explicaciones podía ser menos oneroso para los familiares de los fallecidos. A mi modo de ver, dicha interpretación y conducta del personal, denota una actitud marcadamente paternalista que cercena el derecho de la familia y la memoria pretérita del fallecido. El hospital debe contar con el equipo multidisciplinario adecuado, que sea capaz de transmitir ese tipo de información cuando sea requerida, además de que en el caso en cuestión había existido un diálogo entre los familiares y los médicos y se tenía conocimiento de que se iba a realizar un ritual religioso. Al respecto, el Tribunal de Estrasburgo considera, que si bien, la omisión de dar información detallada sería menos gravoso para los familiares puede ser válido en algunas situaciones, pero no tuvo en cuenta la situación específica del caso del solicitante: había dejado en claro que deseaba tener un funeral de acuerdo con sus creencias que requerían que el cuerpo de su hijo permaneciera lo más ileso posible. Los detalles sobre el alcance de la autopsia eran, por tanto, de especial importancia para ella, hecho que había comunicado al hospital en varias ocasiones. Y por tanto el Tribunal estima que, en las circunstancias específicas del presente caso, el hospital tenía el deber de informar a la demandante sobre la extracción de los órganos de su hijo. A lo anterior podemos añadirle que Austria es firmante del Convenio de Oviedo, con fuerza obligatoria para el Estado y sus funcionarios y en consecuencia el art. 10 apartado 2 reconoce el derecho de toda persona a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada. Y en el apartado 3 establece que cualquier limitación que se establezca por Ley a ese derecho debe tener carácter excepcional. Es cierto que hace referencia al paciente, pero creo que ello no implica que el derecho a la información se extinga con el deceso, aunque expresamente no se consagre un deber de informar. Y reitero en ello la aplicación y observancia del art. 3 apartado 1 de la Declaración Universal de Bioética y derechos Humanos: “Se habrá de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

En resumen, el Tribunal estima que el personal del hospital no actuó con la debida diligencia y prudencia frente a la demandante. De igual modo, el Tribunal Regional de *Feldkirch* (como tribunal que examinó el asunto en primera instancia), reconoció que el personal del hospital debería haber informado a los demandantes y a su marido del alcance de la autopsia de su hijo. Esta información era relevante para ellos, especialmente por cuestiones religiosas, dado que era crucial para la planificación del funeral, del que habían notificado al hospital con anticipación.

El Tribunal de Estrasburgo termina por concluir que, en las circunstancias específicas del caso, se produjo una violación del art. 8 del CEDH porque el hospital omitió proporcionar a la demandante la debida información acerca del alcance de la autopsia de su hijo, y de la extracción y paradero de sus órganos.

Aunque el Tribunal estima que se ha violado el art. 8 del CEDH y reconoce la obligación del Hospital de facilitar información y devolver los órganos, no entra a analizar la titularidad sobre los mismos, su destino y el tipo de derecho que recae sobre ellos.

La situación se deriva de la práctica de la autopsia, pero está más relacionada con el derecho que corresponde a la disposición y destino final de partes del cuerpo humano en situaciones de fallecimiento. No se puede suponer que el consentimiento a practicar una autopsia clínica conlleve adquirir la titularidad de los órganos y tejidos de la persona fallecida. Tampoco, podemos referirnos a una propiedad dominical sobre los mismos, sino a una situación de custodia y disposición. Mientras los órganos estén en poder de la Institución Hospitalaria, esta tendrá la custodia de los mismos, en tanto sean necesarios para estudios, y una vez finalizado el proceso deberán ser devueltos a los familiares, ya sea para que sean cremados o inhumados. Si los familiares renuncian a su derecho a recuperarlos, corresponde al hospital determinar su destino final conforme a los procedimientos sanitarios establecidos (muy vinculado con la protección de la salud pública y siempre respetando la dignidad humana).

En consecuencia, al menos en el orden doctrinal, el derecho a determinar el destino de estos órganos conlleva una posibilidad de ejercicio por parte de la familia, que se traduce en un deber por parte de la institución de informar sobre su paradero, tiempo que los tendrán en custodia y deber de entregar, siempre que no exista peligro para la salud pública. En Austria, ni la Ley Federal de Hospitales, ni la Ley de Hospitales del *Land* de *Voralberg* se refieren a los órganos y partes que se extraen de un cadáver y a su destino. La Ley Federal sobre Trasplantes de Órganos tampoco se pronuncia respecto a este particular, solo hace referencia en su § 3 (4), cuando define qué entiende por “disposición”, que será: “el destino final de un órgano cuando no es destinado a trasplante”.

Por su parte, la Ley de Funerales del *Land* de *Voralberg*, en su § 4, sobre el “Entierro y Eliminación”, hace referencia a la obligación de enterrar y considera que esta se aplica también a las partes del cuerpo humano amputadas que no se eliminen de manera inofensiva. El médico responsable o director médico debe hacer los arreglos necesarios para el entierro o disposición segura de dichas partes del cuerpo. Y, en el numeral (3), estipula que en el caso de aquellos cadáveres que sean dejados con fines de investigación y enseñanza científica o médica, se debe disponer de las partes del cuerpo que ya no resulten necesarias, de manera inofensiva, dentro del marco de la instalación. En mi opinión, cuando existe voluntad en vida de la persona o si los familiares entregan el cadáver a estas instituciones para su estudio, en consecuencia, están transmitiendo su derecho de disposición sobre los órganos; pues la suerte de las partes debe seguir al todo, salvo pronunciamiento en contrario.

En Austria, todo parece indicar que no existe una ley que de forma expresa determine el destino de los órganos cuando se practica la autopsia. Lo lógico es que ese derecho corresponda a la familia y que los mismos sean devueltos a los parientes para su inhumación o incineración, o al menos se ofrezca esa posibilidad, y en caso de renuncia a ello, pueda determinar la institución que hacer con los mismos. No obstante, la legislación debería ser más clara en cuanto al procedimiento para implementarlo, el deber de informar, el deber de devolver, los plazos de tiempo, entre otras cuestiones²⁹.

VII. A PROPÓSITO DEL VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ PASTOR VILANOVA Y LA IMPORTANCIA DE REFORZAR LA IMPLEMENTACIÓN DE UN ENFOQUE PREVENTIVO.

En la sentencia comentada, el juez Pastor Vilanova (secundado por el juez Harutyunyan), contrario al criterio de los demás jueces, considera que sí era procedente examinar el art. 13 de la Convención. La actora invocó dicho precepto como fundamento del daño causado al no contar con un recurso efectivo para oponerse a la autopsia.

Es pertinente reproducir a continuación su contenido: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional,

29 Esta ambigüedad lleva a que en la práctica se produzcan comportamientos similares a los que se describen en la sentencia. En ella se narra que, si bien los peritajes encontraron unánimemente que la autopsia había sido justificada para poder aclarar el diagnóstico, nada en ellos mencionó la necesidad de conservar los órganos por razones científicas o de otro tipo durante varias semanas o meses. Por ello, el Tribunal consideró que, en las circunstancias específicas del caso, donde la demandante había informado al hospital que el cuerpo de su hijo debía permanecer lo más ileso posible para el funeral, era obligación del hospital informar a la demandante sin demora indebida de la extracción y el paradero de los órganos de su hijo.

incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

El texto del precepto parece indicar que la legislación de los Estados miembros debería disponer de mecanismos que permitan presentar una reclamación efectiva contra un daño causado. En apariencia no se refiere a un recurso de carácter preventivo, ya que induce a pensar que el daño debe haberse producido y no basta con la posibilidad de que ocurra. No obstante, en cuanto a la efectividad, es preciso tener en cuenta que en ciertos supuestos y ante determinadas infracciones a los derechos con resultado dañoso, la reparación in natura no es factible y, por ende, la indemnización solo sirve para atenuar el dolor, pero nunca revertir la situación al estado anterior al daño. En el presente caso se llevó a cabo una autopsia, se extrajeron los órganos y se mutiló el cadáver del recién nacido, de tal forma que hizo incompatible la celebración del funeral conforme a la fe musulmana de los padres. Desde esta perspectiva, el recurso no fue efectivo. A esto se le puede sumar la excesiva demora de los procesos judiciales, con el daño agregado que supuso para esa familia hasta obtener esa compensación monetaria, lo que agrava la situación mucho más. Transcurrieron más de 10 años desde que se materializó la intromisión ilegítima hasta obtener el pronunciamiento que hoy estamos comentando y que, en cierta medida compensó la situación.

El juez Vilanova, considera acertadamente, que la sala obvió el debate sobre el fondo de la cuestión planteada respecto al art. 13 e hizo uso de una fórmula común, que es “considerar que el tema ya fue abordado al hablar y dar respuesta a la violación de otros artículos” (en este caso el 8 y el 9 del CEDH); cuando en realidad, si se hubiera pronunciado sobre el fondo, el resultado hubiera sido muy diferente. De acuerdo con este magistrado, esto habría llevado a que la Corte se planteara la necesidad de que Austria aplicara un catálogo de medidas preventivas en futuras modificaciones de su legislación³⁰.

De la lectura de los hechos que conforman la demanda no resulta controvertido el particular de que los médicos hicieron uso de la potestad que les confiere la ley y no vacilaron en ponderar los intereses en juego para la familia. No hay ponderación ni posibilidad previa de impugnar esa decisión. Lo cual es sumamente importante en temas en los que la indemnización no permite retornar al estado anterior.

Se plantea aquí, lo concerniente a la importancia de las medidas preventivas en el derecho, y más aún, en lo tocante al derecho a disponer sobre el cadáver. El

30 En este sentido el juez explica que no se trata de una cuestión neutral, ya que la constatación de una violación por parte de la Corte podría obligar a Austria a introducir en su ordenamiento jurídico un recurso (ya sea judicial o no) contra las decisiones unilaterales de los médicos de realizar una operación post mortem en tales casos.

estudio, que de forma somera realiza el juez Vilanova, al citar la línea jurisprudencial que ha seguido el Tribunal Europeo, es muy interesante, ya que ilustra como en un primer momento se consideraba que el art. 13 daba la posibilidad a los Estados miembros de escoger entre remedios preventivos y compensatorios³¹. Mientras que, más recientemente y con mayor claridad, el Tribunal de Estrasburgo ha manifestado su preferencia por la prevención³².

Asimismo, Pastor Vilanova señala que el Tribunal no motivó debidamente la no valoración del art. 13 y dicho pronunciamiento atenta contra la jurisprudencia seguida por la Corte, que, si bien hace referencia a las violaciones al art. 8, nada impide trasladarlas a la aplicación del 9³³. Además, se subraya el criterio reiterado de la sala de que el recurso a que se refiere el art. 13 debe ser eficaz tanto en la práctica como en la Ley. Esto se ha puesto de manifiesto en varias sentencias de la sala, que tienen como hilo conductor la exigencia de un remedio que pueda reparar directamente la situación denunciada, con el fin de evitar el efecto destructivo del hecho consumado³⁴. Y es del criterio que ello se aplica claramente al caso que se está examinando, que no fue considerado digno de un examen de fondo por la mayoría. De hecho, dado que no existe un recurso preventivo en la legislación austriaca, el cuerpo del niño fue completamente mutilado, lo que impidió su entierro de acuerdo con los ritos de la religión de su familia. El remedio al que podían acceder fue incapaz de reparar el daño causado.

Debe tenerse en cuenta que, en el presente asunto, la demandante expresó su queja de forma explícita acerca de su falta de posibilidades, en virtud de la legislación interna, de impugnar la realización de la autopsia antes de que esta tuviera lugar. Y añade, no cabe duda de que, según la ley aplicable, los médicos austriacos pueden realizar una autopsia sin la autorización de la familia por razones científicas. Los médicos no solo pueden ignorar cualquier oposición explícita de

31 En este sentido cita el caso *Kudła* contra Polonia (TEDH 2000, 163).

32 En ese sentido se puede ver el caso *Sürmeli* contra Alemania, STEDH 8 junio 2006 (JUR 2006, 177074). En ella la Corte considera que la mejor solución en términos absolutos es indiscutiblemente, como en muchos ámbitos, la prevención. Y añade que cuando el sistema judicial es deficiente con respecto al requisito de plazo razonable en el art. 6 apartado I de la Convención, un recurso diseñado para acelerar los procedimientos para evitar que se prolonguen excesivamente es la solución más eficaz. Y continúa diciendo que tal recurso ofrece una ventaja innegable sobre uno que otorga únicamente compensación, ya que también evita que se determinen violaciones sucesivas con respecto al mismo conjunto de procedimientos y no se limita a reparar el incumplimiento a posteriori, como lo hace uno compensatorio.

33 Y cita los siguientes casos: “*Solska y Rybicka* (JUR 2018, 259469)” en la violación del art. 8 por la ausencia de un recurso judicial preventivo contra la decisión de exhumación por parte del ministerio fiscal. En “*Macready* contra la República Checa (núms. 4824/06 y 15512/08, §§ 47-48, 22 de abril de 2010 (JUR 2010, 121726))” la Corte es del criterio de que si solo existiera la obligación positiva por parte de los Estados de establecer un recurso compensatorio ex post, daría al traste y haría ilusoria la protección contenida en el art. 8 ante determinados supuestos. Y añade que dicha jurisprudencia se reprodujo y amplió en los casos “*Bergmann* c. la República Checa (n.º 8857/08, 27 de octubre de 2011 (JUR 2011, 363672) , § 46)”.

34 Al respecto cita: “*□lhan v. Turkey* [GC] (TEDH 2000, 380) , no. 22277/93, § 97, ECHR 2000 VII”, “*Ramirez Sanchez v. France* [GC] (JUR 2006, 204507) , no. 59450/ 00, § 165, ECHR 2006 IX”, “*Ananyev y otros c. Rusia*, núms. 42525/07 y 60800/08, § 98, 10 de enero de 2012 (JUR 2012, 9280)”, “*De Souza Ribeiro v. France* [GC] (JUR 2012, 394169) , no. 22689/07, § § 83 y 93, ECHR 2012”, y “*Lashmankin and Others v. Russia* , núms. 57818/09 y otros 14, § 345, 7 de febrero de 2017 (JUR 2017, 43005)”.

la familia, sino que sus decisiones no pueden ser objeto de ningún examen previo ante un tribunal o cualquier otro organismo interno independiente.

Las anteriores reflexiones del juez Pastor Vilanova, así como el camino jurisprudencial seguido por la alta Corte, nos conducen a realizar algunas precisiones. En primer lugar, siempre es preferible enfrentarse a los fenómenos antes de que se materialicen, y más aún cuando ello puede ocasionar un posible daño que sea irreparable posteriormente. Esto, por supuesto, sin perjuicio de la obligación de indemnizar, si se demuestra que no existía tal peligro, y que la persona beneficiada con la medida preventiva no le asistía razón.

Estas posibilidades de actuación van a estar encaminadas a prever que el daño no se cristalice, al mismo tiempo que a impedir la reiteración futura de una conducta que ya se concretó en un daño, o su agravación. La primera, busca frenar un acto potencialmente lesivo, actual e inminente, digno de la tutela jurídica. Y la segunda, se dirige a prohibir la realización de conductas similares en un futuro, tomando medidas al respecto, o a evitar el empeoramiento de una situación dañosa.

A la hora de proteger este tipo de derechos en sede procesal, la técnica empleada ha sido la de atribuir de forma expresa la protección de estos a algunos de los procesos modelos o dejar al arbitrio del juez la posibilidad de tutelarlos según la rapidez que requiera la cuestión por alguna de las vías establecidas. No es común encontrarse con un proceso destinado exclusivamente a la protección de los derechos personalísimos o del derecho de disposición sobre el cadáver³⁵, y Austria no es la excepción.

En el ámbito de protección del derecho de disposición sobre el cadáver, parece más acertada la idea de que la tutela que a este se le brinde deba ser encauzada con celeridad, y se intente obtener una respuesta rápida ante la violación ocurrida, pues generalmente las lesiones revisten un carácter especial, a tenor de la naturaleza del bien, del derecho lesionado y el dolor que encierra su ejercicio para los familiares.

Se debe tener en cuenta que, la lesión a este, afecta un bien inestimable económicamente, que tiene un sustrato moral, espiritual, que atiende a los sentimientos de dolor, de pena, donde la psiquis de los familiares está afectada

35 La Ley de Enjuiciamiento Civil española vigente a la sazón hace alusión expresa a los derechos personalísimos, y atribuye su conocimiento al juicio ordinario, así lo prescribe en el art. 249. Por otra parte, el Código Procesal de Argentina provee la posibilidad al Juez de escoger el tipo más adecuado de proceso para la protección de los derechos no valuables económicamente; siempre que no correspondiere juicio especial o proceso sumarísimo. Así lo establece en su art. 319. La línea seguida por este último Código Procesal constituye una solución de vanguardia, que permite brindar una mejor tutela a los derechos personalísimos dentro de los cuales el derecho de disposición sobre el cadáver es una especie; y que de forma general simplifica la norma procesal.

y que acontece en un momento en que su titular ha fallecido. El transcurso del tiempo puede agravar y traer consigo consecuencias mucho peores que los beneficios pretendidos con los procesos tradicionales, imposibilitando brindar una respuesta rauda, pertinente, y eficaz materialmente en muchos supuestos.

Por otra parte, es cierto también que los procesos rápidos, atendiendo a su posibilidad de conocimiento más reducido, pueden atentar contra la verdad material, contra un fallo justo, y ocasionar con ello un daño, pero, es un riesgo que se debe correr en pos de una tutela más dinámica y eficaz del derecho de disposición sobre el cadáver, y por consiguiente de la dignidad humana, que le sirve de soporte.

Todo lo referente a la utilización de medidas cautelares en los diferentes procesos, como mecanismo que garantice la ejecución de la sentencia que en su día se dicte, goza de gran aceptación por la doctrina y es regulado en los diferentes cuerpos procesales civiles foráneos³⁶. Ante la existencia de procesos largos y ante el peligro de la ineficacia de la sentencia, se instrumentan medidas, que con anterioridad o posterioridad al proceso y cumpliendo con ciertos y determinados requisitos; tienden a asegurar el objeto de este y el fallo que en su día se dicte.

Como puede apreciarse, aquí se mezclan varias cuestiones de índole procesal: la existencia de un proceso largo que tutela el derecho de disposición sobre el cadáver; la necesidad de respuesta rápida ante violaciones a este, la pertinencia de adoptar medidas preventivas como mecanismo de solución rápida ante la demora; así como la posibilidad de que la Ley Procesal instrumente esas medidas. Lo anterior, sin lugar a dudas, tributa a una tutela más efectiva ante lesiones a la situación jurídica de poder que sobre el cadáver ostentan determinadas personas.

Las medidas de esta índole en el ámbito civil, contribuyen a una mayor protección del derecho de disposición sobre el cadáver, brindando celeridad ante los distendidos plazos de la maquinaria judicial. No se debe subestimar el dolor en el que se encuentran inmersos los familiares y lo vulnerables que son en este momento y el peligro que ello encierra para la protección del derecho, con vistas a que los dolientes prefieran no optar por la tutela judicial, desistan de ejecutar la última voluntad del fallecido o renuncien tácitamente a los derechos que como parientes ostentan.

En este sentido, resultan muy interesantes las medidas autosatisfactivas, pues proporcionan una satisfacción anticipada al asunto litigioso. En efecto, la permanencia a través del tiempo de los procesos judiciales y su incidencia en la ineficacia de la

36 Sirvan de ejemplo el Código Procesal Civil de Uruguay art. 311, 312, 316 y 317. También el Código Procesal Civil de Argentina en sus art. 195, 204 y 232. Es dable señalar que ambos cuerpos legales emplean un criterio flexible en esta sede.

ejecución de la sentencia y la frustración de los derechos de las personas que instan la tutela judicial ha llevado a decantarse por su implementación³⁷. Estas podrían ser una solución para reforzar la tutela del derecho de disposición sobre el cadáver en el proceso civil austriaco y de esa forma conferir virtualidad a la observancia del art. 13 del CEDH.

Por otra parte, pudiera pensarse de *lege ferenda*, en la creación de un comité de Ética Clínica ante el que se presenten esos casos, que deba pronunciarse en brevísimo tiempo y cuya decisión pueda ser revisada por el Defensor de los Derechos del Paciente u otra instancia independiente, como la judicial, con capacidad para ratificar o modificar esa decisión y aplicar una medida autosatisfactiva. Todo ello, sin perjuicio de instar posteriormente la correspondiente tutela judicial mediante un procedimiento con una *cognitio* judicial más amplia. Ese comité de expertos que propongo, que debe tener carácter inter-multi y transdisciplinario, estaría capacitado para hacer seguimiento de los casos de alta relevancia ética y jurídica que fueran atendidos en la institución hospitalaria. Y debería tener conocimientos de los informes elaborados por los médicos y propiciar con ello una valoración integral del caso y una toma de decisiones consensuada, profunda, pero a la vez ágil.

La Ley de Hospitales del *Land* de *Voralberg* en sus § 12 y 13 regula la creación y funcionamiento de un Comité de Ética, pero el mismo funge más como un Comité de Ética de la Investigación, que con el sentido de Comité de Ética Clínica (que son los encargados de discutir y participar en la toma de decisiones en aquellos casos que en la práctica médica diaria encierran problemas éticos o conflictos de valores (ya sea que constituyan o no dilemas éticos).

37 Con respecto a la importancia de las medidas preventivas y su relación con la protección del derecho de disposición sobre el cadáver se puede consultar: ENRIQUEZ SORDO, J.: "¿Cuenta el ordenamiento jurídico cubano con herramientas suficientes para tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver?", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018, pp. 62-109.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2013.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J.: “La Persona, el estado civil y el registro civil (I)”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado I. Personas* (coord. por J. J. CASTIELLA RODRÍGUEZ), Civitas, Navarra, 2016.

CIFUENTES, S.: *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2016.

ENRÍQUEZ SORDO, J.: “¿Cuenta el ordenamiento jurídico cubano con herramientas suficientes para tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver?”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018.

LASARTE, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil*, T-I, Marcial Pons, Madrid, 2021.

PIZARRO MORENO, E.: “Los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de La Persona* (coord. por F. OLIVA BLÁZQUEZ y L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.



INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y FILIACIÓN EN LA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CASO TABASCO, MÉXICO

*SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD AND FILIATION IN
SUBSTITUTE PREGNANCY: THE CASE OF TABASCO, MEXICO*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 92-115

Gisela María
PÉREZ y Karla
CANTORAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de febrero de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: En el caso de Tabasco, desde 1997 se encuentra previsto en el Código Civil la posibilidad de acudir al uso de la gestación por sustitución. En el presente artículo, se analiza el interés superior de la niñez en el caso de la filiación de los niños nacidos bajo el uso de esta técnica de reproducción asistida, toda vez que a pesar del trabajo realizado por los operadores jurídicos en México sobre el tema, aún quedan vacíos legales que hagan efectivos derechos fundamentales como la identidad. Se persigue proponer un mecanismo que garantice la protección del interés superior de la niñez en casos de gestación por sustitución para la determinación de su filiación que hagan posible el disfrute de derechos fundamentales como la identidad, respetando el margen de apreciación que tienen los Estados para legislar sobre el tema.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución; interés superior de la niñez; filiación; derecho a la identidad.

ABSTRACT: *In the case of Tabasco, since 1997 the Civil Code has provided for the possibility of resorting to the use of surrogacy. In this article, the best interest of children is analyzed in the case of filiation of children born under the use of this assisted reproduction technique, since despite the work carried out by legal operators in Mexico on the subject, there are still legal gaps that make fundamental rights such as identity effective. The aim is to propose a mechanism that guarantees the protection of the best interests of the child in cases of surrogacy for the determination of their affiliation that make it possible to enjoy fundamental rights such as identity, respecting the margin of appreciation that States have to legislate. about the topic.*

KEY WORDS: *Surrogacy; best interests of the child; filiation; right to identity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ESTADO DE TABASCO: ¿PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LA INFANCIA?- III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.- 1. Interés superior de la niñez.- 2. Filiación en caso de la gestación por sustitución.- 3. La posesión de estado como camino para reconocer la filiación en caso de gestación por sustitución. Estudio de Caso STS 1153/2022.- IV. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE CON ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DERECHO A LA IDENTIDAD.- 1. Voluntad procreacional: elemento para acreditar la filiación derivada del uso de la gestación por sustitución.- 2. Posesión de estado para adquirir la filiación en caso de gestación por sustitución.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Las técnicas de reproducción asistida son reconocidas por la Organización Mundial de la Salud, especialmente la gestación por sustitución que se define cuando una mujer lleva a término el embarazo para posteriormente entregar el niño al o a los comitentes¹.

En México se destacan dos Códigos Civiles en la regulación de lo que se ha denominado en los mismos “maternidad subrogada” tanto en el Código Familiar de Sinaloa como en el Código Civil de Tabasco, la normativa se ha centrado en la realización del acto de la maternidad, sin valorar a fondo las consecuencias sobre el interés superior de la niñez a partir de la filiación no tradicional, entre otras problemáticas.

En el caso del Estado de Tabasco, se produjeron una serie de situaciones de comercio con la vaga normativa que existía a partir del año 1997 en apenas un principal artículo y otros dispersos. Los acontecimientos de turismo reproductivo tuvieron un tope cuando en 2016, el Gobierno vigente en ese entonces determinó

¹ Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Versión revisada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology and la Organización Mundial de la Salud.

• Gisela María Pérez Fuentes

Profesora investigadora en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, en donde es líder del Cuerpo Académico Consolidado “Estudios de Derecho Civil”. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT, Nivel III. Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias desde 2014 así como del Ilustre Colegio de abogados de Madrid desde 1996 hasta la fecha. Desde 1992 ha desarrollado investigaciones sobre derecho civil, bioética, derecho de familia, responsabilidad civil y daño moral. Desde el 2002 ha desarrollado la teoría de los derechos de la personalidad y dignidad de la persona, así como las consecuencias de la violación a estos derechos a partir del daño moral en una de las líneas de investigación, destacando la protección de la infancia en estos casos, con más de 120 publicaciones en el ámbito nacional e internacional. Correo electrónico giselapef@hotmail.com.

• Karla Cantoral Domínguez

Profesora investigadora en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, en donde forma parte del Cuerpo Académico Consolidado “Estudios de Derecho Civil”. Desde el 2011 es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, actualmente nivel II. Es especialista en protección de datos personales, responsabilidad civil, transparencia y derecho de acceso a la información. En 2017 ingresó como miembro regular a la Academia Mexicana de Ciencias. Correo electrónico karlacantoral@gmail.com.

incorporar en el Código Civil² un Capítulo VI Bis al título octavo de la filiación en el libro Primero, a partir de ocho artículos -380 bis al 380 bis 7- los mismos dieron lugar a varios amparos destacando la acción de inconstitucionalidad 16/2016³.

Es cierto que la reforma del 2016 no garantizaba el interés superior de la niñez ni la protección de la madre contratante. En este trabajo nos centraremos en el primer aspecto, como núcleo central de todos los derechos: el interés superior de la niñez que a nuestro parecer se le resta importancia en el caso de la filiación.

La hipótesis es que a pesar del trabajo realizado por los operadores jurídicos en México sobre el acceso a la gestación por sustitución, aún quedan vacíos legales para garantizar el interés superior de la niñez en la filiación, que hagan efectivos otros derechos fundamentales como la identidad.

El objetivo persigue proponer un mecanismo que garantice la protección del interés superior de la niñez en casos de gestación por sustitución para la determinación de su filiación que hagan posible el disfrute de derechos fundamentales como la identidad, respetando el margen de apreciación que tienen los Estados para legislar sobre el tema.

El trabajo utiliza como metodología la doctrina analítica y el derecho comparado, para comprender el estado de la cuestión sobre el uso de la gestación por sustitución en México y otros países. Así también, se utilizó el método de casos a través de juicios en donde se valora la constitucionalidad del acceso a técnicas de reproducción asistida como la gestación por sustitución, así como diversos procedimientos asociados al reconocimiento de la filiación de los infantes nacidos mediante dicha técnica.

Lo cierto es que el tema resulta de gran relevancia porque la solución que ha impuesto la Corte en sus resoluciones, sin un estudio sociológico previo que refleje la realidad de Tabasco es una problemática que debe hilar con mucho cuidado el legislador y que impactará en la sociedad del Estado.

II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ESTADO DE TABASCO: ¿PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LA INFANCIA?

El Código Civil de Tabasco de 1997 señalaba desde la Exposición de Motivos que dicho texto legal no podía ser ajeno a los avances científicos, incorporando así una especie de contrato, donde aparecían en el art. 92, tres partes: madre

2 Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 26 de octubre de 2022.

3 Acción de inconstitucionalidad 16/2016, resolución dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 7 de junio de 2021.

legal como la mujer que contrata; madre gestante sustituta, a la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético, así como madre subrogada, la mujer que provee tanto el material genético como el gestante para la reproducción. Por su parte, se hacía referencia al hijo aún no nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial⁴.

La legislación civil prevé que la madre legal del infante nacido por esta técnica debe ser considerado legítimo⁵, término que como se conoce es arcaico y discriminatorio en nuestro sistema jurídico, que además está en contra del derecho a la identidad.

El adelanto científico que implica la reproducción, obtuvo un climax social y jurídico en el año 2016. Fue en el 2017, cuando el Gobierno de Tabasco informó que desde el año 1997 se habían emitido 119 actas de nacimiento de hijos nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución, en donde la mayoría de los padres contratantes eran de origen extranjero, en ese entonces la "solución legislativa" fue incorporar al Código Civil de Tabasco los artículos 380 bis al 380 bis 7 en donde se limitaba sólo para ciudadanos mexicanos⁶, lo cierto es que, como se declaró en la acción de Inconstitucionalidad 16/2016, legislar sobre las condiciones en cuanto a la forma en que se debe realizar la gestación por sustitución, representa una invasión de competencias a la Ley General de Salud, causando incertidumbre jurídica, pues no se respetan los derechos reproductivos con perspectiva de género.

Analicemos el siguiente planteamiento: "La gestación por sustitución se refiere al proceso a través del cual una mujer intencionalmente se embaraza sin pretender conservar el recién nacido"⁷. Esta expresión tiende al comercio de niños cuando la gestación por sustitución se ha realizado por una mujer gestante a unos familiares que no pueden ser padres.

4 Art. 31 del Código Civil de Tabasco.

5 Art. 347 del Código Civil de Tabasco, segundo párrafo "...cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata... Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató...".

6 CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: "Gestación subrogada. Estado de la cuestión en el estado de Tabasco", en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (ed.): *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2021, pp. 27-46.

7 Es una expresión muy simple y que realmente implica muchas opciones, no puede quedar generalizado como un contrato de entrega de "un producto" que es nada menos que un niño. STARK, B.: "Transnational Surrogacy and International Human Rights Law", *Ilsa Journal of International & Comparative Law*, vol. 18, núm. 2, 2012, p. 1.

El argumento alegado se sostiene en distintas modalidades de casos, por ejemplo, en Brasil, en la realización de esta técnica altruista, una niña fue inscrita como hija de dos progenitores cuando fue gestada por la prima de uno de ellos⁸.

En la reforma de 2016 al Código Civil de Tabasco⁹ queda de forma ambigua la protección del principio al interés superior del menor, por ejemplo sobre la nulidad del Contrato de Gestación, en el artículo 380 bis 4, se prevé que el contrato de gestación será nulo si se realiza bajo ciertas circunstancias, como que se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana.

Por tanto nos preguntamos ¿Qué interés superior de la niñez se protege? La reforma no establece la forma específica de su tutela hacia el interés superior de la niñez, por ello los derechos que son indispensables aparecen sólo de forma jurisprudencial y en tesis aislada en México a partir de resoluciones como la acción de inconstitucionalidad 16/2016 muy atinada en algunos aspectos, sin embargo su pronunciamiento resulta ambiguo en lo que implica esta distinta forma de filiación.

A nuestro entender, hace falta un tratamiento de Derecho Civil Constitucional, en cuanto a que no es un asunto de derecho privado, ni se limita a la autonomía de la voluntad, ni puede aplicarse de forma absoluta el principio general del derecho “lo que no está prohibido está permitido” porque se está trabajando con la persona más importante del sistema jurídico: la niñez, que ciertamente no debería ser objeto de contrato.

Obsérvese que, en la reforma de 2016, en el art. 380 Bis 5 sobre los requisitos del Contrato de Gestación, se hace mención a la protección del menor. Sólo se menciona el procedimiento que se debe cumplir en el penúltimo párrafo:

“...Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre el contratante y el feto... El instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado”¹⁰.

8 CURTI, P. J.: “Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018-II, pp 159-177. En el artículo se señala que la Resolución 2121 del Consejo Federal de Medicina, estableció que la gestante deberá ser pariente hasta el cuarto grado de algunas de las personas interesadas en ser progenitores.

9 Decreto 265 publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco el 13 de enero 2016, que adiciona el controvertido Capítulo VI Bis denominado “De la gestación asistida y subrogada”.

10 Art. 380 bis 5 del Código Civil de Tabasco.

Es complicado entender en un acuerdo el reconocimiento de unos contratantes con un feto, tal como se plasma en este artículo, y es curioso que la Suprema Corte no haya pronunciado al menos, algún comentario sobre ello.

Se pueden presentar casos trágicos en el que haya necesidad de recurrir a los orígenes del menor, aún cuando las personas comitentes se encuentren vivas. Por ello coincidimos en que se haya declarado inconstitucional el quinto párrafo del art. 380 bis 3 del Código Civil de Tabasco.

Antes de abordar las conclusiones para el cambio paradigmático que exige la legislación civil, profundizaremos en el estudio de casos dentro del derecho comparado para diferenciar: la filiación de los orígenes del niño en cuanto a su protección, así como las características y requisitos que deben estar presentes en el Código Civil de Tabasco en cuanto a proteger el interés superior del menor en caso de gestación por sustitución.

A continuación se mencionan los últimos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han sentado importantes pautas para definir la filiación en el caso de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida. A nuestro criterio la cláusula de la voluntad procreacional es un punto de partida, aunque no definitivo, para garantizar la filiación y el futuro bienestar del menor.

III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación coincide en considerar que la mayoría de los países deben orientarse hacia la gestación por sustitución de carácter altruista. No obstante, en países como Rusia¹¹ se admiten acuerdos onerosos y solamente la gestación por sustitución, es decir, no puede existir vinculación genética entre la gestante y el infante, ello facilita un camino hacia la determinación de la filiación del menor.

I. Interés superior de la niñez.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional de mayor relevancia para la protección de la infancia, considerando así el interés superior del menor. En este caso todos los Estados que hayan firmado el convenio protegerán a los menores de 18 años con independencia, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, impedimentos físicos, o forma de nacimiento¹².

11 ESPARZA PÉREZ, R. V.: "Estados que permiten la gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica", en ALBORNOZ, M. M. (ed.): *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-CIDE, México, 2020, pp. 123-141.

12 Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, al respecto véanse los arts. 2 y 9, disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

En varios países se admite la gestación por sustitución, esto significa que la madre gestante no brinda su material genético sino sólo su útero, esta técnica se materializa jurídicamente a través de acuerdos, convenios o contratos, generalmente altruistas, no obstante, existen contratos con fines de lucro que fomentan el turismo médico y una omisión legislativa lo permite.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Dictamen Consultivo de 10 de abril de 2019¹³, afirmó que el interés superior del niño supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad de que el niño crezca y se desarrolle en un entorno estable. Por tanto, estimó que la imposibilidad de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es contrario al interés superior de la niñez.

En el Dictamen que se menciona, se afirma que la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño nacido por estas técnicas con la madre de intención es contrario al interés superior de la niñez, al tener consecuencias negativas en su vida privada, tales como el riesgo a no tener nacionalidad de la madre, el derecho a heredar, la ausencia de identificación legal de las personas responsables de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar.

Otro de los derechos que protege el interés superior de la niñez vinculado con la identidad en la gestación por sustitución es el derecho a la vida privada, así fue reiterado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Dictamen Consultivo, donde se sostiene que el derecho del niño al respeto de la vida privada debe estar en la legislación nacional que trate el tema de la gestación por sustitución; ello para que se proporcione la posibilidad de reconocimiento de una relación legal con los padres intencionales en el entorno en que viven y se desarrollan, es el caso de la adopción del infante por la madre comitente, siempre que el procedimiento sea pronto y expedito.

Existen otros países en los que existe un proceso pre-aprobatorio, con el cual coincidimos y debe demostrarse el parentesco legal del niño con los padres intencionales¹⁴. Si en alguno del grupo de estos países admite la maternidad subrogada ésta debe ser altruista y existen medidas penales para la subrogación con fines de lucro. En países como Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Reino Unido no se admite o es inaplicable la cláusula del contrato de subrogación que

13 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, 10 de abril de 2019, solicitado por el Tribunal de Casación francés, demanda no. P16-2018-001, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380431-8364345%22%5D%7D>.

14 Estos países son Australia, Israel, y Nueva Zelanda, véase acción de inconstitucionalidad I6/2016, p. 27.

transfiere el parentesco del niño a los padres comitentes, no obstante si se puede exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones, tales como el pago de los gastos inherentes a la gestación.

2. Filiación en caso de la gestación por sustitución.

La filiación es un vínculo jurídico entre padres e hijos que genera obligaciones y derechos, como la atribución de la patria potestad, la guarda y custodia, la determinación de los apellidos, la adquisición de la nacionalidad, entre otros. La filiación se reconoce como el vínculo biológico jurídico, tradicionalmente entre padres e hijos, por nacimiento -por naturaleza- o por adopción, pero la gestación por sustitución ha implicado la opción a una tercera posibilidad donde se crea un nuevo tipo de filiación con un cambio de paradigma¹⁵.

En España, en marzo de 2021, la Audiencia Provincial de Barcelona, consideró que podía reconocerse una sentencia emitida por un tribunal colombiano, que declaró que la infante no era hija de la madre gestante, por cuanto la dignidad y la voluntad de ésta habían quedado garantizadas en dicho proceso judicial contradictorio y porque no se puede afectar la dignidad de la niña que ya había nacido. Señala la sentencia que se estaría atentando contra el interés superior de la niña si la gestante no lo garantiza y no se reconoce la validez de la sentencia extranjera a través de la cual se le concede la filiación a los padres intencionales¹⁶.

Por eso, como señala la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷, los Estados partes velarán porque el infante no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, con excepción de que exista una orden judicial en la que se justifique tal decisión conforme al interés superior de la niñez. Esto permite cuidar la filiación y la implicación que de ello se deriva en cuanto a derechos familiares, sociales y económicos¹⁸.

Esto puede ocurrir en el caso de niños nacidos a través de la gestación por sustitución. En España después de varias negativas de inscripción de niños nacidos en el extranjero de padres españoles, se dictó por la Dirección General de Registros y Notarías, la instrucción de 5 de Octubre de 2010, sobre el régimen

15 VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: "Determinación de la filiación en la procreación asistida", *Revista IUS*, México, 2017, vol. 11, núm. 39, enero-junio 2017.

16 Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, núm. 104/2021, 17 marzo 2021, así también véase MÚRTULA LAFUENTE, V.: "La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, pp. 3424-3465.

17 Art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

18 La guarda y respeto en ciertos países, así como su democracia, no está sólidamente reconocida a nivel nacional, por ejemplo, practican la gestación por sustitución y por subrogación con fines de lucro: Georgia, India, Rusia, Uganda, Ucrania, Armenia y Moldavia, al respecto véase acción de inconstitucionalidad 16/2016, p. 26.

registral de los nacidos mediante gestación por sustitución¹⁹, que establece como requisito previo para la inscripción en el Registro Civil, la presentación de una resolución dictada por Tribunal competente del país de origen del menor.

En España ha sido algo complicado determinar la filiación por adopción cuando el infante procede de países donde se da una mayor explotación de las gestantes y no se garantiza la prestación de un consentimiento libre y voluntario, ante la falta de un control judicial sobre este tipo de contratos²⁰.

La instrucción de 2010 ha sido actualizada con la expedida el 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución²¹, en la que se considera que no se estimarán solicitudes de inscripción en el Registro Civil Consular, salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur u objeto del debido control incidental cuando la resolución tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. No se admite para el Registro Civil español, en cuanto a reconocer la filiación una certificación registral extranjera o una simple declaración, acompañada de una certificación médica relativa al nacimiento donde no conste la identidad de la mujer gestante.

En cuanto a las personas nacidas mediante gestación por sustitución, la Dirección General de Registros y Notarías se adelantó a una posible solución a través de la Instrucción española en la que fija criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español, por lo que se considera que de forma administrativa se ha producido una legalización de estas situaciones.

Un caso que marcó un hito en este sentido fue la conclusión de las sentencias *Menneson vs Francia*, resuelto después de 10 años por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se verifica el principio del interés superior de la infancia para el establecimiento de la filiación, aunque ella no sea la tradicional. En este caso se referían a matrimonios heterosexuales que habían acudido a California donde la práctica de la gestación por sustitución es legal, coincidiendo el padre legal con el intencional. Sin embargo al regresar a Francia, se les denegó el acceso al Registro Civil de las dos menores por considerar que esto atentaba contra el orden público.

19 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

20 MÚRTULA LAFUENTE, V.: "La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución...", *cit.*, p. 3449.

21 Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró que se vulneró el derecho a la identidad personal de los menores que forma parte de su vida privada y Francia fue condenada al pago de una indemnización de 5,000 euros por el daño causado. El caso Menneson junto con otras sentencias del Tribunal Europeo, provocó que la Corte de Casación francesa empezara a admitir la transcripción de las partidas de nacimiento extranjeras que designan al padre biológico y a la madre de intención, cuando el procedimiento de adopción no es posible²².

En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó en el Título V dedicado a la Filiación, en el Libro Relaciones de Familia, el Capítulo 2. Denominado "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", destacándose el art. 562 denominado voluntad procreacional, en los términos siguientes:

"Los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos"²³.

Es de señalar, que este artículo del Código Civil, según explica Patricio Curti²⁴, requiere un desarrollo legislativo especial, toda vez que ha sido a partir de la interpretación de los jueces caso por caso, el mecanismo a través del cual se ha incorporado la gestación por sustitución en Argentina, incluso para parejas del mismo sexo. Otros operadores jurídicos se han pronunciado por la inconstitucionalidad del art. 562, toda vez que no reconoce la maternidad de la mujer comitente que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino el de la mujer gestante²⁵.

Este fallo lo encontramos en el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, Argentina, en el año 2016 resolvió admitir la petición de rectificación del acta de nacimiento de un menor que nació a través de gestación por sustitución, en donde declaró procedente la impugnación de la maternidad de la mujer gestante y declaró al niño como hijo del matrimonio conformado por dos hombres, en donde uno de ellos había aportado el gameto masculino y ambos habían manifestado su

22 Sentencias de la Corte de Casación no. 648 de 4 de octubre de 2019 y no. 112 de 18 de diciembre de 2019.

23 Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina, aprobado por ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014, publicado el 8 de octubre de 2014.

24 CURTI, P. J.: "Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018-II, pp. 159-177.

25 LAFFERRIERE, J. N.: "Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial", en *Estudios de Derecho Civil*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, Sección de Derecho de Familia y Bioderecho, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 53-80.

voluntad procreacional²⁶. Los jueces argentinos coinciden en que es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscrito como hijo de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la máxima diligencia y premura²⁷.

En protección al derecho a la identidad de la niñez²⁸, los países que requieren tanto el sistema de pre-aprobación o el ex post facto, la posición válida en ambos casos es que la gestante seguirá siendo la madre legal en el nacimiento; para legalizar la filiación del niño nacido por estas técnicas, se hará necesario cualquiera de estos dos tipos de procedimiento: a) procedimiento de filiación o b) adopción²⁹.

En conclusión a este apartado existen países en Europa que no admiten la gestación por sustitución, tales como: Alemania, Francia, Austria, España, Hungría, Italia o Suiza. En España por ejemplo, si es cierto que está prohibida, ello no ha impedido que la o las personas se trasladen a otros países con o sin violaciones de derechos humanos, donde se admite la gestación por sustitución. Según datos publicados, el número de nacimientos por gestación subrogada registrados en España en los Consulados asciende a mil niños entre 2010 y 2016, siendo los destinos favoritos, Estados Unidos, Ucrania, India, y México³⁰.

La situación de traslado a estos países donde se ha comercializado en algunos casos con los menores, cae en el supuesto de la frase incongruente “haz lo que digo pero no lo que yo hago”, por eso se han suscitado problemáticas que afectan el interés superior de la niñez y claramente es contrario al derecho al respeto a la vida privada y familiar; reconocido en diversos tratados internacionales, como es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades

26 Tribunal Colegiado de Familia número 5 de Rosario, sentencia dictada el 27 de mayo de 2016, así también DE LA TORRE, N.: “La gestación por sustitución “hecha en casa”: el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 1, 2017, p. 134.

27 Juzgado Familia núm. 7 de Lomas de Zamora, «H. M. y otro/a s/medidas precautorias –art.232 del CPCC, 30/12/2015.

28 CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: “El derecho a la identidad del menor: el caso de México”, *Juris Tantum, Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 56-75. Identidad es sinónimo de personalidad, que se comprueba cuando a un individuo se le reconoce, se le describe y se confirman sus datos que lo hacen conocido y, por ende, comprobable. Ante esto, el Derecho, en sentido general, establece y regula la necesidad de identificación de una persona frente al Estado, que lo individualiza, que lo conoce y protege su derecho subjetivo. Los aspectos que conciernen a la identidad de la persona son: el nombre, la nacionalidad, el género, el lugar de nacimiento, raza, color, idioma, religión y etnia.

29 La excepción a esta elemental regla que protege el derecho a la identidad de la niñez es Rusia y Canadá, pues si la gestante accede los padres intencionales pueden ser registrados de forma directa como padres del niño, cfr. Acción de inconstitucionalidad 16/2016.

30 Publicado por Statista Research Department, disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/912363/nacimiento-por-gestacion-subrogada-inscritos-según-origen-en-españa>. Por otra parte, se reconoce que han existido abusos en países como México donde se restringen los derechos de la gestante.

Fundamentales³¹. En definitiva, el derecho a la vida privada y familiar del infante queda vinculado con su derecho a la identidad, a conocer sus orígenes y la determinación de su filiación.

3. La posesión de estado como camino para reconocer la filiación en caso de gestación por sustitución. Estudio de Caso STS 1153/2022.

Hechos.

En un caso de gestación subrogada, el señor Luis Miguel ejerció la acción de determinación legal de filiación materna de su hija Aurelia por posesión de estado respecto del menor Pedro Enrique, quien nació en el año 2015 en Tabasco, México, a través del procedimiento admitido en la Legislación Civil del Estado, por lo que una vez que se registró a Pedro Enrique como hijo de Aurelia, viajaron a Madrid, España, en donde tienen establecido desde entonces su domicilio familiar.

En este caso, el promovente fue el abuelo del menor, padre de Aurelia, quien contaba con un registro de nacimiento en México como madre de Pedro Enrique, y por tanto tenía las consideraciones de madre legal para la legislación civil mexicana.

En la primera instancia se desestimó la demanda y se resolvió que Aurelia podía iniciar ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid, los trámites de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor Pedro Enrique³².

En segunda instancia, se revocó la resolución y se declaró que Aurelia es la madre de Pedro Enrique, por lo que se ordenó inscribir la sentencia en el Registro Civil correspondiente, debiendo respetarse los apellidos que al menor le pusieron al nacer y constan en sus documentos oficiales expedidos en México.

El ministerio fiscal interpuso recurso de casación, con el propósito de que se determinara si esta resolución estaba en contravención directa del art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, que prevé la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución en España.

Análisis del caso.

El Tribunal Supremo Español determinó procedente el recurso de casación³³, precisamente porque la legislación española considera nulo de pleno derecho el

31 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, emitido en Roma el 4 de noviembre de 1950, publicado en España en el Boletín Oficial del Estado el 10 de octubre de 1979. Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

32 Expediente 174/2018, Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, sentencia 21/2019, de 19 de febrero.

33 STS 1153/2022, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, resolución dictada el 31 de marzo de 2022.

contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante.

En la sentencia se analiza el contrato de gestación por sustitución y se concluye que sus cláusulas vulneran gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos, ya que tanto la madre como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas.

Se sostuvo además que por la protección del interés superior del menor nacido mediante gestación por sustitución, cuando quien solicita el reconocimiento de la filiación es la madre comitente, la vía a seguir debe ser la adopción.

En el presente caso, la señora Aurelia tenía 46 años de diferencia con relación al menor, sin embargo, el Tribunal Supremo sostuvo que dicha cuestión no era un obstáculo para la adopción, aún cuando la ley refiera que la diferencia máxima entre adoptante y adoptado debe ser de 45 años, toda vez que frente al interés superior de la infancia, la ley de adopción no tiene un carácter absoluto.

En la sentencia se resuelve la protección al interés superior del niño y al mismo tiempo intenta salvaguardar otros derechos fundamentales, como el de la madre gestante y de los niños en general, para que no sean tratados como mercancía a partir de la actuación de las agencias intermediarias, las cuales buscan asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación.

Como podemos observar, la posesión de estado no es la vía jurídica idónea para intentar el reconocimiento de la filiación en el caso de los niños que nacen a través del uso de la técnica de gestación por sustitución, es una realidad que existen países en los que se permite la práctica de esta técnica de reproducción asistida, por lo que debe tenerse especial consideración al interés superior de la niñez, así como a los derechos de las partes que intervienen en el proceso, como la madre gestante y la persona o personas comitentes. Además, como refiere el profesor De Verda, temas tan sensibles como la gestación por sustitución o la posesión de estado dan pie a realizar una serie de reflexiones acerca de los problemas jurídicos que plantea la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida³⁴.

34 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia", *Diario La Ley*, núm. 10182, 2022.

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE CON ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DERECHO A LA IDENTIDAD.

El interés superior de la niñez exige que se adopten medidas en busca siempre del mayor beneficio, por lo que ello no puede establecerse de manera abstracta aunque sí, entendemos, puede estar precisada en la legislación de la materia. Los temas que deben quedar esclarecidos en la legislación especial sobre gestación por sustitución para garantizar la protección del interés de la niñez son en primer lugar: el derecho a la identidad de la criatura que fue un producto pactado en la cláusula de un contrato, para criterio de las autoras, violatorio de derechos humanos, pero así lo ha aceptado el Poder Judicial de la Federación en México.

La identidad estará vinculada con la forma de inscripción de ese niño o niña y se tendrá que determinar la filiación que rompe con el paradigma tradicional. Al respecto, la Corte ha incorporado en sus resoluciones el concepto de voluntad procreacional³⁵, sin contar con una definición legal, como ocurre por ejemplo en Argentina. Todo lo anterior permitirá en función del desarrollo del interés superior de la niñez, el cumplimiento del derecho a las prestaciones de paternidad y maternidad, según señala, la acción de inconstitucionalidad 16/2016³⁶.

El derecho a la identidad es un derecho humano y fundamental, reconocido desde el año 2014 en el art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que otorga a las personas la posibilidad de conocer sus orígenes, además contiene atributos y características que permiten individualizarla ante la sociedad, por ejemplo, a partir del registro de nacimiento, para poder acceder a otros derechos fundamentales.

En cuanto a este derecho, en un estudio realizado se determinó que ha mejorado la protección del derecho a la identidad con relación a la protección del interés superior de la niñez, en cuanto al registro de nacimiento de los menores que pasó de 78.8% a 93.4%. Esto significa que los niños y niñas que nacieron en 1999 el 78.8% fueron registrados de manera oportuna. En el caso de los niños y niñas que nacieron en el año 2009, el porcentaje de cobertura oportuna se amplió a 93.4% a nivel nacional³⁷.

35 Tesis: Ia. LXXIX/2018, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 55, junio de 2018, tomo II, p. 981.

36 En el ámbito internacional y aplicando el principio de convencionalidad, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

37 UNICEF - INEGI, *Derecho a la identidad, la cobertura del registro de nacimiento en México en 1999 y 2009*, México, 2009, pp. 19 – 21, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4691/11.pdf>

De acuerdo a los resultados obtenidos en la encuesta intercensal 2015³⁸, se advierte que México aumentó la cobertura de registros de nacimiento a 95.8%, no obstante aún prevalecen ciertas prácticas que dificultan el registro, tales como el difícil acceso a las oficialías del Registro Civil que se encuentran en comunidades alejadas; los costos económicos de las multas cuando se realiza el registro de forma extemporánea, así como el desinterés de padres y madres por registrar a sus hijas e hijos, lo que les impide el ejercicio de otros derechos, como la educación, la salud y el bienestar.

En este trabajo se analiza la problemática en cuanto a la forma en que se garantiza el derecho a la identidad de aquellos menores que nacen a través del uso de técnicas de reproducción asistida como es la gestación por sustitución, en donde son trasladados a los países de origen de los padres comitentes.

En el Código Civil de Tabasco, aún aparece en el art. 92, tercer párrafo:

“... En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena...”.

Por su parte, con la reforma de 2016, se incorporó en el art. 380 bis 3 quinto párrafo del Código Civil de Tabasco: “...En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes”.

En la acción de de inconstitucionalidad 16/2016, la Corte declaró inconstitucional y por tanto inválido este párrafo bajo las consideraciones de que cuando se accede al uso de la técnica de reproducción asistida, por regla general, ni la mujer gestante ni su cónyuge o concubino, tienen legitimación para denunciar la maternidad o paternidad, incluso la custodia del niño o niña que nace. Además, porque ante el empleo de la gestación por sustitución, el derecho a la filiación se determina en razón del derecho de los menores a la identidad, inscripción y relaciones familiares, en los que se ha de considerar el elemento volitivo denominado voluntad procreacional, es decir, deberá atenderse a la presencia del principio bioético de autonomía expresado en el consentimiento informado.

38 UNICEF – INEGI, *Derecho a la identidad, la cobertura del registro de nacimiento en México, 2018*, México, p. 55, disponible en: https://www.unicef.org/mexico/media/1016/file/UNICEF_Derecho%20a%20la%20identidad.pdf

En el Estado de Tabasco, a partir de la reforma de 2016 al Código Civil, se han identificado al menos diecisiete casos³⁹ de gestación por sustitución que han tenido que llegar vía juicio de amparo ante los tribunales federales para efectos de obtener el reconocimiento y filiación de menores nacidos mediante el uso de esta técnica de reproducción humana asistida, en donde se había negado el registro del menor por negación de su filiación jurídica, así como por discriminación en cuanto a la edad de la madre comitente, discriminación por la orientación sexual de los comitentes, discriminación por imposibilidad física de la comitente, discriminación por la intervención de un despacho en la celebración del acuerdo de gestación por sustitución, entre otros. En estos casos, se otorgó el amparo y la protección de la justicia federal para efectos de permitir el acceso a la técnica de gestación por sustitución a personas mayores de cuarenta y cinco años, sin condicionar su orientación sexual.

I. Voluntad procreacional: elemento para acreditar la filiación derivada del uso de la gestación por sustitución.

Con el uso de las técnicas de reproducción asistida, podemos observar que más allá de la filiación por naturaleza o por adopción, surge la necesidad de reconocer un tercer tipo de filiación, conocida como voluntad procreacional⁴⁰. Es decir, cuando en una misma persona no existe coincidencia entre el elemento genético, biológico y volitivo, se debe dar preferencia a este último, dado que a través de la voluntad procreacional se puede determinar el parentesco⁴¹.

Por otra parte, en la definición de filiación, hay que reconocer la necesidad de incorporar al Código Civil del Estado de Tabasco la voluntad procreacional, señalada por algunas sentencias del Poder Judicial de la Federación en México, en los términos siguientes:

“...Se aclara que es un factor fundamental la voluntad procreacional expresada por la pareja homosexual y el consentimiento expresado por la madre gestante en cuanto a no reclamar derechos y aceptar que sean el padre biológico y su pareja

39 Expediente 467/2016, radicado en el juzgado Primero de Distrito del Décimo Circuito; expediente 53/2017, radicado en el juzgado Segundo de Distrito del Décimo Circuito; expedientes 173/2022, 478/2016, 2235/2022, 2162/2022, 408/2017, 479/2016, 469/2016 y 445/2016, radicados en el juzgado Tercero de Distrito del Décimo Circuito; expedientes 1817/2016 y 1186/2022, radicados en el juzgado Cuarto de Distrito del Décimo Circuito; expediente 475/2016 radicado en el juzgado Quinto de Distrito del Décimo Circuito; expediente 303/2018 radicado en el juzgado Sexto de Distrito del Décimo Circuito; expedientes 305/2019, 1123/2021 y 133/2022, radicados en el juzgado Séptimo de Distrito del Décimo Circuito.

40 LAMM, E.: “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 24, 2012, pp. 76-91.

41 ESPARZA PÉREZ, R. V.: “Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano” en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, enero-abril 2020, pp. 47-80.

quienes funjan como los padres del niño y en consecuencia asuman todas las obligaciones derivadas de la filiación...¹⁴².

A nuestro entender la voluntad procreacional no se puede cerrar con una simple cláusula en un contrato donde está determinándose el futuro de un niño, su origen, y bienestar, es decir, esto no puede pasar de la formalidad de una promesa de contrato que tendrá que materializarse y que el orden público lo evaluará una vez ocurrido el nacimiento, esto debe aparecer según nuestro criterio en la reforma legislativa que requiere el Código Civil de Tabasco.

¿Por qué? Si bien hay que considerar que una cosa es el origen biológico y otra la identidad en todas sus manifestaciones que permite el libre desarrollo de la personalidad, la nacionalidad, el desarrollo social y cultural del menor y su estabilidad psíquica y física. La voluntad procreacional que aparece en el posible documento o convenio es una intención de hacer, sin embargo es insuficiente para declarar la filiación de los padres contratantes así como para negar al hijo por cuestiones personales el conocimiento de sus orígenes o alguna información relativa a enfermedades que pueden ser hereditarias.

El Pleno de la Corte sostuvo que la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la construcción del vínculo filial de los infantes que nacen mediante gestación por sustitución, que esta voluntad constituye otra fuente de la relación de filiación entre quien nace bajo una técnica de reproducción y quien contrata. Sin embargo, debemos considerar que si bien la voluntad procreacional es un elemento para la constitución del vínculo filial, ésta no constituye prueba plena o definitiva para determinar la filiación o sustituir las relaciones familiares, especialmente cuando las cláusulas de los contratos de gestación por sustitución van en perjuicio del interés superior de la niñez.

Por ejemplo, no podría invocarse la voluntad procreacional cuando en las cláusulas del contrato se violan derechos humanos y fundamentales, como que la madre gestante se obliga desde el principio a entregar al bebé que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción a cualquier derecho derivado de su maternidad. Así también, cuando la madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica, lo que constituye una vulneración al derecho a la identidad del infante al negarle la posibilidad de conocer sus orígenes.

Debido al carácter sui generis de los contratos de gestación por sustitución que se suscriben en el estado de Tabasco, los jueces federales han optado por incluir en sus resoluciones las pautas mínimas de actuación que deben seguir las

42 Amparo en Revisión 553/2018, resolución dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 21 de noviembre de 2018.

autoridades encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza, tales como: a) verificar que el contrato explicita los riesgos que podrían o deberían asumir los padres potenciales en caso de incumplimiento por parte de la gestante; b) Garantizar que, de pactarse una sanción por incumplimiento de la gestante, ésta sea razonable, tomando en cuenta su condición particular, como su situación socioeconómica o la severidad de un eventual impacto psicológico; c) Corroborar que el contrato reparta proporcionalmente las cargas del incumplimiento entre las partes, protegiendo a la parte que se encuentra en desventaja por razones económicas; d) Verificar que la gestante y los padres o madres intencionales estén perfectamente conscientes de estas eventuales sanciones e implicaciones en caso de incumplimiento de la gestante; e) Supervisar que no se pacten cláusulas que denieguen la posibilidad de la gestante de conducirse de acuerdo con su proyecto de vida, o que pongan en riesgo su salud; y f) En caso de pactarse una prestación económica, vigilar la forma en que ésta debe entregarse y las consecuencias de no hacerlo, con el fin de garantizar el bienestar de la gestante⁴³.

Hemos observado que ha sido a partir de sentencias judiciales como se han establecido las pautas mínimas que deben regir en los acuerdos de gestación por sustitución en el Estado de Tabasco, en donde se requiere legislar acerca de la voluntad procreacional como uno de los elementos que permita determinar la filiación para aquellos infantes que nacen a través del uso de técnicas de reproducción asistida, que debe estar vinculado al consentimiento informado que deben proporcionar todas las personas que intervengan en el procedimiento médico.

2. Posesión de estado para adquirir la filiación en caso de gestación por sustitución.

En todos los códigos civiles se prevé cierto grado de reconocimiento de la actividad o función de ser padre, o lo que se conoce como paternidad de facto en otras jurisdicciones. Utilizada para demandar el reconocimiento de paternidad, la figura de posesión de estado de hijo, funcionó como base para probar el vínculo filial en casos de ausencia de actas de nacimiento, para demostrar la relación suyacente⁴⁴.

En el Código Civil de Tabasco, se define la posesión de estado como una fuente de filiación, los requisitos que se han utilizado para probar la posesión de estado han sido: a) que el hijo haya sido tratado por el presunto padre tanto en

43 Amparo 2162/2022 resuelto por el Juzgado Tercero de Distrito con fecha veintitrés de enero de dos mil veintitrés.

44 TREVIÑO FERNÁNDEZ, S. y SOSA PASTRANA, F.: "Filiación y parentalidad", en TREVIÑO FERNÁNDEZ, S. e IBARRA OLGUÍN, A. M. (eds.): *Curso de Derecho y Familia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales, Tirant lo Blanch, México, 2022, pp. 187-188.

el seno familiar como social como tal, b) que el hijo haya usado el apellido del presunto padre, c) que el presunto padre o la familia en general haya proveído de su subsistencia, educación o establecimiento.

En el Código Civil se establece que, probada la posesión con los requerimientos anteriores, queda demostrada la filiación⁴⁵. Pero lo más interesante es, en cierta analogía con la gestación por sustitución, a lo que se refiere el art. 240, en cuanto no se admitirá demanda de nulidad por falta de formalidades, esto es, una nulidad relativa, en el acta de matrimonio, cuando se pruebe la posesión de estado matrimonial.

En cuanto a la investigación de paternidad, el art. 371 señala que: La investigación de la paternidad está permitida: ...II.- Cuando el hijo tiene o tuvo la posesión de estado de hijo del presunto padre. Sin embargo, ante el uso de las nuevas tecnologías como las pruebas de ADN para el reconocimiento de paternidad, la posesión de estado es insuficiente para determinar la filiación ante el uso de técnicas de reproducción asistida.

El estudio de casos en el derecho comparado nos lleva a concluir que la posesión de estado no es la solución para resolver el problema en cuanto a la determinación de la filiación con relación a los menores nacidos mediante gestación por sustitución, sino que se requiere establecer un procedimiento filiatorio en donde se valore la voluntad procreacional, la idoneidad para la adopción, siempre y cuando se privilegien el interés superior de la niñez, la protección de los derechos humanos de la mujer gestante y de la persona o pareja comitente, así como el orden público internacional.

V. CONCLUSIONES.

Los contratos altruistas son los que predominan en los países que aprueban las técnicas de reproducción asistida como la gestación por sustitución o maternidad subrogada, precisamente, consideramos que ha sido así para evitar el turismo reproductivo.

En la acción de inconstitucionalidad 16/2016 hizo falta un estudio sociológico o de algún carácter educativo o científico que avale la gestación por sustitución que permita explicar una política pública. La sentencia se centra en la libertad de los derechos reproductivos, igualdad y no discriminación por género y orientación sexual, pero desarrolla de forma ambigua el interés superior del menor que llegó y a partir de ese momento y desde su concepción debe protegerse.

45 Arts. 372 y 373 del Código Civil de Tabasco.

El tema de la filiación, la voluntad procreacional, la similitud y diferencia con las consecuencias de la adopción son temas que se siguen abordando de forma aleatoria en distintas sentencias mexicanas y que tiene un importante peso en esta nueva forma de nacimiento no tradicional.

En la acción de inconstitucionalidad 16/2016, se privilegian algunos derechos fundamentales tales como derechos reproductivos, igualdad de género y no discriminación por motivo de la orientación sexual, sin embargo, el derecho a la identidad de la niñez nacida bajo estas técnicas no aparece garantizado, es importante acudir por analogía y porque la propia normativa del Código Civil de Tabasco lo permite a la protección de la infancia en caso de adopción.

En la legislación donde se reforme el Código Civil de Tabasco, se hace necesario incorporar en cualquiera de las modalidades de técnicas de reproducción asistida que se aplique que: la gestante será la madre legal en el nacimiento y la filiación se transferirá después del nacimiento del recién nacido o criatura antes de los 13 años, a través de un procedimiento de filiación previsto en el Registro Civil o a través del procedimiento judicial de la adopción.

Es cierto que la prohibición de la gestación por sustitución no la hace desaparecer, sin embargo, no se pueden realizar pronunciamientos tan trascendentes en la vida de una persona sin una verdadera política pública que tutele derechos fundamentales en sociedades democráticas como la de México.

BIBLIOGRAFÍA

CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.:

- “El derecho a la identidad del menor: el caso de México”, *Iuris Tantum, Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015.
- “Gestación subrogada. Estado de la cuestión en el estado de Tabasco”, en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (ed.): *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2021.

CURTI, P. J.: “Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018-II.

DE LA TORRE, N.: “La gestación por sustitución “hecha en casa”: el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. I, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia”, *Diario La Ley*, número 10182, 2022.

ESPARZA PÉREZ, R. V.:

- “Estados que permiten la gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica”, en ALBORNOZ, M. M. (ed.): *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-CIDE, México, 2020.
- “Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano” en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, enero-abril 2020.

Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Versión revisada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y la Organización Mundial de la Salud.

Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

LAFFERRIERE, J. N.: "Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial" en *Estudios de Derecho Civil*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, Sección de Derecho de Familia y Bioderecho, La Ley, Buenos Aires, 2017.

LAMM, E.: "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 24, 2012.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022.

STARK, B.: "Transnational Surrogacy and International Human Rights Law", *Ilsa Journal of International & Comparative Law*, vol. 18, núm. 2, 2012.

Statista Research Department, disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/912363/nacimiento-por-gestacion-subrogada-inscritos-según-origen-en-españa>. Por otra parte, se reconoce que han existido abusos en países como México donde se restringen los derechos de la gestante.

TREVIÑO FERNÁNDEZ, S. y SOSA PASTRANA, F.: "Filiación y parentalidad" en TREVIÑO FERNÁNDEZ, S. e IBARRA OLGUÍN, A. M. (eds.): *Curso de Derecho y Familia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales, Tirant lo Blanch, México, 2022.

UNICEF-INEGI:

- *Derecho a la identidad, la cobertura del registro de nacimiento en México en 1999 y 2009*, México, 2009, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4691/11.pdf>.
- *Derecho a la identidad, la cobertura del registro de nacimiento en México*, 2018, México, disponible en: https://www.unicef.org/mexico/media/1016/file/UNICEF_Derecho%20a%20la%20identidad.pdf.

VARSI ROSPIGLIOSI, E.: "Determinación de la filiación en la procreación asistida" *Revista IUS*, México, vol. 11, núm. 39, enero-junio 2017.



**PRESUPUESTOS PARA UNA REFORMA DEL SISTEMA DE
LEGÍTIMAS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE SUCESIONES***

***BUDGETS FOR A REFORM OF THE SYSTEM OF RESERVED SHARES
IN THE SPANISH INHERITANCE LAW***

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 116-145

José Ramón
CABELLO
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de diciembre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: Regulándose nuestro sistema legítimo común en el Código Civil de 1889, se hace aconsejable una reconsideración de sus términos, habida cuenta de que las circunstancias sociales, familiares y personales han sufrido, desde entonces, sustanciales cambios. Su adecuado tratamiento requiere un abordaje multidisciplinar, porque el derecho de sucesiones está íntimamente ligado a la institución familiar e imbricado en la sociedad, sin que pueda olvidarse la importancia del derecho para la convivencia.

PALABRAS CLAVE: Legítimas; circunstancias sociales; familia; Derecho; multidisciplinar; colaboración sociólogos y juristas.

ABSTRACT: *Regulating our common legal system in the Civil Code of 1889, a reconsideration of its terms is advisable, given that social, family and personal circumstances have undergone substantial changes since then. Its adequate treatment requires a multidisciplinary approach, because inheritance law is closely linked to the family institution and imbricated in society, without forgetting the importance of law for coexistence.*

KEY WORDS: *Legitimate; social circumstances; family; Law; Multidisciplinary; collaboration sociologists and jurists.*

SUMARIO.- I. EXORDIO.- II. IMPORTANCIA DEL DERECHO.- 1. Su valor social y esencia.- 2. Asaltos al derecho y necesidad de su defensa.- III. CONTEXTO SOCIOLÓGICO-FAMILIAR DEL RÉGIMEN LEGITIMARIO.- 1. Anterior al Código Civil.- 2. Posterior al mismo.- IV. PERSPECTIVA PERSONAL DEL RÉGIMEN LEGITIMARIO.- V. CONCLUSIONES JURÍDICAS PROVISIONALES QUE SUGIEREN LAS PREMISAS ANTERIORES.

I. EXORDIO.

Permítansenos dos notas preliminares: 1. No se trata éste de un trabajo antropológico, sociológico o neurocientífico, sino de una mera aproximación, desde todas las perspectivas científicas que encontramos adecuadas, a la razón de ser y oportunidad de reformar o no una parte del derecho español de sucesiones. 2. La constancia de que mi libertad de testar es absoluta, porque no tengo legitimarios, careciendo también de expectativas sucesorias de tal índole, al haber fallecido mis padres hace años. En consecuencia, escribo exento de interés patrimonial en el objeto de estudio.

Bachofen puso ya de manifiesto, en 1841, la importancia del derecho sucesorio, "tanto por su naturaleza general, como por su gran importancia para la vida privada y para la conformación de la vida estatal". Dentro de éste, la libertad de testar es un asunto anclado en antecedentes antiguos y, a la vez, de pujante actualidad. En efecto, las personas, familia y sociedad están sometidos a cambios de calado en su idiosincrasia, cuya velocidad de desarrollo se está precipitando en los últimos tiempos. El derecho no es una disciplina acantonada en sus límites formales ni debe producir leyes que emanen de un laboratorio sin probetas en el que se elucubre a puerta y ventanas cerradas. Antes al contrario, ha de dar respuesta a las necesidades de la sociedad, cuya convivencia regula. Ciertamente, la tradición apacigua al ordenamiento jurídico, de suerte que éste, a su vez, constituye un giróscopo que mitiga grandemente las oscilaciones de la sociedad (en este sentido ya se insinuaba el autor citado²) que, en ocasiones, demanda mutaciones drásticas. Hemos de hallar el equilibrio entre inmovilismo e innovación precipitada, para servir eficazmente a las necesidades sociales actuales. Constituyen evidencias de que el trabajo que emprendemos es de interés presente el encargo existente a la

1 BACHOFEN, J. J.: *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 53.

2 BACHOFEN, J. J.: "El Derecho", cit., p. 61. Refiriéndose al derecho, afirmaba: "esta raíz es, justamente, la historia. De ella depende toda la fuerza y la salud del tronco ... en ella se encuentra un fundamento mucho más sólido... de las instituciones humanas ... que la que pueda dar la inteligencia individual".

• José Ramón Cabello Hernández

Abogado. Doctorando de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Correo electrónico: jrcabello@cabellobogados.es.

Comisión General de Codificación, Sección Civil, para que estudie una eventual reforma del régimen legitimario y la reforma que la L 8/2021 ha efectuado del art. 808 C.C.

Consideramos, por las razones enunciadas, que el abordaje de la tarea emprendida ha de ser interdisciplinar, de manera que el derecho engrane con los necesarios elementos de sociología y antropología (“El fenómeno jurídico no puede ser entendido de modo aislado con respecto a los procesos sociales de los que forma parte”³), para proponer un régimen adecuado a las presentes circunstancias y necesidades sociales y que satisfaga, en lo posible, las aspiraciones individuales (en este extremo, se harán convenientes unas leves pinceladas de neurociencia). No obstante ser estos saberes de dignidad equiparable al jurídico y atesorando admirables talentos y logros, por la propia naturaleza de las cosas en nuestro trabajo serán instrumentales, para buscar el sentido de su esencia: proponer, de *lege ferenda*, en tesis que estamos desarrollando, un régimen sobre los límites de la libertad de testar que resulte equitativo, actual y adecuado a las personas, a cuyo servicio han de estar, vocacional y libremente, el derecho y los juristas. A título de ejemplo de la fructífera extensión que está logrando la colaboración interdisciplinaria, podemos traer a colación que incluso psicología y economía se integran en la nueva ciencia de la economía conductual (adopción de decisiones en momentos de incertidumbre, sustancialmente⁴) o comportamental⁵ (relacionándose con el voto) y que lingüistas trabajan con neurocirujanos en enfermos sometidos a extirpaciones e intervenciones que afectan al habla. Bachofen, profesor de Derecho Romano que fue en Basilea (cátedra anteriormente ocupada por juristas de la talla de V. Ihering), el 7 de mayo de 1841, en su lección inaugural, afirmó que “los empíricos del derecho no buscan la verdad en su propio mundo minúsculo, sino en el amplio mundo de todos”⁶, así como Calvo y Picontó se refieren a la “dimensión social de los fenómenos y las instituciones jurídicas”⁷. Agostinho da Silva, tal vez el más importante filósofo luso contemporáneo, refiriéndose a la especialización, y a la compartimentación del saber, opone que podría resultar contraria a la fraternidad humana, hasta por el empleo de un lenguaje que se torne incomprensible para quien no ande por los mismos caminos del que lo emplea (*Só ajustamentos*⁸).

3 KROTZ, E.: “Presentación”, en AA.VV.: *Antropología jurídica Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio de derecho* (coord. por E. Krotz) Anthropos, Barcelona, 2002, p. 8.

4 ESGUERRA, G. A.: “Economía conductual, principios generales e implicaciones”, *Cuadernos Hispanoamericanos de Psicología* 15 (1), 2015, pp. 67-72. <https://doi.org/10.18270/chps.v15i1.1780>.

5 HENRIQUES, R.:ulfd144215_Dissertação.pdf. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/44536/1/ulfd144215_.pdf.

6 BACHOFEN, J.J.: “El Derecho”, *cit.*, 1955, p. 42.

7 CALVO GARCÍA, M. y PICONTÓ NOVALES, T., *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, UOC, 2017, Barcelona, p. 12.

8 DA SILVA, A. y DA SILVA, P. N.: *Citações e pensamentos de Agostinho da Silva*, Casa das Letras, Alfragide, 2019, pp. 92 y 93.

No podemos olvidar y deseo expresar mi reconocimiento a una ciencia esencial para todas las demás: la siempre presente (todos nos comunicamos) y cada vez más olvidada (asombra cómo se está deteriorando la calidad de la expresión) lingüística. Harris desarrolla, desde un punto de vista antropológico, su importancia⁹. Sin ella no podemos pensar (el neurólogo argentino Mariano Sigman se pregunta: “¿acaso hay ideas sin lenguaje?”¹⁰) y mucho menos, comunicarnos. En el derecho reviste gran importancia, porque constituye fundamental herramienta para codificar con claridad y en el desenvolvimiento de la práctica judicial. CALVO GARCÍA y PICONTO NOVALES se refieren, citando a Hart y Cotterrell, a la importancia de los usos lingüísticos en el derecho, desde el punto de vista de la Sociología¹¹, pero no hablaremos más de ella, sino que procuraremos aplicarla para expresar con claridad y precisión nuestras premisas y conclusiones.

II. IMPORTANCIA DEL DERECHO.

I. Su valor social y esencia.

Cabe preguntarse si vale la pena dedicarse al estudio y práctica del derecho y, luego de una vida profesional ejerciendo la abogacía hasta prematura jubilación, causada por enojosas dolencias -no exentas de rico aprendizaje-, aseguramos rotundamente que sí, porque el derecho, tan puesto hoy en tela de juicio y salpicado de suspicacias constituye un logro y un tesoro para cualquier sociedad, debiendo ser mimado y desarrollado. Diferencia civilización y caos; democracia y autoritarismo. Situarse alguien sobre la ley y llevar la justicia al oftalmólogo, para que levante la venda de sus ojos, garantiza injusticia, desigualdad y dolorosa división. El Derecho equilibra las sociedades. La seguridad jurídica genera estabilidad y ésta, prosperidad. Krotz, ya en la presentación de su “Antropología jurídica”, contrapone lo que llama el culto a la rudeza ilimitada (mencionando explícitamente, ya en 2002, el incremento de conflictos armados en los cuatro grandes continentes y el poder del crimen organizado que opera globalmente) con la convivencia regulada por la ley como garantía del respeto a la dignidad de todos. Más adelante expone que “uno de los mecanismos esenciales para garantizar y reforzar su permanencia [de la sociedad] ... es la esfera del derecho”¹². Linda Feldman Barret, reputada catedrática de psicología en Boston, considera al sistema jurídico como uno de los logros más importantes de la realidad social. Nos remitimos a la decimocuarta página del presente texto.

9 HARRIS, M.: *Introducción a la antropología general*, Alianza Editorial, Madrid, 2015, pp. 163 a 185.

10 SIGMAN, M.: *El poder de las palabras: cómo cambiar tu cerebro (y tu vida) conversando*, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A., 2022, Barcelona, p. 179.

11 CALVO GARCÍA y PICONTO NOVALES, *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, cit., 2017, p. 28.

12 KROTZ, E.: “Presentación” y “Estudio antropológico de lo jurídico” en “Sociedades”, cit., pp. 7 y 31.

Pero cualquier compilación legislativa no constituye, en puridad, derecho, porque éste ha de ser justo y regular sensatamente la convivencia humana, adecuándose a las necesidades de ésta y a la naturaleza de las cosas y de las particularidades que constituyen su objeto. Ciertamente, los sistemas legislativos han de adaptarse a las circunstancias, pero sin arrancar sus raíces de la rica tradición jurídica, nutrida por la corriente de bonhomía y sabiduría que, durante tantos siglos, ha alimentado la historia del derecho (por la que siento respeto cuasi reverencial, aunque sin adscribirme completamente a la escuela histórica), tan refractaria a veleidades de legos y a los afanes de quienes en el sistema jurídico hallan obstáculo u ocasión para llevar a efecto espurias intenciones. El derecho ha sido y es, en cualquier lugar del mundo, mucho más que el control de una imprenta. Citaremos algunas de las tantas voces autorizadas que incidieron en tales extremos.

El “Libro de la sabiduría” exhorta, en su primer versículo, a los que gobiernan el mundo a amar la justicia¹³ y Séneca sostenía que la ley es la regla de lo justo y lo injusto (Cáp. XII del libro IV del “Tratado de los beneficios”) -en parecido sentido, S. Isidoro-, siendo la justicia una actitud especial del espíritu (“Carta CXIII a Lucilio”)¹⁴. Francisco Suárez, en 1612, en su monumental obra “Tractatus de legibus ac Deo legislatore”, sostenía que “aunque a veces suelen designarse con el nombre de ley los preceptos o reglas injustas, ... en sentido propio y absoluto solamente puede llamarse ley la que es medida de la rectitud ... la que es regla recta y honesta”. Invoca, en ese sentido, las opiniones de Platón, Cicerón, San Agustín y Santo Tomás de Aquino. Más adelante, añade con acierto que el hombre es un animal social y ha de vivir “rectamente no solo como persona particular, sino como parte de la comunidad”, insistiendo en que se mire por los demás, observando la paz y la justicia, para lo que se necesitan las leyes, citando en apoyo de esta necesidad del derecho a Aristóteles y a San Cirilo, enfatizando que el rey Alfonso, en sus Partidas, exige que la ley ha de darse para el bien común. Añade el requisito de que la ley ha de versar sobre un objeto posible¹⁵. Jaime Guasp sintetizó en dos los principios jurídicos: la paz y la justicia, así como precisó que “la índole axiológica del derecho prescribe la determinación de un final al cual el derecho orienta teleológicamente las conductas humanas, bajo pena, caso contrario, de renunciar a ser derecho”¹⁶. Me temo que, cuando las leyes se apartan de la justicia y la sensatez, el ordenamiento jurídico se corrompe y origina más confusión que

13 AA.VV.: *Biblia de Jerusalén*, Desclée de Brouwer, 2019, Bilbao, p. 1.445.

14 MAPELLI LÓPEZ, L., *Aportaciones de Séneca a la Roma del derecho*, Gráficas Ariza, Córdoba, 1966, pp. 15 y 17.

15 SUÁREZ, F.: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Facsimil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pp. 8,9,19,20,38 y 52.

16 ELÍAS DE TEJADA, F.: *Tratado de Filosofía del Derecho T II*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, pp. 694 y 696.

eficaz regulación. El refranero, compendio de siglos de sabiduría y experiencia, nos enseña que “no hay derecho contra el derecho”¹⁷.

2. Asaltos al derecho y necesidad de su defensa.

No obstante su insustituible valor social, tanto intrínseco, por los siglos de estudio y reflexión que encierra, como extrínseco, como necesario árbitro de las relaciones humanas, el derecho ha sido asaltado sistemáticamente a lo largo de la historia, y cuando alguien intenta desvirtuarlo es porque pretende vulnerar los derechos ajenos, imponiendo abuso propio al socaire de una preconstituida impunidad.

Ya Rudolf Von Ihering sostenía, en su “Lucha por el derecho”, que la defensa del mismo es un deber que tenemos para con la sociedad¹⁸. Hermann Kantorowicz también escribió una obra intitulada “La lucha por la ciencia del Derecho”. Se hace oportuno traer a colación al Prof. de Sousa Santos, quien, en 2009, refiriéndose al “reciente y creciente protagonismo social y político de los jueces”, considera característica común de los SS. XX y XXI “el enfrentamiento con la clase política y con otros órganos del poder soberano, especialmente el poder ejecutivo”, por lo que “se habla de la judicialización de los conflictos políticos”. Considera a los jueces “uno de los pilares fundamentales del Estado constitucional moderno” y compara los periodos del Estado liberal y del Estado del bienestar, resultando llamativo que indica como una de las características (5ª) del primero que “en la solución de los litigios se da total prioridad al principio de la seguridad jurídica, fundada en la generalidad y universalidad de la ley ...” y entre otras, del segundo periodo, (1ª) que “la teoría de la separación de poderes entra en crisis ... preeminencia asumida por el poder ejecutivo ... gubernamentalización de la producción del derecho ...”, así como (4ª) que “la distinción entre litigios individuales y colectivos se hace problemática, en la medida en que los intereses individuales aparecen de una u otra forma articulados con intereses colectivos”. Seguidamente, aborda una tercera fase, el periodo de la crisis del Estado del bienestar, cifrando una de cuyas características (4ª) en el aumento de la corrupción política, favorecida por la gran expansión de la administración pública y del presupuesto del Estado, citando entre las causas de aquél “la debilidad de las referencias éticas en el ejercicio del poder político, combinada con las deficiencias del control del poder por parte de los ciudadanos” y refiriéndose, también, a “la promiscuidad entre el poder económico y el político”. Más adelante expresa, a propósito de la independencia judicial, que “se trata de una lucha con medios limitados contra otros poderes casi siempre hostiles ante una independencia que nunca es completa” y se mencionan

17 MARTÍNEZ KLEISER, L.: *Refranero general: ideológico español*, Ed. facs. Ed. Hernando, Madrid 1953, 3. reimpr. Madrid, 1994, p. 173.

18 VON IHERING, R.: *Lucha por el derecho*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 53.

expresamente “los intentos de ejercer el control político sobre la actividad judicial”, concluyendo más adelante que “la judicialización de la política está produciendo la politización de los tribunales”¹⁹.

Parece evidente que la corrupción ocasiona intervención judicial para corregirla y esto exagera el interés político en dominar la justicia, para evitar ser controlado por ésta. Un círculo vicioso con devastadoras consecuencias en la justicia y la igualdad. Lucy Mair, a propósito de la antropología aplicada, expresa paladinamente que “la idea se les antojará a algunos aborrecible, pero podría responderse a sus protestas diciendo que todos los actos de política pública son ensayos de manipulación social”. Poco después, refiere que “el consejo de Malinowski a quienes ejercían la autoridad era ... que se abstuvieran en lo posible de toda interferencia”, apostillando que tal autor justificaba “todo uso prohibido por repugnante a la humanidad y al derecho natural”²⁰. Bauman, en el año 2000, primera edición de la obra que citaremos, hablaba de que el “fastidioso poder de los gobiernos locales todavía puede imponer molestas restricciones a la libertad de movimientos del capital”, que se ha vuelto “extraterritorial, liviano, desahogado y desarraigado a niveles inauditos”. Seguidamente se refiere a la capacidad para “extorsionar a los agentes locales de la política ... obligarlos a acceder a sus demandas ... amenaza ... cortar sus compromisos e irse a otra parte”. Más adelante, cita a Hobsbawm (1998), expresando que “para las multinacionales ... el mundo ideal es uno sin estados o al menos con estados pequeños”, continuando luego que “a menos que tenga petróleo, cuanto menor es un Estado, tanto más débil y menos dinero cuesta comprar al gobierno”. Concluye su idea, finalizada la cita, expresando (insisto, en el año 2000) que “como la globalización de la economía avanza rápidamente, cada vez es menos necesario comprar gobiernos”, debido a la “flagrante incapacidad de los gobiernos para equilibrar las cuentas con los recursos de que disponen, lo que sería un estímulo para que colaborasen con los globalizadores”²¹.

Nos tememos que, luego de veintidós años de inercia globalista las manipulaciones pueden resultar más sofisticadas y sutiles, intentando deslizar regímenes que recuerdan inquietantemente a Orwell, Huxley y Bradbury, con pretensiones de adentrarse incluso en el pensamiento. Tal vez se esté intentando un retroceso al 1984 de 1948. Toda esta manipulación a los y de los gobiernos a que se refieren los sociólogos tiene una consecuencia: hipertrofia del poder ejecutivo a costa del legislativo (se necesitan normas que permitan ciertas actitudes) y judicial (para evitar incómodos controles), con severa merma para la

19 SANTOS de SOUSA, B.: *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, ILSLA, Bogotá, 2009, pp. 81 a 128.

20 MAIR, L.: *Introducción a la antropología social*, 4ª, Alianza Editorial, Madrid, 1978, pp. 273 y 274.

21 BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, pp. 159 y 203.

separación de poderes y el derecho correcta y justamente entendido, no solo en el aspecto formal de conjunto de leyes, que pueden estar o no vinculadas con el sustrato moral o ético (entroncadas con la justicia, en suma) que conviene exista sin ambages. Por lo demás, la elevación de la deuda pública hace más susceptibles de influencia perniciosa a los gobiernos de países con economía débil, constituyendo otra causa de claudicación. Esperemos que no se instale la mesa de los cínicos sobre la lápida de Montesquieu. Kroft nos ofrece aliento: “así, las temáticas de la democracia y de los derechos humanos, que confluyen en la idea del Estado de derecho, constituyen uno de los centros de atención general en la actualidad, a la vez que son símbolos de la esperanza en la emergencia de un mundo real y no sólo formalmente mejor para la mayoría, de un mundo con menos violencia y más derechos para todos”²² y Elías de Tejada una pauta: “el razonamiento ponderará en cada caso los influjos de los intereses, de la psicología, de las presiones sociales, de los estados de ánimo, de las corrientes políticas, de las pugnas de religiones”²³.

Podemos preguntarnos cómo puede la comunidad académica coadyuvar a la defensa del ordenamiento jurídico. Estimo que alzando su voz cuando se pretenda apartar a éste de ciertos parámetros de equidad y, si se me permite parafrasear a la profesora Barrett, además de consumiendo ciencia, produciéndola,²⁴ apostillaría que con esmero, para impulsar, en lo posible, el desarrollo de un derecho impregnado de prudente sentido de la justicia, que respalde a quienes la imparten.

Volviendo a la reflexión inicial de este epígrafe, el derecho es uno de los mayores activos sociales, al que no damos el valor que tiene ni lo cultivamos y protegemos como merece y necesitamos. Aunque parezca, a primera vista, no venir a colación del sistema sucesorio, estimamos que siempre resulta oportuno romper una lanza en favor de un sistema normativo igualitario y justo, que actúe sin acepción de personas. En consecuencia, el tiempo que dediquemos a defender y desarrollar el derecho resulta magníficamente invertido, en beneficio de todos. La libertad de testar forma parte, por muchas razones, de ese derecho que debemos defender. Concluamos estas reflexiones con otro aserto de Von Ihering: “¡Qué alta importancia no toma la lucha del individuo por su derecho, cuando se dice: el derecho todo, que ha sido lesionado y negado en mi derecho personal, es el que voy a defender y restablecer”²⁵. Estimamos que los efectos para el bien común resultan más efectivos cuando un particular (administrado o consumidor, en su caso) ejercita la defensa de sus derechos ante cualquier administración pública o ante una gran compañía que cuando lo hace ante otro ciudadano, extremo que

22 KROTZ, E.: “Presentación”, en “Antropología jurídica”, cit., p. 8.

23 ELÍAS DE TEJADA, F.: “Tratado”, cit., p. 21.

24 BARRETT, L. F.: *La vida secreta del cerebro: cómo se construyen las emociones*, Paidós, Barcelona, 2022, p. 19.

25 VON IHERING, R.: “Lucha por”, cit., 2018, p. 59.

también reviste su importancia general, especialmente cuando es el más débil quien se hace valer.

III. CONTEXTO SOCIOLÓGICO-FAMILIAR DEL RÉGIMEN LEGITIMARIO.

La relación entre derecho y sociología se nos antoja evidente: el primero dota a la sociedad de regulación y sistema judicial. La sociología facilita a aquél sujetos (integrantes de la sociedad que se constituyen en operadores jurídicos) y objeto (realidad que ha de ser regulada y que necesita un aparato que imparta justicia). Guasp expresó metafóricamente que “la sociedad es el medio en cuyo regazo el Derecho se realiza” y, a su vez, consideró al derecho como “conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias”²⁶. *De facto*, existen las jóvenes ciencias de la sociología y antropología jurídicas.

D. Francisco Elías de Tejada, filósofo del derecho, sostenía que “el saber técnico del derecho es el sistema de fórmulas que hagan posible el acercamiento de la norma, escrita o no escrita, a la realidad del convivir humano”. Citaba a Kantorowicz, quien consideraba necesario el conocimiento, por parte de los jueces, de las realidades sociales o, en una palabra, que sean sociólogos más que juristas. No compartimos el rigor de tal formulación, pero revela la inquietud de aproximar derecho y sociología, norma y sociedad. Fuchs estimaba necesario un método sociológico para el hallazgo del derecho²⁷. Cobra importancia la axiología, esto es, los criterios para valorar jurídicamente las realidades sociales y estimamos que no resulta inadecuado un concepto teleológico de la sociología, como inspiradora y, a la vez, demandante del derecho. Resultan ciencias complementarias, por lo demás. Los juristas, en el ámbito civil, especialmente sucesorio, prestamos mucha atención a las consecuencias pretendidas por la acción (sin perjuicio de las consecuencias de actos u omisiones dolosos o culposos), mientras que la sociología es la “ciencia de las consecuencias inintencionadas de la acción” (Linares Martínez²⁸).

El ordenamiento jurídico ha de ponderar tres realidades: el individuo, la sociedad y un ámbito intermedio: la familia. Éste es el núcleo esencial que debemos considerar, aunque no separadamente de los otros, para discernir un régimen de derechos legitimarios. En él nacen y crecen los seres humanos, cuyo sistema límbico (el mundo emocional que llamamos corazón) se desarrolla en la juventud y allí se dan las mayores emociones y afectos. Martín López precisa, con acierto, que “en los ámbitos intermedios es donde tiene lugar realmente la vida social, y a su través se incorporan a la sociedad las actividades individuales y se realizan las metas parciales de la misma. Por otra parte, cumplen la función de motivar

26 ELÍAS DE TEJADA, F. “Tratado”, cit., pp. 691 y 692.

27 ELÍAS DE TEJADA, F. “Tratado”, cit., pp. 19, 163, 164.

28 LINARES MARTÍNEZ, F.: *Sociología y teoría social analíticas: la ciencia de las consecuencias inintencionadas de la acción*, Alianza, Madrid, 2018, p. 38.

a los individuos para los fines colectivos"²⁹. Consideremos que la familia no es el único ámbito intermedio existente: pueden serlo clubes deportivos, colegios, asociaciones y muchos otros, pero en el proyecto emprendido nos interesa la familia, cuna y receptáculo de las más intensas emociones y vivos afectos, que moverán a los individuos a efectuar disposiciones *mortis causa* o disposiciones lucrativas *inter vivos*.

I. Anterior al Código Civil.

Como quiera que investigamos para encontrar los fundamentos sociales y personales, así como el más adecuado contenido de la que pueda ser reforma del régimen de la sucesión forzosa en el derecho español, que se encuentra regulada en el Código Civil, publicado en 1889, no nos extenderemos demasiado en los pormenores de la sociedad previa a la meritada regulación, cuyos legisladores ponderaron la realidad social de la época, sin embargo de lo cual sí se hace preciso trazar algunos rasgos antropológicos y sociológicos de la institución familiar primitiva y hasta finales del S. XIX, ya que conforma, en suma, el ámbito, sustrato y objetivo de las legítimas y resultaría difícil entender a la familia de los SS. XX y XXI sin conocer someramente sus antecedentes.

La sociedad evoluciona hacia la civilización cuando se va produciendo su desarrollo técnico e institucional, indicó Lewis Morgan. En el desenvolvimiento de las instituciones entra en juego el derecho, que está imbricado inseparablemente con la sociología. En lo que concierne al objeto de nuestro estudio, la familia, ámbito intermedio entre individuo y sociedad (Martín López), su origen es ancestral, pero abordaremos la consideración de su carácter contemporáneo en el siguiente apartado, de naturaleza nítidamente sociológica. El presente epígrafe, aunque no resulta ajeno a tal esfera, requiere una aproximación desde la antropología social.

Morgan publicó en 1877 "La sociedad primitiva"³⁰. Su redacción no fue labor de un día, sino de cuarenta años, según precisó Engels. Se trata de una obra original e interesante, aunque la clasificación que sostiene de las familias primitivas resulte polémica y la consideración de los estadios evolutivos de la sociedad sea muy personal; muestra poco aprecio por la labor taxonómico-sociológica de los españoles en América y gran parte de sus tesis están superadas, siendo Harris una de las referencias antropológicas contemporáneas. No obstante lo anterior, contiene información en extremo interesante, porque era antropólogo (de los primeros, al punto de que podríamos considerarlo protoantropólogo, si se me permite la expresión), además de abogado ejerciente y porque, sobre estudiar minuciosamente bastantes grupos humanos, tuvo la ocasión de conocer

29 MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad: una introducción a la sociología de la familia*, Rialp, Madrid, 2000, p. 47.

30 MORGAN, L. H.: *La sociedad Primitiva*, Ayuso, Madrid, 1970.

sociedades primitivas (en sentido tecnológico e institucional, no cronológico, como los indios Moqui o Iroqueses), haciendo observaciones a propósito, precisamente, del derecho de sucesiones, que ponderaremos, pero en la tesis que preparamos, porque harían excesiva la extensión del presente artículo. Repárese en el alcance que puede tener, para el discernimiento de los orígenes de ciertas instituciones en civilizaciones muy evolucionadas, pero desaparecidas hace siglos, la observación directa de sociedades contemporáneas que se encontraban en los albores de su desarrollo institucional. Vamos a referirnos a dos hipótesis de Morgan sobre la familia primitiva y sus características, cotejándolo con voces opuestas en algunos puntos y enlazando con unas consideraciones sucintas sobre la evolución de la familia en España hasta el S. XIX.

Para Morgan³¹, la familia fue tribal, gentilicia o de clan en su origen, desembocando, luego, en la monogamia, criterio compartido por algunos antropólogos y discutido por otros. Ribas Alba, siguiendo a Wesel, sostiene que “en esta materia Morgan, Bachofen y Engels se equivocaron: la familia nuclear existe en el primer paleolítico y hay que entender que es tan antigua como el *Homo sapiens*”. Invoca, también, en apoyo de su hipótesis, a Maine y Malinowski³². No parece desacertado, porque Martín López distingue el matrimonio, como unidad reproductora, de la familia, que genealógicamente surge de aquél, pero que, al poder añadir otras generaciones y parientes, no tiene esa misma finalidad³³. Kowalevskii, en el prefacio mismo de su obra a propósito del origen y evolución de la familia y la propiedad, se aparta en buena medida de las tesis de Morgan, rechazando la hipótesis de promiscuidad sexual ilimitada en la primera época de la historia y, más adelante, menciona a Gayo, César y Tácito como exponentes de la existencia inicial de la familia individual, “cuna de toda sociabilidad y tronco de la tribu”, aunque cita otras opiniones, que son diversas³⁴. Existen variadas hipótesis, aunque encontramos razonable la que defiende Ribas, por considerar que la naturaleza humana se mantiene, más allá de la evolución de la técnica y costumbres; el amor de pareja y paternofilia, así como otras emociones (celotipia, por citar alguna), parecen apuntar más a familias nucleares integradas, con fines de subsistencia y defensa, en clanes, tribus, gens o linajes. En cualquier caso y sea como fuere, lo esencial, a efectos de discernir la esencia del sistema legitimario son algunas de las características de los grupos familiares, más o menos extensos, que citó Morgan y nos parecen difícilmente discutibles: derechos mutuos de sucesión en los bienes de miembros fallecidos; obligaciones recíprocas de ayuda, defensa y desagravio de ofensas y posesión de bienes en común³⁵. En resumidas cuentas, solidaridad familiar y grupal, llámense

31 MORGAN, L. H.: *La sociedad Primitiva*, cit., pp. 47 a 426.

32 RIBAS ALBA, J. M.: *Prehistoria del derecho*, Almuzara, Córdoba, 2015, pp. 114 y 115.

33 MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad: una introducción a la sociología de la familia*, Rialp, Madrid, 2000, p. 55.

34 KOVALEVSKII, M.: *Orígenes y evolución de la familia y de la propiedad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, p. 11 y 19.

35 MORGAN, L. H.: *La sociedad Primitiva*, cit., pp. 65, 69 y 195.

tribus (Israel); clanes (Escocia) o gens (Roma). Existía, también, un patrimonio adscrito al fin de la manutención grupal. La técnica ha cambiado mucho en estos siglos, pero la naturaleza humana, insistimos, no, aunque el vertiginoso proceso de los últimos años casi invita a ponerlo en duda.

La organización gentilicia perduró durante siglos. Morgan trae a colación un acontecimiento revelador de que ese concepto tribal, tanto personal como patrimonial, se mantuvo durante mucho tiempo impreso en la personalidad de nuestros ancestros: Moisés (israelí, que vivió entre los siglos XIV y XIII a. C.) y Solón (el principal legislador ateniense, del S. V. a.C., pionero en el derecho de sucesiones griego), con la diferencia de años y ubicación geográfica que los separaba, dieron la misma respuesta a similar cuestión que se les suscitó: El patrimonio de la gens no puede mermarse reconociendo derechos sucesorios entre cónyuges de diferente tribu, porque se trataba de los medios de subsistencia de cada una y no podía enriquecerse una empobreciendo a otra³⁶. No nos demoraremos más en estas consideraciones antropológicas. Esbozaremos unas someras pinceladas sobre la familia en España hasta el S. XIX y abordaremos la época posterior al Código Civil, que es la que reviste gran interés para buscar los fundamentos de una eventual reforma del sistema sucesorio forzoso que regula.

En los reinos hispánicos y España han coexistido y coexisten regímenes forales con el de Derecho Común, pero las costumbres familiares y sociales han observado gran estabilidad y continuidad, conservándose largamente tradiciones relacionadas con el matrimonio y la familia, habiendo influido mucho los vínculos de parentesco en la organización social, conociéndose hoy la existencia de un “régimen patrilocal, basado en la familia troncal, en Galicia, Asturias, Vascongadas, Aragón y Cataluña, mientras que en el resto del país prevalecía un sistema de carácter neolocal basado en la familia nuclear”. Resultan hechos destacables que las Leyes de Toro, de 1505, permitieron la constitución de mayorazgos y el crecimiento demográfico inusual acaecido entre la mitad del S. XVIII y 1887. Por lo demás, se ha mantenido la solidaridad familiar, extendida a familias vinculadas entre sí³⁷.

Para Iglesias de Ussel las bases de la familia actual se encuentran en la Europa de finales del S. XVIII, precisamente, en la que “se suceden los cambios políticos, económicos e intelectuales. La revolución industrial, la revolución política y la revolución científica impulsaron unas dinámicas de cambio social que incidieron de lleno sobre la vida familiar”, añadiendo la interesante observación de que los sistemas hereditarios igualitarios favorecieron la división de las grandes fortunas

36 MORGAN, L. H.: *La sociedad Primitiva*, cit, pp. 471 y 472.

37 CHACÓN JIMÉNEZ, F.: *Historia social de la familia en España: aproximación a los problemas de familia, tierra y sociedad en Castilla*, ss. XV-XIX, Instituto de cultura Juan Gil-Albert, Alicante, 1990, pp. 17, 34, 65, 78, 163 y 176.

y mermaron la obediencia de los hijos, ampliando la autonomía de éstos frente a sus padres³⁸.

2. Posterior al mismo.

Para aproximarnos a la configuración actual de la familia, estimamos adecuado comenzar con una observación y una definición, de sendos sociólogos: “la familia ... comparte esa sinuosa y ambivalente característica de ser percibida, en cualquier momento histórico, en situación de crisis, transición y dramática encrucijada. Siempre en constante perspectiva de cambio y dudoso futuro que parece venir ya”³⁹. En efecto, se trata de una de esas instituciones cuya observación siempre sobrecoge al estudioso o a cualquiera que piense en ella, porque parece percibirse una degradación continuada en los últimos años. Creo que se debe a que comparamos nuestra infancia y juventud (idealizadas, hasta cierto punto) con las actuales (estigmatizadas, también hasta otro punto) y pensamos, siquiera que inconscientemente, que cualquier tiempo pasado fue mejor. Y no es cierto. Nunca lo es como categoría absoluta. En todo tiempo pasado éramos más jóvenes, gozábamos de mejor salud, abrigábamos otra clase de ilusiones y teníamos el corazón más limpio, menos poblado de intereses creados, si se me permite evocar a D. Jacinto Benavente. Percibíamos la vida de otra manera y se trata de eso, de percepción. Cuando aplicamos esa manera de percibir la realidad a la familia, institución considerada por el 99% de los españoles como la más importante,⁴⁰ el asunto se nos antoja apocalíptico. Citemos ahora una definición de unidad familiar: “la familia está formada por dos o más personas unidas por el afecto, el matrimonio o la filiación, que viven juntas, ponen sus recursos económicos en común y consumen conjuntamente una serie de bienes en su vida cotidiana”⁴¹. Tratándose de una edición de 1999, la autora careció de la oportunidad de ponderar si resultaba más adecuado mantener la afirmación de que la familia está formada por dos o más sujetos o por una sola persona, casada consigo misma (“soligamia”),⁴² práctica que no recomiendo porque, en caso de divorcio, habría que pasar en resto de la vida con un ex; o por una persona y una grúa o patinete, casadas entre sí⁴³; o con un animal⁴⁴, que carece de personalidad jurídica -al menos, de momento-, como las

38 IGLESIAS DE USSEL, J.: *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 308.

39 IGLESIAS DE USSEL, J.: “La familia”, cit., p. 195.

40 AYUSO SÁNCHEZ, L.: “Nuevas imágenes del cambio familiar en España”, *Revista Española de Sociología*, núm. 28 (2), 2019, pp. 269 a 287.

41 ALBERDI I., *La nueva familia española*, Santillana, Madrid, 1999, p. 60.

42 20MINUTOS: “Así se practica la soligamia: la sorprendente decisión de una mujer que se ha casado consigo misma”, *www.20minutos.es - Últimas Noticias*, 09.06.2022, <https://www.20minutos.es/gonzoo/noticia/5013263/0/asi-se-practica-la-soligamia-la-sorprendente-decision-de-una-mujer-que-se-ha-casado-con-sigo-misma/>.

43 “Erika, la mujer objetófila divorciada de una grúa que se casa con un patinete en Barcelona”, *Los Replicantes*, 10.04.2019, <https://www.losreplicantes.com/articulos/erika-mujer-enamora-de-los-objetos/>.

44 “Insólito: Estas personas se casaron con animales”, *Publimetro Colombia*, <https://www.publimetro.co/colvidaconestilo/2014/02/27/insolito-estas-personas-se-casaron-animales.html>.

grúas, pero siquiera son seres vivos, aunque dudo de su capacidad para prestar consentimiento. Estas actitudes, que pueden parecer jocosamente extravagantes, se difunden y significan que algo está sucediendo en la sociedad. No me refiero a ellas irónicamente. Las traigo a colación como hechos que pueden quedar en la anécdota o anticipar alguna realidad social más amplia. No podemos olvidar una interesante observación de Iglesias de Ussel: la familia siempre ha sido el centro neurálgico de las transformaciones sociales y objeto de atención especial de los pensadores revolucionarios de todo el mundo e, incluso, de la literatura distópica,⁴⁵ por lo que cualquier alteración, por sutil que sea, en el ámbito de la familia, es susceptible de tener gran alcance social. Demos por buena, pues, la definición de la profesora Alberdi. Si vamos a considerar la institución familiar desde la perspectiva sociológica, para discernir si resulta adecuado y, eventualmente, en qué términos, reformar el sistema legitimario, bueno es que partamos de un concepto definido y el citado resulta preciso y susceptible de comprender tanto a la familia tradicional como a las nuevas formas de familia, extremo necesario, porque la transición política ocasionó el cambio de un modelo tradicional de familia a otro carente de límites⁴⁶. Es de resaltar también, enlazando con la opinión de Iglesias, a propósito de la atención que a la familia prestan quienes desean cambios sociales profundos, que la familia dejó de ser una institución que responde a los cambios sociales para ser reconocida su contribución a tales cambios⁴⁷.

La familia ha evolucionado mucho desde el concepto tribal o de clan, pero solía haber vínculos recíprocos de asistencia (fin al que naturalmente parece ordenado el patrimonio familiar). En una palabra, solidaridad. Comenzaremos la consideración de las mudanzas sufridas por la institución familiar desde 1889, fecha de la publicación del Código Civil, con una observación de Émile Durkheim, primer catedrático de sociología (en 1913 se le adjudicó, en la Sorbona, la novedosa cátedra de Pedagogía y Sociología⁴⁸). En su tesis doctoral, "La división del trabajo social", publicada en 1893, se refería ya a que las sociedades modernas son más complejas y más individualistas, incurriendo en el fenómeno jurídico de la anomia, falla en la solidaridad⁴⁹. Su trabajo se publicó solo cuatro años después que nuestro Código Civil y la apreciación citada está referida a la sociedad, no al ámbito familiar y, además, en España hemos sido durante bastante tiempo más tradicionalistas, en lo referente a la familia, que en Europa (aunque su transformación ha sido más rápida, como veremos), pero ya aparece un indicativo que nos va poniendo en guardia sobre un proceso de individualismo que ha terminado afectando

45 IGLESIAS DE USSEL, J.: "La familia" cit., p. 15.

46 IGLESIAS DE USSEL, J.: "La familia" cit., p. 43.

47 BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E.: "Familias e intimidades", en AA.VV. O livro da sociologia (coord. por C. THORPE, Presença, Barcarena, 2020, p. 323.

48 LINARES MARTÍNEZ, F.: *Sociología y teoría*, cit., 2018, pp. 31 y 32.

49 CALVO GARCÍA, M. y PICONTÓ NOVALES, T.: *Introducción y perspectivas*, cit., p. 32.

grandemente a la familia y que ha de tener reflejo en la regulación de las legítimas sucesorias.

Desde las manifestaciones de Berkeley en 1966 y París en 1968 y los cambios tecnológicos de las últimas décadas, se produjo, durante años la quiebra de la comunicación paterno-filial⁵⁰. La familia comenzó a encaminarse al individualismo. Los anovulatorios (indica Martín López) y también el aborto modificaron criterios esenciales que regían la familia, como elemento procreativo y la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, así como el divorcio, fueron cambiando las costumbres y deteriorando la comunicación entre los miembros de la familia, al ir desapareciendo, por imposibilidad de mantenerla, la arraigada costumbre de compartir la mesa tres veces al día, con lo que supone de comunicación interfamiliar. Cada miembro de la familia ha de atender obligaciones diversas y, en ocasiones, invertir mucho tiempo en el transporte.

Son virtualmente unánimes los sociólogos (obsérvese que se trata de obras cerradas justamente al final del S. XX), en las causas del cambio en la familia: incorporación de la mujer al trabajo extradoméstico; descenso en la tasa de nupcialidad; cambio en las formas del matrimonio; consideración social exenta de desdoro de la soltería; divorcio; nuevas formas de familia (monoparentales, aceptación de las uniones entre personas del mismo sexo; emparejamientos sin compartir vivienda -aunque, en puridad, nos parece más una forma de relación humana, si queremos con tintes de exclusividad, que familia propiamente dicha, porque hacer la vida separados priva de la unión de morada que encontramos tan característica del núcleo familiar- y otras); Iglesias añade la proyección, por los medios de comunicación, de una imagen crítica de la familia; el movimiento feminista. En unos u otros términos, los sociólogos exponen esas causas del cambio: Iglesias de Ussel⁵¹; Alberdi⁵²; Meil⁵³; Ayuso⁵⁴ (que añade los procesos de globalización y las nuevas tecnologías, si bien su artículo fue escrito en 2017) y otros.

Meil, en la p. 13 de la obra citada, añade una consideración que encontramos interesante en cuanto puede explicar el trasunto de los cambios: a partir de los años sesenta del S. XX se ha privatizado crecientemente la vida familiar, resultando este proceso de privatización tan radical o más que el que originó la familia nuclear moderna, pasando del “qué dirán”, que implicaba control social, al “y a ellos qué les importa”, indicativo de tolerancia a la organización de la vida cotidiana. A propósito

50 MARTÍN LÓPEZ, E. *Familia y sociedad*, cit., p. 156.

51 IGLESIAS DE USSEL, J.: *La familia y el cambio*, cit., pp. 46 y ss. y 312 y ss.

52 ALBERDI, I.: *La nueva familia española*, cit.

53 MEIL LANDWERLIN G.: *La postmodernización de la familia española*, Acento Editorial, Madrid, 1999.

54 AYUSO SÁNCHEZ, L.: “Nuevas imágenes”, cit., pp. 269 a 287.

de la cronología en que data tal observación, resulta oportuno citar una precisión de Iglesias de Ussel, contenida en la página 23 del volumen que hemos citado: “la familia permaneció con la misma orientación hasta la transición política. Sin embargo, va a ser durante el franquismo cuando pase de una sociedad de familias a una sociedad de individuos”. A continuación, invoca como causa del cambio social el desarrollo económico de los años sesenta y, concretamente, “la concentración urbana, el acelerado descenso de población activa agraria e incremento en el sector industrial y de servicios, el aumento de trabajo extradoméstico de la mujer, la elevación de las tasas de escolarización de los dos sexos, la secularización en plena vigencia del nacionalcatolicismo, el influjo de la emigración exterior y del turismo interior, la difusión de un cierto bienestar económico y aun de la sociedad de consumo en la clase alta, el cambio de la estructura ocupacional y la reducción del paro, etc. Estos cambios favorecieron o aceleraron transformaciones importantes en la dinámica de la familia española, pero en dirección opuesta a las directrices políticas, religiosas y la legislación vigente”. Ciertamente, en España comenzaron estos cambios bastante después que, en el resto de occidente, pero su velocidad de desarrollo tampoco fue la misma. En el mismo texto, página 103, podemos leer, citando a Amando de Miguel, que “lo característico de la sociedad española no es la dirección de los cambios, ni siquiera su magnitud, sino la rapidez con que se han producido”. Otra peculiaridad española es puesta de relieve por Meil, en la página 181 de “la postmodernización” y es que “si bien la cultura familiar española es postmoderna, la vida familiar eral es claramente moderna” (insisto, hablamos el S. XX). Esto es, la familia seguía siendo en España el refugio de referencia y la población, si bien aceptaba e incluso propugnaba nuevas ideas, seguía apegada de *facto* y en buena medida a su forma de vida, existiendo una disociación entre conceptos y realidades. Iglesias de Ussel, en “La familia y el cambio”, página 114, apostilla que “las leyes se modifican sin excesiva dificultad, y así ha sucedido. Pero las costumbres no se transforman por decreto”.

Existe también compartido criterio de que se ha mantenido la solidaridad en la familia. Martín López se refiere a ella en el ámbito de la comunicación y cooperación familiar⁵⁵; Iglesias de Ussel pone énfasis en la buena salud de la familia en la sociedad española y en la solidaridad que persiste en ella⁵⁶ y Alberdi manifiesta que la existencia de instituciones para el cuidado de ancianos no quiebra el principio de solidaridad familiar⁵⁷.

Martín López, en “familia y sociedad”, repara en algo que adelanta ya lo que está siendo la actual evolución familiar; advirtiendo que la modificación esencial se da en los valores y que las tradicionales morales ascéticas (sobriedad, autodisciplina,

55 MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad*, cit., pp. 137 y ss.

56 IGLESIAS DE USSEL, J.: “La familia”, cit., pp. 62 y 63.

57 ALBERDI, I.: *La nueva familia española*, cit., p. 319.

deber, fidelidad, respeto a la palabra dada y sacrificio personal) se están trocando en morales apetitivas (consumo, realización personal, gozo, deseo) y que, no conociendo el apetito más límite que la saciedad, se tienden a destruir todas las limitaciones y se refiere, siguiendo a Piettre, a la transformación de los valores de los creadores del capitalismo (familia, ahorro y trabajo) en sus contrarios (control de la natalidad, aborto, divorcio, consumo despilfarrador y holganza), encontrando Martín su fundamento en que aunque los iniciadores del capitalismo fuesen sobrios, la actual economía de mercado exige insaciables consumidores, concluyendo que el hedonismo supone la huida de toda responsabilidad, dolor y compromiso y el individualismo, que necesariamente lo acompaña, lleva a romper cualquier dependencia entre los miembros de la familia, atacando estas tendencias a la institución familiar y deshaciendo muchas familias concretas (pp. 273 a 275).

Alberdi, en “La nueva familia”, apunta una peculiaridad de las familias españolas: la coexistencia de diversas generaciones, al prolongarse las familias más en el tiempo, por el aumento de la longevidad y el descenso de la tasa de natalidad. Expresa, gráficamente, que nunca, en España, “menos niños han tenido tantos abuelos” (p. 81).

Observamos, pues, que en el S. XX, se ha producido un cambio social en el concepto de familia que no solo ha rediseñado los papeles dominantes en el ámbito familiar, sino que ha abierto éste a la aceptación de nuevas formas de familia que antes resultaban impensables, aunque se mantiene aceptablemente el principio de solidaridad interfamiliar, con la reserva apuntada *ut supra*. Tales circunstancias, *per se*, tendrían un efecto limitado en la concepción tradicional del sistema legitimario, porque éste se centra en la línea recta ascendente y descendente y el cónyuge: existiendo ascendientes y descendientes, las consecuencias de tal parentesco surten, en todos los ámbitos, sus funciones, con independencia de que los padres vivan o no juntos o de que el régimen de visitas pueda ser uno u otro y el cónyuge dispondrá de derechos legitimarios en la medida en que lo sea.

En el S.XXI se ha mantenido la evolución de las relaciones familiares, aunque estimamos que, en los últimos años, se ha acelerado fuertemente el proceso de cambio y en sentido que parece desintegrador de la familia. Baste observar, en cualquier restaurante, la frecuencia con que varios jóvenes comparten mesa y cada uno ejerce de radiotelegrafista en su terminal móvil. Incluso habiendo dos y en edad en que las efusiones hormonal y emocional constituyen un torbellino. Examinemos algunos datos concretos, que encontramos de alcance en sede de legítimas:

Uno. En 2016, el 56% de los matrimonios contraídos en España terminaban en divorcio⁵⁸.

Dos. Las agresiones de hijos a sus padres (violencia filio-parental) e incluso a sus abuelos, crece alarmantemente, registrándose más de cinco mil en 2019, según publica Solidaridad Digital el 7 de diciembre de 2022,⁵⁹ habiéndose incrementado las agresiones denunciadas un 5 % en un año. Se cita como fuente a la Fundación Amigó y se hace constar que solo se denuncian los casos más graves, entre el 10 y el 15% del total, manteniéndose normalmente oculto el problema. La Policía Nacional viene a confirmar el escaso porcentaje de denuncias⁶⁰.

Tres. El pasado día 19 de octubre de 2022 podíamos leer en la prensa que había treinta ancianos abandonados por sus familiares en el Hospital General de La Palma, algunos por imposibilidad de cuidarlos y otros por falta de deseo de hacerlo⁶¹. El 7 de diciembre de 2022 se ha publicado que una residencia de ancianos de Pontevedra pide cartas para ellos en Navidad, precisando que ni una docena de ellos se ha marchado a casa con sus familias⁶².

Cuatro. El número de abortos practicados en España en 2012 superó al de Alemania, Italia y Rumanía juntos⁶³.

Quinto. Se han publicado en México (aunque nos tememos tiene validez allende sus fronteras) unas manifestaciones del director del Centro de Atención y Prevención Psicológica de Chihuahua, Sr. Sáenz Acosta, en el sentido de que la tendencia de una cultura individualista ha provocado desintegración familiar y violencia. Constatan que el 70% de los casos atendidos son por violencia familiar, especialmente contra las mujeres, y existe desintegración familiar⁶⁴.

58 ODÉRIZ ECHEVARRÍA: "Cuántos matrimonios acaban en divorcio • Odériz Echevarría Abogados", *Odériz Echevarría Abogados*, 24.02.2020, <https://oderizabogados.es/cuantos-matrimonios-acaban-divorcio/>.

59 "España registra más de 5.000 agresiones de hijos a padres en un año, un 5% más | Solidaridad Digital", <https://www.solidaridaddigital.es/noticias/nacional/espana-registra-mas-de-5000-agresiones-de-hijos-padres-en-un-ano-un-5-mas>.

60 PINO ALBEROLA: "Crecen las agresiones de hijos a padres con la retirada del móvil como detonante", *elperiodicodeespana*, 19.07.2022, <https://www.epe.es/es/espana/20220719/crecen-agresiones-hijos-padres-retirada-movil-14117055>.

61 "Mayores ingresados en el hospital pese a tener el alta porque las familias les han abandonado", *65 y más - El diario de las personas mayores*, 18.10.2022, https://www.65ymas.com/sociedad/mayores-ingresados-hospital-pese-alta-porque-familias-han-abandonado_44285_102.html.

62 QUEIJEIRO L.: "Una residencia de Pontevedra pide cartas para sus mayores por Navidad: "Decidles que no están solos", *Nius Diario*, 07.12.2022, https://www.niusdiario.es/espana/galicia/20221207/residencia-mayores-pontevedra-campolongo-pide-cartas-navidad-abuelos_18_08168503.html.

63 SETIÉN NEGRETE, A.: "La evolución de la familia española en el último cuarto de siglo. libros de texto y algunas consecuencias para la enseñanza", Trabajo de fin de grado de maestro en educación primaria de la Universidad de Cantabria, 2014/2015. s. d., p. 34.

64 MÉXICO Newsweek, "Individualismo provoca desintegración familiar: experto", *Newsweek en Español*, 08.03.2016, <https://newsweekespanol.com/2016/03/individualismo-provoca-desintegracion-familiar/>.

En consecuencia, sobre el incremento del número de divorcios y abortos, impregna la sociedad un creciente sentimiento de agresividad; aumentan las agresiones de hijos a sus padres y el abandono de los ancianos. Estamos aproximándonos, en muchos casos, a la inversión de la solidaridad familiar y recíproca asistencia (aunque la mayoría de la población -99% en 2014, según citábamos *ut supra* a Ayuso, consideraba a la familia la institución más importante. También es cierto que ignoramos cuántos menores fueron entrevistados y que, desde esa fecha, han transcurrido ocho años y que el deterioro de la convivencia se está acentuando en los tiempos más recientes): consideremos la permisiva evolución de la ley que regula el aborto; la aceptación de la eutanasia y la desatención a los ancianos. La patente de curso para un hedonismo llevado al extremo. Hemos tenido también noticias recientes en prensa de opiniones de una persona de relevancia pública, quien manifestó estar la familia superada y la idea de incluir en ella a los compañeros de piso. También se ha oído hablar de "familia interespecie". Ciertamente, los animales de compañía son como de la familia. Pero eso, "como". Una metáfora, porque carecen de personalidad jurídica. De momento, se nos antojan extravagancias, pero permiten intuir que muchos conceptos están socavados. Nos remitimos a lo manifestado más arriba sobre extrañas formas de "matrimonio", ya consigo mismo, con objetos o animales.

Consideramos de interés para la perspectiva jurídica sucesoria traer a colación seis datos estadísticos:

La edad media de la población española ha pasado de 27,5 años en 1950 a 44,9 años en 2020 y se espera que sea de 52 años en 2040⁶⁵. Esto es, se está produciendo un acusado envejecimiento de la población española.

La tasa de natalidad y el índice de fecundidad en España han caído alarmantemente: De un 21,70‰ en 1960 a un 7,12‰ en 2021 la primera y de 2,86 a 1,19 el segundo, en el mismo lapso de tiempo⁶⁶. La tasa sintética de fecundidad en 1900 fue de 4,71⁶⁷.

Solo el 15% de los españoles otorga testamento^{68 69}.

65 "España: edad media de la población 1950-2050", *Statista*, <https://es.statista.com/estadisticas/487165/edad-media-de-la-poblacion-espanola-cada-cinco-anos/>.

66 "España - Natalidad 2021 | Datosmacro.com", <https://datosmacro.expansion.com/demografia/natalidad/espana>

67 ROSER, N.: "Población, salud y actividad", en AA.VV. : Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX (coord. A. CARRERAS y X. TAFUNELL), Fundación BBVA, Barcelona, 2005 , p. 83.

68 "¿Hacemos testamento los españoles? Por poco más de 36 euros se puede dejar todo "atado" ", *El Español*, 24.07.2019, https://www.elespanol.com/invertia/mis-finanzas/20190724/hacemos-testamento-espanoles-euros-puede-dejar-atado/416209901_0.html.

69 "Algunas estadísticas sobre testamentos y herencias - Notaría de Alboraya", 25.12.2014, <https://notariadealboraya.es/blog/algunas-estadisticas-sobre-testamentos-y-herencias>.

La esperanza de vida de los españoles ha pasado de 34,8 años en 1900, a 69,11 años en 1960 y 83,06 años en 2021^{70 71}.

En el año 2020, 616.531 personas otorgaron testamento notarial y de éstas, 1.026 efectuaron disposiciones a favor de una o más OO.N.GG. Puede constatarse el incremento de tales disposiciones, comparándolas con las 665 de hace diez años, contándose entre los testadores personas de diversas clases sociales⁷².

Según un estudio estadístico efectuado por Ipsos, multinacional francesa de estudios de mercado, dado a conocer por OTSUKA PHARMACEUTICAL, S.A., la mayor preocupación (38% de los votos) de los españoles en la esfera sanitaria es la salud mental. Tal preocupación se ha incrementado en 16 puntos respecto al año pasado⁷³.

Para concluir este apartado, permítaseme una reflexión. Si bien encontramos deseable, por no escribir necesaria, una estrecha colaboración entre juristas y sociólogos, hasta tanto ésta sea fluida y ambos saberes hayan sido permeables recíprocamente, incorporando a su respectivo acervo conocimientos, siquiera sean elementales, de la otra ciencia, vemos las cosas de diferente manera y encuentro adecuado que nos complementemos, incentivando la colaboración en proyectos concretos. Los sociólogos buscan fijar, desde una perspectiva neutral, una fotografía estática de la situación social y pronosticar su evolución. En lo que ahora nos interesa, indagar, mediante encuestas, qué hace, opina o desea la sociedad en el ámbito de la sucesión, mientras los juristas incidimos en qué creemos va necesitando la sociedad y resulta más adecuado a la equidad en la reforma legislativa que eventualmente proceda, interviniendo activamente, aunque fuere aportando criterios, en el desarrollo legislativo, porque no puede dejarse al arbitrio de personas imperitas la redacción de normas, por más que pueda resultar encuestado algún profesional del derecho. Todo ello considerando, por supuesto y para armonizarlo en lo posible, los deseos de la ciudadanía, aunque sin acatarlos a la letra y por el cómputo de mayorías (por lo demás, suponemos dependerán los resultados de las encuestas de edades, ámbito geográfico y estrato patrimonial o profesional de los encuestados). La estrecha colaboración entre sociólogos y juristas podría permitir, en fin, que el derecho anduviese menos rezagado respecto a la evolución de la sociedad y que, tal vez, pudiesen evitarse

70 ROSER, N.: "Población, salud y actividad", cit., p. 86.

71 "España - Esperanza de vida al nacer 2021", *Datosmacro.com*, <https://datosmacro.expansion.com/demografia/esperanza-vida/espana>.

72 PRESS Europa, "Aumenta el número de españoles que deja su herencia a las ONG: más de 23 millones de euros donados en 2020", 26.06.2021, <https://www.europapress.es/epsocial/cooperacion-desarrollo/noticia-aumenta-numero-espanoles-deja-herencia-ong-mas-23-millones-euros-donados-2020-20210626100635.html>.

73 "OTSUKA PHARMACEUTICAL S.A. | LinkedIn", <https://es.linkedin.com/company/otsuka-pharmaceutical-sa>.

perjuicios sociales mediante legislación preventiva, en función de las previsiones que los sociólogos brindasen sobre tendencias en el devenir social.

IV. PERSPECTIVA PERSONAL DEL RÉGIMEN LEGITIMARIO.

Aquí ha de ponderarse el juego de los deseos de testar y de la obligación de observar ciertos límites en la decisión. Considero que una disposición testamentaria constituye la proyección patrimonial de un afecto individual. Buscando el sentido más íntimo de los sentimientos, que nacen de las emociones, hemos encontrado que neurocientíficos reputadísimos, a la búsqueda del origen de las emociones, han hablado del derecho. Introduciremos, sin pretensiones, una ligera referencia a tan interesante intersección de caminos entre eminentes neurocientíficos a la búsqueda del origen de las emociones y un humilde abogado que persigue el sentido último del sistema legítimo.

Antonio Damasio, celeberrimo neurólogo portugués, afincado en EE.UU., en su libro, "En busca de Spinoza", sostiene que "el embrión de los comportamientos éticos habría sido otro paso en la progresión que incluye todos los mecanismos automáticos, inconscientes, que proporcionan la regulación metabólica; instintos y motivaciones; emociones de tipo diverso y sentimientos. Lo que es más importante, las situaciones que evocan esas emociones y sentimientos demandan soluciones que incluyan la cooperación. No es difícil imaginar la aparición de la justicia y el honor a partir de prácticas de cooperación... es razonable pensar que los seres humanos equipados con este repertorio de emociones y cuyo rasgo de personalidad incluyen estrategias cooperativas tendrán más posibilidades de vivir más tiempo y dejar descendientes. Éste habría sido el punto de partida para establecer una base genómica para cerebros capaces de producir cerebros cooperativos. En tanto que animales conscientes, inteligentes y creativos sumergidos en un ambiente cultural, los seres humanos hemos podido modelar las normas de la ética, estructurar su codificación en leyes y diseñar la aplicación de éstas ... La reflexión inteligente sobre la relación entre fenómenos sociales y la experiencia de los sentimientos de alegría y pena parece indispensable para la actividad humana perenne de diseñar sistemas de justicia y organización política ... nuestra vida debe regularse no sólo por nuestros propios deseos y sentimientos, sino también por nuestra preocupación por los deseos y sentimientos de los demás"⁷⁴. En "El error de Descartes" expresa, citando a Pascal, que "casi nunca pensamos en el presente y, cuando lo hacemos, es sólo para ver cómo ilumina nuestros planes para el futuro"⁷⁵ (resulta sorprendente la similitud de este pensamiento con el aserto de Gustave Flaubert: El futuro nos atormenta y el pasado nos encadena.

74 DAMASIO, A.: *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Planeta, Barcelona, 2021, pp. 180, 181, 183, 184 y 185.

75 DAMASIO, A.: *El error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*, Planeta, Barcelona, 2022, p. 233.

Por eso se nos escapa el presente). Resulta importante tener presente que, a veces, los testadores no viven en el presente, sino anclados en emociones pasadas o miedos al futuro, especialmente con cierta edad o patologías.

Mariano Sigman, neurólogo, en su obra “El poder de las palabras”, precisa que los momentos más emotivos suelen generar memorias de elefante⁷⁶.

Linda Barrett advierte que los recuerdos y las emociones pueden construirse,⁷⁷ por lo que no resultan fiables. Sigman manifiesta que la creatividad empieza en la memoria y, más adelante, se refiere a la creatividad de los recuerdos falsos y al recuerdo creativo, mencionando la distorsión de la perspectiva como una de las huellas de las ilusiones mnemotécnicas⁷⁸. En la misma obra, p. 220, podemos leer: “lo extraordinario es la elasticidad de la vida mental, la sorprendente capacidad que tenemos para transformar nuestra experiencia emocional incluso en el territorio más difícil: el duelo. Lo problemático es que esta fuerza sensacional vive en un barro de indefiniciones”.

Las referencias a las emociones revisten gran interés para el derecho de sucesiones, porque originan sentimientos que pueden mover a disponer más con el razonamiento mediatizado. A veces, los testadores, especialmente los ancianos, testan anclados en sus recuerdos del pasado o temiendo su futuro, pero no perfectamente conscientes del presente.

Unas semanas atrás, me refería una amiga y antigua compañera la impugnación exitosa de testamento en que una madre muy anciana desheredó a todos sus hijos, en favor de su cuidadora y el marido de ésta, “porque no habían ido a verla”. Esa ausencia de visitas coincidió con el confinamiento por covid.

Linda Barrett, citada, en “La vida secreta del cerebro”, sostiene rotundamente que “es importante intentar tender puentes entre disciplinas. Entre la neurociencia y el sistema jurídico hay una gran falta de sincronización en cuestiones fundamentales sobre la naturaleza humana. Estas discrepancias se deben abordar si queremos que el sistema jurídico siga siendo uno de los logros más importantes de la realidad social y si queremos seguir protegiendo los derechos inalienables de las personas a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”⁷⁹.

Sigman hace una observación interesante, a propósito de los estudios demográficos de donación de órganos, reparando en que casi todos los habitantes de una población son donantes o casi todos no y en que siendo avezado en

76 SIGMAN, M.: *El poder de las palabras*, cit., p. 160.

77 BARRETT, L. F. *La vida secreta del cerebro*, cit., pp. 55 y ss.

78 SIGMAN, M.: *El poder de las palabras*, cit., pp. 113 y ss.; 167 y 168.

79 BARRETT, L. F.: *La vida secreta del cerebro*, cit., p. 306.

estadística llama la atención la ausencia de medias tintas. La explicación es muy sencilla: el texto del formulario. En caso de que la plantilla exprese “si quiere donar órganos, firme aquí”, casi nadie lo hace, pero si reza “si NO quiere donar órganos, firme aquí”, casi todo el mundo dona. Concluye que “las que nos dan por *default* arrancan con ventaja”⁸⁰. Pensemos que existe un cuestionario social no escrito: “si no desea que su herencia se defiera *ab intestato*, otorgue testamento”. No resulta especialmente complejo ni caro, al menos en España, pero sí requiere más esfuerzo que elegir casillero en un impreso y la idea sobre la facilidad del otorgamiento tal vez no esté todo lo extendida que resultase deseable.

V. CONCLUSIONES JURÍDICAS PROVISIONALES QUE SUGIEREN LAS PREMISAS ANTERIORES.

Partimos de que el art. 348 CC recoge el principio de la libertad de disposición del titular dominical, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes y procede apreciar si los límites a las disposiciones a título lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, han de permanecer como están o sufrir modificación o supresión. De los presupuestos considerados, extraemos las siguientes conclusiones, a resultas de ir las cincelandando o ampliando mediante el estudio de la historia del derecho; el derecho foral, el comparado y la más reciente doctrina sobre el derecho español de sucesiones.

Preliminar. Si, luego de considerar lo observado en los apartados precedentes y reflexionar sobre la importancia de la familia y la función ejemplarizante y educativa -personal y sufragando estudios- de los padres, consideramos que la esencia de lo que transmiten a sus hijos está constituida por el activo económico que aquí permanece tras su óbito, es que poco habríamos entendido.

Primera. No podemos olvidar el peso de la sucesión *ab intestato* en nuestra realidad social y en nuestro ordenamiento jurídico. Hemos constatado que solo el 15 % de los españoles otorga testamento. Recordemos lo que expone Sigman a propósito de la consideración demoscópica de las donaciones de órganos. Testar requiere mayor actividad que marcar el casillero de un formulario y la opción en defecto de elección consiste en someterse a la sucesión *ab intestato*, más rigurosamente legitimaria, si se me permite la imprecisa expresión, que la propia legítima. Estimamos que resultaría de gran interés promover campañas de divulgación que ilustren a la población sobre la posibilidad de testar, cómo hacerlo y su coste. Por otra parte, consideramos que, siendo sustancialmente adecuados los llamamientos a la sucesión intestada, resultaría de interés estudiar el llamamiento, antes que a los familiares de cuarto grado (y al Estado) que no hayan

80 SIGMAN, M.: *La vida secreta de la mente: nuestro cerebro cuando decidimos, sentimos y pensamos*. Penguin Random House Grupo Editorial, S.A., Ciudad de México, 2021, p. 73.

mantenido relaciones frecuentes con los finados, a los cuidadores que velado por los mismos de forma abnegada y constante durante al menos cuatro años.

Segunda. Habiendo disminuido drásticamente el índice de fecundidad (y, consecuentemente, la tasa de natalidad) desde la redacción del Código Civil, la virtualidad de la legítima ha resultado muy mermada. En una familia tradicional, con varios descendientes, los padres disponían de un juego relativamente aceptable con el tercio libre y el de mejora. Si existe un solo hijo, es heredero, por ministerio de la ley, de dos tercios del caudal, con independencia de su comportamiento (convengamos que la desheredación hoy resulta muy arriesgada y opinamos que habría de facilitarse su ejercicio, tanto en las causas como en la prueba de su concurrencia o, si se prefiere, haciendo más rigurosa la prueba de su inconcurrencia). Tampoco podemos olvidar que la esperanza de vida en 1900 era de 34,8 años y en 2021 fue de 83,06 años. Por más que hoy se contraiga matrimonio más tarde, en la época de la codificación los huérfanos eran mucho más jóvenes e indefensos que hoy. Por último, respecto a la legítima viudal, el sistema está concebido para parejas casadas en régimen de gananciales, en el que el cónyuge viudo es propietario de la mitad del caudal. Las nuevas formas familiares desvirtúan el régimen legitimario también en este punto.

Tercera. La idiosincrasia de los miembros de la familia española se ha tornado mucho más individualista, por lo que cabe preguntarse hasta qué punto resulta aceptable la reserva, *ope legis*, de dos tercios del caudal relicto a hijos que, presumiblemente, no van a atender a sus padres, encontrándose en la convicción de que tienen garantizada su herencia. Es posible, aun resultando algo triste y paradójico, que el acicate de heredar incentive la cohesión familiar. Cada vez se abandona más a los ancianos, o no se les cuida personalmente lo suficiente, dejándolos estar en instituciones *ad hoc* sin apenas atención de sus allegados. Apreciamos que ha llegado el momento de mermar la función tuitiva del Estado, que casi suplanta la voluntad del testador, permitiendo a éste una mayor capacidad de decisión sobre el destino de su patrimonio y aceptando que conoce a sus descendientes, ascendientes y cónyuge mejor que el legislador y sabe quién merece y necesita sus bienes. Podemos pensar que cuando un padre no desea instituir herederos a sus hijos, buenas y dolorosas razones tendrá, salvo error, personal o inducido. A la luz de los datos estadísticos consignados, estimamos que ampliar sustancialmente la libertad de testar no constituiría una gran modificación de la vida cotidiana, porque testa una proporción reducida de la sociedad, defiriéndose, para el resto, la sucesión intestada y porque no resultaría obligatorio disponer a favor de extraños. Sólo se pondría en manos de los testadores (con las prevenciones a que nos referiremos en la séptima conclusión) la posibilidad de decidir más ampliamente en situaciones que, vista la actitud de la población

española en el ámbito familiar; cabe presumir no resultarían demasiadas. Esa libertad puede funcionar como un elemento corrector de injusticias.

Cuarta. No propugnamos la abolición del régimen legitimario, aceptando el sistema de libertad absoluta de testar y no solo por criterios de defensa de la institución familiar; por tradición o porque sociológica e individualmente la familia ha cambiado, pero no completamente, sino también por consideraciones pragmáticas: en los países donde impera el sistema de libertad dispositiva existen también movimientos que pretenden su templanza, como, por ejemplo, mediante la figura de la *family provisions* o legítimas asistenciales. Encontramos que los movimientos pendulares, desanclados bruscamente de la tradición, no son adecuados y habría de discernirse un sistema equilibrado.

Quinta. Sostendríamos un régimen legitimario limitado, aplicando algunos criterios troncales: los bienes que el causante haya recibido a título lucrativo de sus mayores habrían de transmitirse forzosamente a los legitimarios, aunque no en cuantía de dos tercios, sino la mitad. Los que provengan de la actividad industrial, fabril, laboral o profesional de cada uno serían de libre disposición *mortis causa* o mediante donación *inter vivos*.

Sexta. Estableceríamos legítimas asistenciales, pero en régimen de usufructo vitalicio, con facultad para disponer sólo en caso de necesidad, a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge que no puedan ganarse la vida por sí mismos debido a enfermedades o mermas físicas o psíquicas, configurándose un régimen proporcional al caudal y a las necesidades. Abona la introducción de legítimas asistenciales la que parece revelar inquietud social el hecho de que aumenten tan significativamente los legados o disposiciones a O.O.N.G.G. (u otras de naturaleza asistencial).

Séptima. Permitir una mayor libertad de testar entraña riesgos, naturalmente. Estimamos que el mayor consiste en una eventual manipulación emocional del testador, que puede darse más fácilmente cuando su edad es avanzada (la esperanza de vida actual duplica largamente la de 1900) o sufra deterioro cognitivo o debilidad emocional. Nos referíamos antes a los testamentos otorgados más emocional que racionalmente. En este punto, cualquier esfuerzo social vale la pena, porque el testamento reviste gran alcance y porque, cuando surte efecto, el testador ya no está entre nosotros y es demasiado tarde para que esclarezca nada. Habría que establecer protocolos de actuación, sobre informes de neurocientíficos, psiquiatras y psicólogos, que faciliten a los notarios reforzar su juicio de capacidad y, en su caso, apoyarlo en informes profesionales, pero con facultativos especializados, objetivos, que figuren en una relación facilitada por su colegio profesional y requeridos por los notarios, no designados por los testadores o sus familias y a cuyos servicios se recurra cuando el notario autorizante lo

considere necesario o se lo requiera la familia o personas que conozcan al testador, o éste mismo, conviniendo con el colegio de psicólogos una retribución que no eleve sustancialmente el coste del testamento. Debemos tener presente lo citado *ut supra* a propósito de que pocas veces pensamos en el presente y de que los momentos más emotivos suelen generar memoria de elefante, así como que las emociones pueden construirse y los recuerdos ser creativos o falsos. Es decir, que una persona puede ser emocionalmente manipulada, especialmente si la edad o alguna patología le ocasionan deterioro cognitivo. Hemos citado una encuesta que pone de manifiesto la preocupación social creciente por las enfermedades mentales, que denota una elevada sensibilidad social por este tema.

Octava. Habría que ponderar que hoy, en muchísimas economías privadas, constituye más sólido capital una buena formación (normalmente permite vivir independientemente y conformar el propio patrimonio) que una suma de dinero, por lo que los padres han cumplido sus obligaciones y no encontramos motivo para sellar el destino de su vivienda o modestos ahorros (hablamos de la mayoría de los casos). Refiriéndonos a estudios, no aceptaríamos la colación, a favor de un hijo indolente, del esfuerzo económico efectuado en favor de otro diligente, si gozó aquél de la misma oportunidad y la desaprovechó culposamente, porque estimamos no debe primarse la incuria. Otra cosa serían esfuerzos extraordinarios para costosísima formación.

Novena. Reforzaríamos la legítima viual, porque el matrimonio constituye un vínculo electivo (suelen, si perduran, ser más fuertes que los consanguíneos) y la institución que supone más intimidad y camaradería entre seres humanos. Estamos persuadidos de que, si mantenemos un régimen legitimario, resulta cicatero que el cónyuge supérstite esté circunscrito a atribuciones en usufructo y conmutables, resultando insuficiente la cautela sociniana para corregir tal situación.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Biblia de Jerusalén*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2019.

AA.VV.: *O livro da sociologia*, Barcarena, Presença, 2020.

ALBERDI, I.: *La nueva familia española*, Madrid, Santillana, 1999.

PINO ALBEROLA: "Crecen las agresiones de hijos a padres con la retirada del móvil como detonante", *elperiodicodeespana*, 19.07.2022, <https://www.epe.es/espana/20220719/crecen-agresiones-hijos-padres-retirada-movil-14117055>.

AYUSO SÁNCHEZ, L.: "Nuevas imágenes del cambio familiar en España", *Revista Española de Sociología*, 2019.

BACHOFEN, J. J.: *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*, Madrid, 1955.

BARRETT, L. F.: *La vida secreta del cerebro: cómo se construyen las emociones*, Paidós, 1ª ed., 6ª reimp, Barcelona, 2022.

CALVO GARCÍA, M. y PICONTO NOVALES, T.: *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, Barcelona, UOC, 2017.

CHACÓN JIMÉNEZ, F.: *Historia social de la familia en España: aproximación a los problemas de familia, tierra y sociedad en Castilla, ss. XV-XIX*, Alicante, Instituto de cultura Juan Gil-Albert, 1990.

DA SILVA, A. et Da SILVA, P. N.: *Citações e pensamentos de Agostinho da Silva*, Casa das Letras, 10a. ed, Alfragide, 2019.

DAMÁSIO, A.:

- *El error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*, Barcelona, Planeta, 2022.

- *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Barcelona, Planeta, 2021.

ELÍAS DE TEJADA, F.: *Tratado de Filosofía del Derecho T II*, 1ª, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.

ESGUERRA, G. A.: "Economía conductual, principios generales e implicaciones", *Cuadernos Hispanoamericanos de Psicología*, núm. 15 (1), 2015.

HARRIS, M.: *Introducción a la antropología general*, Alianza Editorial, 7ª ed., 5ª reimp, Madrid, 2015.

IGLESIAS DE USSEL, J.: *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998.

KOVALEVSKII, M.: *Orígenes y evolución de la familia y de la propiedad*, Ediciones Olejnik, 1ª, Santiago de Chile, 2021.

KROTZ, E. y CHENAUT, V. (eds.): *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio de derecho*, 1. ed., Barcelona: Iztapalapa, México, Anthropos; Universidad Autónoma Metropolitana, 2002 (Autores, textos y temas 36).

LINARES MARTÍNEZ, F.: *Sociología y teoría social analíticas: la ciencia de las consecuencias inintencionadas de la acción*, Alianza, Madrid, 2018.

MAIR, L.: *Introducción a la antropología social*, Alianza Editorial, 4ª, Madrid, 1978.

MAPELLI LÓPEZ, L.: *Aportaciones de Séneca a la Roma del derecho*, Córdoba, Gráficas Ariza, 1966.

MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad: una introducción a la sociología de la familia*, Ed. Rialp, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ KLEISER, L.: *Refranero general: ideológico español*, Ed. facs. [der Ausg.] Madrid, 1953, 3ª. reimpr, Ed. Hernando, Madrid, 1994.

MEIL LANDWERLIN, G.: *La postmodernización de la familia española*, Acento Editorial, Madrid, 1999.

MÉXICO, N.: "Individualismo provoca desintegración familiar: experto", *Newsweek en Español*, 08.03.2016, <https://newsweekespanol.com/2016/03/individualismo-provoca-desintegracion-familiar/>

MORGAN, L. H.: *La sociedad Primitiva*, Ayuso, 1ª, Madrid, 1970.

ODÉRIZ ECHEVARRÍA: "Cuántos matrimonios acaban en divorcio • Odériz Echevarría Abogados", *Odériz Echevarría Abogados*, 24.02.2020, <https://oderizabogados.es/cuantos-matrimonios-acaban-divorcio/>

QUEIJEIRO, L.: "Una residencia de Pontevedra pide cartas para sus mayores por Navidad: "Decidles que no están solos", *Nius Diario*, 07.12.2022, https://www.niusdiario.es/espana/galicia/20221207/residencia-mayores-pontevedra-campolongo-pide-cartas-navidad-abuelos_18_08168503.html

RIBAS ALBA, J. M^a.: *Prehistoria del derecho*, Almuzara, 1^a ed, Córdoba, 2015.

SÁNCHEZ CODERO DE GARCÍA VILLEGAS, O. M^a. del C. et MORENO COLLADO, J.: *Sociología general y jurídica*, Editorial Porrúa, 1^a. ed, México, 2013.

SANTOS, B. de S.: *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, ILSLA, 1^a. ed., Bogotá, 2009.

SETIÉN NEGRETE, A.: "La evolución de la familia española en el último cuarto de siglo. Libros de texto y algunas consecuencias para la enseñanza", s. d.

SIGMAN, M.:

- *El poder de las palabras: cómo cambiar tu cerebro (y tu vida) conversando*, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A., 2022.

- *La vida secreta de la mente: nuestro cerebro cuando decidimos, sentimos y pensamos*, 1^a, Ciudad de México, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A., 2021.

SUÁREZ, F.: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Instituto de Estudios Políticos, 1^a. Facsímil, Madrid, 1967.

VON IHERING Rudolf, *Lucha por el derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018.

ZYGMUNT Bauman, *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2013.

APPALTO E SOPRAVVENIENZA CONTRATTUALE
CONTRACT AND SUPERVENING ONEROUSNESS OR DIFFICULTY

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 146-181



Antonio
ALBANESE

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de marzo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: La disciplina dell'appalto regola la sopravvenuta onerosità dell'esecuzione e la sopravvenuta difficoltà dell'esecuzione (c.d. sorpresa geologica), distaccandosi in maniera rilevante rispetto alle normative generale sul contratto. L'art. 1664 c.c., infatti, contiene un rimedio conservativo del contratto, a differenza dell'art. 1467 c.c. che prevede la risoluzione del contratto, ossia un rimedio caducatorio. Tra le ipotesi della sopravvenuta onerosità dell'esecuzione può farsi rientrare, tra l'altro, la grave situazione epidemiologica degli ultimi anni, con i provvedimenti limitativi della libertà di iniziativa economica emanati a seguito della diffusione del virus «Covid-19». Con riguardo all'ipotesi della sopravvenuta difficoltà dell'esecuzione, l'interpretazione estensiva, che consente l'applicazione del 2° comma dell'art. 1664 c.c. anche alle cause non «naturali», è in linea con il fine conservativo della disciplina.

PALABRAS CLAVE: Appalto; onerosità; difficoltà; rinegoziazione; risoluzione.

ABSTRACT: *The discipline of the contract regulates the supervening onerosness of the execution and the supervening difficulty of the execution (so-called geological surprise), significantly detaching itself from the general regulations on the contract. The art. 1664 of the Civil Code, in fact, contains a remedy to protect the contract, unlike the art. 1467 of the civil code which provides for the termination of the contract, i.e. a termination remedy. The hypotheses of the onerosness of the execution may include, among other things, the serious epidemiological situation of recent years, with the measures limiting the freedom of economic initiative issued following the spread of the «Covid-19» virus. With regard to the hypothesis of the difficulty of the execution, the broad interpretation, which allows the application of the 2nd paragraph of the art. 1664 of the civil code even to non-«natural» causes, is in line with the conservative aim of the discipline.*

KEY WORDS: Contract; onerosness; difficulty; renegotiation; resolution..

SUMARIO.- I. ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA DELL'ESECUZIONE E REVISIONE DEL PREZZO.- II. L'ACCERTAMENTO DEL DIRITTO ALLA REVISIONE DEL PREZZO.- III. LA SVALUTAZIONE MONETARIA.- IV. DEROGABILITÀ DELL'ART. 1664 C.C.- V. REVISIONE DEL PREZZO E PANDEMIA DA COVID-19.- VI. LA C.D. SORPRESA GEOLOGICA.- VII. LA TESI MINORITARIA CHE ESTENDE L'OPERATIVITÀ DELL'ART. 1664, 2° COMMA, C.C. ANCHE ALLE CAUSE DIVERSE DA QUELLE NATURALI.- VIII. LE CONSEGUENZE DELLE DUE DIVERSE TESI.- IX. LA IMPREVEDIBILITÀ DELLE CAUSE.- X. L'EQUO COMPENSO.

I. ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA DELL'ESECUZIONE E REVISIONE DEL PREZZO.

L'art. 1664 c.c., rubricato «onerosità o difficoltà dell'esecuzione», tipizza due ipotesi di sopravvenienza contrattuale che correggono i rigori dell'alea nell'appalto, riversando anche sul committente le conseguenze di determinati avvenimenti inattesi.

Il primo comma si riferisce agli aumenti o alle diminuzioni che, per effetto di circostanze imprevedibili, si siano verificate nel costo dei materiali o della mano d'opera, e abbiano determinato un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto. In questo caso, l'appaltatore o il committente può chiedere una "revisione del prezzo".

Il secondo comma disciplina l'ipotesi in cui, nel corso dell'opera, si manifestino difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore. Se si verifica questa ipotesi, l'appaltatore ha diritto a un «equo compenso».

In conformità alla rubrica, dunque, il primo comma regola la sopravvenuta *onerosità* dell'esecuzione; il secondo comma considera la c.d. sorpresa geologica, ossia la sopravvenuta *difficoltà* dell'esecuzione. Il diritto alla revisione del prezzo e il diritto all'equo compenso stabiliscono, nel loro insieme, una ripartizione tra committente e appaltatore delle conseguenze della sopravvenienza, perché i maggiori oneri non sono sopportati integralmente dall'uno o dall'altro, ma vanno suddivisi: nel primo caso, entro la differenza che eccede il decimo; nel secondo caso, per mezzo non di un ristoro integrale, ma di un equo compenso.

I due diritti hanno in comune, tra l'altro: la rinunciabilità, giacché le disposizioni enunciate dai due commi sono entrambe derogabili pattiziamente (*v. infra*); la prescrittibilità nell'ordinario termine decennale¹.

¹ RUBINO, *L'appalto*⁴, con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 726; GIANNATTASIO, *L'appalto*², in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo-L.

• **Antonio Albanese**

Professore Associato dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna. E-mail: a.albanese@unibo.it.

Entrambi i casi costituiscono, inoltre, eccezioni al principio dell'invariabilità del corrispettivo dell'appalto². Di norma, infatti, il rischio della difficoltà dell'opus è a carico dell'appaltatore, il quale non può pretendere un aumento del corrispettivo pattuito se, nel corso dell'opera, lievitano i costi a suo carico: al di fuori delle due ipotesi considerate dall'art. 1664 c.c., tutti i rischi gravano sull'appaltatore (o del committente, nell'ipotesi di diminuzione del costo dei materiali o della mano d'opera).

Si sostiene, inoltre, che entrambe le ipotesi previste dalla norma siano insuscettibili di interpretazione analogica, e non siano quindi applicabili a contratti diversi dall'appalto, come il contratto d'opera³.

Ci si occuperà in questa sede della previsione affidata al primo comma, la quale si applica, oltre che agli appalti di opere, a quelli di servizi, ai quali la regola si attaglia efficacemente⁴.

Va innanzi tutto rilevato che i materiali e la mano d'opera sono i due mezzi principali di cui si avvale l'appaltatore per eseguire l'opera, sicché la previsione di cui all'art. 1664 c.c. sembrerebbe onnicomprensiva.

Il costo dei materiali può aumentare a causa di una levitazione delle spese di produzione o dell'aumento dei prezzi di trasporto o di un maggior carico fiscale, della necessità di cambiare il luogo del rifornimento, ecc. Si pensi ad esempio alla

Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1977, p. 129; VILLANACCI, voce *Appalto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., Torino, 2007, p. 50; contra POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti fra disciplina generale e norme speciali nell'appalto* (in *Quaderni Rass. dir. civ.*), Napoli, 2004, p. 722; *Id.*, *Codice civile, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 2, a cura di Perlingieri, Napoli, 2010, p. 1663 s.

- 2 MANGINI, IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, in *Giur. sist. Bigliani*, Torino, 1997, p. 512; RUBINO, SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996, p. 316. Sull'applicabilità dell'art. 1664 c.c. anche agli appalti pubblici, cfr. Cass., 6 marzo 2018, n. 5267, in *CED Cassazione*, 2018. Le controversie inerenti la revisione dei prezzi negli appalti pubblici rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, in applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. e) n. 2, del cod. proc. amm. Di recente, Cass., sez. un., 29 maggio 2019, n. 14696, in *Sito Il caso.it*, 2019, ha affermato che "In materia di appalto di opere pubbliche, la qualificazione della domanda dell'appaltatore come volta ad ottenere non la revisione dei prezzi, che presuppone la mancanza di colpa dell'Amministrazione, ma il risarcimento del danno derivante dalla ritardata esecuzione dei lavori per causa imputabile alla committente, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario".
- 3 CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Contratti commerciali* a cura di Cottino, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 675.
- 4 Cass., 5 febbraio 1987, n. 1123, in *Mass. Giur. it.*, 1987, ha affermato, in tema di appalto di servizi, che "il diritto alla revisione del prezzo matura gradualmente in concomitanza del corrispondente aumento del costo dei servizi appaltati, sicché la revisione, da calcolarsi sul prezzo complessivo dell'appalto (fino alla data della richiesta o fino all'epoca dello scioglimento del rapporto), vale anche per gli aumenti verificatisi anteriormente alla richiesta stessa; non basta, però, un mero aumento di costi, essendo necessario che l'aumento, con riferimento alle clausole negoziali, incida concretamente sulle reciproche prestazioni, tal che una di queste, di norma quella dell'appaltatore, risulti gravata dalla maggiore onerosità; pertanto, l'istituto non è applicabile quando, malgrado l'aumento dei costi delle sue prestazioni causato dalla svalutazione monetaria, l'appaltatore abbia espletato il servizio con minore dispendio di materiali, di lavoro e d'impiego delle attrezzature". Negli stessi termini, Cass., 14 luglio 1980, n. 4514, in *Mass. Giur. it.*, 1980, la quale ha precisato che la gradualità della maturazione del diritto vuol significare che l'aumento dei costi riguarda le singole prestazioni nel loro divenire sommabile, nonché l'arco temporale dalle parti predeterminato per la durata del loro rapporto negoziale.

portata dei mutamenti di mercato che, a causa di un evento del tutto straordinario e imprevedibile come la guerra in Ucraina, si sono verificati a partire dal febbraio 2022 nel corso dell'esecuzione dei contratti di appalto (sempre che, ovviamente, l'appaltatore fornisca la prova che il conflitto bellico abbia costituito una causa di lievitazione abnorme, nel suo caso specifico, dei costi, ad esempio dei prezzi dei materiali da costruzione, ecc.).

Il costo della mano d'opera può essere incrementato da un aumento delle retribuzioni di operai e impiegati dell'impresa o dei contributi previdenziali, le assicurazioni sociali e ogni altro contributo obbligatorio per il datore di lavoro o può derivare da prestazioni di lavoro straordinarie non previste ma rivelatesi necessarie⁵.

Nella nozione di mano d'opera vanno anche inclusi, ai fini della norma, gli aumenti di costo riguardanti quadri e dirigenti, in quanto anche tali spese ineriscono alla gestione dell'impresa.

Va considerato maggior costo anche l'onere per manodopera improduttiva determinato dal prolungamento dei lavori non imputabile all'appaltatore⁶. Il caso più recente e di rilievo è dato dal *lockdown* causato dalla pandemia da Covid-19: v. *infra*, par. 5.

Dalle medesime cause può derivare una diminuzione del costo dei materiali e della manodopera.

In dottrina come in giurisprudenza si considera ormai che l'istituto della «revisione» dei prezzi dell'appalto altro non è che una particolare applicazione del più ampio istituto della «eccessiva onerosità» disciplinato dall'art. 1467 c.c.⁷.

5 MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 427. In giurisprudenza il principio è pacifico: per tutte, v. Cass., 11 luglio 1990, n. 7208, in *Mass. Giur. it.*, 1990, che ha confermato la decisione del giudice di merito il quale dopo avere accertato, che le retribuzioni del personale dipendente non erano mai state adeguate al costo della vita (ad eccezione della indennità di contingenza) e che a causa di un accordo sindacale del maggio del 1974, si erano verificati due aumenti del costo del lavoro, rispettivamente per gli anni 1974 e 1975, ha escluso che siffatti eventi rivestissero il carattere della imprevedibilità.

6 Coll. Arb., 7 luglio 1986, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1987, p. 1143.

7 STOLFI, «Appalto (contratto di)», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 644: «La revisione del prezzo si risolve, in sostanza, in un'applicazione particolare all'appalto del principio generale della eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita (art. 1467)». Cfr. CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Contratti commerciali* a cura di Cottino, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 692; CAGNASSO, COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. Cottino*, IX, Padova, 2000, p. 326; RUBINO, *L'appalto*⁴, con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 697; DI GREGORIO, *L'esecuzione dell'appalto*, in *Tratt. dei contratti di Roppo*, III, Milano, 2014, p. 249 ss., p. 275s.; PISU, in *Codice dell'appalto privato*², a cura di A. Luminoso, Milano, 2016, p. 518 s.; PENNASILICO, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e Polidori, II, Napoli, 2009, p. 830 ss.; RUBINO e IUDICA, *op. cit.*, p. 320 ss.; GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 127 s.; CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979, p. 125 ss.; SABATO, *La sopravvenienza nell'appalto privato*, in *Nuova*

All'appalto si applicherebbe questa norma generale, se per esso il legislatore non avesse dettato una disposizione specifica.

Il comune fondamento giuridico è ravvisato nel turbamento dell'equilibrio di valore tra le prestazioni, verificatosi in modo oggettivo e imprevedibile nel corso del rapporto contrattuale, alterandone il sinallagma funzionale. La particolarità, riguardo alla «revisione», è data dall'intento legislativo di ovviare alla risoluzione del contratto di appalto, che, essendo di regola un contratto ad opera chiusa, merita di essere mantenuto in vita: sia nell'interesse particolare dei contraenti sia nell'apprezzamento di una generale economia sociale. Da qui, l'avvertita esigenza di derogare alla disciplina generale, per la quale se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte attrice può chiedere la risoluzione del contratto (tranne che l'altra parte offra di modificare equamente le condizioni del negozio). La specialità dell'appalto, all'opposto, ha convinto il legislatore che la risoluzione, che avrebbe compromesso irrimediabilmente l'operazione economica, dovesse lasciare il passo alla revisione del prezzo, che consente di salvaguardarla. E infatti, la norma speciale di differenza da quella generale non soltanto per la diversa determinazione dell'eccessiva onerosità, ma anche perché nell'appalto la *reductio ad aequitatem* non è rimessa ad una scelta di parte, ma costituisce in sostanza una soluzione obbligata.

È indubbio che la norma speciale debba prevalere sulla norma generale, in quanto disciplina specifica di un contratto commutativo con caratteristiche particolari. Per alcuni, però, l'art. 1467 c.c. manterrebbe la sua operatività quando l'onerosità sopravvenuta sia da attribuire a cause diverse da quelle previste nell'art. 1664 c.c. La disciplina generale della risoluzione resterebbe quindi applicabile all'appalto, sebbene in via residuale rispetto a quella speciale dell'art. 1664 c.c.⁸.

Giur. civ. comm., 1992, II, p. 9 ss.; LIPARI, *Rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, II, p. 224; TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, p. 157.

In giurisprudenza: Cass., 3 novembre 1994, n. 9060, in *Contratti*, 1995, p. 202; Cass., 31 dicembre 2013, n. 28812, *ivi*, p. 169, con nota di Carai.

8 Coll. Arb., 26 ottobre 1974, in AA, 1975, p. 279; Cass., 5 marzo 1979, n. 1369, in *AGOP*, 1979, II, p. 67; Cass., 3 novembre 1994, n. 9060, in *Contratti*, 1995, p. 202; Cass., 23 novembre 1999, n. 12989, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Appalto*, n. 23; Cass., 3 novembre 1994, n. 9060, in *Contratti*, 1995, p. 202, si è pronunciata per la risoluzione di un appalto avente a oggetto la costruzione di duecentocinquanta alloggi, e delle relative opere di sistemazione, distribuiti in sei edifici. La consegna frazionata dei lavori era dipesa da circostanze imprevedibili e aveva comportato un radicale stravolgimento delle valutazioni economiche obiettivamente poste a fondamento del sinallagma. Dalla consulenza tecnica si desumeva un'alterazione del programma originario per cui si era passati dai 546 giorni stabiliti nel contratto, a 1.698 giorni, attraverso la concatenazione successiva di eventi straordinari e imprevedibili che avevano determinato un'alterazione del rapporto di proporzionalità tra le reciproche prestazioni, tali da non rientrare nella normale alea del contratto.

In dottrina, nel senso che l'art. 1467 c.c. resterebbe operativo per le cause non comprese nell'art. 1664 c.c.: GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 128, nota 45, p. 294 s.; BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, p. 208; *Id.*, voce *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1957, p. 331 ss. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. Rescigno*, II, Torino, 1984, p. 720, richiama l'operatività dell'art. 1467 c.c. per l'ipotesi specifica del *factum principis*. Sul tema: TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in

In senso contrario, si è obiettato che “agli appalti si applica sempre e soltanto l’art. 1664, che costituisce la norma speciale, e mai l’art. 1467, che costituisce la norma generale derogata da quella speciale”⁹.

A ben vedere, nel secondo senso depone la considerazione che le fattispecie previste dall’art. 1467 e nell’art. 1664 sostanzialmente coincidono: è difficile immaginare, all’interno dell’appalto, circostanze sopravvenute, che incidano sul contenuto economico delle prestazioni, diverse da quelle che provocano l’aumento o la diminuzione dei costi dei materiali o della mano d’opera o l’aumento delle difficoltà di esecuzione, già espressamente previste nei due commi dell’art. 1664¹⁰. Se è vero che l’ambito delle due disposizioni è il medesimo, vale il rapporto tra generalità e specialità, che impone di applicare sempre l’art. 1664 c.c. e di escludere l’operatività dell’art. 1467 c.c., con la conclusione che “né il committente né l’appaltatore possono scegliere tra i due rimedi quello più soddisfacente, ma sia l’uno che l’altro possono solo pretendere l’applicazione della revisione del prezzo, e non la risoluzione”¹¹.

L’alterazione del valore delle prestazioni dev’essere conseguente alla verifica di circostanze imprevedibili, che abbiano determinato aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali e della mano d’opera superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto. L’aumento o la diminuzione che non superi il decimo resta a carico, rispettivamente, dell’appaltatore o del committente.

Mentre, quindi, per il rimedio generale di cui all’art. 1467 c.c. il limite costituito dall’alea normale va riscontrato caso per caso, per il rimedio speciale della revisione del prezzo il limite è determinato direttamente dall’art. 1664 c.c.

È evidente che non basta che siffatta alterazione si verifichi in astratto: è necessario che - con riferimento alle clausole negoziali - essa incida concretamente

L'appalto privato, a cura di Costanza, Torino, 2000, p. 265 ss., p. 280 (e v. anche *Id.*, *L'equo compenso negli appalti*, Rimini, 1995).

9 RUBINO, *L'appalto*⁴, con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 698; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 423; BIAMONTI, *Sulla eccessiva onerosità sopravveniente nel corso di concessioni amministrative di servizi e degli appalti*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 772 ss., p. 784; CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979.

10 MIRABELLI, *ult. op. cit.*, p. 423; RUBINO e IUDICA, *op. cit.*, p. 322, immaginano un aggravamento delle condizioni economiche del committente che gli renda eccessivamente oneroso il pagamento del prezzo, sebbene il valore delle prestazioni sia rimasto immutato. Ma in questa ipotesi rimane incerta la stessa applicazione della disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta, mentre il rimedio più idoneo sembra quello del recesso del committente ex art. 1671 c.c.

11 MIRABELLI, *ult. op. cit.*, p. 423.

sulle reciproche prestazioni, sì che una di esse (che di norma è quella dell'appaltatore) risulti gravata dalla suindicata onerosità.

La disciplina positiva ancora in modo inscindibile il meccanismo della revisione del prezzo del contratto d'appalto anche all'imprevedibilità della causa dell'aumento o della diminuzione del costo, sicché manca un presupposto per la revisione allorquando si tratti di una causa prevedibile; della quale, cioè, usando la normale diligenza era possibile prevenirne gli effetti sull'attuazione del rapporto. Si tratta d'una disciplina razionale: se la circostanza era prevedibile, l'appaltatore già ne ha tenuto conto all'atto dell'accordo sul prezzo, il che determina il venir meno della ragion d'essere dell'istituto, tesa a ristabilire l'equilibrio contrattuale alterato - con effetti gravosi per una delle parti e non contenuti nell'alea normale del contratto - dal sopravvenire di una situazione nei cui confronti, appunto perché imprevedibile, non era stato possibile predisporre alcun rimedio.

Inoltre, il non tener conto di una circostanza gravosa e prevedibile concretizza un'imperizia e un'imprudenza i cui effetti non possono che ricadere, a titolo di autoresponsabilità, sull'appaltatore che non vi abbia ovviato preventivamente.

L'imprevedibilità delle circostanze va stabilita con riferimento al momento della conclusione del contratto, e va valutata in base al criterio della normalità, cioè della diligenza o perizia media¹². Il diritto dell'appaltatore alla revisione del prezzo dell'appalto è quindi legato alla ricorrenza del presupposto che si verifichi una variazione del costo della mano d'opera o dei materiali che abbia carattere imprevedibile, secondo un criterio di normalità correlato alla figura dell'appaltatore medio¹³.

II. L'ACCERTAMENTO DEL DIRITTO ALLA REVISIONE DEL PREZZO.

Se le parti non si accordano sull'*an* o sul *quantum* della revisione, essa può essere domandata all'autorità giudiziaria. In pendenza della richiesta di revisione l'appaltatore deve comunque proseguire l'esecuzione dell'opera, così come al committente non è consentito sospendere l'adempimento delle sue obbligazioni.

12 Cass., 17 ottobre 1998, n. 10288, in *Mass. Giur. it.*, 1998: "Non basta, infatti, ai fini dell'applicazione dell'art. 1664 c.c. che si siano verificati aumenti nel costo dei materiali o della mano d'opera tali da determinare un aumento superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto con il contratto di appalto, ma è necessario, altresì, che siano effetto di circostanze imprevedibili; di circostanze cioè che non avrebbero potuto esser previste con diligenza o perizia media". Cfr.: Cass., sez. un., 9 novembre 1992, n. 12076, in *Mass. Giur. it.*, 1992, che a proposito dei periodi di instabilità monetaria e di tendenza generalizzata al rialzo dei prezzi, ha sancito che "l'imprevedibilità del mutamento può riguardare anche la sola misura del mutamento, quando questo subisca un improvviso salto inflattivo dovuto a particolari contingenze, potendo questo fatto eccezionale sfuggire alla normale prevedibilità della svalutazione monetaria, correlata all'andamento della stessa manifestatasi negli anni precedenti".

13 Cass., 11 luglio 1990, n. 7208, in *Arch. civ.*, 1991, p. 59. In dottrina, correlano la prevedibilità alla diligenza dell'appaltatore medio RUBINO, *L'appalto*⁴, con aggiornamenti di MOSCATI, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 706; MANGINI, *op. cit.*, p. 314. Parla invece di diligenza dell'uomo comune GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 130.

Gli aumenti nei costi dei materiali e della mano d'opera devono verificarsi nell'intervallo tra la conclusione del contratto e l'esecuzione dell'opera. Tuttavia, è sufficiente, per ottenere la revisione del prezzo, che il mutamento dei prezzi, sebbene non abbia ancora inciso in misura determinante, lasci prevedere con certezza che comporterà il superamento del limite del decimo.

Al fine di stabilire la sussistenza o meno del diritto dell'appaltatore alla revisione dei prezzi, bisogna concludere positivamente un duplice accertamento: quello di un aumento del costo dei materiali e della mano d'opera, nel periodo considerato, superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto, e quello della imprevedibilità di simile aumento in relazione al precedente andamento dei prezzi¹⁴. Ma è altrettanto indubbio che l'esatta determinazione dell'entità degli aumenti verificatisi, quando sia comunque acquisita la prova del superamento del limite di aumento dei costi corrispondente all'«kalea normale» del contratto d'appalto (10 %), non è necessaria per la formalizzazione del giudizio di prevedibilità, ma solo per la pratica applicazione, nel caso specifico, del meccanismo revisionale, dal momento che la revisione può essere «accordata» solo per la differenza che eccede il decimo.

Affinché gli aumenti o le diminuzioni diano luogo a revisione, non è sufficiente che i singoli costi siano aumentati o diminuiti in misura superiore al decimo dei prezzi concordati, ma si richiede che l'aumento o la diminuzione dei singoli costi abbia comportato un aumento o una diminuzione, oltre il dieci per cento, del prezzo complessivo dell'opera o del servizio.

La relativa prova può essere fornita con ogni mezzo e, quindi, anche con presunzioni emergenti da nozioni di fatto riferibili alla comune esperienza¹⁵.

Negli appalti a misura, il mutamento potrà di norma essere accertato soltanto una volta compiuta l'opera.

Se si è proceduto a variazioni dell'opera prima che intervenissero circostanze imprevedibili a mutare i costi, il prezzo complessivo sul quale proporzionare l'aumento o la diminuzione è quello dell'opera o del servizio comprensivo delle variazioni.

Come visto, l'obbligo del committente di pagare all'appaltatore il prezzo dell'appalto, ossia la somma di danaro che costituisce il corrispettivo della prestazione di quest'ultimo, ha la sua matrice nel contratto, ed integra dunque un

14 Cass., 4 luglio 1981 n. 4367, in *Foro pad.*, 1982, I, c. 249; Cass., 16 gennaio 1987, n. 292, in *Riv. Trim. Appalti*, 1987, p. 1328; Cass., 5 marzo 1988, n. 2290, in *Mass. Foro it.*, 1988.

15 Cass., 15 dicembre 1986, n. 7519, in *Mass. Giur. it.*, 1986.

debito di valuta. Tale prezzo non muta natura giuridica se viene revisionato ai sensi dell'art. 1644 c.c.¹⁶

L'appaltatore non ha diritto alla revisione del prezzo qualora i costi crescano dopo che egli sia in mora, perché, in costanza di inadempimento, i maggiori esborsi da lui subiti rientrano tra i rischi a suo carico¹⁷.

Accanto ai presupposti espliciti dell'art. 1664 c.c., vi è un ulteriore fondamentale presupposto che deve sussistere al momento della richiesta di revisione del prezzo: si tratta della perdurante esecuzione del contratto di appalto. L'art. 1664 c.c., infatti, nel dettare una regola speciale rispetto alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, contiene un rimedio conservativo del contratto, a differenza dell'art. 1467 c.c. che prevede un rimedio caducatorio dell'accordo tra le parti. La possibilità di modificare l'originaria pattuizione relativa al prezzo dell'appalto sottende dunque ad un rapporto contrattuale che si trova ancora in una fase esecutiva, proprio perché la revisione del prezzo, eliminando la sproporzione venutasi a creare per cause imprevedibili, consente alle parti di proseguire nell'esecuzione del contratto, riequilibrando il sinallagma: la domanda di revisione dei prezzi presuppone la vigenza del rapporto di appalto e ne costituisce esecuzione. Pertanto, essa non può essere, neppure astrattamente, accolta una volta che sia intervenuta la pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento, la quale ha effetti restitutori e liberatori e postula il venir meno del contratto quale causa giustificativa delle prestazioni che già siano state eseguite e di quelle che, a titolo di corrispettivo, debbano ancora essere eseguite, nel cui novero va inclusa la corresponsione dei compensi revisionali¹⁸.

D'altronde, l'appalto, non potendo essere annoverato fra i contratti ad esecuzione continuata o periodica (nonostante abbia in comune con questi ultimi la necessità che l'esecuzione si sviluppi per un certo periodo di tempo), soggiace, quanto agli effetti della declaratoria di risoluzione, alla disciplina generale posta dall'art. 1458 c.c. e alla conseguente efficacia retroattiva dello scioglimento del rapporto, la quale mira a ristabilire la situazione patrimoniale in cui le parti si sarebbero trovate se il contratto stesso non fosse stato concluso.

In caso di ritardo nella corresponsione dell'importo revisionale, il committente obbligato è tenuto al pagamento dei soli interessi corrispettivi, decorrenti di regola

16 Cfr., tra le tante, Cass., 25 marzo 2013, n. 7468, in *Mass. Foro it.*, 2013; Cass., 4 marzo 2005, n. 4779, in *Contratti*, 2005, p. 921; Cass., 13 febbraio 2003, n. 2146, in *Mass. Foro it.*, 2003; Cass., 8 aprile 1999, n. 3393, in *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 1094.

17 Cass., 5 marzo 1988, n. 2290, cit.; Cass., 16 gennaio 1987, n. 292, cit.; Cass., 21 febbraio 1979, n. 1125, in *Giur. it., Rep.*, 1979, voce *Appalto*, n. 23.

18 Cass., 5 marzo 2008, n. 5951, in *Mass. Foro it.*, 2008; Trib. Milano, 8 aprile 2020, in *www.leggiditalia.it*.

dalla data della domanda, per l'effetto retroattivo dell'accertamento giudiziale del credito¹⁹.

III. LA SVALUTAZIONE MONETARIA.

Si ritiene che rientri tra le cause imprevedibili la svalutazione monetaria, qualora il suo livello non fosse ragionevolmente prevedibile sin dal momento della stipulazione del contratto²⁰. Se, viceversa, la svalutazione e il suo andamento abbiano coinciso con le previsioni possibili a quel momento sulla base dell'ordinaria diligenza, il corrispondente aumento dei costi non costituisce titolo per la revisione del prezzo.

Qualora il diritto dell'appaltatore alla revisione del prezzo sia collegato al fenomeno della svalutazione monetaria, il giudice del merito non può procedere alla determinazione in concreto della misura della revisione assumendo a diretto ed automatico parametro dell'aumento dei costi e dei materiali e della mano d'opera il tasso della svalutazione nel periodo di riferimento, ma deve stabilire in via autonoma l'esatto incremento nel periodo medesimo dei prezzi dei materiali e della mano d'opera, in quanto la svalutazione monetaria incide diversamente, in funzione delle circostanze e dei fattori che concorrono a determinare i costi di produzione, sulle varie categorie di beni e di servizi, mentre il meccanismo revisionale di cui all'art. 1664, 1° comma, c. c., presuppone che sia accertato in termini precisi l'incremento verificatosi nel costo dei materiali e della mano d'opera impiegati nella specifica attività considerata, ma non si pone come strumento di adeguamento del corrispettivo contrattuale al mutato potere di acquisto della moneta²¹.

Occorre considerare che il progresso del processo inflattivo mantiene, come l'esperienza insegna, un andamento estremamente variabile, e quindi non prevedibile nella sua consistenza percentualistica, rappresentando la conseguenza di plurimi accadimenti economici legati ai più diversi eventi contingenti; si pensi alle

19 Cass., 16 gennaio 1987, n. 292, cit.

20 RUBINO, *Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, 1947, I, c. 727 ss.; *Id.*, *L'appalto*, cit., p. 496 ss., annette tra le clausole imprevedibili la svalutazione monetaria, anche quando fosse già in corso al momento della conclusione del contratto, giacché non è comunque possibile prevedere, al momento della stipulazione, fino a che livello la svalutazione sarebbe in seguito aumentata. In giurisprudenza: Cass., 16 settembre 1992, n. 10582, in *Contratti*, 1993, p. 32, con nota di Vignali. A proposito dell'aumento del costo della manodopera verificatosi nel 1974, in conseguenza della crisi petrolifera verificatasi in quell'anno, v. Cass., sez. un., 9 novembre 1992, n. 12076, cit., la quale ha "tenuto conto dell'eccezionalità di tale sbalzo inflattivo verificatosi nel corso dell'esecuzione del contratto di appalto, stipulato nel 1973 per avere attuazione nel 1974" e ha sancito che "nei periodi di instabilità monetaria e di tendenza generalizzata al rialzo dei prezzi, l'imprevedibilità del mutamento può riguardare anche la sola misura del mutamento, quando questo subisca un improvviso salto inflattivo dovuto a particolari contingenze, potendo questo fatto eccezionale sfuggire alla normale prevedibilità della svalutazione monetaria, correlata all'andamento della stessa manifestatasi negli anni precedenti". Il medesimo principio è stato affermato, sempre con riferimento al 1974, in conseguenza della crisi petrolifera verificatasi in quell'anno, da Cass., 14 dicembre 1989, n. 5619, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1548.

21 Cass., 14 dicembre 1989, n. 5619, cit.

disponibilità del mercato di fronte alle mutevoli richieste dei consumatori, al tasso di cambio tra le varie monete (data l'incidenza del commercio internazionale sul livello dei prezzi interni), alla politica monetaria, economica e fiscale nel periodo considerato.

Ne consegue che al fine di stabilire la sussistenza del diritto dell'appaltatore alla revisione dei prezzi secondo l'ipotesi prevista dall'art. 1664 c.c., il giudice del merito deve in primo luogo accertare se, nel periodo considerato, vi sia stato un aumento del costo dei materiali e della mano d'opera, impiegati nella specifica attività considerata, in misura superiore al decimo del prezzo convenuto. In seguito, deve affrontare il problema della prevedibilità di tali eventi in relazione anche al precedente andamento di quei prezzi e ai restanti elementi conoscitivi, fra cui si colloca altresì il vario andamento della complessiva svalutazione monetaria a sua volta condizionata (quantomeno nella estrema variabilità delle sue fluttuazioni percentuali) da fattori causali non necessariamente legati all'andamento dei mercati.

A definitivo conforto dell'irrelevanza degli aumenti dei costi nei limiti del tasso di inflazione prevedibile, depone la considerazione che l'appaltatore ha tenuto conto (o avrebbe dovuto tener conto) di questo incremento allorché ha convenuto sul prezzo originario che è stato fissato anche in funzione di tale circostanza, di modo che sino alla concorrenza di questo tasso gli stessi aumenti non hanno determinato alcuno squilibrio nelle rispettive prestazioni contrattuali delle parti: vale a dire che non v'è la necessità di un intervento riequilibratore attraverso l'istituto della revisione del prezzo.

È anche possibile, però, che durante l'esecuzione del rapporto la svalutazione abbia avuto un incremento prevedibile sino a un certo limite ed imprevedibile per l'esubero. Rispetto a questa ipotesi, la subordinazione della revisione al requisito dell'imprevedibilità impone necessariamente che ai fini della revisione il fenomeno inflattivo verificatosi durante il rapporto contrattuale non possa assumere un rilievo unitario, ma debba essere scisso sulla base dello spartiacque costituito dalla prevedibilità o imprevedibilità dell'incremento del fenomeno; e che, di conseguenza, nella stessa ipotesi si è in presenza di una circostanza prevedibile, costituita dall'incremento della svalutazione che era possibile prevenire secondo la comune diligenza all'atto della conclusione del contratto, e di una circostanza imprevedibile data dall'incremento della svalutazione oltre il detto limite. Infatti, "nei periodi di instabilità monetaria e, quindi, di tendenza generalizzata dei prezzi a mutare, l'imprevedibilità del mutamento può riguardare, ai fini dell'applicazione dell'art. 1664 c.c., anche la sola misura del mutamento"²².

²² Cass., 4 luglio 1981 n. 4367, in *Foro pad.*, 1982, I, c. 249.

Tanto comporta che ai fini della revisione può assumere rilievo soltanto il segmento del fenomeno inflattivo caratterizzato dal requisito della imprevedibilità. Perciò occorre tener conto soltanto dell'aumento dei costi in misura corrispondente al tasso di inflazione eccedente i limiti della prevedibilità, e l'appaltatore ha diritto alla revisione solo se l'aumento così individuato e depurato supera il decimo del prezzo complessivo convenuto e per la differenza che eccede quel decimo.

In tutti i casi, il giudice non potrà procedere all'accertamento limitandosi ad adottare come parametro di misurazione il tasso della svalutazione nel periodo di riferimento, ma dovrà in via autonoma stabilire quale sia stato l'esatto incremento, nel periodo medesimo, dei prezzi dei materiali e della mano d'opera. E ciò per un triplice ordine di ragioni:

1) perché la svalutazione monetaria, anche se, come fenomeno di diminuzione del potere d'acquisto della moneta, si risolve e si riflette in un generalizzato aumento dei prezzi di mercato dei beni e dei servizi, incide però diversamente, in funzione delle circostanze e dei fattori che variamente concorrono a determinare i costi di produzione, nell'ambito delle diverse specie e categorie in cui gli uni e gli altri si distinguono;

2) perché l'applicazione del meccanismo revisionale previsto dall'art. 1664, comma 1°, c.c., presuppone che sia accertato, in termini precisi, l'incremento verificatosi nel costo dei materiali e della mano d'opera impiegati nella specifica attività considerata, e non, genericamente, in quello di tutte le componenti produttive dell'opera richiesta all'appaltatore;

3) perché la commisurazione degli aumenti dei costi dei materiali e della mano d'opera al maggiore tasso d'inflazione registrato nel periodo di riferimento, rischierebbe di trasformare l'istituto della revisione dei prezzi, in contrasto con la rilevata sua *ratio* ispiratrice, in uno strumento di adeguamento del corrispettivo contrattuale al mutato potere d'acquisto della moneta²³.

IV. DEROGABILITÀ DELL'ART. 1664 C.C.

Sovente gli appaltatori, per vincere le gare d'appalto, tengono basso il corrispettivo iniziale perché programmano di aumentarlo, dopo la conclusione del

23 Ha errato perciò la Corte di merito allorché, nel determinare i criteri di calcolo della maggiorazione per revisione prezzi (riservandone la liquidazione alla successiva fase del giudizio), ha stabilito doversi il diritto alla revisione computare "nei limiti della differenza tra la media del fenomeno inflattivo degli ultimi cinque anni antecedenti il contratto integrativo d'appalto stipulato dalle parti il 22 gennaio 973 e la maggior misura dell'esplosione inflattiva verificatasi dall'anno 1975...", sull'implicito presupposto, inaccettabile perché in contrasto con i rilievi ed i principi sopra esposti, che ai fini dell'applicabilità dell'istituto in esame possa configurarsi l'esistenza di un rapporto di diretta, esatta ed automatica proporzionalità tra le variazioni del tasso d'inflazione e quelle dei costi dei materiali e della mano d'opera (Cass., 14 dicembre 1989, n. 5619, cit.).

contratto, invocando l'art. 1664 c.c.: gonfiano, infatti, il costo dei materiali e della manodopera per ottenere la revisione del corrispettivo.

I committenti, da parte loro, tentano altrettanto spesso di scongiurare questa eventualità pretendendo l'inserimento in contratto di una clausola che preveda la rinuncia alla revisione del prezzo.

Il diritto dell'appaltatore alla revisione dei prezzi in presenza delle condizioni oggettive previste dall'art. 1664 c.c., essendo un elemento naturale del contratto, opera anche se non sia stato espressamente ribadito in occasione della sua stipulazione, ferma peraltro la facoltà delle parti di accordarsi per la sua esclusione o per una diversa disciplina²⁴.

L'art. 1664 c.c. (sia nel primo sia nel secondo comma) è infatti norma derogabile, sicché è consentito alle parti ampliare gli ordinari margini di rischio dell'appaltatore²⁵.

Esse possono pattuire l'invariabilità del corrispettivo e porre interamente a carico dell'appaltatore l'alea correlata alla sopravvenienza di una maggiorazione dei costi.

Nell'esercizio della loro autonomia le parti possono anche fare riferimento a situazioni sopravvenute, astrattamente riconducibili nell'ambito di operatività dell'art. 1467 c.c. e comportanti, quindi, l'eccessiva onerosità dell'esecuzione dell'opera per sopraggiunti eventi straordinari e imprevedibili.

Resta inteso, che qualora l'applicabilità concreta dell'art. 1664 sia stata esclusa pattiziamente, è per ciò stessa preclusa la ipotizzabilità di fare ricorso anche all'art.

²⁴ Cass. 4 marzo 2005 n. 4779, in *Contratti*, 2005, p. 921.

²⁵ Sulla derogabilità dell'art. 1664 c.c.: RUBINO e IUDICA, *op. cit.*, p. 324 s.; STOLFI, «*Appalto (contratto di)*», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 645; Cass., 6 marzo 2018, n. 5267, in *CED Cassazione*, 2018; Cass., 5 settembre 1997, n. 8570, in *Contratti*, 1998, p. 56; Cass., 23 agosto 1993, n. 8903, in *Foro it.*, 1994, I, c. 654; Cass., 14 luglio 1980, n. 4515, in *Giust. civ. Mass.*, 1980; Cass., 6 giugno 1977, n. 2326; Cass., 25 novembre 1977, n. 5137; Cass., 20 novembre 1984, n. 4806; Cass., 12 luglio 1987, n. 5148; Cass., 14 dicembre 1989, n. 5619, *cit.*; Cass., 12 marzo 1992, n. 3013; Cass., 29 agosto 1990, n. 8949; Cass., 12 giugno 1987, n. 5148, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Appalto*, n. 42: la norma dell'art. 1664 c.c. sulla revisione dei prezzi dell'appalto non ha carattere imperativo e vincolante, per cui le parti hanno la facoltà di derogarvi, sia limitando la revisione e modificandone le condizioni di legge, sia escludendola completamente. Cass., 23 agosto 1993, n. 8903, ha ribadito che le parti, tramite una clausola contrattuale recante esclusione della revisione del prezzo, possono estendere l'ordinaria portata dall'alea economica del rapporto, pattuendo una assoluta invariabilità del prezzo concordato anche nella sopravvenienza di circostanze suscettibili di far lievitare i costi di realizzazione dell'opera appaltata. Coll. arb., 8 gennaio 1987, in *Dir. Maritt.*, 1988, p. 513: la clausola di un contratto di costruzione di nave secondo cui il prezzo è "fisso e non soggetto a revisione, anche in deroga degli art. 1467 e 1664 c.c." esclude anche il diritto del costruttore ad un equo compenso, a norma dell'art. 1664, 2° comma, c. c., per difficoltà di esecuzione dell'opera. Sulle clausole che derogano all'art. 1664 c.c., in dottrina, TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, p. 151 ss.

1467 c.c.: il rifiuto della revisione dei prezzi contiene e assorbe l'analogo rifiuto della eccessiva onerosità sopravvenuta²⁶.

La clausola con la quale si stabilisca un siffatto ampliamento del rischio contrattuale, normalmente connaturato al contratto di appalto, non comporta alterazione alcuna della struttura e della funzione di detto contratto; pertanto essa non richiede il ricorso a espressioni formali e particolari, ma è sufficiente che la volontà delle parti risulti chiaramente manifestata²⁷. Non costituisce però deroga all'art. 1664 c.c. la mera presenza nel contratto di una clausola penale o di un patto di anticipazione del prezzo²⁸.

Parimenti possibile è la clausola contrattuale che, tutto all'opposto, consenta la revisione del prezzo anche per aumenti o diminuzioni inferiori al decimo del prezzo complessivo convenuto.

L'apprezzamento circa la concreta valenza delle pattuizioni recanti esclusione della revisione del prezzo integra la risultante di una interpretazione di contratto, e quindi di un tipico accertamento di fatto istituzionalmente riservato al giudice del merito, destinato a restare insindacabile in sede di legittimità. L'intento di derogare alla norma contenuta nell'art. 1664 c.c. non richiede l'uso di particolari espressioni formali, potendo per converso risultare, oltre che da una clausola espressa, anche dall'intero assetto negoziale nel suo complesso²⁹.

La clausola di esclusione della revisione del prezzo dell'appalto non può qualificarsi vessatoria e non deve essere, quindi, specificamente approvata per iscritto, non essendo inclusa nella tassativa elencazione delle clausole onerose

26 Trib. Roma, 7 febbraio 1980, in *Arch. Giur. op. pubbl.*, 1980, II, p. 152. Osserva CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 171, che si applica, in tal caso, il disposto contenuto nell'art. 1469 c.c., per cui la risoluzione del contratto non può aver luogo qualora si tratti di contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti.

27 V., per tutte, Cass., 23 aprile 1981, n. 2403, in *Foro it.*, 1983, I, c. 202, secondo cui a escludere l'invocabilità, per deroga pattizia, dell'istituto di cui all'art. 1664, 1° comma, c.c., basta la clausola con cui sia stata stabilita l'invariabilità del corrispettivo convenuto.

28 Cass., 2 agosto 1984, n. 4603, in *Mass. Giust. it.*, 1984, attinente a una pattuizione (che la suprema corte ha reputato non costituire clausola penale), inserita in un contratto di appalto, in forza della quale la ditta appaltatrice avrebbe potuto riscuotere immediatamente, anziché quarantacinque giorni dopo la consegna dell'opera come stabilito in contratto, il prezzo concernente la parte dei lavori eseguiti ed il costo dei materiali a piè d'opera, qualora i lavori stessi avessero subito un ritardo superiore a trenta giorni per causa non imputabile all'appaltatrice o per causa di forza maggiore.

29 Cass., 6 marzo 2018, n. 5267, cit. Nella specie, la S.C. ha ritenuto che correttamente il giudice di merito avesse accertato la deroga convenzionale in esame, con riferimento ad un contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione di una strada, per aver l'appaltatore assunto il c.d. "rischio geologico", inerente la possibilità che fosse necessario estrarre un quantitativo di roccia da mina eccedente quello previsto nel progetto, e ciò in ragione della previsione contrattuale per la quale i prezzi sarebbero rimasti "fissi ed invariabili per qualsiasi eventualità".

riportata nel 2° comma dell'art. 1341 c. c.³⁰; né richiede l'uso di espressioni formali e particolari, purché la volontà delle parti risulti chiaramente manifestata³¹.

È infatti indubbio che una tale clausola non è compresa nel tassativo elenco di cui al cit. art. 1341, 2° comma, c.c. Che l'elenco sia tassativo è ormai consolidata giurisprudenza; e se anche la specificazione non va intesa *nominatim*, ma per categorie di oneri o di privilegi, la clausola in questione non comporta limitazione di responsabilità, facoltà di recesso, facoltà di sospensione della esecuzione del contratto, decadenze a carico dell'altro contraente, decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, retribuzioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria. In effetti, una pattuizione del genere non introduce nel contratto tipico obbligazioni che di solito non sono ad esso proprie, ma tende a sottrarre all'influenza delle variazioni di mercato la controprestazione del committente, consolidandola, quanto all'entità, nella misura concordata dal perfezionamento del contratto stesso. E la deroga al disposto dell'art. 1664 c.c. vale perciò ad escludere una disciplina legale del tutto derogabile, ampliando soltanto il rischio che in linea generale grava sull'appaltatore, senza determinare ex se privilegi o restrizioni particolari.

In definitiva, la clausola in esame non si pone come un *quid* normalmente estraneo al negozio, nel senso di essere atta a turbare l'equilibrio connaturale di esso; ma determina in modo differente le vicende possibili della controprestazione del committente, ancorandole al dato consensuale della stipulazione, ossia si presenta come pattuizione propria ed essenziale del contratto, la cui integrità tende a mantenere anche in cospetto di avvenimenti possibili in futuro, ai quali rende indifferente l'obbligazione del committente stesso e il diritto dell'appaltatore, sì che il negozio, come stipulato, viene consolidato in tutto il suo originario contenuto.

Si consideri poi che in alcuni settori la disciplina codicistica in materia di risoluzione, in quanto derogabile, ha un valore tendenzialmente residuale, giacché è più forte l'esigenza di conservare in vita il contratto per evitare la dispersione degli investimenti e della ricchezza. In specie nella prassi dei contratti internazionali d'opera, ove le variazioni al progetto iniziale rappresentano la regola, "le parti

30 Cass., 6 marzo 1986, n. 1456, in *Mass. Giur. it.*, 1986; Cass., 22 novembre 1986, n. 6887, in *Mass. Giur. it.*, 1986 (a proposito di una clausola che escludeva quanto alla revisione dei prezzi la legge italiana, la Corte ha affermato che non necessitasse di sottoscrizione specifica separata, sia perché non vessatoria sia soprattutto perché parte integrante del contratto quale specificazione della controprestazione dell'una parte; onde la rinuncia alla revisione non importava un onere particolare per l'appaltatore, ma l'accettazione di un compenso sul quale non sarebbe stato più possibile discutere in relazione all'andamento dei costi e che era preveduto nel suo ammontare anche con riguardo a siffatta limitazione); Cass., 23 aprile 1981, n. 2403, cit.; Cass., 23 aprile 1981, n. 2405, in *Mass. Giur. it.*, 1981.

31 Cass., 23 aprile 1981, n. 2403, cit.

dispongono, con apposite e analitiche clausole contrattuali, le tecniche di adeguamento degli obblighi dell'appaltatore e del corrispettivo a tali variazioni”³².

Per questa ragione sono diffuse, e disciplinate dai principi Unidroit, le “clausole *hardship*”, alla cui stregua all’alterazione sostanziale dell’equilibrio sinallagmatico consegue il diritto di chiedere, senza ritardo e motivatamente, la rinegoziazione del contratto, anziché la sua risoluzione³³.

V. REVISIONE DEL PREZZO E PANDEMIA DA COVID-19.

Deve ritenersi rientrante tra le ipotesi considerate dall’art. 1664 c.c. la grave situazione epidemiologica degli ultimi anni, con i provvedimenti limitativi della libertà di iniziativa economica emanati per effetto della diffusione del virus Covid-19.

Si pensi ai provvedimenti di chiusura totale o in determinate fasce orarie, di preclusione per la potenziale utenza di raggiungere gli esercizi commerciali, di ristorazione, ecc., nonché di limitazione del numero di clienti presenti all’interno dei locali; ma anche agli interventi strutturali attuati dai gestori per conformarsi alla normativa sanitaria sopravvenuta; nonché alla più generale crisi economica derivante dall’emergenza sanitaria. Questa complessa situazione ha anche portato a misure legislative di diversa natura. Infatti, in attesa di una ripresa generalizzata delle attività economiche, plurimi atti normativi hanno provveduto a compensare, almeno in parte, i gestori di alcune attività per la diminuzione del proprio utile di esercizio, con ristori o sostegni.

Che si sia trattato di una «circostanza imprevedibile» ai sensi del primo comma art. 1664 c.c. è stato avvalorato dalla stessa Organizzazione mondiale della sanità quando ha dichiarato, il 30 gennaio 2020, l’epidemia da COVID-19 un’emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale. Come noto, il Consiglio dei Ministri ha poi deliberato, il 31 gennaio 2020, per sei mesi, prorogati sino al 31 luglio 2021 e successivamente sino al 31 marzo 2022, lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

La pandemia non configura un caso di impossibilità sopravvenuta con riferimento all’obbligazione del committente: un’obbligazione di pagamento non può diventare obiettivamente impossibile, attesa la natura di bene fungibile del denaro che non perisce; mentre gli eventuali mancati pagamenti riferibili a condizioni soggettive del

32 VILLANACCI, *op. cit.*, p. 63 s.

33 Cfr. VILLANACCI, *op. cit.*, p. 63 ss.; MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell’appalto*, in *Appalto pubblico e privato, problemi e giurisprudenza attuali*, a cura di Iudica, Padova, 1997, p. 161. Cfr. pure VIRGADAMO, *Variazioni in corso d’opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 11.

committente, sebbene derivanti dalla crisi economica provocata dal *lockdown*, non possono essere ritenuti rilevanti ai fini dell'impossibilità sopravvenuta.

Ma discorso diverso va fatto per l'appaltatore: l'eventuale impedimento all'esplicazione, in via temporanea, della sua attività imprenditoriale dipende, in concreto, dal Governo e dalle misure di contrasto alla pandemia da esso adottate. Se vi è stato, dunque, un aumento nel costo dei materiali o della mano d'opera, ciò è addebitabile a un *factum principis*.

Va peraltro aggiunto che l'importo fissato nel contratto di appalto è spesso risultato non coerente con i valori di mercato e inadeguato all'aumento considerevole dei costi dei materiali (in specie da costruzione), non solo registratosi a seguito dell'epidemia, ma ulteriormente aggravatosi nel corso del 2022 in concomitanza con il conflitto russo-ucraino.

La presenza, per l'appalto, di una norma come l'art. 1664 c.c. scandisce la distanza rispetto ad altri contratti a prestazioni corrispettive, come la locazione, ove non può ritenersi esistente un diritto, fondato sulla disciplina della emergenza epidemiologica e sulla crisi che ne è scaturita, alla sospensione o alla riduzione del canone. In questi casi, l'eccessiva onerosità non rappresenta, invero, il presupposto di una azione di rettifica del canone né, sotto altri profili, può fondare una mera eccezione per contrastare l'altrui richiesta di adempimento. La parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ex art. 1467, primo comma, c.c., ma non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio (la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, ai sensi del 3° comma della medesima norma). Il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite³⁴.

Nelle locazioni ad uso commerciale, numerosi sono stati i conduttori che hanno invocato la conservazione del contratto a prezzi più equi, ma tale domanda è stata considerata inammissibile. Parimenti, è stato negato un loro diritto alla rinegoziazione del canone. Invero, nelle situazioni in cui è stata imposta la chiusura dell'attività esercitata nell'immobile locato, se può ritenersi legittima la richiesta di sospensione o di riduzione del canone, non può ritenersi, di per sé, doverosa l'adesione del locatore³⁵. In punto di equilibrio economico delle prestazioni,

34 Cass., 26 gennaio 2018, n. 2047, in *CED Cassazione*, 2018; Cass., 25 marzo 2009, n. 7225, in *Notariato*, 2009, p. 367; Cass., 5 gennaio 2000, n. 46, in *Contratti*, 2000, p. 453.

35 Cfr. l'approfondita analisi condotta di recente da Trib. Roma, 15 febbraio 2022, in www.leggiditalia.it, ove si dà anche atto che parte della letteratura stima, viceversa, che nell'ordinamento italiano esista un obbligo di rinegoziare sulla base dei principi generali in tema di buona fede e di correttezza nella esecuzione e conservazione del contratto ricavabili dall'esame degli artt. 1664, 1432, 1450, 1464, 1367 c.c. Tra le altre, vedasi Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725, che richiama il "fondamentale dovere che

l'ordinamento giuridico rimette all'autonomia negoziale delle parti ogni valutazione (art. 1322 c.c.), valutazione di regola insindacabile da parte del giudice. Nei contratti tra eguali sono le parti stesse a definire il rapporto economico giuridico tra le loro prestazioni: "le parti sono i migliori giudici dei loro interessi"³⁶. Solo eccezionalmente l'ordinamento prevede poteri in capo al giudice di modificare l'equilibrio economico convenuto (si pensi al poter di riduzione della clausola penale manifestamente eccessiva, di cui all'art. 1384 c.c.), azionando così rimedi di tipo manutentivo del contratto e adeguamento dello stesso al principio di proporzionalità. Per l'appalto, in ragione delle peculiarità del tipo, l'art. 1664 c.c. prevede estensione e confini della rimodulazione del rapporto attraverso una riformulazione del corrispettivo dovuto all'appaltatore. Per l'affitto, l'art. 1623 c.c. dispone che laddove "il rapporto contrattuale risulti notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto"³⁷.

A fronte di una normativa civilistica che contempla rimedi manutentivi e conservativi solo in relazione ad ipotesi tipizzate, si pone da tempo il quesito se sia possibile ricorrere ai rimedi manutentivi, quale modello generale di azione, al di là delle specifiche previsioni. In altri termini, ci si pone il problema della sussistenza o meno di un potere di rinegoziazione generale del contratto, avulso ed indipendente da precise e puntuali disposizioni normative.

grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale". Nondimeno la Corte di Cassazione allorché afferma che l'art. 1374 c.c. (secondo cui "il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi o l'equità") e i principi di buona fede, correttezza e solidarietà sociale, precisa anche che ciò deve avvenire "nei limiti dell'interesse proprio» (Cass. 23069/2018) o "nei limiti in cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio di altri valori" (Cass. 17642/2012) o "nei limiti in cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio a suo carico" (Cass. 10182/2009; Cass. 15669/2007; Cass. 264/2006; Cass. 2503/1991) o sempre che "non pregiudichi in modo apprezzabile il proprio interesse" (Cass. 5240/2004). La stessa Cassazione, inoltre, pur riconoscendo che l'art. 1374 c.c. consente di ritenere i principi di buona fede e correttezza fonti di integrazione della regolamentazione contrattuale, ne circoscrive tuttavia la portata alle clausole contrattuali ambigue (Cass. 6747/2014; Cass. 8577/2002), ai testi contrattuali lacunosi (Cass. 1884/1983) ovvero ai casi non previsti dalle parti al momento della stipula del contratto, da regolarsi ricercando quella che sarebbe stata la loro volontà qualora si fossero prospettate la situazione venutasi a creare (Cass. 3065/1972 secondo cui "l'art. 1374 c.c. trova applicazione soltanto in sede di integrazione degli effetti di una già manifestata volontà negoziale; siffatta funzione integrativa non modifica il contratto, con l'aggiungere ad esso qualcosa, in quanto le ulteriori conseguenze, che se ne fanno derivare secondo la legge, gli usi e l'equità, corrispondono all'intento voluto dalle parti"), fermo restando che "la conservazione del contratto non può mai comportare una interpretazione sostitutiva della volontà delle parti" (Cass. 19493/2018).

36 Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Contratti*, 2016, p. 559, con nota di Foti.

37 Seppure, in apparenza, tale previsione possa essere ritenuta rilevante nel caso della locazione commerciale, occorre ricordare che il contratto di affitto, ai sensi dell'articolo 1615 c.c., è ravvisabile nelle sole ipotesi in cui sia concesso in godimento un bene di per sé produttivo, anche senza specifica ulteriore attività del possessore (come l'azienda, ex art. 2652 c.c.); ravvisandosi nel diverso caso la mera locazione di bene immobile a uso commerciale, disciplinata dalla legge speciale (così, di recente, Cass., 17 febbraio 2020, n. 3888, in *Studium juris*, 2020, p. 1251).

Tuttavia, trattandosi di ipotesi eccezionali, esse non sono tali da far dedurre un potere generale di rimodulazione del contenuto del contratto economicamente squilibrato. Ed infatti, in altri casi, è stata la legislazione speciale a prevedere la possibilità o a incentivare la 'rinegoziazione' in favore della parte debitrice, in modo da consentirle la conservazione di un rapporto, in genere di carattere finanziario, pur in presenza di condizioni generali di mercato notevolmente modificate³⁸.

La clausola generale di buona fede e il principio costituzionale di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., del resto, si rivolgono alle parti e non al giudice, che in mancanza di una norma che preveda un rimedio manutentivo *ad hoc* per il contratto sproporzionato, non può intervenire sull'equilibrio convenuto dalle parti³⁹.

L'obbligo di rinegoziazione non potrebbe mai spingersi sino al punto di autorizzare un'azione volta a intervenire nel contenuto del contratto inserendo, di fatto, clausole di *hardship* per l'intera durata del rapporto, con un'inammissibile operazione di ortopedia giuridica e di sostituzione della decisione giudiziale alla volontà contrattuale, avente efficacia costitutiva *ex nunc*. Tale considerazione trova conforto anche nella legge n. 69 del 21 maggio 2021 (entrata in vigore il 22 maggio 2021) di conversione del D.L. del 22 marzo 2021, n. 41 (cd. Decreto Rilancio), con cui in materia di locazioni è stata disposta, all'art. 40 *quater*, la proroga dell'esecuzione degli sfratti e con cui, all'art. 6 *novies* dell'unico allegato, è stata inserita una disposizione relativa ad un "percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali". Il fine è quello di consentire un percorso regolato di condivisione dell'impatto economico derivante dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, a tutela delle imprese e delle controparti locatrici, nei casi in cui il locatario abbia subito una significativa diminuzione del volume d'affari, del fatturato o dei corrispettivi, derivante dalle restrizioni sanitarie, nonché dalla crisi economica di taluni comparti e dalla riduzione dei flussi turistici legati alla crisi pandemica in atto: si pensi, ad esempio, alle restrizioni imposte alle attività di somministrazione alimenti e bevande, commerciali e artigianali. Si stabilisce che "Locatario e locatore sono tenuti a collaborare tra di loro per rideterminare il canone di locazione". Tuttavia, la nuova disciplina non contempla sanzioni o conseguenze derivanti dalla assente collaborazione o dal mancato raggiungimento di un accordo fra le parti. Rispetto alla rinegoziazione, le parti potrebbero sempre rimanere inadempienti e

38 L'insieme di tali previsioni è alquanto eterogeneo e variegato (si veda, per un caso particolarmente rappresentativo, l'articolo 7, comma 5, del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 aprile 2007, n. 40). Non poche disposizioni di tale natura hanno riguardato rapporti contrattuali intercorrenti con la pubblica amministrazione, di norma a vantaggio di quest'ultima (art. 41 della L. 28 dicembre 2001, n. 448; art. 1, commi 71-77, della L. 30 dicembre 2004, n. 311; art. 45 del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 giugno 2014, n. 89; art. 1, commi da 961 a 964, della L. 30 dicembre 2018, n. 145).

39 Così Trib. Roma, 21 aprile 2021, in www.leggiditalia.it.

l'unico rimedio resterebbe, sempre, l'attivazione dei conseguenti rimedi risolutivi e risarcitori⁴⁰.

Ma va detto che il contratto di locazione, a differenza del contratto d'appalto, non s'incentra sulla produzione di un'opera o di un servizio a favore del conduttore, sicché non vi è alcun rischio imprenditoriale assunto dal locatore, simile a quello dell'appaltatore. Il rischio economico da mancata o ridotta produttività, infatti, rimane a carico del conduttore e fuori dalla causa del contratto di locazione commerciale che, come noto, è finalizzato ad assicurare un bene in godimento e non la sua produttività (in ciò risiedendo la differenza con il contratto di affitto ove ad essere locata è la produttività del bene).

Discorso opposto va fatto in materia di appalto, dove è presente una norma speciale, l'art. 1664 c.c., non applicabile analogicamente alla locazione, idonea ad assicurare all'appaltatore la revisione del prezzo nei limiti da essa previsti. La differenza si spiega perché mentre nella locazione l'immobile è visto nella sua dimensione statica del godimento (art. 1571 c.c.), l'appalto risulta incentrato sulla nozione dinamica di produzione: il debitore della prestazione caratteristica è obbligato ad eseguire un'opera o a prestare un servizio con il supporto della propria organizzazione imprenditoriale (art. 1655 c.c.). La possibilità di revisione del prezzo nell'appalto, quindi, evita il serio rischio di distorsioni nelle dinamiche concorrenziali e dell'effettuazione di lavori o erogazione di servizi di scarsa qualità. In questo senso, il legislatore provvede affinché, entro certi limiti, a fronte di circostanze sopravvenute e imprevedibili all'appaltatore non sia accollato per intero il rischio, ma sia garantito un prezzo che consenta comunque un adeguato margine di guadagno, giacché l'esecuzione dell'appalto in perdita porterebbe inevitabilmente le imprese ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso.

Questa esigenza è tanto più avvertita per gli appalti di opere pubbliche, dove se i costi non considerati o non giustificati siano tali da non poter essere coperti neanche tramite il valore economico dell'utile stimato, è evidente che l'offerta diventa non remunerativa e, pertanto, non sostenibile, con ovvie conseguenze sulla veridicità della stessa. Per questa ragione, il D.L. n. 4 del 2022 ha reintrodotto nell'ordinamento dei contratti pubblici una disciplina organica della revisione prezzi, per mezzo della quale ha superato l'impostazione propria del D.Lgs. n. 50 del 2016, che contemplava la revisione dei prezzi come una mera possibilità senza, oltretutto, prevederne una disciplina specifica. In virtù, invece, delle modifiche inserite dal menzionato D.L. n. 4 del 2022, per i contratti che temporalmente rientrano nel suo ambito applicativo, la revisione dei prezzi deve essere necessariamente

40 Trib. Roma, 15 febbraio 2022, cit.; Trib. Roma, 16 febbraio 2022, in www.leggiditalia.it; Trib. Roma, 28 giugno 2021, *ivi*, 2021; Tribunale Roma, 30 giugno 2021, *ibidem*.

prevista nei documenti di gara. Grazie alle illustrate modifiche legislative, per i contratti temporalmente rientranti nel suo ambito di applicazione, la revisione dei prezzi dovrebbe essere quindi prevista nella stessa disciplina di gara.

Inoltre, il D.L. n. 50 del 2022 (c.d. Decreto aiuti) convertito in L. n. 91 del 2022, al 2° comma 2 dell'art. 26 dispone che: "Fermo quanto previsto dal citato articolo 29 del D.L. n. 4 del 2022, in relazione alle procedure di affidamento delle opere pubbliche avviate successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino al 31 dicembre 2022, ai fini della determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni, ai sensi dell'articolo 23, comma 16, del D.Lgs. n. 50 del 2016, si applicano i prezzi aggiornati ai sensi del presente comma ovvero, nelle more dell'aggiornamento, quelli previsti dal comma 3. I prezzi aggiornati entro il 31 luglio 2022 cessano di avere validità entro il 31 dicembre 2022 e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 31 marzo 2023 per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data". Il dato letterale è preciso nel richiedere che, per le procedure di gara avviate successivamente alla pubblicazione dell'entrata in vigore del decreto legge stesso, ovvero per le gare bandite dopo il 17 maggio 2022, ai fini della determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni nel rispetto di quanto imposto dall'art. 23, comma 16, D.Lgs. n. 50 del 2016, va applicato, inderogabilmente, il prezzo aggiornato ai sensi della medesima fonte normativa⁴¹.

VI. LA C.D. SORPRESA GEOLOGICA.

Si parla di sorpresa geologica per indicare la fattispecie regolata dall'art. 1664, 2° comma, c.c.: «Se nel corso della opera si manifestano difficoltà derivanti da cause geologiche, idriche e simili non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto ad un equo compenso».

È il caso ad esempio della scoperta nel sottosuolo della così detta roccia da mine, il materiale roccioso che non può essere rimosso se non con l'uso di esplosivi, o il caso del franamento, per cause naturali, della strada di accesso al cantiere.

Secondo una consistente linea interpretativa, le cause naturali sarebbero le uniche prese in considerazione dalla norma.

Si sostiene infatti che poiché gli istituti disciplinati dall'art. 1664 c.c. rivestono carattere eccezionale, rispetto alla disciplina generale della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c., essi sono insuscettibili di applicazione analogica a eventi sopravvenuti diversi da quelli

⁴¹ T.A.R. Campania Napoli, 5 dicembre 2022, n. 7596, in www.leggiditalia.it.

considerati dalla norma. Non osta a tale restrittiva interpretazione il fatto che la norma affianchi alle cause geologiche e idriche altre cause genericamente indicate come «simili». L'aggettivo «simili» (tra l'altro in conformità al senso proprio del vocabolo) individuerebbe, soltanto, le altre cause che presentino la stessa qualità e le caratteristiche intrinseche delle precedenti cause esplicitamente menzionate; sicché il diritto all'equo compenso sarebbe previsto soltanto in relazione a cause geologiche, idriche e simili, non a diverse cause sebbene produttive di effetti identici o analoghi.

Il carattere eccezionale dell'art. 1664, 2° comma, c.c. viene fatto derivare anche da un ulteriore argomento: la norma circoscrive e delimita l'alea normale dell'appaltatore, nel senso che l'appalto, pur non essendo un contratto aleatorio, importa, per se stesso, l'assunzione da parte dell'appaltatore del rischio economico, particolarmente ampio, che il costo effettivo dell'opera risulti maggiore di quello da lui previsto o addirittura anche prevedibile. Soltanto quando l'incremento dell'onere economico dipenda dalle circostanze previste nei due commi dell'art. 1664 c.c., e nei limiti ivi previsti, il maggior onere viene fatto ricadere sul committente. Per questa ragione, si ritiene che la norma si ponga come eccezionale rispetto al regime generale dell'appalto e se ne fa discendere che il relativo precetto debba essere interpretato negli stretti limiti del dato testuale.

Tanto, per un verso, preclude l'esegesi estensiva od analogica ed impone che alla locuzione «simili» possa essere attribuito esclusivamente il significato di richiamo alle sole sopravvenienze omologhe alle cause geologiche od idriche, e, quindi, ai soli eventi naturali; per altro verso, “rende improponibili gli argomenti che tendono a superare il dato testuale con la valorizzazione in chiave interpretativa degli asseriti inconvenienti connessi alla lettura letterale, nonché della denunciata illogicità del conseguente precetto”⁴².

Così ragionando, la limitazione del diritto all'equo compenso in relazione alle sole sopravvenienze naturali è ritenuta tutt'altro che illogica. Ciò in quanto nell'ambito di un sistema positivo nel quale, in linea di principio, l'alea del maggior costo dell'opera deve ricadere sull'appaltatore, appare del tutto ragionevole che il trasferimento del rischio sul committente sia limitato alle sole sopravvenienze che travalicano ogni possibilità di controllo, di reazione e di ristoro da parte dell'appaltatore e non riguardi i fatti umani ed il *factum principis*, che quasi mai hanno connotati analoghi.

Pertanto, anche a voler accogliere un'interpretazione lata o estensiva della norma, essa consentirebbe soltanto di comprendere nella corrispondente disciplina

42 Cass., 27 aprile 1993, n. 4959, in *Mass. Giur. it.*, 1993, secondo cui detta interpretazione deve rimanere ferma anche quando l'applicazione della disposizione normativa in esame venga invocata con riferimento agli appalti d'opere pubbliche.

le difficoltà di esecuzione dipendenti da cause naturali. Non rientrerebbero invece nell'ambito del 2° comma art. 1664 c.c. le altre cause che, pur avendo il comune denominatore della sopravvenienza, della obiettività e della imprevedibilità con incidenza su una sola delle contrapposte prestazioni, sono sostanzialmente ed intrinsecamente diverse dalle cause naturali, che restano le uniche prese in considerazione⁴³.

Dovrebbe essere esclusa, quindi, la rilevanza dei fatti umani, sociali ed economici, quali ad es., la difficoltà di reperimento della mano d'opera o lo sciopero delle maestranze⁴⁴. Resterebbero altresì esclusi il fatto del terzo ed il

43 RUBINO e IUDICA, *Dell'appalto*⁴, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 336; TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000, p. 303; GIANNATTASIO, *L'appalto*², in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1977, p. 132 ss., per il quale se il terzo compie un fatto illecito, il contraente danneggiato potrà ottenere da lui il risarcimento ex art. 2043 c.c., mentre se il fatto del terzo è lecito, il maggior costo dell'opera rientrerà nell'alea normale del contratto, salvo che possa invocarsi la revisione di cui al primo comma art. 1664 c.c.; MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. Rescigno*, II, Torino, 1984, p. 421, secondo cui in queste ipotesi andrebbe applicato l'art. 1467 c.c.

In questo senso è anche la giurisprudenza, giacché è orientamento del tutto consolidato della Corte Suprema che l'art. 1664, comma 2, c.c., con l'uso dell'aggettivo "simili" richiami esclusivamente le altre cause di difficoltà di esecuzione che presentino le stesse qualità e caratteristiche di quelle esplicitamente menzionate (le cause geologiche ed idriche) e non anche le sopravvenienze oggettive di tipo diverso dalle cause naturali, quantunque produttive di effetti analoghi o simili, quali il fatto dell'uomo, che non abbiano mutato sostanzialmente il regime geologico o idrico del suolo o del sottosuolo (v. Cass., 5 febbraio 1987, n. 1121, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1987, p. 756, che ha ritenuto corretta l'inapplicabilità della norma con riferimento ai maggiori oneri derivanti da scioperi delle maestranze; Cass., 16 gennaio 1986, n. 227, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1986, p. 901; Cass., 26 gennaio 1985 n. 387, in *Foro pad.*, 1985, c. 322; Cass., 26 novembre 1984, n. 6106, in *Mass. Giur. it.*, 1984, in *Rass. Avv. Stato*, 1985, p. 331; Cass., 20 febbraio 1984, n. 1201, in *Arch. civ.*, 1984, p. 731; Cass., 13 marzo 1982, n. 1638, in *Rass. Avv. Stato*, 1981, I, p. 843; Cass., 19 marzo 1980, n. 1818, in *Rass. Avv. Stato*, 1981, I, p. 410). Cfr. Cass., 28 marzo 2001, n. 4463, in *Mass. Giur. it.*, 2001: «La previsione dell'art. 1664 c.c. (...) ha riguardo alle sole ipotesi di difficoltà sopravvenute derivanti da cause geologiche, idriche e simili (vale a dire a cause naturali) e non si estende ad altre e diverse cause oggettive di difficoltà sopravvenuta quali i fatti umani, sebbene rivelatisi idonee a produrre effetti identici o analoghi alle cause naturali». Negli stessi termini Cass., 24 aprile 1992, n. 4940, in *Arch. civ.*, 1992 (nella specie, la suprema corte ha confermato la decisione del merito la quale aveva escluso che nella previsione dell'art. 1664, 2° comma, c.c. rientrasse il fatto dell'uomo costituito dalla presenza di una mina inesplosa nel tratto di mare che doveva essere dragato dall'appaltatore). Cass., 27 aprile 1993, n. 4959, cit.: «L'art. 1664, 2° comma, c.c. - che è applicabile anche agli appalti di opere pubbliche, non trovando ostacoli nella relativa disciplina normativa - attribuisce all'appaltatore il diritto ad equo compenso in presenza di cause geologiche, idriche e simili determinanti una sopravvenuta onerosità per l'appaltatore medesimo, eccedente i limiti delle prestazioni contrattuali, riconoscendo con l'uso dell'aggettivo <simili> soltanto altre cause che presentino le stesse qualità e caratteristiche di quelle precedenti, esplicitamente menzionate e non anche le sopravvenienze oggettive di tipo diverso dalle cause naturali, quantunque produttive di effetti analoghi o simili, tra le quali il fatto dell'uomo, che non abbiano sostanzialmente mutato il regime geologico o idrico del suolo o del mare». Coll. Arb., 23 settembre 1986, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1987, p. 1143: «Il disposto dell'art. 1664, 2° comma, c.c., che prevede un equo compenso per difficoltà nell'esecuzione dell'opera, si riferisce solo a difficoltà di esecuzione sopravvenute, derivanti da cause geologiche, idriche e simili, che rendano più onerosa la prestazione dell'appaltatore; quindi tale norma, se interpretata estensivamente, può comprendere difficoltà di esecuzione dipendenti da cause naturali, ma non può trovare applicazione per quelle provocate da sopravvenienze oggettive di tipo diverso, sebbene produttive di effetti identici o analoghi come il fatto del terzo ed il *factum principis* o mere lungaggini burocratiche". V. anche le sentenze menzionate nelle note seguenti.

44 Cass., 5 febbraio 1987, n. 1121, cit., la quale, seppure esclude l'applicazione analogica, consente l'interpretazione estensiva del predetto art. 1664, 2° comma, nel senso che l'equo compenso per le difficoltà sopravvenute può essere riconosciuto per tutte le difficoltà di esecuzione sopravvenute dipendenti da tutte le cause naturali e non soltanto da quelle espressamente menzionate perché esse, a differenza di quelle derivanti da fatti umani, presentano le stesse qualità e caratteristiche intrinseche di quelle espressamente indicate.

*factum principis*⁴⁵. Resta poi da vedere se il fatto del terzo e il *factum principis* debbano essere ricondotti, dopo essere stati esclusi dall'ambito operativo del 2° comma art. 1664 c.c., alla regola generale di cui all'art. 1467 c.c.⁴⁶ o possano invece rientrare nel primo comma dello stesso art. 1664.

Tra le ipotesi per le quali è discussa l'applicabilità dell'art. 1664, 2° comma, c.c. v'è quella della c.d. sorpresa archeologica, ossia del rinvenimento di reperti archeologici. La Suprema Corte, che si è pronunciata con riguardo agli appalti pubblici, ha affermato che anche in tal caso, come in quello della sorpresa geologica, si tratta di un *factum principis*, in relazione al quale l'amministrazione appaltante non ha discrezionalità circa la sospensione o la prosecuzione dell'appalto occorrendo, in punto, il nulla osta della competente Sovrintendenza⁴⁷.

- 45 Coll. arb., 5 luglio 1990, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1991, p. 1705: non si può ritenere che nella parola «simili» si sia voluto ricomprendere anche il fatto umano (nella specie, imposizione di personale non necessario e comportamento delle maestranze). Per l'applicabilità dell'art. 1467 c.c. anziché dell'art. 1664 c.c. nelle ipotesi di fatto del terzo o di *factum principis*: Cass., 5 febbraio 1987, n. 1121, cit.; Cass., 26 gennaio 1985 n. 387, cit.; Cass., 20 febbraio 1984, n. 1202, in *Mass. Foro it.*, 1984; Cass., 20 febbraio 1984, n. 1201, cit.; Cass., 16 gennaio 1986, n. 227, cit.; Cass., 14 gennaio 1987, n. 173, in *Giur. it.*, *Rep.* 1987, voce *Appalto*, n. 49; Cass., 19 marzo 1980, n. 1818, cit.; Cass., 13 marzo 1982, n. 1638, cit.
- Quanto alla giustizia arbitrale: Coll. arb., 8 giugno 1983, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1984, p. 473, ha affermato che non assumono rilievo ai fini dell'applicabilità dell'art. 1664 2° comma c.c. le sopravvenienze oggettive di tipo diverso dalle cause naturali e da quelle «simili», che presentano le stesse qualità e caratteristiche intrinseche, anche se produttive di effetti identici o analoghi, come il fatto del terzo od il *factum principis*. Ha inoltre escluso la possibilità di interpretazione analogica, a causa del carattere eccezionale della norma. Conf. Coll. arb., 4 agosto 1983, *ibidem*, p. 593; Coll. arb., 21 maggio 1985, *ivi*, 1986, p. 837.
- 46 App. Salerno, 4 settembre 2003, in *Corti sal.*, 2006, p. 25; Cass., 28 marzo 2001, n. 4463, in *Mass. Giur. it.*, 2001; nonché, per quanto riguarda i fatti umani, sociali ed economici attinenti al reperimento di manodopera, o allo sciopero delle maestranze, Cass., 5 febbraio 1987, n. 1121, cit., ma, in quest'ultimo caso, a favore dell'applicabilità dell'art. 1664, si è pronunciato Coll. Arb., 7 luglio 1986, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1987, p. 619.
- 47 Cass., 14 maggio 2005, n. 10133, in *Guida al dir.*, 2005, ha affermato essere corretta la valutazione dei giuristi di merito che avevano inquadrato il rinvenimento di reperti archeologici come causa di forza maggiore impeditiva della prosecuzione dei lavori: si tratta dell'adempimento di doveri imposti dalla legge (*factum principis*), per i quali nessuna discrezionalità ha l'ente locale nella scelta di sospendere l'esecuzione dell'appalto. Invero, solo la competente Sovrintendenza avrebbe potuto consentire la prosecuzione eventuale dei lavori sulla base dell'originario progetto e quindi nessuna discrezionalità aveva il committente di far proseguire l'esecuzione dell'appalto. Nello stesso senso, Cass., Ord., 17 febbraio 2014, n. 3670, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 517, con nota di PAGANI, *Sorpresa archeologica e sospensione dei lavori per causa di forza maggiore* (sia i giudici di primo grado sia quelli del secondo avevano invece ritenuto illegittima la sospensione lavori, seppure determinata dal ritrovamento di reperti archeologici). In motivazione, la Corte ha argomentato (richiamando Cass., 14 maggio 2005, n. 10133, cit.) come segue: "deve essere condivisa la rigorosa interpretazione data da questa Corte nel 2005 alla formula di forza maggiore, ad essa riconducendosi certamente il caso nel quale nel cantiere sia effettuato il rinvenimento di reperti archeologici e sia pertanto *ex lege* imposta in via automatica al committente la sospensione (...). Ma la coerenza in discorso non è a criterio del Collegio collegata alla sola ipotesi della oggettiva emersione del reperto in corso di lavori, quel che rileva essendo infatti che venga in campo quantomeno la probabile reperibilità di esso e che cioè sia accertato che sussista un quadro che renda ineludibile far precedere il normale corso dell'esecuzione dell'appalto dall'attività collegata alla attività di "esplorazione" archeologica. Tale quadro ben integra, alla luce delle priorità di interessi delineate dalle norme vigenti per la protezione-valorizzazione dello straordinario patrimonio artistico-storico-archeologico del Paese, anch'esso una causa di "forza maggiore" idonea a consentire una immediata, obbligatoria, temporanea ma non onerosa, sospensione di diverse attività di intervento sui luoghi (...). E pertanto la forza maggiore indicata dal D.P.R. n. 1063 del 1962, ridetto art. 30, comma 1, deve intendersi integrata dal mero collegamento con l'area di cantiere della "sorpresa archeologica", tanto se essa venga ad emergere parzialmente o totalmente dal cantiere stesso quanto se la sua emersione sia configurata come possibile dal provvedimento dell'organo

vii. la tesi minoritaria che estende l'operatività dell'art. 1664, 2° comma, c.c. anche alle cause diverse da quelle naturali.

La tesi restrittiva, abbracciata dalla giurisprudenza maggioritaria, determina numerose incongruenze e, in particolare, una situazione di fatto che si pone in netta antitesi con il sistema della disciplina del contratto d'appalto incentrata sul principio della conservazione in vita del rapporto pur in presenza delle difficoltà di esecuzione: infatti, l'impossibilità di chiedere l'equo compenso per le sopravvenienze diverse da quelle naturali non potrebbe che indurre l'appaltatore a chiedere la risoluzione del contratto a norma dell'art. 1467 c.c., e, così, a far venir meno il rapporto.

E infatti una parte degli studiosi e una giurisprudenza minoritaria, per lo più arbitrale, interpretano la norma in senso estensivo, tale da comprendere tutte le cause non imputabili alle parti e non soltanto quelle naturali: compresi, quindi, il fatto del terzo (lecito o illecito, si pensi, ad esempio, all'assenteismo, agli scioperi, al vandalismo) e il *factum principis* (compresa la semplice lungaggine burocratica)⁴⁸.

In questa prospettiva, l'aggettivo «simili» vale a individuare anche sopravvenienze oggettive di tipo diverso dalle cause naturali, sebbene produttive di effetti identici

competente che imponga di condurre indagini, nell'uno come nell'altro caso l'esito di sospensione essendo affatto ineludibile in capo al Direttore dei Lavori".

Cass., 20 agosto 2003, n. 12235, in *Guida al Dir.*, 2003, ha affermato che ai fini del riconoscimento della sussistenza di una causa di forza maggiore (in presenza della quale l'art. 50 del D.P.R. n. 1063 del 1962 contempla, al comma 1, tra gli altri motivi, la possibilità per l'ingegnere capo, d'ufficio o su segnalazione dell'appaltatore, di ordinare la sospensione dei lavori stabilendo che in tal caso non spetta all'appaltatore alcun compenso o indennizzo), non è di per sé sufficiente che il committente si limiti ad allegare, invocandone la forza cogente, il mero fatto obiettivo dell'intervento di un provvedimento, anche di natura cautelare, con cui il giudice amministrativo abbia sospeso l'esecuzione della concessione edilizia impugnata da terzi, occorrendo altresì che il medesimo committente dimostri la propria assenza di colpa riguardo alla determinazione dell'evento che abbia reso impossibile la prestazione, a suo carico, di assicurare all'appaltatore la giuridica possibilità di compiere i lavori affidatigli garantendogli la legittimità della sopra indicata concessione, ovvero provi la mancata imputabilità a sé delle cause per le quali lo stesso giudice abbia sospeso l'esecuzione in parola, sulla base di criteri di non prevedibilità, non evitabilità e non superabilità di simili cause, alla stregua dello sforzo dovuto secondo l'ordinaria diligenza.

Hanno escluso che il ritrovamento di reperti archeologici possa essere ricondotto al cpv. art. 1664 c.c.: Coll. Arb., 6 luglio 2005, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2006, p. 6; Coll. Arb., 24 giugno 1986, *ivi*, 1987, p. 595.

- 48 RUBINO, *L'appalto*², cit., p. 209 ss.; CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Tratt. Galgano*, XVI, Padova, 1991, p. 702; *Id.*, voce «Appalto nel diritto privato», in *Disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 170 s., osserva «che la tradizione storica ed i precedenti normativi sono orientati nel senso di non limitare il numero delle cause rilevanti di difficoltà»; *Id.*, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 101 ss.; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 428, «giacché la ratio della disposizione appare di carattere generale»; SABATO, *La sopravvenienza nell'appalto privato*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 9. In giurisprudenza: Coll. Arb., 24 aprile 1986, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1987, p. 509; Coll. Arb., 7 luglio 1986, *ivi*, p. 619; Coll. Arb., 24 giugno 1986, *ivi*, p. 595. Coll. arb., 11 aprile 1980, *ivi*, 1980, III, p. 49: l'elencazione delle cause di difficoltà dell'esecuzione che comportano diritto all'equo compenso, contenuta nell'art. 1664 2° comma c. c., è meramente esemplificativa come può desumersi dall'espressione «e simile», che si riferisce a qualsiasi fatto, anche umano, quando costituisce una vera e propria forza estranea alla volontà delle parti, imprevista e imprevedibile (nella specie: è stato ritenuto causa di maggiore onerosità il fenomeno dell'assenteismo). Coll. arb., 5 aprile 1982, *ivi*, 1982, III, p. 134: l'azione prevista nell'art. 1664, 2° comma, c.c. è proponibile anche nel caso in cui la difficoltà della prestazione dipenda non da cause naturali ma dal fatto dell'uomo, ed in particolare da tensioni sociali, ovvero dal comportamento ostruzionistico e defatigatorio delle maestranze.

od analoghi, come, ad esempio, scioperi, tumulti, sabotaggi, vandalismi, ovvero provvedimenti cogenti dell'autorità.

Va infatti osservato che la diversa tesi restrittiva potrebbe comportare l'applicazione dell'art. 1467 c. c., con la conseguente possibilità di risoluzione del contratto da parte dell'appaltatore per eccessiva onerosità⁴⁹. L'interpretazione restrittiva non è in armonia con la *ratio* legislativa dell'art. 1664 che è quella di ristabilire l'equilibrio economico tra le prestazioni delle parti quando questo sia stato notevolmente alterato da eventi atipici imprevisi ed imprevedibili. In tema di sopravvenienza nel contratto di appalto, il legislatore ha predisposto una normativa specifica finalizzata precisamente a sostituire alla sanzione della risoluzione la revisione del prezzo.

Anche sul piano dell'equità e della giustizia, non è giustificabile che l'appaltatore la cui prestazione sia resa notevolmente più onerosa dal fatto del terzo e dal *factum principis* abbia un trattamento deteriore rispetto all'ipotesi in cui ciò derivi da cause geologiche, idriche e simili.

Oltre che in base a un'interpretazione letterale della norma (cause naturali e «simili»), quindi, i comportamenti collettivi dovuti a tensioni sociali, anche locali, possono ritenersi assimilati alle previsioni dell'art. 1664, 2° comma, c.c. "in base ad un'esigenza di giustizia sostanziale che vuole non far ricadere sull'appaltatore il rischio connesso ad eventi oggettivi, naturali o umani che siano, estranei ad ogni sua responsabilità, diretta e indiretta"⁵⁰.

Sembra, questa, la corretta interpretazione dell'art. 1664, comma 2°, c.c., giacché precisi canoni ermeneutici non solo ne consentono, ma, anzi, ne impongono, una lettura diversa - in senso estensivo e/o analogico - da quella apparente. Già sul piano logico, una limitazione normativa a favore delle sole cause naturali sembra difficilmente giustificabile. Dai precedenti normativi, dai progetti preliminari e dalla Relazione al Codice civile traspare che per il legislatore il richiamo alle cause geologiche ed idriche ha portata meramente esemplificativa, e non anche limitativa. Inoltre, le cause geologiche ed idriche coprono tutta la gamma delle cause naturali che possono determinare una difficoltà di esecuzione dell'opera; ne discende che con la locuzione "simili" il secondo comma dell'art. 1664 c.c., non può che aver fatto riferimento a sopravvenienze diverse da quelle naturali e, perciò, a quelle umane ed al *factum principis*. Infatti, poiché gli eventi geologici ed idrici

49 Aggiunge Coll. arb., 24 giugno 1986, cit., che ciò in tema di opere pubbliche risulterebbe contrastare con la necessità di assicurare la completa esecuzione dell'opera caratterizzata da un preminente interesse pubblico.

50 Coll. arb., 29 aprile 1980, in Arch. giur. op. pubbl., 1980, III, p. 154, il quale ha ritenuto di riconoscere un equo compenso all'appaltatore in quanto le maestranze, provenienti dagli stabilimenti Italsider, in seguito alla nota vertenza Taranto-Italsider, oltre un accentuato assenteismo, erano intenzionate a protrarre il corso dell'esecuzione delle opere al fine di conservare il più a lungo possibile il posto di lavoro.

evocati con il disposto normativo esauriscono quasi per intero la categoria dei fenomeni naturali, assumere il carattere della naturalità quale unico elemento di identificazione delle cause "simili", cui la norma stessa si richiama, significa, in buona sostanza, svuotare di contenuto l'espressione legislativa, vanificando in concreto l'operatività del meccanismo di rinvio per mancanza di fattispecie residuali⁵¹.

La dottrina più attenta non ha mancato di cogliere le contraddizioni della tesi prevalente, la quale nel distinguere, sotto il profilo concettuale, l'accertamento di circostanze naturali (o, in genere, obiettive), rispetto alla previsione del fatto del terzo o del *factum principis*, non si avvede che sembrerebbe plausibile, semmai, un maggior rigore nel primo caso, piuttosto che nel secondo: "l'appaltatore, in quanto operatore d'industria professionale, deve poter usufruire delle cognizioni tecniche e degli strumenti necessari per una verifica preventiva delle condizioni naturali in cui opera; più difficile è per contro poter prevedere il fatto del terzo e, soprattutto, il *factum principis*". La soluzione interpretativa restrittiva, al contrario, finisce con l'applicare la disciplina più gravosa e severa, quella della risoluzione del contratto, proprio per queste ultime ipotesi, ove con maggior vigore si giustificherebbe, invece, la semplice revisione del prezzo in applicazione dell'art. 1664, 2° comma, c.c.⁵²

VIII. LE CONSEGUENZE DELLE DUE DIVERSE TESI.

Se si esclude, in conformità alla tesi maggioritaria, che il 2° comma art. 1664 c.c. operi anche per cause sopravvenute diverse da quelle naturali, si pone il problema di capire quale sia la disciplina alternativa per queste ipotesi: la risoluzione del contratto ex art. 1467 c.c. o il primo comma dello stesso art. 1664 c.c.?

Per la tesi prevalente, le sopravvenienze di diverso tipo rispetto alle cause naturali, quali il fatto del terzo o il *factum principis*, sebbene produttive di effetti identici od analoghi, dovrebbero essere riportate sempre alla disciplina generale del contratto, e quindi all'art. 1467 c.c.⁵³

A parere di chi scrive, se la riduzione dell'operatività dell'art. 1664, 2° comma, alle sole cause letteralmente «naturali» conduce allo scioglimento del contratto, perché si applica la disciplina generale dell'eccessiva onerosità, allora è senz'altro da preferire la diversa opzione ermeneutica che esclude anche l'applicazione dell'art. 1467 c.c. E ciò non solo sul piano della convenienza pratica ed equitativa, perché l'applicazione della norma generale limiterebbe ingiustificatamente la tutela dell'appaltatore, ma anche perché si tratta di una soluzione più conforme alla *ratio*

51 Coll. arb., 24 aprile 1986, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1987, p. 509.

52 CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 170 s.

53 Coll. arb., 24 giugno 1982, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1982, III, p. 280. Coll. arb., 7 marzo 1984, *ivi*, 1984, p. 1448.

della speciale disciplina dell'appalto, la quale mira sempre ad escludere o, quanto meno, a limitare il rimedio demolitorio della risoluzione e le preferisce rimedi manutentivi, come la revisione del prezzo, che contemperino l'interesse delle parti e della economia generale alla continuazione del rapporto.

Seguendo una diversa prospettiva, potrebbe allora ritenersi che il conflitto operativo non intervenga tra norma speciale e disciplina generale, ma tra le due norme speciali contenute nel primo e nel secondo comma dell'art. 1664 c.c., entrambe ispirate alla *ratio* di evitare la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità e salvaguardare la posizione dell'appaltatore. Il problema andrebbe quindi risolto all'interno del sistema della specifica normativa della sopravvenienza in materia di appalto, per cui tramite il legislatore ha voluto sostituire alla sanzione della risoluzione la revisione del prezzo (art. 1664, comma 1°) o l'equo compenso (art. 1664, comma 2°)⁵⁴. In altre parole, se davvero si vuole escludere, in virtù della sua lettera, l'operatività del 2° comma dell'art. 1664 c.c., meglio sarebbe affidare al primo comma della stessa norma la regolamentazione delle cause non naturali, con diritto dell'appaltatore, piuttosto che all'equo compenso, alla revisione del prezzo.

IX. LA IMPREVEDIBILITÀ DELLE CAUSE.

Altra questione discende dalla lettera del 2° comma art. 1664 c.c. allorché, diversamente dal primo comma (e anche dall'art. 1467 c.c.), fa testuale riferimento non già a cause astrattamente non prevedibili ma a cause concretamente non previste dalle parti. Non è chiaro se tale difformità rispetto al primo comma sia soltanto lessicale o voglia invece realizzare una differente disciplina.

Se si ritiene che valga la mancata previsione in concreto, sicché si realizza la sorpresa geologica, e sorge quindi il diritto dell'appaltatore all'equo compenso, anche se l'appaltatore medesimo abbia dichiarato di aver preso cognizione preventiva dello stato dei luoghi⁵⁵.

54 TARTAGLIA, *op. cit.*, p. 126, ritiene "preferibile ricorrere all'art. 1664 c.c., 1° co. in alcune fattispecie per le quali, invece, taluno suggerirebbe l'applicazione del 2 co. dello stesso art.; ad esempio il *factum principis* ma anche lo sciopero della categoria di lavoratori impegnata nei lavori appaltati, in quanto imprevedibili, potrebbero essi stessi costituire le *circostanze imprevedibili* che determinano, ma sempre in via indiretta, l'incremento dei costi dei materiali o della mano d'opera in misura tale da legittimare la pretesa alla revisione del prezzo".

55 Così Cass., 10 luglio 1984, n. 4049, in *Mass. Foro it.*, 1984; Coll. arb., 24 gennaio 1985, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1986, p. 50. Per Coll. arb., 27 marzo 1979, *ivi*, 1979, III, p. 117: "A differenza che per la revisione del prezzo, previsto dall'art. 1664, 1° comma, c. c., che opera esclusivamente per circostanze oggettivamente imprevedibili, il diritto all'equo compenso per l'appaltatore, previsto dall'art. 1664, 2° comma, sorge allorché le parti non abbiano assolutamente previsto l'ipotesi che ha determinato il particolare onere aggiuntivo". In dottrina, in tal senso CIANFLONE, GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*¹⁴, Milano, 2021, p. 1898 ss.; MIRAGLIA, *Appalto privato*, in *Enc. giur. del Sole 24 ore*, I, Milano, 2007, p. 503 s.

In senso contrario, si è autorevolmente osservato che “il requisito della mancata previsione effettiva delle difficoltà, che appare richiesto dall'art. 1664, 2° comma, non esclude che le difficoltà non previste in concreto, ma prevedibili secondo le normali nozioni di esperienza, rientrano già nell'alea normale del rapporto (...); si deve ritenere, quindi, che nella previsione, anche del secondo comma, rientrano le difficoltà che non siano state, non solo previste, ma neppure prevedibili al momento della stipulazione; e viceversa, qualora circostanze normalmente imprevedibili siano state effettivamente previste, tale previsione è entrata nel contenuto del contratto e per ciò stesso conduce ad escludere l'applicabilità di qualsiasi rimedio relativo a circostanze estrinseche sopravvenute”⁵⁶.

Pertanto il secondo comma dell'art. 1664 c.c. dev'essere interpretato nel senso che presupposto per il diritto dell'appaltatore all'equo compenso, ivi previsto, sia non solo la mancata previsione nel contratto d'appalto delle difficoltà di esecuzione dell'opera derivanti da cause geologiche, idriche e simili, bensì anche la loro imprevedibilità al momento della sua stipulazione, sulla base della diligenza media richiesta dall'attività esercitata.

Non v'è dunque alcuna differenza tra la non previsione di cui al 2° comma e la imprevedibilità di cui al primo comma art. 1664 c.c.: nonostante l'adozione di una diversa terminologia, identico è il concetto espresso, che è quello della imprevedibilità, peraltro in conformità all'art. 1467 c.c.

La norma, d'altronde, costituisce - non diversamente da quella del primo comma dello stesso art. 1664 - una specificazione del principio generale di cui all'art. 1467, comma 2°, c.c., secondo il quale nei contratti a prestazioni corrispettive, ad esecuzione continuata o periodica o differita, ciascuna parte assume su di sé il rischio degli eventi che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni, entro i limiti rientranti nell'alea normale del contratto, che, pertanto, dev'essere tenuta presente da ciascun contraente al momento della sua stipulazione e nel cui ambito, con riferimento all'appalto, vanno appunto ricondotti gli eventi indicati dal comma 2° dell'art. 1664, ove non siano stati imprevedibili secondo la cennata diligenza⁵⁷.

D'altra parte, nell'appalto sia pubblico che privato, rientra tra gli obblighi di diligenza dell'appaltatore, senza necessità di una specifica pattuizione, esercitare il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente, anche in relazione alle caratteristiche del suolo su cui l'opera deve sorgere, posto che dalla

56 MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 426. Così anche RUBINO, *L'appalto*, con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 731 ss.; GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 133. In giurisprudenza, cfr: Cass., 23 novembre 1999, n. 12989, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Appalto*, n. 23; Coll. Arb., 3 marzo 1985, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1987, p. 63.

57 Cass., 23 novembre 1999, n. 12989, cit. Per Cass., 10 luglio 1984, n. 4049, cit.: se era espressamente previsto che non sarebbero sopravvenute difficoltà e queste si avverano, il compenso è dovuto.

corretta progettazione, oltre che dall'esecuzione dell'opera, dipende il risultato promesso. È infatti principio pacifico che la scoperta in corso d'opera di peculiarità geologiche del terreno tali da impedire l'esecuzione dei lavori non può essere invocata dall'appaltatore per esimersi dall'obbligo di accertare le caratteristiche idrogeologiche del terreno sul quale l'opera deve essere realizzata e per pretendere una dilazione o un indennizzo, essendo egli tenuto a sopportare i maggiori oneri derivanti dalla ulteriore durata dei lavori, mentre la sua responsabilità è esclusa solo se le condizioni geologiche non siano accertabili con l'ausilio di strumenti, conoscenze e procedure normali⁵⁸.

Per converso, è possibile che circostanze normalmente imprevedibili siano state in effetti previste in una clausola e a queste, giacché sono entrate nel contenuto nel contratto, qualora si verificano, non si potranno applicare i rimedi previsti dall'art. 1664 c.c.

Anche la disciplina contenuta nel 2° comma art. 1664 c.c., come quella di cui al 1° comma, è derogabile dalle parti, le quali, esercitando il loro potere d'autonomia negoziale, anche nei contratti commutativi, legittimamente possono prefigurarsi l'eventualità di sopravvenienze tali da incidere sull'equilibrio delle prestazioni ed assumerne reciprocamente od unilateralmente il rischio, escludendo per tale ipotesi l'operatività dei meccanismi riequilibratori previsti dall'ordinamento, in via generale con il disposto dell'art. 1467 c.c. Con ciò esse non trasformano il contratto da commutativo in aleatorio ma semplicemente allargano l'ambito del rischio economico a carico dell'una o dell'altra o d'entrambe, pur mantenendo al singolo contratto l'alea normale ad esso propria; il che può aversi anche nel contratto d'appalto, pattuendo l'esclusione dell'operatività d'una o più delle cause alle quali l'art. 1664 c.c. ricollega il diritto delle parti alla revisione del prezzo o dell'appaltatore all'equo compenso.

La volontà dell'una o d'entrambe le parti di rinunciare ai meccanismi di riequilibrio del sinallagma non deve necessariamente estrinsecarsi in particolari espressioni formali, tuttavia essa deve essere chiaramente manifestata o, quanto meno, risultare, per implicito ma inequivocabilmente, dal regolamento convenzionale dato dalle parti al rapporto e dal modo in cui hanno strutturato le reciproche obbligazioni⁵⁹.

58 Cass., Ord., 26 febbraio 2020, n. 5144, in *CED Cassazione*, 2020; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3932, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 601; Cass., 31 dicembre 2013, n. 28812, in *Contratti*, 2015, p. 169, con nota di Carai; Cass., 7 settembre 2000, n. 11783, in *Giust. civ. Mass.*, 2000; Cass., 23 settembre 1996, n. 8395, in *Foro it.*, 1997, I, I, c. 1217.

59 Cass., 22 novembre 2000, n. 15112, in *Foro it.*, 2001, I, c. 471: l'accertamento in concreto di detta volontà, attraverso l'interpretazione delle clausole contrattuali, costituisce un'indagine di fatto riservata al giudice del merito, come tale incensurabile in sede di legittimità se esente da errori di diritto e giustificata da una motivazione logica ed esauriente. Nel caso in esame la corte territoriale aveva evidenziato come le difficoltà sopravvenute in corso d'esecuzione dell'opera legate a fattori geologici fossero risultate oggettivamente da documentazione proveniente dalla committenza principale (ENEL) e come l'affermata

X. L'EQUO COMPENSO.

La norma, che è applicabile anche al contratto di appalto di opere pubbliche⁶⁰, in ragione dei maggiori oneri a carico dell'appaltatore nella situazione considerata, gli attribuisce il diritto a un equo compenso, che costituisce un supplemento di natura indennitaria, proporzionale al prezzo pattuito dalle parti (o determinato dal giudice ex art. 1657 c.c.).

Diversamente dalla fattispecie prevista dal primo comma art. 1664, la quale contempla sia aumenti sia diminuzioni del costo, l'ipotesi qui esaminata concerne in via esclusiva gli aumenti: per questa ragione, il diritto all'equo compenso spetta al solo committente.

Al supplemento non è applicabile il limite del decimo del prezzo fissato dal 1° comma della medesima norma per l'ipotesi di onerosità sopravvenuta⁶¹. Come nell'ipotesi prevista dal primo comma del medesimo articolo, anche in questa è rimesso al giudice l'accertamento dell'ammontare dei maggiori oneri, al fine di ripartirli tra le parti: mentre, però, nella prima ipotesi tale giudizio è formulato per mezzo di un criterio rigido e prefissato, nella seconda, esso è affidato al suo prudente apprezzamento⁶².

Il giudice dovrà anche valutare, ai fini dell'applicabilità del rimedio, se l'incidenza delle sopravvenute difficoltà sia, come richiede la norma, «notevole» (e non, invece, «eccezionale» come prevede l'art. 1467 c.c.). si tratta evidentemente di una valutazione da condurre caso per caso in relazione alla consistenza dell'opera o del servizio ed al conseguente profitto ricavato dall'appaltatore dal rapporto complessivo.

conoscenza delle condizioni idrogeologiche e geotecniche dei terreni non potesse essere considerata come rinuncia inequivoca al diritto all'equo compenso, non solo perché contenuta in una controproposta della committente non accettata dall'appaltatrice e, quindi, ad essa non imputabile, ma anche perché basata su documentazione fornita dalla committenza principale che, accettata per valida da entrambe le parti e posta a base della convenzione, s'era in seguito rivelata non rispondente alla situazione reale.

60 Coll. arb., 12 ottobre 1990, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1991, p. 1847; Coll. arb., 7 febbraio 1989, *ivi*, 1990, p. 73; Cass., 12 luglio 2016, n. 14181, in *Mass. Foro it.*, 2016; Cass., 27 aprile 1993, n. 4959, in *Mass. Giur. it.*, 1993: "L'art. 1664, 2° comma, c.c. - che è applicabile anche agli appalti di opere pubbliche, non trovando ostacoli nella relativa disciplina normativa - attribuisce all'appaltatore il diritto ad equo compenso in presenza di cause geologiche, idriche e simili determinanti una sopravvenuta onerosità per l'appaltatore medesimo, eccedente i limiti delle prestazioni contrattuali, riconoscendo con l'uso dell'aggettivo "simili" soltanto altre cause che presentino le stesse qualità e caratteristiche di quelle precedenti, esplicitamente menzionate e non anche le sopravvenienze oggettive di tipo diverso dalle cause naturali, quantunque produttive di effetti analoghi o simili, tra le quali il fatto dell'uomo, che non abbiano sostanzialmente mutato il regime geologico o idrico del suolo o del mare".

Le disposizioni del capitolato speciale possono negare ogni indennizzo all'appaltatore per il verificarsi degli eventi in parola; ma se essi non sono stati oggetto di previsione contrattuale, spetta all'appaltatore il diritto a un equo compenso per difficoltà di esecuzione, derivanti da cause geologiche, idriche e simili (Cass., 26 novembre 1984, n. 6106, in *Mass. Giur. it.*, 1984, in *Rass. Avv. Stato*, 1985, p. 331).

61 Cfr. Trib. Roma, 30 settembre 1977, in *Rass. Avv. Stato*, 1981, I, p. 133.

62 CAGNASSO, voce *Appalto nel diritto privato*, cit., p. 169 ss. In generale sul tema: *Id.*, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979; TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, cit.

L'equo compenso giudiziale assolve alla funzione di reintegrare l'appaltatore dei maggiori oneri rispetto al compenso contrattuale, subiti per effetto delle imprevedute ed imprevedibili - secondo i canoni dell'ordinaria diligenza professionale - difficoltà incontrate nell'esecuzione della prestazione, per ostacoli di natura geologica e simili⁶³.

I maggiori oneri sopportati dall'appaltatore per l'utilizzo di una maggiore quantità di materiali rispetto a quanto previsto in progetto possono essere compensati in via equitativa, anche in presenza di una clausola contrattuale che ponga a totale carico dell'impresa la fornitura e la posa in opera di un maggior quantitativo di materiale rispetto alle previsioni contrattuali⁶⁴.

Ai fini della determinazione del compenso, qualora le conseguenze subite incidano sull'equilibrio negoziale, l'obiettiva valutazione dell'onere subito dall'appaltatore deve ispirarsi a un apprezzamento globale dell'economia generale del sinallagma non limitato a singole parti della prestazione⁶⁵.

È possibile valutare unitariamente quanto richiesto per il maggior onere subito a causa della sorpresa geologica e per i danni conseguenti al ritardato riconoscimento di tale onere⁶⁶.

L'equo compenso non è peraltro determinabile da parte del giudice laddove difetti la prova del prezzo originario, posto che è proprio di quest'ultimo che si deve necessariamente tener conto ai fini della determinazione dell'indennizzo⁶⁷.

Quanto alla sua liquidazione, esso integra un debito di valuta. Al fine di renderne equo l'ammontare, è ben possibile che sia liquidato prendendo a base i maggiori esborsi dell'appaltatore, per poi adeguarli agli indici della sopravvenuta svalutazione monetaria, senza che sia ravvisabile un'arbitraria rivalutazione automatica.

In tal caso, infatti, il parametro inflattivo utilizzato è un mero criterio per determinare secondo equità il compenso medesimo⁶⁸.

63 Cass., 13 gennaio 2010, n. 380, in *Contratti*, 2010, p. 653, con nota di Tarantino.

64 Coll. arb., 26 novembre 1984, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1985, p. 1470 (nella fattispecie, il collegio ha ritenuto configurabile la c.d. sorpresa geologica per il fatto che nel corso dei lavori si era reso necessario l'utilizzo di conglomerato bituminoso in misura superiore del quarantasei per cento alle previsioni progettuali, per essersi rivelato un particolare sfiancamento del piano stradale dovuto a piogge imprevedute e di notevole entità).

65 Coll. arb., 5 aprile 1990, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1991, p. 1321. STOLFI, "Appalto (contratto di)", in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 644: "La formula legislativa è alquanto generica in ordine ai limiti della revisione, perché l'art. 1664, comma 2, accorda all'appaltatore un equo compenso, che, nel singolo caso, può essere concesso dal giudice anche oltre quella differenza che eccede il decimo del prezzo dell'appalto".

66 Coll. arb., 26 novembre 1984, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1985, p. 1470.

67 Cass., 13 gennaio 2010, n. 380, cit.

68 Cass., 9 giugno 1988, n. 3923, in *Mass. Giur. it.*, 1988. Sulla natura di debito di valuta, v. anche Cass., 15 marzo 1989, n. 1289, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2205.

BIBLIOGRAFIA.

BIAMONTI, *Sulla eccessiva onerosità sopravveniente nel corso di concessioni amministrative di servizi e degli appalti*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 772 ss., p. 784.

BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952.

BOSELLI, voce *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1957.

CAGNASSO, voce "Appalto nel diritto privato", in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., I, Torino, 1987.

CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979.

CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Contratti commerciali* a cura di Cottino, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991.

CAGNASSO, COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. Cottino*, IX, Padova, 2000.

CIANFLONE, GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*⁴, Milano, 2021.

DI GREGORIO, *L'esecuzione dell'appalto*, in *Tratt. dei contratti* di Roppo, III, Milano, 2014.

GIANNATTASIO, *L'appalto*², in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1977.

LIPARI, *Rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, II, p. 224.

MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in *Appalto pubblico e privato, problemi e giurisprudenza attuali*, a cura di Iudica, Padova, 1997.

MANGINI, IACUJANELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1997.

MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991.

MIRAGLIA, *Appalto privato*, in *Enc. giur. del Sole 24 ore*, I, Milano, 2007.

MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. Rescigno*, II, Torino, 1984.

PAGANI, *Sorpresa archeologica e sospensione dei lavori per causa di forza maggiore*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 517.

PENNASILICO, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e Polidori, II, Napoli, 2009.

PISU, in *Codice dell'appalto privato*², a cura di A. Luminoso, Milano, 2016.

POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti fra disciplina generale e norme speciali nell'appalto* (in *Quaderni Rass. dir. civ.*), Napoli, 2004.

POLIDORI, *Codice civile, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 2, a cura di Perlingieri, Napoli, 2010.

RUBINO, *Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, 1947, I, c. 727.

RUBINO, *L'appalto*⁴, con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980.

RUBINO e IUDICA, *Dell'appalto*⁴, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007.

RUBINO SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996.

SABATO, *La sopravvenienza nell'appalto privato*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 9.

STOLFI, «*Appalto (contratto di)*», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983.

TERRANOVA, *L'equo compenso negli appalti*, Rimini, 1995.

TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000.

VILLANACCI, voce *Appalto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2007.

VIRGADAMO, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2008, p. II.



EL *SOFT LAW* (SUSTANTIVO) COMO HERRAMIENTA AL SERVICIO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

(*SUBSTANTIVE*) *SOFT LAW* AS A TOOL IN THE SERVICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 182-201

"The great increase in trade, the intensification of economic interdependence and the growing complexity of economic processes had led countries to undertake efforts towards unifying the legal rules which governed international trade and those efforts were beginning to bear fruit". Prof. EÖRSI*

* Discurso del Prof. Gyula Eörsi pronunciado en la sesión de apertura de la conferencia diplomática de Viena de 1980 sobre el contrato internacional de mercaderías, el 10 de marzo de 1980. Vid. Documento A/CONF.97/SR.I, presente en las pp. 196 y ss. de los "Official Records" de la conferencia.



Víctor Javier
LANA ARCEIZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de febrero de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: El arbitraje internacional se expone, por su propia naturaleza, a que de manera habitual converjan distintos ordenamientos jurídicos en una misma disputa. Esta convergencia puede ser objetiva, porque los derechos de diversos estados sean relevantes; o tener un carácter subjetivo -y menos evidente-, porque las diferentes figuras que participan en el proceso tengan formación jurídica propia de ordenamientos distintos. Este decalaje puede cobrar relevancia cuando, quien ha de resolver la disputa, tenga un bagaje legal diferente al del derecho que ha de ser aplicado. En este escenario, las herramientas de soft law material, que armonizan distintos sistemas legales, pueden ser útiles para salvar esta brecha en el campo del arbitraje internacional, ofreciendo a los árbitros y a las partes un marco común desde el que realizar la labor de interpretación de la norma aplicable al fondo.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje internacional; soft law; Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos; Principios de Derecho Europeo de los Contratos; Principios UNIDROIT.

ABSTRACT: *International arbitration is, by its very nature, exposed to the regular convergence of different legal systems within the same dispute. This convergence may be objective, because the national laws of different states are involved, or it may be subjective (and less obvious), because the different parties to the dispute have their own background from different legal systems. This mismatch may become relevant when the one who must resolve the dispute has a different legal background from the law to be applied. In this scenario, the tools of substantive soft law, which harmonise different legal systems, may be useful in bridging this gap in the field of international arbitration, offering arbitrators and parties a common framework from which to interpret the law applicable to the merits.*

KEY WORDS: *International arbitration; soft law; Principles of Latin American Contract Law; Principles of European Contract Law; UNIDROIT Principles.*

SUMARIO.- I. LA INTERSECCIÓN DE LENGUAJE Y DERECHO: ENTRE EL PARANGÓN Y LA IDENTIDAD.- II. LA AFLICCIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO.- III. EL SOFT LAW MATERIAL COMO PUNTO DE ENCUENTRO EN EL BABEL JURÍDICO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.- IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE APLICACIÓN PRÁCTICA.

I. LA INTERSECCIÓN DE LENGUAJE Y DERECHO: ENTRE EL PARANGÓN Y LA IDENTIDAD.

Que el Derecho es -o se sirve del- lenguaje está fuera de toda duda. El lenguaje es la herramienta a través de la cual el derecho se hace, y la misma que permite su ulterior revelación. Como señala el Prof. ROBLES MORCHÓN, “[q]ue el derecho se manifiesta por medio del lenguaje es una verdad evidente. La palabra constituye la misma entraña del derecho en cualquiera de sus manifestaciones. Todos los procesos de comunicación que tienen lugar en un ámbito jurídico son posibles mediante las palabras”¹. En sentido contrario, el derecho -en cualquiera de sus manifestaciones- no sería posible fuera de la esfera comunicativa.

Si algún fenómeno humano puede existir al abrigo del lenguaje, el derecho no es uno de ellos. No en vano HEIDEGGER definía el lenguaje como la casa del ser², sugiriendo “que sin el lenguaje, sin la palabra, nada puede mostrarse, nada puede aparecer ante nosotros como algo inteligible”³.

Podríamos mantener, incluso, que todo acto legislativo supone una particular manifestación lingüística, donde lo específico de aquella es su naturaleza prescriptiva. Una suerte de discurso público, que supera lo descriptivo -o, mejor dicho, parte de esa realidad-, cuyo objeto es precisamente la prescripción que promulga⁴. La posición de BOURDIEU no parece muy lejana al apuntar que “[e]l derecho es la forma por excelencia del discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos”⁵.

1 ROBLES MORCHÓN, G.: *Comunicación, Lenguaje y Derecho (algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del Derecho)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, p. 30.

2 HEIDEGGER, M.: *Identidad y diferencia*, ARCIS, 1957, p. 13.

3 HEIDEGGER, M.: *Unterwegs zur Sprache*. Pfullingen: Verlag Günther Neske, 1959, Cit. en SATORRE GRAU, F. J.: “El hombre ante el don de la lengua”, *SCIO*, 2007, Vol. 1, p. 58.

4 MARMOR, A.: *The Language of Law*, Oxford University Press, 2014, p. 12, afirma que “[...] the collective action of the legislators enacting a law is a collective speech act, whereby some content is communicated that is, essentially, the content of the law voted on. This communicated content is the legal content of the act [...]”.

5 BOURDIEU, P.: *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en BORDIEU, P., TEUBNER, G.: *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 198.

• Víctor Javier Lana Arceiz

Abogado y Doctorando en Derecho (UNAV). Becario de la Fundación Oriol-Urquijo. Correo: victor.lana@icam.es. Orcid ID: 0000-0002-3947-2983.

Que el lenguaje es un presupuesto de cualquier acto jurídico -cuando no el acto en sí mismo- constituye, por tanto, una realidad.

II. LA AFLICCIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO.

El derecho es lenguaje. Los problemas que afecten al acto comunicativo que vehiculiza o da forma al derecho, en consecuencia, también lo harán al derecho mismo como manifestación de aquel. Como es natural, el arbitraje -como fenómeno jurídico-, no se escapa a la realidad y vericuetos lingüísticos.

Dentro de los problemas comunicativos que afligen al Derecho el plurilingüismo -el “castigo de Babel”- ocupa un lugar relevante, que por su naturaleza se manifiesta con mayor insistencia en el ámbito internacional de las relaciones jurídicas. Por ejemplo, en el ámbito del derecho uniforme el uso de diferentes idiomas en el tráfico jurídico supone un problema no menor que su solución mediante traducciones⁶, o la autenticación multilingüe de herramientas jurídicas⁷.

La práctica, naturalmente, tampoco logra evadir esta aflicción: si entre emisor y receptor se abre una brecha idiomática la comunicación se ve impedida en su forma inmediata. La exposición internacionalidad del arbitraje constituye un elemento casi anatómico de aquel; lo que conduce a la habitualidad de estos escenarios⁸. Estas dificultades se superlativizan por la multitud de partes -*lato*

- 6 Un botón de muestra lo encontramos en la adopción por la United Nations Interim Administration Mission in Kosovo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (CISG), como derecho interno -añadiendo un par de salvedades a la CISG- para regular las compraventas domésticas, en el año 2000. MÜNDEL da cuenta del gran número de errores que hubo en la traducción del texto al Albanés. Entre ellos, suenan con particular fuerza las traducciones de “ought to have known” por lo que en albanés quiere decir “would have loved to have known”, “effective” por “plenipotentiary”, “industrial property” por “property right of production”, o “recover the difference” por “improve the difference”. Vid. MÜNDEL, F.: *Lexicographical Musings - The Variegated Language of Sales Law: a Modern Tower of Babel*, Uniform Law Review, 2003, Vol. 8, Fasc. 3, p. 641-642. También Cfr. OSMANI-SADRIU, V.: *Domestication of the CISG: examples from a few jurisdictions*, Journal of Law & Commerce, 2020, vol. 38, pp. 387-405.
- 7 Huelga señalar que en el ámbito de los tratados es posible recurrir a la norma del art. 33 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Al respecto de esto último, Vid. PAPAUX, A.: *Article 33-Interprétation de Traités Authentifiés en Deux ou Plusieurs Langues* en CORTEN, O., KLEIN, P. (dirs.): *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités*, vol. II, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 1373-1400 y SHELTON, D.: *Reconcilable Differences? The Interpretation of Multilingual Treaties*, en Hastings International & Comparative Law Review, Vol. 20, 1997, pp. 611-638. No obstante, la doble o múltiple autenticación como técnica legislativa ha levantado la crítica de un sector doctrinal, particularmente en torno a la CISG. Por todos, Vid. FLECHNER, H. M.: *The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)*, 17 Journal of Law and Commerce, 1998, pp. 192 y 207-208; y MALCOLM, E.: “Authentic Text and Witness Clause”, en BIANCA-BONELLI (dirs.): *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 677-678.
- 8 Que entrañan obstáculos comunicativos cuyos remedios, a su vez, pueden venir empañados por nuevos problemas. Entre los primeros podemos encontrar el recurso a traducciones de los escritos, pruebas y anexos al idioma del proceso; la decisión de conducir el proceso en dos o más idiomas (multilingual proceedings); o el uso de interpretaciones simultáneas o consecutivas en las audiencias de prueba, con los problemas que estos métodos pueden acarrear. Al respecto de estas soluciones -y sus posibles problemas-, Vid. DE GERMINY, L.: *Practical Insights on Multilingual Proceedings*, 2021, en KARTON, J., GREENBERG, S., YANG, F., NASIR GORE, K.: *Practical Insights by topic*, Kluwer Arbitration; OETIKER, C.: “Witnesses before the International Arbitral Tribunal”, *ASA Bulletin*, vol. 25, Fasc. 2, 2007, pp. 253-278; ULMER, N.: *Language, Truth, and Arbitral Accuracy*, Journal of International Arbitration, 2011, Vol. 28, Fasc. 4, pp. 295-311; KAPLAN, N.:

sensu- que habitualmente se ven involucradas en un proceso: árbitros, staff de las cortes arbitrales, abogados, representantes de las partes, testigos, peritos técnicos y legales, etc⁹.

Mi propósito no es, empero, abordar los problemas que el multilingüismo suscita en la práctica del arbitraje. No obstante, la anterior exposición sirve de preámbulo para introducir el siguiente tema: cómo las herramientas de *soft law* sustantivo pueden ser útiles en el campo del arbitraje internacional.

Si el plurilingüismo resulta un problema en la práctica arbitral, también puede serlo la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos que convergen en un mismo litigio; lo que a los solos efectos de este trabajo denomino pluralismo jurídico.

Siguiendo con el parangón entre el idioma y la ley, el Prof. Frank MÜNDEL sugería que “si la música es el alimento del amor, el derecho tiene que ser el lenguaje de cualquier relación seria”¹⁰. Con este tono irónico, el académico de Gotinga apelaba a la moderna Torre de Babel que dibujaba el abigarrado plurilingüismo o pluralismo jurídico del derecho transaccional internacional.

Esta realidad incrementa la complejidad del proceso arbitral por la interrelación de diferentes derechos, en un plano tanto objetivo como subjetivo: esto es, tanto si en la disputa debe aplicarse el derecho de diferentes Estados (e.g., *dépeçage*¹¹); como si en el proceso intervienen actores con diferentes bagajes jurídicos (e.g., tribunales formados por árbitros de diferentes sistemas legales, con un

Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 14: Problems at Both Ends, en KRÖLL, S., MISTELIS, L., et al. (eds.): *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011, pp. 273-290; LAZOPOULOS, M.: *Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Article 17 [Language]*, en ARROYO, M. (Ed.): *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2018, pp. 625-631; BINDER, P.: *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Kluwer Law International, 2019, pp. 357-362; TERCIER, P., PATOCCHI, P. M., et al.: “L'usage des langues dans arbitrage”, *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage*, vol. 2016, Fasc. 3, 2016, pp. 749-790; o TUNG, S.: *Chapter 34: The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties' Due Process Rights*, en SHAUGHNESSY, P. L., TUNG, S. (eds.): *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017, pp. 359-372.

9 Y la posibilidad -frecuente, por otro lado- de que entre estos actores converjan diferentes lenguas. Al respecto, Vid. BORN, G. B.: *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021, pp. 2398 y 2399.

10 MÜNDEL, F.: *Lexicographical Musings - The Variegated Language of Sales Law: a Modern Tower of Babel*, *Uniform Law Review*, 2003, Vol. 8, Fasc. 3, p. 641. En su inglés original: “[i]f music be the food of love, law has to be the language of any serious relationship”.

11 El Prof. BORN se hace eco de otros ejemplos de concurrencia objetiva en la elección de dos o más derechos nacionales distintos igual y directamente aplicables a una relación jurídica (o choice of multiple national laws, e.g., “este contrato se regirá por las Leyes de los Estados A y B”); o bien mediante su elección convergente (o choice of overlapping national laws, e.g., “este contrato se regirá por las normas comunes a las Leyes de los Estados A y B”). Huelga señalar que el *dépeçage* se distancia de estos fenómenos en tanto supone aplicar diferentes ordenamientos jurídicos, de diferentes Estados, a distintas partes, elementos o aspectos de un contrato u otra relación jurídica. Vid. al respecto de todo lo anterior BORN, G. B.: *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021, pp. 2961 y 2962.

entendimiento apriorístico del problema jurídico subyacente condicionado por ellos)¹².

Ahora, ¿en qué sentido el pluralismo jurídico puede ser un problema?

Hay quien ha apuntado que, cuando existe un decalaje entre la ley aplicable a la disputa y el bagaje del árbitro u árbitros que deben resolverla, la eficiencia del proceso puede verse comprometida e, incluso, dificultar la emisión de *more balanced awards*¹³.

El Prof. RESPONDEK -que encabeza esta crítica- se hace eco de un laudo con el que busca ejemplificar esta problemática: se trata de un laudo que dirime una disputa sometida a un ordenamiento de derecho civil, cuya resolución se puso en manos de un árbitro con bagaje y formación de *common law*. No sin cierta sorna, RESPONDEK explica que el laudo en cuestión dedicaba importantes esfuerzos a debatir categorías típicas del derecho común como la *consideration*¹⁴, que poco o ningún encaje tenían en la disputa civil que estaba resolviendo¹⁵.

12 Los siguientes datos se introducen con el caveat, compartido, de que la nacionalidad no determina, necesariamente, el desconocimiento o falta de familiaridad con un determinado derecho. No obstante, estas estadísticas -en ausencia de datos más precisos sobre la relación entre derecho aplicable y *background* arbitral- pueden servir de tercio de comparación al respecto, desde un criterio meramente heurístico. Sin ánimo de agotar la cuestión, por ejemplo, el 76% de los procedimientos administrados en 2021 por la LCIA se referían a disputas en las que las partes habían elegido la ley inglesa como derecho sustantivo. Sin embargo, tan sólo el 59% de los árbitros nombrados ese ejercicio tenía nacionalidad inglesa, que contrasta con que únicamente el 14,2% de las partes tenían esta nacionalidad, y sólo el 5% de los procedimientos involucraban a partes que fueran, todas ellas, del Reino Unido (Vid. LCIA 2021 Annual Casework Report). En Iberoamérica, sirva de ejemplo la Cámara Do Mercado de Brasil, que en 2021 la totalidad de los procedimientos administrados por esta se resolvieron con base en el derecho brasileño, si bien en tales procesos se vieron involucradas partes de 36 nacionalidades diferentes y se reflejaron 7 nacionalidades diferentes entre los árbitros que decidieron en sus procesos (si bien una importante mayoría tenían nacionalidad brasileña) (Vid. Estadísticas 2021).

13 RESPONDEK, A.: "Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, vol. 31, Fasc. 4, 2014, p. 512.

14 Cfr. RESPONDEK, A.: "Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings", cit., p. 512.

15 Al diagnóstico de RESPONDEK tal vez quepa añadir una cuestión de importancia no menor. Y es que, más allá de la todavía debatida aplicabilidad del principio *iura novit curia* (rectius, *arbiter*) en el arbitraje internacional, hay elementos normativos que un árbitro debe conocer y aplicar, incluso de oficio en determinadas circunstancias, como por ejemplo las normas de orden público en el ámbito de la Unión Europea. La distancia del árbitro o colegio arbitral con el ordenamiento comunitario podría -destacamos el condicional- dificultar la toma en consideración de estas normas. Cabe recordar que en el asunto *Eco Swiss v. Benetton* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1999 [C-126/97]), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas apuntó que el art. 81 del entonces Tratado constitutivo de la Comunidad Europea era una norma que "puede considerarse una disposición de orden público" (¶139) en el plano comunitario. El Tribunal añadió que, en la medida en que los árbitros están fuera del circuito jurisdiccional comunitario y no pueden en consecuencia elevar cuestiones prejudiciales, el principio de interpretación uniforme sobre el derecho comunitario "exige que los órganos jurisdiccionales nacionales que deban pronunciarse sobre la validez de un laudo arbitral puedan examinar cuestiones relativas a la interpretación de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 81 CE, y, en su caso, plantearlas al Tribunal de Justicia para que este las resuelva con carácter prejudicial" (¶140). Sobre esta base concluye que "un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 81 CE, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público" (¶141). De ello cabe deducir que recae sobre los árbitros el deber de conocer y aplicar -incluso de oficio- las normas de orden público comunitarias, so pena de que el laudo que la ignore pueda considerarse contrario a dicho orden público. Al respecto de esto último, Vid. LENTZ DE

En una línea paralela, también se han descrito situaciones en las que la aplicación de un derecho diferente a aquel con el que el árbitro está familiarizado genera obstáculos al propio árbitro, sólo sea en términos psicológicos, fruto de la falta de familiaridad con la norma aplicable¹⁶. De esta clase de problemas da cuenta el Prof. LANDO, que señala que todos aquellos que han participado en un arbitraje internacional al que resulta aplicable una norma extranjera, “han experimentado la frustración de que les explique la ley un participante que es “nativo” de ese sistema jurídico. Si el nativo no es el árbitro único o el presidente del tribunal, sino alguien que está o puede sospecharse que está interesado en el resultado de la disputa, uno puede tener razones para temer que no siempre se le exponga toda la verdad sobre la norma. Sin embargo, uno sigue siendo el extranjero que habla sin autoridad, uno es el dilatante donde el otro es el experto. Si ese otro es su coárbitro, a menudo uno tiene muy poco que decir”¹⁷.

Si lo anterior supone el diagnóstico de un problema, la propuesta que este sector formula es que las cortes arbitrales pongan un mayor énfasis en el *background* legal de los árbitros nominados, de manera que su bagaje cohoneste

MOURA VICENTE, D. M.: “La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, IproLex, vol. 10, Fasc. 1, 2017, pp. 31 y 32; WAICYMER, J. M.: *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, pp. 1024 y 1036-1037 y “International Arbitration and the Duty to Know the Law”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, vol. 28, Fasc. 3, 2011, pp. 236-237.; CORDERO-MOSS, G.: *Chapter 6: Iura Novit Curia*, en FERRARI, F., ROSENFELD, F. J. (eds.): *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, Kluwer Law International, 2022, p. 129.

- 16 Cfr. BONELL, M. J.: *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005, p. 22.
- 17 LANDO, O.: *Assessing the Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonization of Arbitration Law*, Tulane Journal of International and Comparative Law, Vol. 3, 1994, pp. 140 y 141. En su inglés original: “[t]hose who have participated in an international arbitration governed by foreign law have experienced the frustration of being told the law by a participant who is a “native” of that legal system. If the native is not the sole arbitrator or the president of the tribunal, but one who is or may be suspected of being interested in the outcome of the dispute, you may have reason to fear that you are not always told the whole truth about the law. Nevertheless, you remain the foreigner who speaks without authority, you are the dilettante where the other is the expert. If he is your co-arbitrator, you have often very little to say”. El Prof. LANDO inroducía esta crítica como argumento a mayores de su propuesta, que pasaba por hacer de los UPICC norma material del contrato, con la evidente ventaja de que en tales casos “those involved in international proceedings-be it parties, counsel or arbitrators-plead and argue on an equal footing; none has the advantage of having the case pleaded or decided by his own law and nobody has the handicap of seeing it governed by a foreign law” (p. 140).

con la ley aplicable a la disputa¹⁸, donde en su opinión la nacionalidad juega un papel relevante¹⁹.

La distancia entre el derecho aplicable a la disputa y su conocimiento por parte de los árbitros puede responder, en parte, a la regulación de la mayoría de las cortes sobre la nacionalidad de los árbitros²⁰. En concreto, al respecto de cómo y en qué medida la nacionalidad de las partes debe condicionar el nombramiento por aquellas de árbitros únicos y presidentes de tribunal²¹, donde encontramos distintas aproximaciones²².

Puede resultar cuestionable que la nacionalidad de los árbitros, en sí misma considerada, deba servir de *tertium comparationis* en la búsqueda de un mayor equilibrio entre la cultura legal de la disputa y la mejor adecuación del perfil de los árbitros. Existen, no obstante lo anterior, herramientas útiles de las que el arbitraje internacional puede servirse para disminuir la distancia entre el derecho

-
- 18 RESPONDEK, A: "Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings", cit., p. 512: "[s]uch mishaps can easily be prevented if the arbitral institution pays proper attention to the legal background of the arbitrator and tries to make sure that the legal background of the arbitrator (common or civil law) matches the character of the substantive law governing the dispute. / In the examples above, the parties were domiciled in a civil law jurisdiction and the law of a civil law country applied to the underlying contracts. Nevertheless, sole arbitrators with a common law background were appointed in all cases. Arbitrators with a common law background are frequently appointed in arbitration disputes that are entirely based in civil law systems. While this may be considered 'enriching' in some cases, there is a risk that such appointment will lead to wrong decisions, as in the 'consideration' case referred to above [...]. An argument may also be made that arbitration has become less accommodating to the different legal cultures it was intended to serve. There is certainly no shortage of very well qualified arbitrators with a civil law background, and it would seem more appropriate to have an arbitrator with a civil law background in a purely civil law matter and to have arbitrators with a common law background decide matters that are rooted in a common law system".
- 19 RESPONDEK, A: "Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings", cit., p. 512: "[t]he relevance of this proposal is underscored by statistics of the nationalities of the arbitrators appointed in international arbitrations: certain nationalities seem to have a quasi-monopoly on arbitrator appointments. There does not seem to be a rationale for such nationality bias. Such disproportionate appointment of certain nationalities should be eliminated to avoid the impression of a nationality bias from the outset. It is hoped that arbitral institutions could find a more balanced approach between the legal background of arbitrators and the nationalities of the arbitrators they appoint in relation to the cases to be decided".
- 20 Cuya teleología, como señala el Prof. BORN, es la de reforzar la neutralidad internacional entre partes de diferentes nacionalidades. Con sus palabras, "[t]hese limitations are designed to implement one of the basic objectives of international arbitration, being to provide an internationally-neutral means of resolving disputes between parties from different countries. (638) In the words of one commentator, «as a symbol of impartiality, the national neutrality of an arbitrator is a vital factor for the proper functioning of a good arbitral tribunals". Consultado electrónicamente en *Chapter 12: Selection, Challenge and Replacement of Arbitrators in International Arbitration (Updated September 2022)*, en GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, Kluwer Law International.
- 21 Como constatan BASSIRI, N. y VIJRA, T., en *The (ir)relevance of an arbitrator's nationality*, en DE MEULEMEESTER, D., BERLINGIN, M., et al. (eds): *Liber Amicorum CEPANI (1969-2019): 50 Years of Solutions*, Wolters Kluwer, 2019, p. 39, "[m]any arbitration rules prescribe that, in cases of appointment by the institution, the presiding and sole arbitrator must belong to a different nationality than that of the parties to the dispute, unless agreed otherwise by the parties. Having a chair of a different nationality from the disputing parties is regarded as a step towards constituting a neutral tribunal, or at the very least, towards creating the perception of a neutral tribunal".
- 22 Sin pretender agotar el tema, encontramos ejemplos dispares de lo anterior en el art. 13 de las ICC Rules of Arbitration de 2021, el art. 6 de las LCIA Arbitration Rules de 2020, el art. 11 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de comercio de Lima de 2017, o el art. 12 del Reglamento de la Centro Internacional de Arbitraje de Madrid de 2020.

aplicable a la disputa y el bagaje de los árbitros, cuando dicha distancia exista. Me refiero, en este caso, a los cuerpos de *soft law* material.

III. EL *SOFT LAW* MATERIAL COMO PUNTO DE ENCUENTRO EN EL BABEL JURÍDICO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.

Comencemos por definir las categorías que van a ser utilizadas para sostener la tesis que se acaba de anunciar. A los efectos del presente artículo utilizamos el término *soft law* siguiendo la definición de KAUFMANN-KOHLER, según la cual, “[e]n general, se entiende por normas de *soft law* aquellas que no pueden aplicarse mediante la fuerza pública. Estas normas pueden emanar de agentes estatales, ya sean legisladores, gobiernos u organizaciones internacionales. También pueden emanar de agentes no estatales, como instituciones privadas y asociaciones profesionales o comerciales²³”, cuya finalidad es la de informar o servir de herramienta hermenéutica del derecho²⁴.

Precisamente, esta función informadora o de apoyo hermenéutico es la que considero interesante para delinear la utilidad de estas normas de derecho blando en el campo del arbitraje.

Tradicionalmente, además, estos corpus se han elaborado en clave de armonización de los distintos sistemas jurídicos que involucran, en un camino paralelo, aunque muy cercano al del derecho uniforme. Quizá el ejemplo clásico de los primeros lo encontramos en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC²⁵) que, más allá de su posible aplicación sustantiva, “establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales [...], pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme [o] para interpretar o complementar el derecho nacional”²⁶.

23 KAUFMANN-KOHLER, G.: *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, Journal of International Dispute Settlement, Oxford University Press, vol. 1, Fasc. 2, 2010, p. 284. Traducción privada. En su inglés original: “soft law” norms are generally understood to be those that cannot be enforced through public force. These norms can emanate from state actors, be they legislators, governments or international organizations. They can also emanate from non-state actors, such as private institutions and professional or trade associations”.

24 GREINER, D., MEDVEDSKAYA, A.: *Beyond High Hopes and Dark Fears: towards a Deflationary View of Soft Law in International Arbitration*, ASA Bulletin, vol. 38, Fasc. 2, 2020, p. 415: “[t]he term “soft law” is usually attributed to the eminent public international lawyer Lord McNair. Scholars disagree as to whether he used it broadly to mean «instruments with extra-legal binding effects» or just to distinguish *lex ferenda* from *lex lata*. The term later took on a wide meaning. Andrew Guzman and Timothy Meyer define soft law as «[n]onbinding rules or instruments that interpret or inform our understanding of binding legal rules or represent promises that in turn create expectations about future conduct”.

25 Por sus siglas en inglés, *Principles of International Commercial Contracts*. Para una exposición detallada sobre el origen, antecedentes, metodología y uso de los UPICC, Vid. VOGENAUER, S.: *Introduction*, en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, pp. 1-44.

26 Preámbulo de los PICC. Vid. a este respecto GARRO, A., MORENO RODRIGUEZ, J. A.: *The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform interpretation of National Laws*, en GARRO, A., MORENO

Esta tarea armonizadora también la encontramos en Europa, a través de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL²⁷), entre cuyos objetivos fundamentales se encuentra el de construir “un puente entre los sistemas de *Civil Law* y *Common Law*”²⁸, con la vocación de servir de “punto de referencia común para contrastar criterios y soluciones, en un doble sentido: inspiración para el legislador, de un lado, y elemento de interpretación e integración para la jurisprudencia, de otro”²⁹.

La tendencia armonizadora en clave de *soft law* refleja también de manera más reciente, en la labor de un grupo de académicos de países del este asiático, que han constituido un grupo de investigación para la refacción de los *Principles of Asian Contract Law*³⁰.

Latinoamérica, hasta no hace mucho, había permanecido fuera de esta corriente. Lo que resulta llamativo si uno compara la cercanía en principios de sus distintos sistemas legales, anclados en herencias jurídicas comunes, con el nivel notablemente bajo de unificación normativa stricto sensu, particularmente en derecho privado³¹.

Esta barrera quedó superada con la elaboración y desarrollo de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), que han evolucionado paulatinamente en la última década. Los PLDC ofrecen una visión armonizada -con vocación de *restatement*- del Derecho contractual latinoamericano. El proyecto tiene como propósito “plasmear un esfuerzo emprendido por un sector de la doctrina civil latinoamericana de repensar el derecho de contratos en la región, aproximándolo a ciertos desarrollos originados a partir de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980”³².

RODRÍGUEZ, J. A.: Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Laws, Springer, 2021, pp. 1-38.

27 Por sus siglas en inglés, *Principles of European Contract Law*.

28 PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en lo Principios de Derecho Contractual Europeo*, tesis doctoral de la Universidad Pablo Olavide, 2013, p. 90, citando a LANDO, BEALE y GONZÁLEZ PACANOWSKA.

29 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Los principios Lando*, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.): *Derecho Contractual Europeo*, 2009, pp. 165-166.

30 Cfr. MOMBERG, R., VOGENAUER, S.: *The Future of Contract Law in Latin America: The Principles of Latin American Contract Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, vol. 24, 2017, p. 3.

31 Cfr. MOMBERG, R., VOGENAUER, S.: *The Future of Contract Law in Latin America: The Principles of Latin American Contract Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, vol. 24, 2017, p. 4. Para un Desarrollo en profundidad de esta premisa, vid. las pp. 5-14 de la obra citada de MOMBERG y VOGENAUER.

32 DE LA MAZA, I., VIDAL, A.: “El contenido: una primera aproximación”, en DE LA MAZA, I., PIZARRO, C., VIDAL, A.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 27. Hay autores, no obstante, que han cuestionado el planteamiento y metodología de los PLDC. Entre ellos, ITHURRIA ha señalado no “parece adecuado hablar de principios latinoamericanos de derecho de contratos si en su elaboración no se tuvo en consideración el derecho de todos los países latinoamericanos o, alternativamente, no se argumentó porqué el derecho de los países observados sería representativo de la identidad jurídica latinoamericana”, denunciando la ausencia de México de entre los ordenamientos considerados, que resulta llamativa por su estrecha relación comercial con Estados Unidos. Autora que

En un sentido similar a sus predecesores occidentales, los PLDC explicitan en su art. 2 que “se aplican para interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme y derecho estatal que rigen el contrato» y “sirven como modelo para los legisladores estatales o internacionales”³³.

Pues bien, ¿en qué medida pueden estas herramientas de *soft law* ser útiles en el campo del arbitraje internacional? Bajo mi punto de vista su utilidad radica en su naturaleza armonizadora y su vocación hermenéutica de los distintos sistemas que involucran. Es decir, en su labor de puente entre los distintos ordenamientos sobre los que estos instrumentos parten. Ello sin perjuicio de que la utilidad de estas herramientas en el arbitraje comercial haya sido evocada de otras formas. Por ejemplo, utilizando instrumentos los PICC como *lex contractus*, de manera que la ley sustantiva que ha de usarse para resolver la disputa se abstraiga por completo de las partes y los árbitros, dibujando las normas de *soft law* un campo normativo neutral a todos los intervinientes³⁴.

Alexis MOURRE señalaba que las normas de *soft law* en su vertiente formal tienen la ventaja de *establishing a common playing field*³⁵, y contribuir al apaciguamiento y simplificación de los problemas que surgen de la ausencia de una norma uniforme. En este mismo sentido creo que pueden ser útiles las normas *soft law* material: establecen un marco común de entendimiento de las categorías jurídicas en juego y que deben aplicarse en la resolución de una determinada controversia.

Esta forma de contemplar las herramientas de *soft law* es del todo coherente con las finalidades que les son propias. Se dan escenarios en que los ordenamientos domésticos suscitan alternativas de aplicabilidad diferente, o dibujan lagunas en las que no es posible encontrar alternativa alguna³⁶. En esos casos, la propuesta de UNIDROIT es que resulta “aconsejable recurrir a los Principios como fuente de

también sugiere que “todavía no es claro qué es lo latinoamericano de los PLDC”, en el sentido de que los PLDC no terminan de especificar cuál es el ethos jurídico común a los distintos derechos que construyen tales principios. Vid., ITHURRIA, M.: *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: ¿Dónde está lo latinoamericano?*, Latin American Legal Studies, Vol. 9, 2021, pp. 295-299.

33 Vid. a este respecto GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo*, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), ADC, 2017, fasc. IV, pp. 1575-1611.

34 Por todos, Cfr. SCHERER, M.: *The Use of the PICC in Arbitration*, en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, pp. 81-110.

35 MOURRE, A.: “Soft law as a condition for the development of trust in international arbitration”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XIII, Fasc. 51, 2016, p. 93. La cita completa reza así: “[...] establishing a common playing field. And, by so doing, it is an element of appeasement and simplification, for in absence of uniform rules, any procedural disagreement will inevitably be resolved by resorting to a rule that is closer to one party, to the dissatisfaction of the other. In absence of a transnational soft law rule, parties will spend a huge amount of time arguing, at times in an unnecessary bitter way, about procedural issues that may not even arise if the tribunal is able to place both parties on the same ground at the outset by referring to an accepted common set of rules”.

36 Por ejemplo, podemos encontrar un importante elenco de artículos que el Prof. BONELL considera “particularly useful in interpreting and supplementing domestic laws” en BONELL, M. J.: *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005, pp. 239-243.

inspiración especialmente en aquellos casos en que la controversia se relaciona con un contrato comercial internacional³⁷. No encuentro razones para no predicar tal conclusión de las demás herramientas de *soft law* material, siempre y cuando guarden relación con la ley que ha de ser aplicada.

Este planteamiento guarda una cierta similitud con el fenómeno, cada vez más habitual en nuestra jurisprudencia, de interpretar las normas domésticas a la luz de la realidad social de nuestro tiempo utilizando como marco de referencia a tal efecto instrumentos de *soft law*. Puede verse un ejemplo de lo anterior en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2019³⁸. En ella nuestro Alto Tribunal se plantó el encaje que entonces podía tener la regla *rebus sic stantibus* en el marco de un contrato aleatorio. Para razonar sobre esta figura, en ausencia de una previsión interna que le diera carta de naturaleza generalizada, el Supremo busca ordenamientos vecinos para constatar que en sistemas similares al nuestro existen figuras similares expresamente positivizadas, en contraposición al nuestro:

“A diferencia de otros ordenamientos jurídicos que han regulado los efectos de la alteración de la base del negocio -“*geshfätsgrundlage*”, en el derecho alemán (§ 313 BGB); “*eccesiva onerosità sopravvenuta*”, en el Código civil italiano; o *frustration* o *hardship* del derecho anglosajón-, nuestro Código Civil no regula un mecanismo semejante que expresamente permita modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles para el cumplimiento del contrato” (F 2º).

Sin solución de continuidad, el Supremo contrapone la falta de una tipificación con la tendencia a recoger expresamente la figura en herramientas internacionales de *soft law* y otras de *lege ferenda*:

“No obstante, en la actualidad existe una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación)” (F 2º).

Finalmente, se acoge a los PECL -y su regulación del “Cambio de Circunstancias”- para interpretar el ordenamiento interno en materia contractual, sobre la base del “origen común de las reglas contenidas» en dicha herramienta, lo que “permite

37 INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, Principios UNIDROIT (2016), Comentario al preámbulo, p. 6. Vid. también BRÖDERMANN, E. J.: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Articles-by-Article Commentary, Kluwer Law International, 2018, pp. 16-17.

38 Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Secc. 1ª) núm. 5/2019, de 9 de enero (RJ 2019\5).

utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil" (FJ 2º)³⁹.

Otro ejemplo de esta técnica podemos verlo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2015⁴⁰ y 26 de febrero de 2013⁴¹ al respecto del deber de mitigar el daño, que en el ordenamiento español no encuentra una regulación general expresa que, no obstante, ha sido suplida por una suerte de tipificación jurisprudencial. En la última de estas sentencias podemos leer cómo el Tribunal Supremo español se apoya en los PECL para delinear la figura de la carga mitigadora:

"Más aún, la pronta reacción del acreedor ante la evidencia del incumplimiento esencial futuro, se ajusta a reglas de buena fe y, en su caso, puede permitir minimizar los daños y perjuicios derivados para ambas partes del incumplimiento -en el caso de la promotora podía buscar otro comprador y la compradora recuperar lo pagado a cuenta y adquirir otras viviendas-, y de hecho [...] el artículo 9:505(1) PDE que «[l]a parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables»" (26.).

Las sentencias anteriores no reflejan un uso ocasional del *soft law* como herramienta hermenéutica del ordenamiento interno⁴². Por el contrario, como constata la doctrina, este recurso es cada vez más notable y permite "observar la influencia indirecta del derecho europeo en nuestra jurisprudencia, en la medida en que ésta no es forzada, sino fruto de la persuasión y del convencimiento de la calidad del derecho que ejerce su influjo. El *Soft Law* europeo, en particular, ha proporcionado pautas valiosas a la jurisprudencia española en la modernización de aspectos del derecho de obligaciones y del derecho de daños, y otras corrientes internacionales han impregnado, por ejemplo, determinados aspectos del derecho de familia"⁴³.

39 La cita completa, que apela a sentencias anteriores que avalan recurrir a los PECL como herramienta hermenéutica, dice así: "[a]unque los Principios de Derecho Europeo de los Contratos no tienen carácter vinculante, la jurisprudencia de esta sala los ha utilizado reiteradamente como criterios interpretativos de las normas de derecho interno. Verbigracia, la sentencia 1180/2008, de 17 de diciembre, señala que «el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil»".

40 Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Secc. 1ª) núm. 123/2015, de 4 de marzo (2015\1095).

41 Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Secc. 1ª) núm. 69/2013, de 26 de febrero (RJ 2013\4935).

42 Podemos encontrar referencias a jurisprudencia extranjera en la misma línea, en relación con los UPICC, en OSER, D.: *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: a Governing Law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, p. 132.

43 VAQUER ALOY, A.: *El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos*, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, 2013, p. 94. Este trabajo recoge un interesante análisis de aquellos supuestos y casos donde, con mayor frecuencia, nuestra jurisprudencia se ha amparado en herramientas de *soft law* para interpretar el ordenamiento interno.

En un sentido similar, la doctrina se ha hecho eco del cada vez mayor uso que se hace de estas herramientas -en particular de los UPICC- para interpretar y complementar el derecho aplicable en disputas internacionales. Es más, esta tendencia se ha constatado incluso cuando el ordenamiento aplicable era sofisticado, lejos de sistemas propios de países en desarrollo o en proceso de transición a economías de mercado⁴⁴.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE APLICACIÓN PRÁCTICA.

Las conclusiones en este breve trabajo tal vez sean redundantes, pues han sido adelantadas desde el inicio y a lo largo de su desarrollo. En todo caso, a continuación sintetizo lo esencial de aquellas para acompañarlas de una propuesta práctica con el fin de aterrizar, en la dinámica arbitral, el recurso a cuerpos de *soft law* en su como de herramienta interpretativa en contextos de pluralismo jurídico.

Recordemos la premisa de partida: el pluralismo jurídico, como ha sido definido, puede ser causa de ineficiencias y otros posibles problemas en la práctica. Se ha expuesto también el remedio que parte de la doctrina internacional plantea: reducir cuanto sea posible la distancia entre el derecho aplicable y el bagaje de quien debe aplicarlo.

Junto al planteamiento anterior, creo que las herramientas de *soft law* pueden servir de instrumentos hermenéuticos, particularmente útiles en contextos internacionales. Más allá de la función modernizadora -a la que apelaba nuestra jurisprudencia- estos cuerpos de derecho blando permiten en gran medida hacer abstracción de las categorías jurídicas que son comunes en los ordenamientos que armonizan, salvando las diferencias que entre ellos puedan darse. Así, ofrecen un marco compartido desde el que interpretar el derecho aplicable, un puente entre los distintos sistemas, que facilita el entendimiento y mejor aplicación del ordenamiento relevante por quien debe resolver la disputa.

Las cuestiones que estas conclusiones suscitan pasan por el encaje de estas herramientas en el proceso. ¿Tendría sentido que, cuando existe distancia entre el derecho aplicable y quien ha resolver, se generalice la interpretación de ese ordenamiento a la luz de herramientas de *soft law* comunes al árbitro y las partes? ¿Podría sugerirse que estos instrumentos sirvieran para colmar las lagunas que,

44 Es BONELL quien da cuenta de este fenómeno, explicando que “[i]n almost half of the reported decisions -which significantly enough include also court decisions- the UNIDROIT Principles were used as a means of interpreting and supplementing the otherwise applicable law [...]. More important, the domestic laws governing the individual contracts in the cases in question were far from being only those of less developed countries or countries in transition to a market economy. Indeed, they include inter alia the laws of Australia, England, Finland, France, Greece, Italy, the Netherlands, New Zealand, Switzerland and the State of New York, thus confirming that even highly sophisticated legal systems do not always provide clear and/or satisfactory solutions to the special needs of current international commercial transactions [...]”. Vid. BONELL, M. J.: *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005, p. 295.

hipotéticamente, los árbitros se encontrarán en la aplicación de la norma local, como sucede con determinados cuerpos de derecho uniforme?

Una posible forma de articular esta función podría pasar por reflejar el acuerdo de las partes donde resulte más conveniente. No parece razonable que este lugar sea el convenio arbitral, pues el pluralismo jurídico en su vertiente subjetiva -la que resulta relevante a estos efectos- es probable que no se revele hasta una vez constituido el tribunal arbitral. Por el contrario, un acuerdo de tales características podría tener un encaje prudente en los vehículos procesales que sirven para ordenar el proceso, una los árbitros han sido designados (e.g., actas de misión, *terms of reference* u órdenes procesales).

A continuación, dejamos señalados un conjunto de ejemplos en la línea sugerida, a simple modo de propuesta:

Ejemplo 1. El proceso es administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) con sede Madrid, conducido en inglés. El demandante es de nacionalidad portuguesa y el demandado de nacionalidad española, habiéndose puesto de acuerdo para designar a un árbitro único de nacionalidad inglesa. El derecho aplicable al fondo es el francés. En el acta preliminar o *terms of reference*, podría reflejarse una propuesta con la siguiente redacción:

“[...] Section VII. Applicable law.

According to Clause 23(1)(b) of the Contract, the dispute is governed by the Law of the French Republic. By agreement of the Parties, the Principles of European Contract Law, as revised in 2002, may guide the Sole Arbitrator to address the interpretation of the substantive law, as well as any legal gap the Sole Arbitrator may find in the application of such a law”.

Ejemplo 2. El arbitraje es administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), con sede en Lima y conducido en español. La nacionalidad del demandante es peruana, mientras que la del demandado es brasileña. El colegio arbitral cuenta con un árbitro italiano y otro argentino, cada uno de ellos designado por una parte, y presidido por un árbitro colombiano designado por la CCL. El derecho aplicable, de acuerdo con el contrato, es el argentino. En el acta de misión u orden procesal núm. 1, recogiendo las normas de organización del proceso que emita el tribunal arbitral, podría recogerse lo siguiente:

“[...] Apartado IX. Normas aplicables al fondo.

De acuerdo con lo previsto en la Estipulación 19ª del Contrato, deberán aplicarse al fondo de la controversia las normas de la República Argentina. Por acuerdo de las Partes, los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), en su versión revisada de 2017, podrán servir de guía al Tribunal Arbitral en la interpretación del derecho aplicable al fondo, así como para colmar las lagunas legales que pueda encontrarse en su aplicación”.

Ejemplo 3. El proceso arbitral es administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en Lisboa y administrado en inglés. El demandante es un nacional austriaco, siendo la demandada una sociedad de nacionalidad argelina cuya matriz es suiza. La CCI nombra a un árbitro único de nacionalidad surcoreana, a falta de acuerdo entre las partes. El derecho aplicable al fondo, de acuerdo con el contrato, es el alemán. En la orden procesal núm. 1 podría reflejarse lo siguiente:

“[...] XI. Law applicable to the merits.

According to Section 19(a) of the Agreement, the dispute is governed by the Law of the Federal Republic of Germany. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, as revised in 2016, may guide the Sole Arbitrator to address the interpretation of the substantive law, as well as any legal gap the Sole Arbitrator may find in the application of such a law”.

El común denominador en los ejemplos anteriores es la diferencia que existe entre el derecho aplicable al fondo y el bagaje del árbitro o tribunal (total o parcial), y la voluntad de las partes de salvar tal diferencia proponiendo que la aplicación del derecho se haga de manera informada por un instrumento de *soft law* que sirva de puente entre todos ellos.

No persigo ni agotar el tema ni ofrecer conclusiones categóricas. Mi único propósito es elevar la cuestión de si los instrumentos de *soft law* sustantivo pueden ser útiles en disputas internacionales como las descritas, con una finalidad meramente hermenéutica de los ordenamientos domésticos que deban aplicarse; y si resulta razonable plasmar tal finalidad en órdenes procesales, actas de misión o sus análogos. Por las razones expuestas, mi inclinación tiende a una respuesta positiva, en el entendimiento de que estas herramientas, usadas de la forma propuesta, pueden mitigar parte de la problemática derivada del pluralismo jurídico (subjetivo) propio de estas disputas.

BIBLIOGRAFÍA

BASSIRI, N. y VIJRA, T.: "The (ir)relevance of an arbitrator's nationality", DE MEULEMEESTER, D., BERLINGIN, M., et al. (eds.): *Liber Amicorum CEPANI (1969-2019): 50 Years of Solutions*, Wolters Kluwer, 2019.

BINDER, P.: *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Kluwer Law International, 2019.

BRÖDERMANN, E. J.: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Articles-by-Article Commentary*, Kluwer Law International, 2018.

BONELL, M. J.: *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005.

BORN, G. B.: *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021.

BOURDIEU, P.: "Elementos para una sociología del campo jurídico", en BORDIEU, P. y TEUBNER, G.: *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores, 2000.

CORDERO-MOSS, G.: "Chapter 6: Iura Novit Curia", FERRARI, F., ROSENFELD, F. J. (eds.): *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, Kluwer Law International, 2022.

DE GERMINY, L.: "Practical Insights on Multilingual Proceedings", en KARTON, J., GREENBERG, S., YANG, F., NASIR GORE, K.: *Practical Insights by topic*, Kluwer Arbitration, 2021.

DE LA MAZA, I., VIDAL, A.: "El contenido: una primera aproximación", en DE LA MAZA, I., PIZARRO, C., VIDAL, A.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017.

FLECHTNER, H. M.: *The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)*, 17 Journal of Law and Commerce, 1998.

GARRO, A., MORENO RODRÍGUEZ, J. A.: "The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform interpretation of National Laws", en GARRO, A., MORENO RODRÍGUEZ, J. A.: *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Laws*, Springer, 2021.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo*, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), ADC, 2017, fasc. IV.

GREINER, D., MEDVEDSKAYA, A.: *Beyond High Hopes and Dark Fears: towards a Deflationary View of Soft Law in International Arbitration*, ASA Bulletin, 2020, Vol. 38, Fasc. 2.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Los principios Lando*, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.): *Derecho Contractual Europeo*, 2009.

HEIDEGGER, M.: *Identidad y diferencia*, ARCIS, 1957.

ITHURRIA, M.: *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: ¿Dónde está lo latinoamericano?*, Latin American Legal Studies, Vol. 9, 2021.

KAPLAN, N.: "Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 14: Problems at Both Ends", KRÖLL, S, MISTELIS, L., et al. (eds.): *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011.

KAUFMANN-KOHLER, G.: *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, Journal of International Dispute Settlement, Oxford University Press, 2010, Vol. 1, Fasc. 2.

LANDO, O.: *Assessing the Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonization of Arbitration Law*, Tulane Journal of International and Comparative Law, Vol. 3, 1994.

LAZOPOULOS, M.: "Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Article 17 [Language]", ARROYO, M. (Ed.): *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2018.

LENTZ DE MOURA VICENTE, D. M.: *La aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje internacional*, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, IproLex, 2017, Vol. 10, Fasc. 1.

MALCOLM, E.: "Authentic Text and Witness Clause", en BIANCA-BONELL (dirs.): *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987.

MARMOR, A.: *The Language of Law*, Oxford University Press, 2014.

MÜNZEL, F.: *Lexicographical Musings - The Variegated Language of Sales Law: a Modern Tower of Babel*, Uniform Law Review, 2003, Vol. 8, Fasc. 3.

MOMBERG, R., VOGENAUER, S.: *The Future of Contract Law in Latin America: The Principles of Latin American Contract Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, 2017.

MOURRE, A.: "Soft law as a condition for the development of trust in international arbitration", *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2016, Vol. XIII, Fasc. 51.

OETIKER, C.: "Witnesses before the International Arbitral Tribunal", *ASA Bulletin*, 2007, Vol. 25, Fasc. 2.

OSER, D.: *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: a Governing Law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.

OSMANI-SADRIU, V.: "Domestication of the CISG: examples from a few jurisdictions", *Journal of Law & Commerce*, 2020, Vol. 38.

PAPAUX, A.: "Article 33-Interprétation de Traités Authentifiés en Deux ou Plusieurs Langues" en CORTEN, O., KLEIN, P. (dirs.): *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités*, Vol. II, Bruylant, Bruselas, 2006.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en lo Principios de Derecho Contractual Europeo*, tesis doctoral de la Universidad Pablo Olavide, 2013.

RESPONDEK, A.: "Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings", *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, 2014, Vol. 31, Fasc. 4.

ROBLES MORCHÓN, G.: *Comunicación, Lenguaje y Derecho (algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del Derecho)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009.

SATORRE GRAU, F. J.: "El hombre ante el don de la lengua", *SCIO*, vol. I, 2007.

SCHERER, M.: "The Use of the PICC in Arbitration", en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009.

SHELTON, D.: "Reconcilable Differences? The Interpretation of Multilingual Treaties", *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 20, 1997.

TERCIER, P., PATOCCHI, P. M., et al.: "L'usage des langues dans arbitrage", *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage*, vol. 2016, Fasc. 3, 2016.

TUNG, S.: "Chapter 34: The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties' Due Process Rights", SHAUGHNESSY, P. L., TUNG, S. (eds.): *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017.

ULMER, N.: "Language, Truth, and Arbitral Accuracy", *Journal of International Arbitration*, vol. 28, Fasc. 4, 2011.

VAQUER ALOY, A.: "El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013.

VOGENAUER, S.: "Introduction", en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009.

WAINCYMER, J. M.: *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012.

**IMPOSICIÓN A NIVEL MUNDIAL DE LAS EMPRESAS
MULTINACIONALES: ESCALA EUROPEA***

**WORLDWIDE TAXATION OF MULTINATIONAL COMPANIES:
EUROPEAN LIBEL**

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 202-231

* 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: 17 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: La Unión Europea ha plasmado en la Directiva 2022/2523 el Proyecto GloBe o Pilar 2 de la OCDE 2020, que da origen, en los grupos multinacionales, a un impuesto complementario sobre la renta societaria, por la diferencia entre el tipo mínimo del 15% y el tipo efectivo de gravamen de la entidad.

PALABRAS CLAVE: Impuesto complementario; tipo mínimo.

ABSTRACT: *The European Union has included in Directive 2022/2523 the GloBe Project or Pillar 2 of the OECD 2020, which gives rise, in multinational groups, to a top-up tax on corporate income, for the difference between the minimum rate of 15% and the entity's effective tax rate.*

KEY WORDS: *Minimum tax rate; top-up tax.*

SUMARIO.- I. PREMISAS DE LA REGULACIÓN.- II. REGLA DE INCLUSIÓN DE RENTAS.- III. OPCIÓN POR EL IMPUESTO NACIONAL.- IV. REGLA DE BENEFICIOS INSUFICIENTEMENTE GRAVADOS.- V. ESTADO DE LA UBICACIÓN.- VI. BASE: AJUSTES SOBRE LAS GANANCIAS O PÉRDIDAS NETAS.- VII. ENAJENACIÓN DE ACTIVOS MATERIALES: COMPENSACIÓN.- VIII. REDUCCIONES VINCULADAS A LA SUSTANCIA ECONÓMICA.- IX. TIPO COMPLEMENTARIO.- X. DEBER DE DECLARAR.- XI. GRUPO DE ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.- XII. ESTRUCTURAS TRANSPARENTES.- XIII. GRUPO DE EMPRESAS EN PARTICIPACIÓN.- XIV. GRUPO MULTINACIONAL CON MÚLTIPLES MATRICES.- XV. ENTIDADES PUBLICAS COMO ENTIDADES EXCLUIDAS.

I. PREMISAS DE LA REGULACIÓN.

La Directiva europea 2022/2523¹, sobre nivel impositivo mínimo, tiene como objetivo nuclear conseguir en los grupos multinacionales y grupos nacionales de gran envergadura que se alcance la tributación a un tipo efectivo mínimo de sus *beneficios o rentas* societarias, mediante un impuesto complementario, de ordinario puesto a cargo de la matriz última del grupo².

En cuanto al ámbito de aplicación, la Directiva se aplicará a las entidades ubicadas en un *Estado de la Unión* integrantes de un grupo multinacional o de un grupo nacional de gran envergadura que tengan unos ingresos anuales iguales o superiores a 750.000.000 euros -incluido el volumen de negocios de las “entidades excluidas” que sean miembros del grupo-, en los estados financieros consolidados de su entidad matriz última, en al menos dos de los cuatro ejercicios fiscales inmediatos anteriores al ejercicio fiscal examinado.

Si bien son entidades *excluidas* del ámbito de aplicación de la Directiva, *ab initio*, esto es, se orilla su condición de sujeto pasivo, para las entidades públicas, las organizaciones internacionales, las organizaciones sin ánimo de lucro, los fondos

1 Directiva del Consejo 2022/2523, de 14 de diciembre (D.O.U.E. L 328 de 22.12.2022).

2 Puede verse ALONSO ARCE, I.: “El futuro de la tributación internacional de las multinacionales ya está aquí”, *Forum Fiscal*, núm. 294, 2023, pp. 1-3; MARTÍNEZ LAGUNA, F. D.: “La Directiva 2022/2523 en materia de imposición mínima societaria”, *Carta Tributaria*, núm. 1, 2023, pp. 1-6; VANDERWOLK, J.: “Global Minimum Tax: the road ahead”, *Tax Notes International*, núm. 2, 2023. Sobre el Proyecto GloBe o Pilar 2 de la OCDE 2020, NAVARRO IBARROLA, A.: “Consideraciones de política fiscal sobre la propuesta GloBe de tributación mínima”, *Crónica Tributaria*, núm. 179, 2021, pp. 63-91; SANZ GADEA, E.: “La imposición mínima global de los grupos de sociedades. OCDE. Pilar 2”, *Derecho & Sociedad*, núm. 56, 2021, pp.1-38; VELARDE ARAMAYO, M. S.: “Impuesto mínimo global y estímulos a la inversión directa”, *Unión europea Aranzadi*, núm. 3, 2022. Como contexto, FALCON TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho fiscal internacional*, 2ª ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2013.

• 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 en la materia desde hace más de treinta años, ha prestado sus servicios durante veinte años como magistrado suplente en la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana. Enrique.de-miguel@uv.es.

de pensiones, los fondos de inversión que sean matrices últimas y los instrumentos de inversión inmobiliaria que sean matriz última³.

A la hora de liquidar el complemento impositivo a cargo de la matriz última, sujeto pasivo, se toma como base de cálculo las ganancias computables netas de las entidades con reducción por vinculación con la “sustancia económica” de la actividad realizada y como tipo de gravamen complementario la diferencia entre el tipo mínimo y el tipo efectivo. Los cálculos del impuesto se efectúan a escala nacional.

*Exclusión de minimis*⁴: a elección de la entidad declarante, el impuesto complementario adeudado por las entidades ubicadas en un Estado será igual a cero en un ejercicio fiscal, si el volumen de negocios *medio* computable de las entidades del grupo localizadas en dicho Estado es inferior a 10.000.000 euros en el ejercicio, al tiempo que las ganancias o pérdidas⁵ medias computables de todas las entidades en dicho Estado representan una pérdida o son inferiores a 1.000.000 euros⁶.

La Exposición de motivos señala que la entidad matriz última⁷ de un grupo multinacional o de un grupo nacional de gran magnitud, que posee una participación de control en todas las demás entidades del grupo, ocupa un lugar central en el sistema. Porque siendo que la matriz última ha de consolidar las cuentas de todas las entidades del grupo, dicha entidad dispone de información esencial y es la mejor situada para garantizar que el nivel impositivo aplicado al grupo por el Estado en que está localizado se ajuste al tipo impositivo mínimo. Por lo que de ordinario será la sujeto pasivo obligada al pago.

Por lo que si la matriz última está ubicada en la Unión, tendrá la obligación de aplicar la “regla de inclusión de rentas” a la parte del impuesto complementario que le sea atribuible en relación con las entidades del grupo multinacional con un nivel impositivo bajo, tanto si están dentro como si están fuera de la Unión. La matriz última de un grupo nacional, sujeto pasivo, debe aplicar la regla de inclusión de rentas a la totalidad del importe del impuesto complementario con respecto a las entidades de su grupo con un bajo nivel impositivo.

3 Las “entidades excluidas” originan una *desescalada impositiva*, poniendo en juego la regla de beneficios infravalorados a cargo de las entidades dependientes ubicadas en la Unión.

4 Art. 30 de la Directiva 2022/2523.

5 Ingresos menos gastos con resultado negativo.

6 Ahora bien, la *exclusión de minimis* no será aplicable a las entidades sin nacionalidad, como son por regla general las entidades transparentes, ni tampoco a las entidades de inversión. Por otra parte, el volumen de negocios y las ganancias o pérdidas computables de las entidades de inversión o entidades sin nacionalidad deben ser dejados fuera del cálculo del mínimo excluido o umbral mínimo.

7 La Directiva 2022/ 2523 distingue entre matriz última y “matriz parcialmente participada”, en que más del 20% de sus participantes son ajenos al grupo.

“Estados financieros consolidados” refiere a los estados financieros elaborados por una entidad según una norma de contabilidad financiera aceptable, cuyo paradigma son las *Normas Internacionales de Información Financiera* (NIIF)⁸ en las que los activos, los pasivos, los ingresos, los gastos y los flujos de efectivo de dicha entidad o de cualquier entidad en la que tenga una “participación de control” se presentan como los de una unidad económica.

II. REGLA DE INCLUSIÓN DE RENTAS.

La Directiva distingue entre el supuesto de matriz última ubicada en un Estado de la Unión y el de matriz última ubicada en un Estado tercero. Las consecuencias no son las mismas. La matriz última ubicada en un Estado de la Unión debe someterse al impuesto complementario derivado de la prioritaria “regla de inclusión de rentas”. Dos escenarios.

Primer escenario: cuando una matriz última de un grupo multinacional o un grupo nacional de gran magnitud esté ubicada en un Estado miembro con un nivel impositivo bajo, los Estados de la Unión deben garantizar que la matriz última, sujeto pasivo, se someta al impuesto complementario asociado a la “regla de inclusión de rentas” no solo con respecto a sí misma sino también respecto a todas las entidades del grupo con un nivel impositivo bajo ubicadas en el mismo Estado miembro en el ejercicio fiscal.

Segundo escenario: estando una matriz ubicada en un Estado miembro, con dependientes en otro Estado o que sean entidades sin nacionalidad, los Estados de la Unión deben también garantizar que la matriz, sujeto pasivo, se someta al impuesto complementario asociado a la “regla de inclusión de rentas” en el ejercicio fiscal con respecto a las entidades del grupo con un nivel impositivo bajo que estén ubicadas en otro Estado o sean entidades sin nacionalidad.

El gravamen complementario presenta dos componentes.

Primer componente: el impuesto complementario asociado a la regla de inclusión de rentas adeudado por una matriz última, sujeto pasivo, en el primer escenario, incluirá, en el ejercicio fiscal, el importe del impuesto complementario calculado para la matriz última, junto a la parte atribuible a la matriz del importe del impuesto complementario calculado para las entidades del grupo con un nivel impositivo bajo ubicadas en el mismo Estado miembro en el ejercicio.

Segundo componente: además del importe atribuido a una entidad matriz según el primer componente si es matriz última, el impuesto complementario

8 Las NIIF en cuanto adoptadas por la Unión europea están en el Reglamento comunitario 1606/2002.

asociado a la regla de inclusión de rentas adeudado por la matriz, sujeto pasivo, con respecto a las entidades del grupo con un nivel impositivo bajo en el segundo escenario, será igual a la parte atribuible a la matriz en el impuesto complementario de las entidades con un bajo nivel impositivo, en el ejercicio fiscal.

Escalada impositiva: ¿qué parte es atribuible a una matriz en el impuesto complementario con respecto a una entidad del grupo con un nivel impositivo bajo? será objeto de atribución en la proporción que expresa la participación de la matriz en las ganancias -base imponible- de la entidad con un bajo nivel impositivo. La proporción se calculará importe de las ganancias de la entidad con un nivel impositivo bajo en el ejercicio fiscal menos el importe de las ganancias imputables a las participaciones detentadas por otros propietarios, dividido por las ganancias de la entidad con un nivel impositivo bajo en el ejercicio fiscal.

III. OPCIÓN POR EL IMPUESTO NACIONAL.

Los Estados de la Unión podrán optar por regular un impuesto complementario de carácter nacional. Si un Estado miembro en el que estén ubicadas entidades componentes de un grupo multinacional o de un grupo nacional decide regular un impuesto complementario nacional, cualquier entidad del grupo multinacional o del grupo nacional con un nivel impositivo bajo en dicho Estado miembro estará sometida al impuesto complementario nacional en el ejercicio fiscal.

Respecto a la normativa relativa a la base de cálculo en la regulación de un impuesto complementario nacional, los beneficios excedentarios nacionales de las entidades con un nivel impositivo bajo se podrán calcular a partir de una norma de contabilidad financiera aceptable o bien una norma de contabilidad financiera autorizada por el organismo contable autorizado y ajustada para evitar cualquier distorsión significativa de la competencia, en lugar de la norma de contabilidad financiera utilizada en los estados financieros consolidados.

Cuando una entidad matriz de un grupo multinacional o de un grupo nacional esté ubicada en un Estado miembro estando sus entidades participadas, ubicadas en otro Estado miembro o en un Estado tercero sometidas a un impuesto nacional en el mismo ejercicio en dichos Estados, el impuesto correspondiente a la entidad matriz será objeto de reducción, hasta llegar a cero, por el importe del impuesto nacional adeudado por ella o por las entidades del grupo. Pues los impuestos nacionales foráneos ya cumplen esa función de complemento buscada. El fundamento de esta regla está pues en evitar la duplicación en la imposición.

Falta de pago: cuando el impuesto complementario de regulación nacional para un ejercicio fiscal no se haya pagado en los cuatro ejercicios siguientes al ejercicio en el que se adeudaba, el importe del impuesto nacional no pagado se

añadirá al impuesto complementario del Estado de la matriz, y no será recaudado por el Estado miembro que tomó la opción del impuesto nacional. Se produce pues una “endósmosis” o movimiento centrípeto por el que el Estado de la matriz “recupera” *a posteriori* la capacidad impositiva del impuesto complementario sin reducciones, como garantía de recaudación.

En suma, el “impuesto nacional” -en un Estado de la Unión, pero también en un Estado tercero-de la entidad componente, operando como “palanca” que enerva el juego del impuesto complementario a cargo de la matriz última, se orienta a que los beneficios que cabría gravar en otros Estados sean gravados en el propio Estado, modificando la fisonomía inicial de los obligados al pago.

IV. REGLA DE BENEFICIOS INSUFICIENTEMENTE GRAVADOS.

El caso de matriz última ubicada en un Estado tercero es distinguido, en la Directiva, del supuesto de matriz última ubicada en un Estado de la Unión. El caso de matriz última de un grupo multinacional ubicada en un Estado tercero da lugar a la “regla de beneficios insuficientemente gravados”⁹, que originará una “desescalada impositiva” con la atribución de un gravamen a las componentes europeas del grupo de entidades.

Presupuesto de la regla de beneficios insuficientemente gravados es la ausencia de una matriz intermedia dentro de la Unión. Según deriva de la interpretación sistemática del art. 12 en relación con el art. 6 de la Directiva, según el cual caso de matriz intermedia ubicada en la Unión detentada por una matriz última ubicada en un Estado tercero, debe aplicarse, con carácter general, la regla de inclusión de rentas, y no la regla de beneficios insuficientemente gravados. Dos escenarios.

Primer escenario: cuando la matriz última de un grupo de empresas multinacionales esté ubicada en un Estado tercero que no aplique una regla de inclusión de rentas, “el vínculo fiscal se mueve hacia abajo” , por lo que los Estados de la Unión deben garantizar que las entidades participadas que estén ubicadas en la Unión queden sujetas, en el Estado miembro de su ubicación, a un ajuste equivalente al impuesto complementario asociado a la regla de beneficios insuficientemente gravados atribuido a ese Estado miembro en el ejercicio fiscal.

Segundo escenario: cuando la matriz última de un grupo multinacional esté ubicada en un Estado tercero con un bajo nivel impositivo, también “el vínculo se mueve hacia abajo” por lo que los Estados de la Unión deben garantizar que las entidades participadas ubicadas en la Unión queden sometidas, en el Estado miembro de su ubicación, a un ajuste equivalente al impuesto complementario

9 Arts. 12, 13 y 14 de la Directiva 2022/2523.

asociado a la regla sobre beneficios insuficientemente gravados atribuido a ese Estado miembro en el ejercicio fiscal.

Si bien queda fuera el supuesto de que la entidad matriz última-sujeto pasivo en dicho Estado tercero con un nivel impositivo bajo esté sometida a una regla de inclusión de rentas referente a ella y a las entidades del grupo con un nivel impositivo bajo ubicadas en dicho Estado. Pues en tal caso, la finalidad perseguida por la Directiva ya ha sido lograda.

Formas: a tal fin, el ajuste, que podrá realizarse mediante un impuesto complementario adeudado por dichas entidades, también podrá realizarse mediante una denegación de deducción de la renta imponible de las entidades que dé como resultado una deuda tributaria necesaria para recaudar el importe del impuesto complementario asociado a la regla de beneficios insuficientemente gravados atribuido a dicho Estado miembro.

Tiempo: caso de que el Estado de la Unión aplique el ajuste en forma de denegación de la deducción de los ingresos imposables, el ajuste se aplicará en la medida de lo posible respecto al ejercicio fiscal en que finalice el ejercicio fiscal para el que se calculará el importe del impuesto complementario y se atribuirá a un Estado miembro.

En el caso de que un importe adicional del impuesto complementario asociado a la regla de beneficios insuficientemente gravados con respecto a un ejercicio fiscal siga pendiente como resultado de la aplicación de una denegación de deducción de la renta imponible para dicho ejercicio fiscal entonces se *trasladará* en la medida necesaria y estará sometido, con respecto a cada ejercicio fiscal sucesivo, al ajuste enunciado hasta que el importe del impuesto complementario atribuido a dicho Estado miembro en ese ejercicio fiscal se haya pagado.

Cálculo del gravamen: el *quantum* del impuesto complementario asociado a la regla de beneficios infra-gravados a atribuir a un Estado miembro, se calculará importe a atribuir del impuesto complementario relativo a los beneficios infra-gravados, multiplicado por el porcentaje de atribución a cada Estado miembro.

Importe a atribuir: el importe total del impuesto complementario asociado a la regla de beneficios infra-gravados correspondiente a un Estado tercero, en el ejercicio fiscal, es el *sumatorio de los impuestos complementarios calculados para cada entidad del grupo multinacional* con un nivel impositivo bajo en tal Estado tercero, en ese ejercicio fiscal.

Porcentaje de atribución: el porcentaje para cada *Estado miembro* se calcula, en cada ejercicio fiscal, 50% del cociente número de empleados en el Estado

miembro entre el número total de empleados en todos los “Estados RBIG” más 50% del cociente valor de los activos materiales en el Estado miembro partido valor de los activos materiales en los “Estados RBIG”. El porcentaje es clave en la atribución¹⁰.

Control de la matriz última: el impuesto complementario asociado a la regla de beneficios infra-gravados de una entidad del grupo con un nivel impositivo bajo será igual a cero en los supuestos en que una o más matrices sometidas a una regla de inclusión de rentas respecto a dicha entidad del grupo, en un ejercicio fiscal, detenten -directa o indirectamente- todas las participaciones en la propiedad de la matriz última en tal entidad¹¹. Pues en tal caso, la finalidad perseguida por la Directiva 2022/2523 ya ha sido lograda.

En suma, la regla sobre imposición de beneficios infra-gravados se presenta como una norma subsidiaria de imputación de un gravamen. Cuando la matriz última no es gravada por el impuesto complementario entonces, en ausencia de una matriz intermedia en la Unión, “baja la marea” impositiva hacia las entidades del grupo ubicadas dentro del territorio de la Unión.

V. ESTADO DE LA UBICACIÓN.

A los efectos de la Directiva 2022/2523, se define que una entidad -que no sea una entidad transparente- está ubicada¹² en el Estado en que se considere *residente* a efecto de la normativa fiscal atendiendo a su lugar de gestión, su lugar de creación o criterios similares. Cuando no pueda determinarse la ubicación de una entidad -distinta de una entidad transparente- según su residencia fiscal, se considerará que está ubicada en el Estado en que se haya creado o constituido.

Cuando una entidad constitutiva esté ubicada en dos Estados y dichos Estados tengan un *convenio fiscal* aplicable, se considerará que la entidad constitutiva está ubicada en el Estado en que se considere residente a efectos fiscales en virtud de dicho convenio fiscal.

No se aplicará esta regla si el convenio fiscal aplicable exige que las Administraciones competentes lleguen a un acuerdo mutuo sobre la residencia a efectos fiscales de la entidad constitutiva, y este acuerdo no es alcanzado. En caso de no eliminación de la doble imposición en virtud del convenio fiscal aplicable,

10 Se acude a factores de la producción integrantes de la “sustancia económica” de la actividad realizada, en el lenguaje de la Directiva 2022/2523. La sustancia económica juega, en este contexto, como criterio de reparto o imputación del gravamen originado por la regla de beneficios infra-gravados y no da lugar a una renta excluida.

11 Art. 14 apartado 3 de la Directiva 2022/2523.

12 Art. 4 de la Directiva 2022/2523.

por causa de que la entidad del grupo resulta residente a efectos fiscales en ambos Estados contratantes, tampoco se aplicará esta regla.

Cuando una entidad del grupo esté ubicada en dos Estados y dichos Estados no tengan un convenio fiscal aplicable, se considerará que la entidad está ubicada en el Estado en que haya aplicado el importe más elevado de los impuestos exigidos (*tax covered*) en el ejercicio fiscal. A efectos del cálculo del importe de los impuestos cubiertos, que refieren a las rentas o beneficios, no se tomará en consideración el importe del impuesto pagado por razón de un régimen fiscal de “sociedades extranjeras controladas”¹³.

Si el importe de los impuestos cubiertos adeudados en ambos Estados es el mismo o es nulo, se considerará que la entidad constitutiva está ubicada en el Estado en la que presente el mayor importe de exclusión de rentas vinculada a la “sustancia económica” calculado por la entidad, cuyos parámetros son el personal, esto es, los trabajadores y los activos materiales¹⁴.

Si el importe de la exclusión de rentas vinculada a la “sustancia económica” en ambos Estados es el mismo o nulo, la entidad se considerará sin nacionalidad, a menos que sea una entidad matriz última, en cuyo caso se considerará que está ubicada en el Estado en que fue creada.

Regla complementaria: cuando, habiendo dos Estados en liza, como resultado de la aplicación de las reglas anteriores, una matriz resulta ubicada en un Estado en que no esté sujeta a una regla de inclusión de rentas, se considerará que está sujeta a la regla de inclusión de rentas del otro Estado, a menos que el convenio fiscal aplicable prohíba la aplicación de dicho criterio.

En suma, la Directiva no emplea derechamente el criterio de la residencia de la persona, que es el propio de la imposición directa, ni tampoco el criterio del establecimiento de la empresa, que es el propio de la imposición indirecta, sino el criterio de la ubicación de la entidad contribuyente.

13 Puede verse FERNÁNDEZ MARTÍN, F.: “International Fiscal Transparency: the Spanish-C.F.C. Tax Regime”, *Studi tributari europei*, núm. 1, 2013-2014; GARCÍA-NOVOA, C.: “Fiscal Neutrality in the Financing of the Companies”, *Studi tributari europei*, núm. 1, 2010; AGUILAR RUBIO, M. y HINOJOSA TORRALVO, J. J.: “Un supuesto de armonización jurisprudencial de la imposición directa: la doctrina del TJCE acerca del gravamen de los beneficios de sociedades extranjeras controladas (SEC) en el impuesto de la sociedad matriz por motivos de lucha contra el fraude”, *El Impuesto sobre Sociedades en una economía globalizada: el tránsito hacia su armonización europea: I Congreso Internacional de Derecho Tributario, 2009*, pp. 331-344; DE MIGUEL CANUTO, E.: “Instrumentos europeos sobre elusión fiscal en la imposición sobre sociedades”, *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2017, pp. 23-50.

14 *Ut infra* epígrafe VIII. Reducciones vinculadas a la sustancia económica.

VI. BASE: AJUSTES SOBRE LAS GANANCIAS O PÉRDIDAS NETAS.

La base de cálculo¹⁵ del impuesto complementario se cuantifica ganancias computables netas menos reducción por vinculación con la “sustancia económica”, lo que dará como resultado el “beneficio excedentario o extraordinario”.

Las ganancias o pérdidas de una entidad constitutiva se calcularán realizando los ajustes previstos sobre las ganancias o pérdidas netas contables de la entidad del grupo correspondientes al ejercicio fiscal antes de cualquier ajuste de consolidación por eliminación de operaciones intragrupo, según la Norma de contabilidad utilizada en la elaboración de los estados financieros consolidados de la entidad matriz última.

Los ajustes que están previstos sobre las ganancias o pérdidas netas contables de una entidad se realizarán en función del importe de las siguientes partidas para determinar sus ganancias o pérdidas a los efectos de la base de cálculo del impuesto complementario: a) gasto tributario neto; b) dividendos excluidos; c) ganancias o pérdidas de capital excluidas; d) ganancias o pérdidas incluidas conforme al método de revaluación; e) las ganancias o pérdidas derivadas de la enajenación de activos y pasivos excluidos; f) ganancias o pérdidas asimétricas en moneda extranjera;

También pueden originar ajustes las siguientes causas: g) gastos no admisibles según la estrategia de la empresa; h) errores en ejercicios anteriores y modificaciones de los principios contables; e i) gasto de pensiones devengado.

El “gasto tributario neto” comprende los impuestos sobre beneficios consignados como gasto y cualquier impuesto corriente o impuesto diferido incluido como gasto en el impuesto sobre la renta, abarcando a los activos por impuestos diferidos atribuibles a pérdidas en el ejercicio fiscal (art. 23)¹⁶.

VII. ENAJENACIÓN DE ACTIVOS MATERIALES: COMPENSACIÓN.

A elección de la entidad declarante, las ganancias o pérdidas de una entidad ubicada en un Estado derivadas de la enajenación a terceros, que no sean miembros del grupo, de activos materiales locales ubicados en el Estado por la entidad, durante un ejercicio fiscal, podrán “ajustarse” o compensarse¹⁷ con pérdidas netas. Se trata de una compensación retrospectiva y no de una compensación

¹⁵ Arts. 15 y 16 de la Directiva 2022/2523.

¹⁶ Debemos marcar la distinción con los créditos fiscales reembolsables, en todo o en parte, que se deberán pagar en efectivo a la entidad contribuyente, en el plazo de cuatro años, a partir de la fecha origen de los mismos (art. 3, punto 38 de la Directiva 2022/2523).

¹⁷ Art. 16.7 de la Directiva 2022/2523.

prospectiva. A estos efectos los activos materiales locales son bienes inmuebles que están ubicados en el mismo Estado que la entidad constitutiva.

La ganancia neta derivada de la enajenación de los activos materiales locales durante el ejercicio fiscal en que se realice la elección se compensará con cualquier pérdida neta de una entidad constitutiva ubicada en ese Estado, derivada de la enajenación de los activos materiales locales en el ejercicio fiscal en que se realice la elección y en los cuatro ejercicios anteriores a dicho ejercicio fiscal ("período de cinco años").

Orden de compensación: la ganancia neta se compensará en primer lugar con la pérdida neta que eventualmente se haya producido en el primer ejercicio fiscal del período de cinco años. Todo importe residual de la ganancia neta se trasladará a ejercicios siguientes y se compensará con las pérdidas netas que se hayan producido en ejercicios posteriores dentro del período de cinco años.

En el escenario de que subsista un importe residual de la ganancia neta, tal importe de ganancia se distribuirá uniformemente a lo largo del período de cinco años para el cálculo de las ganancias o pérdidas de cada entidad ubicada en ese Estado que haya obtenido una ganancia neta de la enajenación de los activos materiales locales en el ejercicio fiscal en que se realice la elección. El importe residual de la ganancia neta atribuido a una entidad será calculado en la proporción expresiva del cociente entre la ganancia neta de esa entidad dividida por la ganancia neta de todas las entidades del grupo.

Mientras que cuando ninguna entidad del grupo en un Estado haya obtenido una ganancia neta por la enajenación de activos materiales locales en el ejercicio fiscal en el que se realice la elección, el importe residual de la ganancia neta será atribuido *por igual* a cada una de las entidades del grupo en dicho Estado y se distribuirá uniformemente a lo largo del período de cinco años para el cómputo de las ganancias o pérdidas de cada una de esas entidades.

El resultado a que se llega es que todo ajuste o compensación según estas reglas correspondiente a los ejercicios fiscales anteriores al ejercicio fiscal en que se realice la elección, dará lugar a que el impuesto de los ejercicios anteriores sea calculado de nuevo. La modificación de la renta computable arrastrará la modificación del tipo efectivo. La elección sobre la práctica de la compensación debe realizarse anualmente, y se renovará automáticamente si la entidad no revoca la elección al final del año.

VIII. REDUCCIONES VINCULADAS A LA “SUSTANCIA ECONÓMICA”.

Las ganancias netas para un Estado deben ser reducidas¹⁸, a efectos del cálculo del impuesto complementario, en un importe igual a la exclusión (*carve out amount*) relativa a las nóminas y a los activos materiales para cada entidad del grupo ubicada en el Estado. Es ésta una señal de identidad del impuesto complementario. Salvo que la declarante del grupo ejerza la opción en el ejercicio por no aplicar la exclusión de rentas vinculada a la “sustancia económica”¹⁹.

Respecto a la partida de costes salariales deben tomarse los gastos de remuneración de los asalariados, incluidos los sueldos, salarios y otros gastos que proporcionen un beneficio personal directo y separado al trabajador, como son el seguro de enfermedad y las contribuciones al régimen de pensiones, junto a los impuestos sobre la nómina y el empleo, así como las cotizaciones del empleador a la Seguridad social. Como “trabajadores” hay que considerar no solo los trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial de la entidad, sino que también son asimilados los *contratistas independientes* que participen en las actividades ordinarias de funcionamiento del grupo multinacional o grupo nacional bajo la dirección y el control del grupo multinacional o nacional.

Cuantificación: la exclusión relativa a las nóminas de una entidad ubicada en un Estado será igual al 5% de sus costes salariales de los trabajadores que realicen actividades para el grupo multinacional o grupo nacional de gran magnitud en dicho Estado, con excepción de los costes salariales que sean capitalizados e incluidos en el valor contable de los activos materiales.

Respecto a los activos materiales, están comprendidos no solo los activos fijos materiales ubicados en el Estado, sino también los recursos naturales ubicados en el Estado y los derechos como arrendatario a utilizar activos materiales ubicados en el Estado junto a las licencias administrativas para el uso de bienes inmuebles o la explotación de recursos naturales que implique una inversión significativa en activos materiales.

Cuantificación: la exclusión relativa a los activos tangibles de una entidad del grupo ubicada en un Estado se calculará en un 5% del valor contable de los activos materiales ubicados en el Estado, con la excepción del valor contable de los bienes detentados a efectos de venta, arrendamiento o inversión, incluidos los terrenos y edificios. El valor contable de los activos materiales será la *media* entre el valor contable al principio del ejercicio fiscal y dicho valor al final del ejercicio, tal como se consigne a efectos de la preparación de las cuentas consolidadas de

¹⁸ Art. 28 de la Directiva 2022/2523.

¹⁹ Por “sustancia económica” la Directiva entiende el personal, los trabajadores y los activos materiales, estos es, insumos o factores originadores del proceso de producción. Quedan así fuera los intangibles.

la matriz última, descontando la depreciación, las amortizaciones y el agotamiento acumulados, y sumando los importes atribuibles a la capitalización de gastos salariales.

La operación aritmética ganancias computables netas menos la peculiar reducción por vinculación con la “sustancia económica”, dará como resultado el “beneficio excedentario o extraordinario”, del sujeto pasivo, que es la base de cálculo del impuesto complementario. La base recibirá la aplicación del tipo complementario.

IX. TIPO COMPLEMENTARIO.

Cuando el tipo impositivo efectivo de un Estado en el que estén ubicadas las entidades del grupo sea inferior al tipo impositivo mínimo correspondiente a un ejercicio, el grupo debe calcular el impuesto complementario por separado para cada una de sus entidades que tengan ganancias computables netas en dicho Estado. El tipo efectivo se calcula *a escala nacional*. Habrá tantos tipos efectivos como Estados donde estén ubicadas las entidades del grupo.

La Directiva 2022/2523 fija el tipo mínimo en el 15%. Este tipo marca el umbral que sirve para definir un “nivel impositivo bajo”, sea, de ordinario, a escala del Estado de ubicación, sea, ocasionalmente, a escala de entidad contribuyente, que hace surgir el impuesto complementario.

El tipo del impuesto²⁰ complementario de un Estado correspondiente a un ejercicio fiscal será la diferencia en puntos porcentuales calculada tipo impositivo mínimo menos tipo impositivo efectivo. El impuesto complementario se calculará y jugará *ab initio* a escala nacional. La base de cálculo es el “beneficio excedentario” o extraordinario en el Estado, en el ejercicio fiscal, que es el importe positivo²¹ calculado ganancias computables netas menos exclusión de rentas vinculadas a la “sustancia económica”.

La cuota del impuesto complementario de una entidad del grupo correspondiente al ejercicio fiscal en curso se calculará impuesto complementario del conjunto de entidades ubicadas en el Estado por el cociente ganancias computables de la entidad partido ganancias agregadas del conjunto de entidades ubicadas en el mismo Estado.

20 Art. 27 de la Directiva 2022/2523.

21 La base imponible del impuesto complementario no puede ser negativa, lo que es compatible con la compensación o ajuste de ganancias con pérdidas, con efectos retrospectivos, consecuencia de la enajenación de activos materiales.

X. DEBER DE DECLARAR.

La entidad del grupo multinacional o nacional ubicada en un Estado de la Unión debe presentar una declaración²² informativa sobre el impuesto complementario a su Administración tributaria.

Declarante: la declaración podrá ser presentada por una “entidad local designada”, esto es, por una entidad integrante del grupo ubicada en un Estado de la Unión que haya sido designada por las demás entidades del grupo ubicadas en el mismo Estado miembro para presentar en nombre y por cuenta del conjunto de ellas la declaración sobre el impuesto complementario o las comunicaciones previstas, relativas al grupo de entidades.

Delimitación negativa: no obstante, una entidad del grupo no está obligada a presentar declaración sobre el impuesto complementario a su Administración si la declaración ha sido presentada: a) por la matriz última ubicada en un Estado distinto que tenga, en el ejercicio a efectos de comunicación de información, un acuerdo de la Administración competente en vigor con el Estado miembro en el que esté ubicada la entidad contribuyente, o b) por la entidad declarante designada ubicada en un Estado distinto que tenga, en el ejercicio fiscal a efectos de comunicación de información, un acuerdo de la Administración competente en vigor con el Estado de la Unión en el que esté ubicada la entidad contribuyente.

En estos casos, la entidad contribuyente ubicada en un Estado miembro, o la entidad local designada para actuar en su nombre, notificará a su Administración la identidad de la entidad que presenta la declaración sobre el impuesto complementario y el Estado de su ubicación.

Contenido: la declaración informativa sobre el impuesto complementario se presentará en modelo normalizado e incluirá la siguiente información con respecto al grupo multinacional o al grupo nacional de gran magnitud: a) la identificación de las entidades del grupo, con sus números de identificación fiscal, en su caso, el Estado de su ubicación y su estatuto según la presente Directiva; b) información sobre la estructura corporativa global del grupo multinacional o del grupo nacional, incluidas las “participaciones de control” en las entidades del grupo detenidas por otras entidades del grupo; c) la información necesaria para calcular el tipo impositivo efectivo para cada Estado y el impuesto complementario de cada entidad; el impuesto complementario de un miembro de un “grupo de empresas conjuntas” o “grupo de empresas en participación”²³; y la atribución a cada Estado del importe del impuesto complementario asociado a la regla de inclusión de

²² Art. 44 de la Directiva 2022/2523.

²³ *Ut infra* XIII. Grupo de empresas en participación.

rentas y del impuesto complementario asociado a la regla de beneficios infra-gravados; y d) un registro de las opciones ejercitadas de conformidad con la Directiva en estudio.

Plazo de presentación: la declaración informativa sobre el impuesto complementario, así como cualquier comunicación relevante, a los efectos de la imposición complementaria, deben ser presentadas a la Administración del Estado miembro en el que esté ubicada la entidad declarante a más tardar 15 meses después del último día del ejercicio a efectos de comunicación de información. La entidad declarante debe ser una entidad europea.

XI. GRUPO DE ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.

La Directiva 2022/2523 presenta un grupo de establecimientos permanentes como un conjunto formado por una “entidad principal” que tenga uno o más establecimientos permanentes, siempre que la entidad principal no forme parte de otro grupo de entidades²⁴. La entidad principal o casa central debe incluir en sus estados financieros las ganancias o pérdidas netas contables de los establecimientos permanentes.

Además, el “grupo de empresas multinacionales” puede ser²⁵ un grupo que incluya al menos un establecimiento permanente que no esté situado en el Estado de ubicación de la entidad matriz última²⁶. El grupo de establecimientos permanentes debe ser un grupo multinacional. No se toma en consideración un grupo nacional de establecimientos permanentes²⁷.

La entidad principal de un grupo de establecimientos permanentes puede hacer la función de matriz última, sujeto pasivo, a efectos de la normativa del impuesto complementario²⁸. En cuyo caso se le aplicarán las mismas normas sobre gravamen que son aplicables a la matriz última controlante de un grupo de empresas.

Ubicación o localización del “establecimiento permanente”: la normativa distingue cuatro supuestos, en función de su normativa reguladora:

Primer supuesto: un lugar de negocios o un lugar considerado como tal ubicado en un Estado en que es tratado como establecimiento permanente según un

24 Art. 3, punto 3 de la Directiva 2022/2523.

25 Art. 3, punto 4 de la Directiva 2022/2523.

26 Como también es un grupo multinacional aquel grupo que incluya al menos una entidad que no esté ubicada en el Estado de la matriz última.

27 “Grupo nacional de gran magnitud” es cualquier grupo en el que todas las entidades componentes están ubicadas en el mismo Estado miembro. Se trata pues de un grupo en el perímetro europeo.

28 Art. 3, punto 14 de la Directiva 2022/2523.

convenio fiscal aplicable, siempre que dicho Estado grave la renta que se le atribuya según una disposición similar al art. 7 del Modelo de Convenio sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, en su versión modificada; que se considerará ubicado en el Estado en que es tratado como establecimiento permanente y está sujeto al impuesto en virtud del convenio fiscal aplicable.

Segundo supuesto: en ausencia de convenio tributario aplicable, un lugar de negocios o un lugar considerado como tal ubicado en un Estado que tenga un régimen del *impuesto sobre sociedades* que grave la renta atribuible al establecimiento en términos netos de manera similar a la que grava a sus propios residentes fiscales, establecimiento que se considerará ubicado en el Estado en que esté sometido al impuesto en términos netos sobre la base de su presencia comercial.

Tercer supuesto: si un Estado no tiene un régimen del impuesto sobre la renta de sociedades, un lugar de negocios o un lugar considerado como tal ubicado en dicho Estado que sería tratado como establecimiento permanente según el Modelo de Convenio sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, en su versión modificada, siempre que dicho Estado hubiera tenido derecho a gravar las rentas que habrían sido atribuibles al establecimiento según el art. 7 del Convenio; establecimiento que se considerará ubicado en el Estado en que esté situado.

Cuarto supuesto: un lugar de negocios o un lugar considerado como tal no descrito en los supuestos anteriores, a través del cual se lleven a cabo operaciones fuera del Estado en que esté ubicada la entidad principal, siempre que el Estado conceda una exención a las rentas atribuibles a dichas operaciones; “un establecimiento permanente tal como se define en el art. 3, punto 13, letra d), se considerará sin nacionalidad”, a efectos del impuesto complementario.

Ganancias o pérdidas: reparto ente la entidad principal y un establecimiento permanente. Como punto de partida cuando un componente del grupo sea un establecimiento permanente, sus ganancias o pérdidas netas contables serán las ganancias o pérdidas netas reflejadas en la contabilidad separada del establecimiento. Si un establecimiento permanente no lleva una contabilidad separada, sus ganancias o pérdidas netas serán el importe que se habría reflejado en su contabilidad separada si se hubiera elaborado de forma independiente según la Norma de contabilidad utilizada en la elaboración de los estados consolidados de la entidad matriz última.

Cuando una entidad constitutiva cumpla la definición de establecimiento permanente según Convenio fiscal o el Derecho nacional, sus ganancias o pérdidas netas contables a efectos del impuesto complementario se ajustarán para reflejar únicamente los importes y las partidas de ingresos y gastos que le sean atribuibles

según el convenio fiscal aplicable o con el Derecho nacional del Estado en que esté ubicado, con independencia del importe de los ingresos sujetos a impuestos y del importe de los gastos deducibles en ese Estado.

Cuando una entidad constitutiva cumpla la definición de establecimiento permanente según el Modelo de la OCDE, sus ganancias o pérdidas netas contables se ajustarán para reflejar únicamente los importes y las partidas de ingresos y gastos que le habrían sido atribuibles según el art. 7 del Modelo de Convenio sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, en su versión modificada.

Cuando una entidad constitutiva cumpla la definición de establecimiento permanente "sin nacionalidad", sus ganancias o pérdidas netas contables se calcularán sobre la base de los importes y las partidas de los ingresos que estén exentas en el Estado en que esté ubicada la entidad principal y que sean atribuibles a las operaciones realizadas fuera de dicho Estado y de los importes y las partidas de gastos que no sean deducibles a efectos fiscales en el Estado en que esté ubicada la entidad principal y que sean atribuibles a tales operaciones.

Como regla general no se tendrán en cuenta a la hora de calcular las ganancias o pérdidas de la entidad principal, sujeto pasivo, a los efectos del impuesto complementario, las ganancias o pérdidas netas contables de su establecimiento permanente.

Excepción: una pérdida de un establecimiento permanente se considerará como un gasto de la entidad principal, sujeto pasivo, si las pérdidas del establecimiento son consideradas como gasto en el cálculo de la renta imponible nacional de la entidad principal y no son objeto de compensación con respecto a una partida de la renta imponible nacional sujeta a impuestos según la legislación del Estado de la entidad principal y el Estado del establecimiento permanente. Si bien las ganancias que obtenga posteriormente el establecimiento se considerarán como ganancias de la entidad principal hasta el importe de la pérdida que anteriormente se consideró como un gasto de la entidad principal.

Reducción vinculada a la "sustancia económica": los costes salariales y los activos materiales²⁹ de un componente del grupo que sea un establecimiento permanente serán los que estén incluidos en su contabilidad financiera separada, siempre que los trabajadores computables y los activos materiales estén ubicados en el mismo Estado que el establecimiento permanente. No se tendrán en cuenta para determinar los costes salariales y los activos materiales de la "entidad principal" los salarios y activos de un establecimiento permanente. Cuando las rentas del establecimiento permanente hayan sido excluidas *a priori* total o parcialmente

29 Art. 28, apartado 6 de la Directiva 2022/2523.

según el art. 19 -casa central que es una entidad transparente-, o según el art. 38, apartado 5 -casa central matriz última que es entidad transparente- en lógica coherencia, los costes salariales y los activos materiales relativos al establecimiento se excluirán en la misma proporción, quedando fuera del cálculo para el grupo multinacional.

XII. ESTRUCTURAS TRANSPARENTES.

La transparencia a nivel internacional pone en juego una multiplicidad de supuestos a analizar, en la interacción normativa del Estado de creación de la entidad transparente y la normativa del Estado del propietario.

“Entidad transparente” es definida como una entidad en que la tributación de sus ingresos, gastos, ganancias o pérdidas es puesta a cargo de sus propietarios, en el Estado en la que fue creada, salvo³⁰ que siendo residente fiscal en otro Estado esté allí sujeta a un impuesto sobre sus rentas o beneficios³¹. La transparencia impositiva tiene dos manifestaciones o indumentarias: la entidad transparente a efectos fiscales y la “entidad híbrida inversa”.

La Directiva 2022/2523 delimita la transparencia fiscal mediante tres coordenadas o escenarios. Escenario primero: transparencia simple o directa: se entenderá por entidad transparente a efectos fiscales una entidad cuyos ingresos, gastos, ganancias o pérdidas sean tratados por la legislación de un Estado como si correspondieran directamente al *propietario de la entidad* de manera proporcional a su participación en la entidad.

Escenario segundo: cadena de entidades transparentes: una participación en la propiedad de una entidad -o un establecimiento permanente³²- se tratará como si estuviera detentada a través de una estructura transparente si dicha participación en la propiedad está detentada indirectamente a través de una cadena de entidades transparentes a efectos fiscales.

Escenario tercero: transparente foránea: una entidad del grupo que no sea residente fiscal y que no esté sometida a un impuesto cubierto o a un impuesto complementario nacional en función de su lugar de gestión, su lugar de creación o criterios similares, se considerará entidad transparente a efectos fiscales con respecto a sus ingresos, gastos, ganancias o pérdidas en la medida en que sus propietarios, contribuyentes, estén ubicados en un Estado que trate

30 El gravamen en otro Estado de las rentas o beneficios de la entidad enerva su condición de transparente. La condición de transparente resulta así contingente.

31 Art. 3, punto 12 de la Directiva 2022/2523.

32 Podemos pues encontrar un “establecimiento permanente” en que su tributación esté a cargo de los socios de la casa central o establecimiento principal.

a la entidad como transparente a efectos fiscales y además la entidad no tenga un establecimiento permanente en el Estado en la que haya sido creada, ni los ingresos, gastos, ganancias o pérdidas sean atribuibles³³ a un establecimiento permanente³⁴.

El foco iluminador de la condición de transparencia fiscal se ubica en el Estado del propietario, contribuyente, de manera que una entidad es transparente a efectos fiscales con respecto a sus ingresos, gastos, ganancias o pérdidas, en la medida en que sea considerada transparente en el Estado en que esté ubicado su propietario. Llamamos “entidad híbrida inversa” (*a reverse hybrid entity*) a la que es considerada transparente en el Estado en que fue creada con respecto a sus ingresos, gastos, pérdidas o ganancias, pero no es considerada transparente a efectos fiscales en el Estado en que esté ubicado su propietario³⁵.

La Directiva 2022/2523 no resuelve el supuesto plural de que el Estado de ubicación de un propietario considere transparente a la entidad mientras que el Estado de ubicación de otro propietario no la considere transparente sino una entidad híbrida.

Respecto a la ubicación de la entidad, la entidad transparente será considerada sin nacionalidad, salvo que sea matriz última de un grupo multinacional o matriz última de un grupo nacional de gran envergadura o esté obligada a aplicar una “regla de inclusión de rentas”, supuestos en que se considerará ubicada en el Estado en el que haya sido creada³⁶.

Siempre que la entidad transparente sea considerada entidad sin nacionalidad, el impuesto complementario se calculará por separado del impuesto complementario de las demás entidades del grupo, en el ejercicio fiscal (art. 27.7), conforme a la regla propia de las entidades sin nacionalidad.

33 Según el convenio fiscal que esté vigente, según el Modelo de Convenio OCDE o por tratarse de un establecimiento permanente “sin nacionalidad”.

34 Porque hemos visto que como regla general no se tendrán en cuenta a la hora de calcular las ganancias o pérdidas de la entidad principal las ganancias o pérdidas netas contables de su establecimiento permanente (art. 18, apartado 4 de la Directiva 2022/2523).

35 El origen de esta noción está en el concepto de *entidad híbrida*, que es “una entidad considerada como una persona distinta a efectos del impuesto sobre la renta en la jurisdicción en que está ubicada pero fiscalmente transparente en la jurisdicción en la que esté ubicado su propietario” (art. 24, apartado 4). Como lógica consecuencia, a las entidades híbridas se les atribuye el importe de los impuestos pagados incluidos en las cuentas del propietario y que se refieran a ganancias computables de la entidad híbrida. Sin embargo, la entidad incluirá en sus impuestos abarcados ajustados el importe resultante de multiplicar el porcentaje del impuesto complementario del Estado -calculado sin tener en cuenta los impuestos imputables al propietario de la entidad en relación con las rentas pasivas- por el importe de las “rentas pasivas” de la entidad incluidas en la norma de transparencia fiscal, cuando el resultado sea inferior al importe inicialmente calculado.

36 Art. 4 de la Directiva 2022/2523.

Recordemos que la regla sobre la voluntaria *exclusión de minimis* relativa al impuesto complementario no es aplicable a las entidades sin nacionalidad, como pueden ser las entidades transparentes, como tampoco lo es a las entidades de inversión. Por otra parte, el volumen de negocios y las ganancias o pérdidas computables de las entidades sin nacionalidad deben ser excluidos del cálculo del mínimo excluido.

Atribución residual de ganancias: la presencia en un grupo nacional o multinacional de una entidad transparente influye en la distribución de las ganancias³⁷ en el interior del grupo.

Las ganancias o pérdidas netas contables de una entidad transparente integrada en el grupo se reducirán en la cantidad que pueda atribuirse a sus propietarios que no sean entidades del grupo multinacional y que detenten su participación en la propiedad de la entidad transparente, sea directamente sea a través de una cadena de entidades fiscalmente transparentes³⁸.

Las ganancias o pérdidas netas contables de una entidad del grupo que sea una entidad transparente serán objeto de reducción en la cantidad de ganancias o pérdidas netas contables que se atribuyan a otra entidad del grupo.

Cuando una entidad transparente realice total o parcialmente actividades a través de un establecimiento permanente, sus ganancias o pérdidas netas contables [casa central transparente] que subsistan tras la atribución a los propietarios ajenos al grupo deben ser atribuidas a dicho establecimiento permanente.

Cuando una entidad fiscalmente transparente no sea la entidad matriz última, las ganancias o pérdidas netas contables de la entidad transparente que subsistan tras la aplicación de las reglas anteriores serán atribuidas a los *propietarios* de la entidad, contribuyentes, de acuerdo con sus participaciones en la propiedad de la entidad transparente.

Mientras que cuando una entidad transparente sea una entidad fiscalmente transparente que sea la entidad matriz última, toda ganancia o pérdida contable neta de la entidad transparente que subsista tras la aplicación de las reglas anteriores será atribuida a la entidad matriz última, sujeto pasivo.

Caso de una entidad transparente sea una "entidad híbrida inversa", toda ganancia o pérdida contable neta de la entidad transparente que subsista tras

37 Art. 19 de la Directiva 2022/2523.

38 A menos que la entidad transparente sea una entidad matriz última; o bien la entidad transparente sea detentada -directamente o a través de una cadena de entidades fiscalmente transparentes- por una entidad matriz última.

la aplicación de las reglas precedentes será atribuida a la entidad híbrida inversa, sujeto pasivo. Se da pues la misma solución que para una entidad transparente matriz última.

Las reglas de imposición sobre ganancias subsistentes se aplicarán por separado con respecto a cada participación en la propiedad de la entidad transparente.

Reducción vinculada a la “sustancia económica”: los costes salariales de los trabajadores pagados por la entidad transparente -que no deban ser atribuidos a un establecimiento permanente de la entidad- y los activos materiales computables que sean propiedad de dicha entidad, deben³⁹: a) ser asignados a los propietarios de la entidad transparente, en proporción al importe que les haya sido atribuido, siempre que los trabajadores que cumplen los requisitos y los activos materiales computables estén ubicados en el Estado de los propietarios de la entidad; y b) ser asignados a la entidad transparente si es la matriz última, siempre que los trabajadores y los activos materiales computables estén ubicados en el Estado de la entidad transparente. Si bien reducidos proporcionalmente a las rentas excluidas del cálculo de las ganancias de la entidad transparente por deber ser atribuidas al titular de la propiedad⁴⁰. Todos los demás costes salariales y activos materiales de la entidad transparente -junto a los activos intangibles- quedarán fuera de los cálculos relativos a la exclusión de la renta vinculada a la “sustancia económica” del grupo multinacional o grupo nacional de gran magnitud.

Matriz última transparente: Reducción por razón de impuestos⁴¹: Las ganancias computables de una entidad transparente que sea una matriz última se reducirán, durante el ejercicio fiscal, en las ganancias atribuibles al titular de participaciones en la propiedad (“titular de la propiedad”) de la entidad transparente, siempre que: a) el titular de propiedad, contribuyente, esté sometido a impuestos sobre las ganancias a un *tipo nominal* igual o superior al tipo mínimo para el período impositivo que finaliza a los 12 meses de la conclusión de ese ejercicio, o b) sea razonable esperar que el importe agregado de los impuestos cubiertos ajustados de la matriz última y los impuestos pagados por el titular de la propiedad -sobre las ganancias en los 12 meses siguientes a la finalización del ejercicio- sea igual o superior a un importe igual al producto de las ganancias por el tipo mínimo. Pues los impuestos pagados dan satisfacción al nivel impositivo mínimo buscado.

Las ganancias computables de una entidad transparente que sea entidad matriz última también se reducirán, durante el ejercicio, por el importe de las ganancias atribuibles al titular de la propiedad de la entidad transparente, siempre que el

39 Art. 28, apartado 7 de la Directiva 2022/2523.

40 Arts. 38, apartados 1 y 2 de la Directiva 2022/2523.

41 Art. 38 de la Directiva 2022/2523.

titular de la propiedad sea: a) una persona física residente fiscal en el Estado en que esté ubicada la matriz última y que detente participaciones en la propiedad que representen un derecho a un 5% o a una proporción inferior de beneficios y activos de la matriz última; o b) una entidad pública, una organización internacional, una organización sin ánimo de lucro o un fondo de pensiones [entidades excluidas] residente fiscal en el Estado en que esté ubicada la matriz última y que detente participaciones en la propiedad que representen un derecho a un 5% o a una proporción inferior. La regla parece obedecer a razones de simplificación.

Consecuencia: los impuestos cubiertos de una entidad transparente que sea una entidad matriz última, sujeto pasivo, deberán ser reducidos en proporción al importe de la reducción de las ganancias computables.

Respecto a las pérdidas computables de una entidad transparente que sea matriz última, deberán reducirse, durante el ejercicio, en el importe de las pérdidas atribuibles al titular de la propiedad de la entidad transparente. Aunque no se aplicará la regla si el titular de la propiedad, contribuyente, no está autorizado a utilizar las pérdidas para el cálculo de su renta imponible.

Casa central transparente: caso de un establecimiento permanente a través del cual una entidad transparente que sea una matriz última realice su actividad se aplicarán las reglas anteriores. Caso de establecimiento permanente a través del cual se realice la actividad de una entidad transparente, y las participaciones de la matriz última en la propiedad de la entidad transparente sean detentadas directamente o a través de una cadena de entidades transparentes, también se aplicarán las reglas anteriores.

XIII. GRUPO DE EMPRESAS EN PARTICIPACIÓN.

En el contexto de las *joint venture* (“estructuras de participación”) se diseña un grupo de entidades en participación o empresas conjuntas, donde una empresa en participación o empresa conjunta con sus filiales y con sus establecimientos permanentes es objeto de la participación en un 50% por una matriz última. Matriz última que puede estar ubicada en un Estado tercero y puede estar ubicada en un Estado de la Unión.

“Empresa en participación” es definida por la Directiva como una entidad cuyos resultados financieros se recogen según el método de puesta en equivalencia⁴² en

42 El método de “puesta en equivalencia” (*equity method*) tiene como centro la variación del conjunto del “patrimonio neto” de la entidad participada objeto de consolidación, conforme a la NIC 28. *Inversiones en entidades asociadas y negocios conjuntos*. Puede verse GARCÍA RESTREPO, J.: *Estados financieros. Consolidación y método de participación*, 3ª ed., Bogotá, 2017; y MARTÍNEZ PÉREZ, F. y TEJERINA CASTELLANOS, A.: “Consolidación por integración proporcional y puesta en equivalencia”, *Partida doble*, núm. 14, 1991, pp. 34-41.

los estados financieros consolidados de la matriz última, que detenta, sea directa sea indirectamente, al menos el 50% de su participación en la propiedad.

“Filial de una empresa en participación” es una entidad cuyos activos, pasivos, ingresos, gastos y flujos de efectivo están consolidados por una empresa en participación según una Norma de contabilidad financiera aceptable, o estarían consolidados si la empresa en participación hubiera sido requerida para consolidar dichos activos, pasivos, ingresos, gastos y flujos de efectivo siguiendo una norma de contabilidad financiera aceptable.

En los casos de un establecimiento permanente cuya entidad principal o casa central sea una empresa en participación o sea una filial de empresa en participación, entonces el establecimiento permanente será tratado, a los efectos de la imposición complementaria, aplicando las mismas reglas que a una filial de empresa en participación independiente.

Respecto al gravamen, la matriz, sujeto pasivo, que detente una participación en la propiedad de una “empresa en participación” debe aplicar la regla de inclusión de rentas respecto a la parte que le sea atribuible del impuesto complementario de la empresa en participación.

Igualmente, respecto al gravamen, la matriz, sujeto pasivo, que detente una participación directa o indirecta en la propiedad de una filial de una empresa en participación debe aplicar la regla de inclusión de rentas respecto a la parte que le sea atribuible del impuesto complementario de la filial de la empresa en participación.

La cuantificación del impuesto complementario de la empresa en participación y de sus filiales (“grupo de empresas en participación” a los efectos del impuesto complementario) se efectuará aplicando las mismas reglas que a las entidades de un grupo multinacional o grupo nacional de gran magnitud separado y como si la empresa en participación fuera la matriz última de dicho grupo. El impuesto se “condensa” pues en la empresa en participación.

Si bien el impuesto complementario adeudado por el “grupo de empresas en participación” se reducirá en la parte atribuible a cada matriz⁴³ del impuesto complementario de cada miembro del “grupo de empresas en participación” objeto de gravamen. Cualquier importe restante del impuesto se añadirá al importe total del impuesto complementario asociado a la regla sobre beneficios insuficientemente gravados.

43 Que puede ser una matriz intermedia y que también puede ser una matriz parcialmente participada (en más del 20% por participantes ajenos al grupo).

Como la entrada en escena del régimen de “estructuras en participación” exige una participación del 50% de la matriz última, las *joint venture* sin matriz última participante en un 50% se rigen por las reglas generales. El resultado de la Directiva 2022/2523 en este punto es la bifurcación de regímenes para las *joint ventures*.

XIV. GRUPO MULTINACIONAL CON MÚLTIPLES MATRICES.

Grupo multinacional o grupo nacional encabezado por múltiples matrices⁴⁴ es la modalización contractual de “estructura en participación” o *joint venture*, con la finalidad de formar una unidad económica de entidades, que mantienen a un tiempo sus identidades diferenciadas, con vistas a la realización de un proyecto unitario.

“Grupo de empresas multinacionales o grupo nacional de gran magnitud con múltiples entidades matrices” designa, en la Directiva 2022/2523, a dos o más grupos en los que las matrices últimas suscriben un *acuerdo* consistente en formar una “estructura indisociable” o un “acuerdo de doble cotización”, que incluya al menos una entidad o establecimiento permanente del grupo combinado ubicado en un Estado diferente respecto de la ubicación de las demás entidades del grupo combinado.

Se trata pues de un grupo combinado resultante de agrupar dos o más grupos previos. Donde puede integrarse un grupo nacional, siempre que el grupo combinado incluya una entidad o establecimiento permanente ubicado en un Estado distinto a la ubicación de las restantes entidades. Esto es, el grupo combinado ha de resultar multinacional.

En la modalidad de estructura indisociable (*stapled structure*), el acuerdo adoptado por dos o más matrices últimas de grupos distintos tiene dos notas características. La primera, que se detenta el 50% o más de las participaciones en la propiedad de matrices últimas de grupos distintos -que, si cotizan, lo hacen a un precio único-, se combinan entre sí, y no pueden transmitirse ni negociarse de forma independiente o disociada, debido a la forma de propiedad, a las restricciones a la transmisión o a otras condiciones. La segunda característica, que una de las matrices últimas elabora estados financieros consolidados en los que se presentan conjuntamente, como los de una unidad económica, indisociable, los activos, pasivos, ingresos, gastos y flujos de efectivo de todas las entidades de los grupos afectados, grupos que deberán ser objeto de una auditoría externa prevista por un régimen regulador.

La modalidad acuerdo de doble cotización (*dual-listed arrangement*) consiste en un contrato suscrito por dos o más matrices últimas cabeceras de grupos

44 Art. 37 de la Directiva 2022/2523.

distintos en virtud del cual actividades de las matrices últimas se gestionan como una *unidad económica* según acuerdos contractuales, conservando sus identidades jurídicas diferenciadas. Además, según acuerdos contractuales, las matrices últimas efectuarán distribuciones con respecto a los dividendos -y también en caso de liquidación- a sus accionistas sobre la base de una ratio fija, si bien las participaciones en la propiedad de las matrices últimas que componen el acuerdo cotizan, se negocian y se pueden transmitir de forma independiente en diferentes mercados de capitales.

Por razón del acuerdo, las matrices últimas deben elaborar estados financieros consolidados en los cuales se presentan conjuntamente, como los de una unidad económica, los activos, pasivos, ingresos, gastos y flujos de efectivo de las entidades de todos los grupos, grupos que deberán ser objeto de una auditoría externa prevista por un régimen regulador.

La primera consecuencia, relativa a las entidades matrices del grupo multinacional o grupo nacional encabezado por múltiples matrices ubicadas en un Estado de la Unión, incluidas las matrices últimas, consiste en que las matrices, sujetos pasivos, deben aplicar la conocida regla de inclusión de rentas (*escalada impositiva*) respecto a la parte que les sea atribuible del impuesto complementario de las entidades con un bajo nivel impositivo.

La segunda consecuencia, relativa a las entidades del grupo multinacional o grupo nacional con múltiples matrices que estén ubicadas en un Estado de la Unión, consiste en que las entidades aplicarán la regla sobre beneficios infra-gravados⁴⁵(*desescalada impositiva*), teniendo en cuenta el impuesto complementario de cada entidad con un nivel impositivo bajo que sea miembro del grupo multinacional o grupo nacional con múltiples matrices.

Por último, desde el punto de vista de la forma, las matrices últimas del grupo multinacional o grupo nacional encabezado por múltiples entidades matrices deben presentar declaración informativa sobre el impuesto complementario, salvo que designen una única entidad declarante para actuar en su nombre. La declaración incluirá la información relativa a cada uno de los grupos que componen el grupo multinacional o grupo nacional con múltiples matrices.

XV. ENTIDADES PÚBLICAS COMO ENTIDADES EXCLUIDAS.

“Entidad pública”, a los efectos de la Directiva, es una entidad que formando parte o siendo propiedad en su totalidad de una Administración pública, ante la que debe rendir cuentas, en ella concurren tres características: primera, que

45 Hemos de sobreentender que la matriz última estará ubicada en un Estado tercero.

tiene como objeto principal desempeñar una función de Administración pública o bien, gestionar o invertir los activos de la Administración o del Estado mediante la realización y el mantenimiento de inversiones, la gestión de activos y actividades de inversión conexas, segunda, que "no ejerce ninguna actividad comercial o empresarial", lo que entendemos significa que no realiza una actividad relativa a la "economía real", y tercera, que en el momento de su disolución se prevé que sus activos se atribuyan a una Administración y, en la medida en que distribuyan beneficios, estos beneficios se distribuyan exclusivamente a dicha Administración, sin que ninguna parte de tales beneficios pueda entregarse a ningún particular⁴⁶.

Las entidades públicas tienen la condición de "entidades excluidas" de tributación en sí mismas, exclusión de los impuestos complementarios que abarca también a determinadas entidades dependientes en dos supuestos.

Primer supuesto de extensión de la exclusión: una entidad en que al menos el 95% de su valor es propiedad de una o varias entidades excluidas -directamente o a través de una o varias entidades excluidas- y opere exclusiva o casi exclusivamente para poseer activos o invertir fondos en beneficio de la entidad excluida o bien realice exclusivamente actividades auxiliares a las realizadas por la entidad o entidades excluidas.

Segundo supuesto de extensión de la exclusión: una entidad en que al menos el 85% de su valor sea propiedad de una o varias de las entidades excluidas -directamente o a través de una o varias entidades excluidas- siempre que sustancialmente la totalidad de beneficios se derive de dividendos o de ganancias o pérdidas de capital que estén excluidos del cálculo de las ganancias o pérdidas computables a efectos de las normas sobre impuesto complementario.

Opción por la tributación: si bien la entidad declarante del impuesto complementario a nivel de grupo multinacional o nacional podrá ejercer la opción de no considerar a ninguna de las entidades dependientes enunciadas como entidades excluidas de tributación. Opción pues por la tributación. Opción que surtirá efectos durante cinco años. La opción ejercitada se renovará automáticamente salvo que sea revocada al término de los cinco años. La revocación surtirá a su vez efectos obstativos de la tributación durante cinco años.

Delimitando negativamente, las reglas fiscales relativas a un grupo de "empresas en participación" o *joint venture* no⁴⁷ pueden ser aplicadas a un grupo encabezado por una entidad excluida como lo es una entidad pública. En tal sentido, la noción de "empresa en participación" a los efectos del impuesto complementario, primero,

⁴⁶ Art. 3, punto 9 de la Directiva 2022/2523.

⁴⁷ Art. 36, de la Directiva 2022/2523.

no puede abarcar a las entidades excluidas como lo son las entidades públicas, segundo, no puede abarcar a una entidad integrada en un grupo multinacional o nacional formado íntegramente por entidades excluidas, como son las entidades públicas, y, tercero, tampoco puede abarcar a una entidad integrada en el grupo multinacional o nacional que sea objeto de participación directa a través de una entidad excluida como una entidad pública, y en que concurra una de las dos circunstancias siguientes: primera, sea operar para poseer activos o invertir fondos en beneficio de sus inversores sea realizar actividades auxiliares de las realizadas por la entidad excluida, o, segunda, que sus ingresos estén excluidos del cómputo de las ganancias o pérdidas computables a los efectos de la normativa sobre impuestos complementarios.

Sin embargo, en el escenario de que una entidad en principio excluida de gravamen como lo es una entidad pública ejerza la función de matriz última, encontramos que, en presencia de una matriz intermedia ubicada en la Unión, deberá ser aplicada la regla de inclusión de rentas (art. 7), con su *escalada impositiva*. En este escenario la condición de matriz última de la entidad prevalece sobre la condición de entidad pública. Poniendo en juego la regla de inclusión de rentas, asociada a la presencia de una matriz intermedia en la Unión.

En el escenario de que una entidad pública sea matriz última de un grupo multinacional⁴⁸, y esté ubicada en un Estado tercero, los Estados de la Unión deben garantizar que las entidades integrantes del grupo ubicadas en la Unión queden gravadas en el Estado miembro de su ubicación, en un ajuste equivalente al importe del impuesto complementario asociado a la regla de *beneficios insuficientemente gravados* atribuido a ese Estado miembro en el ejercicio. En este escenario la condición de matriz última de la entidad de nuevo prevalece sobre la condición de entidad pública. Poniendo en juego en este caso la regla de *beneficios infra-gravados*, y su *desescalada impositiva*, que es asociada a matrices ubicadas en Estados terceros, en ausencia de una matriz intermedia europea.

48 Al igual que una matriz última de un grupo multinacional ubicada en un Estado tercero que no aplique una "regla de inclusión de rentas".

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUBIO, M., Y HINOJOSA TORRALVO, J.J.: “Un supuesto de armonización jurisprudencial de la imposición directa: la doctrina del TJCE acerca del gravamen de los beneficios de sociedades extranjeras controladas (SEC) en el impuesto de la sociedad matriz por motivos de lucha contra el fraude”, *El Impuesto sobre Sociedades en una economía globalizada: el tránsito hacia su armonización europea*. I Congreso Internacional de Derecho Tributario, 2009.

ALONSO ARCE, I.: “El futuro de la tributación internacional de las multinacionales ya está aquí”, *Forum Fiscal*, núm.294, 2023.

DE MIGUEL CANUTO, E.: “Instrumentos europeos sobre elusión fiscal en la imposición sobre sociedades”, *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2017.

FALCON TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho fiscal internacional*, 2ª ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2013.

FERNÁNDEZ MARTÍN, F.: “International Fiscal Transparency: the Spanish-C.F.C. Tax Regime”, *Studi tributari europei*, núm. 1, 2013-2014.

GARCÍA-NOVOA, C.: “Fiscal Neutrality in the Financing of the Companies”, *Studi tributari europei*, núm. 1, 2010.

GARCÍA RESTREPO, J.: *Estados financieros. Consolidación y método de participación*, 3ª ed., Bogotá, 2017.

MARTÍNEZ LAGUNA, F. D.: “La Directiva 2022/2523 en materia de imposición mínima societaria”, *Carta Tributaria*, núm. 1, 2023.

MARTÍNEZ PÉREZ, F. y TEJERINA CASTELLANOS, A.: “Consolidación por integración proporcional y puesta en equivalencia”, *Partida doble*, núm. 14, 1991.

NAVARRO IBARROLA, A.: “Consideraciones de política fiscal sobre la propuesta GloBe de tributación mínima”, *Crónica Tributaria*, núm. 179, 2021.

SANZ GADEA, E.: “La imposición mínima global de los grupos de sociedades. OCDE. Pilar 2”, *Derecho & Sociedad*, núm. 56, 2021.

VANDERWOLK, J.: “Global Minimum Tax: the road ahead”, *Tax Notes International*, núm. 2, 2023.

VELARDE ARAMAYO, M. S.: “Impuesto mínimo global y estímulos a la inversión directa”, *Unión europea Aranzadi*, núm. 3, 2022.



**LA ADQUISICIÓN, TITULARIDAD Y TRANSMISIÓN DE BIENES Y
DERECHOS: UN ESTUDIO DE SU TRIBUTACIÓN**

**THE ACQUISITION, OWNERSHIP AND TRANSFER OF ASSETS AND
RIGHTS: A STUDY OF THEIR TAXATION**

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 232-267

Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de febrero de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: La fiscalidad que gira en torno a los bienes y derechos está establecida, inicialmente, en la adquisición de éstos. Una vez se es titular del patrimonio, nuestro sistema tributario también configura tributos que someten a gravamen dichos activos; se exploten económicamente o no. Y, por último, la transmisión de éstos también está sujeta. Ante este entorno tributario, el presente trabajo analizará la fiscalidad de la persona física en la adquisición, titularidad y transmisión de elementos patrimoniales; ya sea por actos o negocios jurídicos *inter vivos*, como *mortis causa*.

PALABRAS CLAVE: Adquisición; titularidad; transmisión; bienes y derechos; tributación.

ABSTRACT: *The taxation that revolves around assets and rights is established, initially, in their acquisition. Once you are the owner of the estate, our tax system also configures taxes that tax said assets; economically exploited or not. And finally, the transmission of these is also subject. Given this tax environment, this paper will analyze the taxation of the natural person in the acquisition, ownership and transfer of assets; either by acts or legal transactions inter vivos, such as mortis causa.*

KEY WORDS: *Acquisition; ownership; transmission; assets and rights; taxation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. FISCALIDAD DE LA ADQUISICIÓN de los derechos reales.- 1. Adquisición inter vivos onerosa.- A) Aspectos generales.- B) Condición suspensiva vs. condición resolutoria.- C) Hecho imponible.- D) Obligado tributario.- E) Base imponible.- F) Cuota tributaria.- 2. Adquisición inter vivos lucrativa.- A) Aspectos generales.- B) Hecho imponible.- C) Obligado tributario.- D) Base imponible.- E) Cuota tributaria.- 3. Adquisición mortis causa.- A) Aspectos generales.- B) Hecho imponible.- C) Obligado tributario.- D) Base imponible.- E) Cuota tributaria.- III. FISCALIDAD DE LA TENENCIA DE LOS DERECHOS REALES.- 1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles.- A) Aspectos generales.- B) Hecho imponible.- C) Obligado tributario.- D) Base imponible.- E) Cuota tributaria.- 2. Impuesto sobre el Patrimonio.- A) Aspectos generales.- B) Hecho imponible.- C) Obligado tributario.- D) Base imponible.- E) Cuota tributaria.- 3. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.- A) Rendimientos del Capital.- B) Imputación de rentas inmobiliarias.- IV. FISCALIDAD DE LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES.- 1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.- 2. Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.- A) Aspectos generales.- B) Hecho imponible.- C) Obligado tributario.- D) Base imponible.- E) Cuota tributaria.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho de Cosas o Derechos Reales trata de resolver un conflicto de intereses entre personas, que en esta materia se caracterizan por recaer sobre la titularidad, utilización o disfrute de los bienes patrimoniales¹.

La adquisición de bienes y derechos, tal y como establece el art. 609 CC, puede producirse por ocupación, por ley, donación, sucesión, tradición o entrega de la cosa y, también, por prescripción adquisitiva. La propiedad es el derecho real por excelencia; su prototipo. Como tiene reconocida la doctrina, es el máximo grado de poder que sobre una cosa se le reconoce a su titular². Junto a ello, existen también los derechos reales limitados, derechos fraccionarios o derechos en cosa ajena³. Estos derechos limitados no conceden a tu titular el pleno poder sobre el objeto. Un claro ejemplo lo tenemos en el usufructo que permitirá a su titular

1 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil, Derechos reales Vol. IIII*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 21.

2 El art. 348 CC dispone que "a propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa o del animal para reivindicarlo" y el art. 349 CC incide afirmando que "nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado".

3 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, cit., p. 28.

• 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.

disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia (art. 467 CC) pero en ningún caso podrá transmitir el objeto.

La importancia de los derechos reales queda patente en la gran cobertura que dispensa el CC a estos y las facultades que se otorgan a su titular: realización directa del interés, facultad de exclusión, oposición a terceros, percepción o reclamación del bien, y el poder de disposición. Esta protección queda también avalada por la forma de transmitir/adquirir estos derechos. A tal efecto, resulta necesario hacer una sucinta referencia al título y el modo.

Como afirma nuestra doctrina, para que se dé la transmisión es necesaria, pues, la yuxtaposición de dos elementos en un supuesto complejo de formación sucesiva: el contrato antecedente, al que se llamará a causa remota, *iusta causa* o *titulus*, y el traspaso posesorio⁴, que será la causa próxima o el modo de adquirir⁵. Estos requisitos son tan necesarios que de faltar alguno, no habrá transmisión: si sólo hay título, tendremos únicamente una relación obligacional; y, si sólo ha habido *traditio* sin fundamento contractual, habrá un traspaso posesorio sin propiedad. Baste por último indicar que, para los bienes inmuebles, los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales, deberán constar en documento público (art. 1280 CC).

Por otra parte, el Derecho Financiero y Tributario es aquella una rama del Derecho que tiene por objeto el estudio del ordenamiento jurídico que afecta a los recursos económicos del Estado y su sector público. Por una parte, están las normas presupuestarias que ordenarán el gasto público y, por otra, las normas tributarias que ordenará los ingresos para sostener dichos gastos.

Estos recursos públicos vendrán establecidos en virtud del marco constitucional que recoge el art. 31.I de nuestra Carta Magna el cual fija que: todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. Por tanto, el legislador deberá busca y gravar la capacidad económica allí donde la misma se encuentre (hecho, acto o negocio jurídico). Por ejemplo, el sustrato sobre el que se establece el gravamen puede venir de cualquier norma sustantiva que regule una institución jurídica como la compraventa (IVA o TPO), sucesión o donación (ISD) o el establecimiento de una hipoteca (AJD). Evitando siempre un sistema que conlleve la confiscación por la vía impositiva.

4 El art. 1462 CC afirma que "se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario".

5 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, cit., p. 43.

Así pues, partiendo del imperativo constitucional de que todos deben contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de conformidad a su capacidad económica, seguidamente se analizará el tratamiento fiscal de los derechos reales. La adquisición, la tenencia y posterior transmisión de bienes y derechos ponen de manifiesto una capacidad económica que, tal y como hemos constatado, debe ser gravada. La imposición sobre la riqueza constituye un pilar fundamental en la fiscalidad de un País. En el ámbito internacional existen muchas diferencias entre los sistemas que sujetan a tributación los derechos reales, “hay países que han establecido impuestos directamente sobre la tenencia de la riqueza (impuestos sobre propiedad inmobiliaria u otros elementos o impuestos periódicos sobre el patrimonio neto), otros que sólo gravan sus transferencias (herencias y donaciones o transacciones financieras y de capital), e incluso otros que no la gravan de ninguna forma⁶.

Por todo lo expuesto, resulta conveniente un trabajo que estudie los derechos reales y contenga un análisis sobre su fiscalidad. A tal efecto, en las siguientes líneas se analizará la tributación derivada de las operaciones que, sobre estos derechos, se puedan realizar entre particulares atendiendo a las siguientes leyes: el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITP-AJD), la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD), la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio y 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 (IRPF), Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (LIP) y el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL).

II. FISCALIDAD DE LA ADQUISIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

Como hemos indicado en el anterior punto, la capacidad económica conlleva “buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra” (STC 27/1981, FJ 4º). Y podemos afirmar que tienen capacidad contributiva los sujetos pasivos que acumulan (capital o patrimonio), flujo de entrada (renta o ingresos) y flujo de salida (gasto, consumo o inversión)⁷. Por ello, en la adquisición de derechos reales, surge una manifestación de capacidad económica que, ex art. 31 CE, debe ser gravada.

El ordenamiento tributario se aplica sobre el sustrato del negocio jurídico que viene determinado por el Derecho Civil. A tal efecto, no es lo mismo en

6 RUIZ-HUERTA CARBONELL, J. y otros: *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria*, Ministerio de Hacienda y Función Pública, Madrid, 2022, pp. 46 y 613.

7 GARCÍA AÑOVEROS, J.: *Manual del sistema tributario español*, Civitas, Madrid, 2000, p. 51.

el derecho privado comprar un inmueble que heredarlo. Las obligaciones y derechos del comprador, por ejemplo, no son los mismos que los del heredero. Por ello, debemos atender a las diversas formas de adquirir la propiedad y resto de derechos reales para determinar qué impuesto está llamado a ser exigido y liquidado.

Comenzamos este apartado citando el art. 609 CC que establece que “la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. Dicho precepto también incluye la adquisición por ocupación o por medio de la prescripción.

De esta relación de formas de transmitir la propiedad podemos establecer dos clasificaciones claras: de una parte, por actos *inter vivos* o *mortis causa*; y, por otra, por contratos onerosos o lucrativos. La ley tributaria establece esta segunda clasificación para establecer los impuestos que son llamados a aplicarse. En este sentido, en función de estas maneras de acceder al derecho real -mediante contraprestación o sin ella- se devengará un tributo u otro. Por ejemplo, en las adquisiciones *inter vivos* de carácter oneroso surge el ITP-AJD tal y como establece su art. 7.1.A) que configura su hecho imponible “las transmisiones onerosas por actos «*inter vivos*» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas”; por otra parte, las adquisiciones *inter vivos* lucrativas o *mortis causa*, quedarán sujetas al ISD. A tal efecto, el art. 3 LISD establece como hecho imponible la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, así como la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, *inter vivos*.

De conformidad con lo expuesto, seguidamente se analizará la fiscalidad en la adquisición del derecho real en función de la naturaleza onerosa o lucrativa de la misma.

I. Adquisición *inter vivos* onerosa.

El impuesto que está llamado a gravar este tipo de operaciones es el ITP-AJD. Impuesto que se compone de 3 modalidades que tienen por objeto: el tráfico patrimonial -Transmisiones Patrimoniales (TPO); Actos Jurídicos Documentados que atiende a la formalidad de ciertos actos (AJD); y Operaciones Societarias (OS), que está previsto para los desplazamientos patrimoniales que se originan en relación con la vida de los entes societarios⁸.

⁸ ESCRIBANO, F.: “El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Tributario, parte especial* (coord. por F. PÉREZ ROYO), Tecnos, Madrid, 2021, p. 671.

En las operaciones de adquisición inter vivos de forma onerosa, o mediante contraprestación, -por ejemplo, la compraventa de una vivienda-, la modalidad que surge es TPO. Y a esa parte del impuesto le vamos a dedicar los siguientes apartados.

A) Aspectos generales.

Como reza el art. 1 LITP-AJD del impuesto, es un tributo de naturaleza indirecta que, en los términos establecidos en la ley, gravará: 1.º Las transmisiones patrimoniales onerosas; 2.º Las operaciones societarias; 3.º Los actos jurídicos documentados. En ningún caso, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y por el de operaciones societarias. También queda fijado en el citado precepto que el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia⁹. Y para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Código Civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo.

Una característica propia de este impuesto es que los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos, cualquiera que sea su poseedor, a la responsabilidad del pago de los impuestos que graven tales transmisiones, salvo que aquél resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título en establecimiento mercantil o industrial en el caso de bienes muebles no inscribibles (art. 5.1 LITP-AJD).

De los aspectos generales del impuesto sólo nos queda analizar qué sucede en las transmisiones que, conforme al CC, establezcan cláusulas suspensivas o resolutorias. Es decir, cómo afecta al HI y devengo este tipo de condiciones¹⁰. A tal efecto, el art. 2.2 LITP-AJD, lo primero que indica es que en los actos o contratos en que medie alguna condición, su calificación se hará con arreglo a las prescripciones contenidas en el CC.

B) Condición suspensiva vs. condición resolutoria.

Entendemos como condición suspensiva aquella que supedita la eficacia de un contrato y el nacimiento de las obligaciones del mismo a un suceso futuro e incierto, de tal forma que no se produce la plenitud de efectos jurídicos hasta que

9 Esta cuestión es la traslación al impuesto de la denominada simulación tributaria (art. 16 LGT) que establece que “el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes”.

10 Las obligaciones condicionales quedan previstas en el art. 1114 CC que dispone lo siguiente: “en las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición”.

se cumpla ésta. En este sentido, “desde la constitución de la relación obligatoria hasta la producción del evento en que consista la condición, la relación obligatoria se halla en fase de pendencia, es decir, aunque la obligación ya existe sus efectos están en suspenso”¹¹. Esta condición tendrá, en consecuencia, efectos en la exigibilidad del impuesto.

En efecto, si la condición prevista en el contrato fuese suspensiva, no se liquidará el impuesto hasta que ésta se cumpla, haciéndose constar el aplazamiento de la liquidación en la inscripción de bienes en el registro público correspondiente (art. 2.2 LITP-ADJ). Por lo tanto, una condición suspensiva en la transmisión de un inmueble conllevará que no se exigirá el impuesto hasta que la misma se cumpla.

Por otra parte, la condición resolutoria implica que se extingue la eficacia de un contrato ya vigente en base al acaecimiento de un hecho también futuro e incierto en el momento de contratar. Es decir, la relación obligatoria produce todos sus efectos desde su constitución, y el evento condicionante opera como un hecho que pone fin a la relación válida y eficaz¹². A tal efecto, el art. 1123 CC dispone que “cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquellas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido. En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente”.

En virtud de lo expuesto, en el caso de la condición resolutoria se exigirá el impuesto, desde luego, a reserva, cuando la condición se cumpla, de hacer la oportuna devolución de lo que satisfizo el contribuyente por cuota del Tesoro, siempre que no le hubiera producido efectos lucrativos y que reclame la devolución dentro del plazo de prescripción.

C) Hecho imponible.

La ley del impuesto determina que son transmisiones patrimoniales:

- Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas. Se trata, por consiguiente, de gravar las adquisiciones que se realicen en virtud de contratos cuyo objeto y función es la transmisión de la titularidad de bienes como, por ejemplo; la compraventa, la permuta y aquellos supuestos en los que se produce una adquisición de bienes o derechos mediante títulos asimilados a aquella,

11 MONFORT FERRERO, M. J.: “Circunstancias y garantías de la relación obligatoria”, en AA.VV.: *Derecho Civil II (obligaciones y contratos)* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, 2021, p. 67. A este respecto, la autora trae a colación las SSTs 15 junio 2004 (Tol 452731), 18 mayo 2005 (Tol 656552) y 17 julio 2012 (Tol 2652751), entre otras.

12 STS 16 junio 2005 (Tol 667504).

señaladamente, las transmisiones de créditos y demás derechos incorporeales que están regulados en el CC¹³.

Junto a estos supuestos, el art. 7.2 LITP-ADJ y su desarrollo en el art. 11 del Reglamento del impuesto, se consideran supuestos asimilados: las adjudicaciones en pago y para pago de deudas, así como las adjudicaciones expresas en pago de asunción de deudas; los excesos de adjudicación declarados; los expedientes de dominio, las actas de notoriedad, las actas complementarias de documentos públicos; y los reconocimientos de dominio en favor de persona determinada¹⁴.

- La constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos.

D) Obligado tributario.

Como regla general podemos afirmar que será sujeto pasivo, a título de contribuyente, la persona física o jurídica que adquiera el bien o derecho. En este sentido, el art. 8 LITP-AJD establece una relación de sujetos pasivos en función del HI realizado. A tal efecto:

- En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase; el que los adquiere.
- En los expedientes de dominio, las actas de notoriedad, las actas complementarias de documentos públicos y las certificaciones a que se refiere el artículo 206 de la Ley Hipotecaria; la persona que los promueva, y en los reconocimientos de dominio hechos a favor de persona determinada; ésta última.
- En la constitución de derechos reales; aquél a cuyo favor se realice este acto.
- En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza; el prestatario.
- En la constitución de fianzas; el acreedor afianzado.
- En la constitución de arrendamientos; el arrendatario.
- En la constitución de pensiones; el pensionista.

¹³ ESCRIBANO, F.: "El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados", cit., p. 683.

¹⁴ Sobre esta cuestión ver: D'OCÓN ESPEJO, A.: "El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados", en AA.VV.: *Introducción al Sistema Tributario Español* (coord. por L. M. CAZORLA PRIETO y P. CHICO DE LA CÁMARA), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 470-473.

- En la concesión administrativa; el concesionario, y en los actos y contratos administrativos equiparados a la concesión; el beneficiario.

Junto a estos supuestos, la ley también determina unos responsables tributarios. En efecto, el art. 9 LITP-AJD configura 3 supuestos de responsabilidad subsidiaria: en la Constitución de préstamos, el prestamista si percibe total o parcialmente los intereses o el capital o la cosa prestada; en la Constitución de arrendamientos, será el responsable el arrendador si recibiese el primer plazo de renta sin exigir al arrendatario el pago del impuesto; y, finalmente, el funcionario que autorizase el cambio de sujeto pasivo de cualquier tributo estatal, autonómico o local, cuando tal cambio suponga directa o indirectamente una transmisión gravada por el presente impuesto y no hubiera exigido previamente la justificación del pago del mismo.

E) Base imponible.

Normas generales: En palabras del art. 10 LITP-AJD, la base imponible está constituida por el valor del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda. Únicamente serán deducibles las cargas que disminuyan el valor de los bienes, pero no las deudas, aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca.

A efectos de este impuesto, se considerará valor de los bienes y derechos su valor de mercado. No obstante, si el valor declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada o ambos son superiores al valor de mercado, la mayor de esas magnitudes se tomará como base imponible. Se entenderá por valor de mercado el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un bien libre de cargas.

La Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, ha introducido una importante novedad respecto de su valor de los bienes inmuebles, que no será el de mercado, como establece la regla general, sino el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del catastro inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto. En todo caso, si el valor del bien inmueble declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada, o ambos son superiores a su valor de referencia, se tomará como base imponible la mayor de estas magnitudes¹⁵.

El valor de referencia solo se podrá impugnar cuando se recurra la liquidación que en su caso realice la Administración Tributaria o con ocasión de la solicitud

15 Además de estas reglas, el art. 10 LITP-AJD cierra las posibilidades de determinación de la BI del impuesto estableciendo que "cuando no exista valor de referencia o este no pueda ser certificado por la Dirección General del Catastro, la base imponible, sin perjuicio de la comprobación administrativa, será la mayor de las siguientes magnitudes: el valor declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada o el valor de mercado".

de rectificación de la autoliquidación (art. 120.3 LGT). Dicha impugnación será resuelta por la Administración Tributaria previo informe preceptivo y vinculante de la Dirección General del Catastro, que ratifique o corrija el citado valor, a la vista de la documentación aportada.

Normas especiales: además de las anteriores normas, el impuesto contiene varias reglas especiales que atienden a las diversas formas de realizar el HI del impuesto. De estos supuestos vamos a traer a colación los más típicos y que están recogidos en el art. 10.5 LITP-AJD, que dispone:

- El valor del usufructo temporal se reputará proporcional al valor total de los bienes, en razón del 2% por cada período de un año, sin exceder del 70%.

- En los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70% del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando, a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1% menos por cada año más con el límite mínimo del 10% del valor total. El usufructo constituido a favor de una persona jurídica si se estableciera por plazo superior a treinta años o por tiempo indeterminado se considerará fiscalmente como transmisión de plena propiedad sujeta a condición resolutoria.

- El valor del derecho de nuda propiedad se computará por la diferencia entre el valor del usufructo y el valor total de los bienes.

- El valor de los derechos reales de uso y habitación será el que resulte de aplicar al 75% del valor de los bienes sobre los que fueron impuestos, las reglas correspondientes a la valoración de los usufructos temporales o vitalicios, según los casos.

- Las hipotecas, prendas y anticresis se valorarán en el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto análogo. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará por base el capital y tres años de intereses.

- Los derechos reales no incluidos en apartados anteriores se imputarán por el capital, precio o valor que las partes hubiesen pactado al constituirlos, si fuere igual o mayor que el que resulte de la capitalización al interés básico del Banco de España de la renta o pensión anual, o éste si aquél fuere menor.

Además de los casos relacionados, la ley también regula la forma de obtener la BI en los casos de: compraventa y transmisión con cláusula retro¹⁶, permutas¹⁷, arrendamiento¹⁸, pensiones, transmisiones de valores, actas de notoriedad, contratos de parceria y concesiones administrativas¹⁹.

F) Cuota tributaria.

En este impuesto, la cuota tributaria se obtiene aplicando a la BL²⁰ los tipos impositivos previstos en los arts. 11, 12, y 13 LITP-AJD, es decir, los tipos establecidos para cada tipo de bien objeto de transmisión. La LOFCA y la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, establecieron el régimen general de la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas. Por ello, hay que atender al tipo impositivo aprobado por la Comunidad Autónoma donde se realiza el HI y, para el caso de que ésta no haya dispuesto de tipos impositivos, con carácter subsidiario, se aplicarán los de la ley estatal. A saber:

- Se aplicará el 6% a la transmisión de inmuebles, así como la constitución y cesión de derechos reales sobre los mismos, excepto los derechos reales de garantía.

- Se aplicará el 4 %, si se trata de la transmisión de bienes muebles y semovientes²¹, así como la constitución y cesión de derechos reales sobre los mismos.

16 El art. 14.3 LITP-AJD fija la BI de la siguiente forma: "en las transmisiones de bienes y derechos con cláusula de retro, servirá de base el precio declarado si fuese igual o mayor que los dos tercios del valor comprobado de aquéllos. En la transmisión del derecho a retraer, la tercera parte de dicho valor, salvo que el precio declarado fuese mayor. Cuando se ejercite el derecho de retracto servirá de base las dos terceras partes del valor comprobado de los bienes y derechos retraídos, siempre que sea igual o mayor al precio de la retrocesión".

17 Para este supuesto, el art. 23 RITP-AJD establece que "tributará cada permutante por el valor comprobado de los que adquiera, salvo que el declarado sea, y aplicando el tipo de gravamen que corresponda a la naturaleza mueble o inmueble de los bienes o derechos adquiridos".

18 En los arrendamientos servirá de base la cantidad total que haya de satisfacerse por todo el período de duración del contrato; cuando no constase aquél, se girará la liquidación computándose seis años, sin perjuicio de las liquidaciones adicionales que deban practicarse, caso de continuar vigente después del expresado período temporal; en los contratos de arrendamiento de fincas urbanas sujetas a prórroga forzosa se computará, como mínimo, un plazo de duración de tres años (art. 10.5.e) LITP-AJD).

19 Estos últimos supuestos regulados en el art. 10.5, letras f), g), h), i), j) LITP-AJD, y su desarrollo reglamentario.

20 Aunque la ley habla de BL, hay que entender que se trata de BI dado que no existe reducción alguna en el impuesto (ESCRIBANO, F.: "El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados", cit., p. 696).

21 Cuando un mismo acto o contrato comprenda bienes muebles e inmuebles sin especificación de la parte de valor que a cada uno de ellos corresponda, se aplicará el tipo de gravamen de los inmuebles (art. 11.2 LITP-AJD).

- El 1%, si se trata de la constitución de derechos reales de garantía, pensiones, fianzas o préstamos, incluso los representados por obligaciones, así como la cesión de créditos de cualquier naturaleza.

En el caso de arrendamiento, así como en la transmisión de valores, tributarán de acuerdo con las tarifas previstas en el artículo 12.1 y 3 LITP-AJD²².

2. Adquisición inter vivos lucrativa.

Otra de las formas de adquirir la propiedad de un bien o derecho es mediante la donación. Este tipo de negocio jurídico viene contemplado expresamente en el art. 609 CC y definida su naturaleza en el art. 618 y ss. CC. Al tal efecto, se establece que la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta²³. La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

Como establece la doctrina del TS, “la causa de la donación como tal, es para el donante el aumento del patrimonio del donatario, lo cual es independiente de sus móviles subjetivos y para el donatario un enriquecimiento gratuito, es decir, sin contraprestación a cambio, que se resume en la expresión *animus donandi* que realmente es el propio consentimiento del donante aceptada por el donatario”²⁴. Debiendo ser ambos actos ciertos y presentes, no teniendo cabida en nuestro ordenamiento la “promesa de donación”²⁵.

Las adquisiciones inter vivos lucrativa, o mediante donación, están sujetas al ISD igual que las adquisiciones mortis causa. Como declara la exposición de motivos de la ley, este “impuesto contribuye a la distribución de la riqueza al detraerse en cada adquisición gratuita un porcentaje de la misma en favor del Tesoro Público; con esta finalidad, y siguiendo la pauta que marca el artículo 31 de la Constitución, se mantienen los dos principios que inspiraban la anterior ordenación del tributo; a saber, la cuantía de la adquisición patrimonial y el grado de parentesco entre transmitente y adquirente, si bien este último se combina para tener en cuenta el patrimonio preexistente del contribuyente”.

22 Para los arrendamientos de fincas urbanas también podrá satisfacerse la cuota mediante efectos timbrados aplicando la misma tarifa.

23 El art. 619 CC también define la donación como “la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”.

24 STS 359/2011, 20 mayo 2011.

25 La STS 265/2019, 10 mayo 2019, declaraba sobre una escritura que recogía una promesa de donación, que “es forzoso mencionar que dicha figura se encuentra al margen de nuestro ordenamiento jurídico como reiteradamente ha establecido la doctrina jurisprudencial de esta sala en sentencia 303/1982, de 22 de junio; sentencia de 16 de febrero de 1996, rec. 2293/1992; sentencia 1105/1995, de 23 de diciembre; y sentencia 1114/2004, de 25 de noviembre.

Por lo que a este punto se refiere, a continuación, vamos a analizar la fiscalidad de la adquisición de derechos reales mediante la institución de la donación.

A) Aspectos generales.

El ISD, en los dos HI que vamos a estudiar -donación y herencia-, es un impuesto de naturaleza directa y subjetiva, que grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas. Su ámbito de aplicación es el territorio español, sin perjuicio de lo dispuesto en los regímenes tributarios forales de Concierto y Convenio Económico vigentes en los Territorios Históricos del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra y lo previsto en los tratados y convenios internacionales que formen parte de ordenamiento jurídico español.

Al igual que sucede en el ITP-AJD, este impuesto está cedido a las CCAA en virtud de la LOFCA y la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas²⁶. Por ello, en las competencias cedidas, primero deberemos atender la normativa autonómica y, en su defecto, aplicar la norma estatal.

B) Hecho imponible.

El HI en las adquisiciones lucrativas inter vivos, tal y como lo define la ley, es la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito. Si el incremento de patrimonio lo obtiene una persona jurídica, esta operación estará sujeta al IS y, por lo tanto, no tributará por el ISD.

La normativa del impuesto también recoge unos supuestos de presunción de adquisición lucrativa: por una parte, cuando de los registros fiscales o de los datos que obren en la Administración resultare la disminución del patrimonio de una persona y simultáneamente o con posterioridad, pero siempre dentro del plazo de prescripción, el incremento patrimonial correspondiente en el cónyuge, descendientes, herederos o legatarios; y por otra, en las adquisiciones a título oneroso realizadas por los ascendientes como representantes de los descendientes menores de edad, se presumirá la existencia de una transmisión lucrativa a favor de éstos por el valor de los bienes o derechos transmitidos, a menos que se pruebe la previa existencia de bienes o medios suficientes del menor para realizarla y su aplicación a este fin²⁷.

26 El alcance y condiciones específicas de la cesión está regulado en los arts. 30 a 44 bis, y las competencias normativas en los arts. 45 a 53 de la Ley 22/2009. En lo que al ISD aplica, concretamente el art. 32 establece que "se cede a la Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones producido en su territorio" y su competencia normativa está en el art. 48 que habilita a la CCAA poder establecer reducciones de la base imponible, la tarifa del impuesto, cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente, deducciones y bonificaciones.

27 Ambas presunciones son *iuris tantum*, es decir, admiten prueba en contrario. A tal efecto se pronuncia el art 4.3 LISD cuando dispone que estas presunciones "se pondrán en conocimiento de los interesados para

C) *Obligado tributario.*

El sujeto pasivo en las donaciones y demás transmisiones lucrativas inter vivos equiparables, el donatario o el favorecido por ellas. Estando sujetos por obligación personal los contribuyentes que tengan su residencia habitual en España, con independencia de dónde se encuentren situados los bienes o derechos que integren el incremento de patrimonio gravado. Para la determinación de la residencia habitual se estará a la normativa del IRPF²⁸.

A los contribuyentes no incluidos en el párrafo anterior se les exigirá el impuesto por obligación real, por la adquisición de bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza, que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español.

D) *Base imponible.*

En las donaciones y demás transmisiones lucrativas "inter vivos" equiparables, el valor neto de los bienes y derechos adquiridos, entendiéndose como tal el valor de los bienes y derechos minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles²⁹. Se considerará valor de los bienes y derechos su valor de mercado³⁰. En el caso de los bienes inmuebles, su valor será el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del catastro inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto. No obstante, si el valor declarado por los interesados es superior al valor de mercado, esa magnitud se tomará como base imponible.

La ley sólo establece, como regla general, la obligación de acumular todas las donaciones efectuadas en el plazo de 3 años por un mismo donante a favor de un mismo donatario, considerando que es una única donación a efectos de la liquidación del impuesto³¹.

que puedan formular cuantas alegaciones y pruebas estimen convenientes a su derecho, antes de girar las liquidaciones correspondientes".

28 Sobre las normas de residencia habitual se pronuncian los arts. 9 y 10 LIRPF. El primer precepto para territorio español y el segundo para territorio extranjero. Sobre la residencia en territorio español, para determinar la CCAA en que se reside se aplica el art. 72 LIRPF.

29 El art. 12 LISD acota las cargas deducible en los siguientes términos "del valor de los bienes, únicamente serán deducibles las cargas o gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimibles que aparezcan directamente establecidos sobre los mismos y disminuyan realmente su capital o valor, como los censos y las pensiones, sin que merezcan tal consideración las cargas que constituyan obligación personal del adquirente ni las que, como las hipotecas y las prendas, no suponen disminución del valor de lo transmitido, sin perjuicio, en su caso, de que las deudas que garanticen puedan ser deducidas si concurren los requisitos establecidos en el artículo siguiente". Por otra parte, el art. 17 LISD permite deducir las deudas que "que estuviesen garantizadas con derechos reales que recaigan sobre los mismos bienes transmitidos, en el caso de que el adquirente haya asumido fehacientemente la obligación de pagar la deuda garantizada".

30 Las normas tributarias definen el valor de mercado como el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un bien libre de cargas.

31 NUÑEZ GRAÑÓN, M.; "El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones", en AA.VV.: *Ordenamiento tributario español: los impuestos* (coord. por E. ALIAGA AGULLÓ), Tirant lo Blanch, 2015, p. 314. No obstante, en materia

La base liquidable se obtendrá aplicando en la base imponible las reducciones que hayan sido aprobadas por la CCAA. Estas reducciones se practicarán por el siguiente orden: en primer lugar, las del Estado y, a continuación, las de las CCAA³².

E) Cuota tributaria.

La cuota íntegra se obtendrá aplicando a la BL la tarifa progresiva del impuesto³³. Esta CI será multiplicada por un coeficiente que deduce de dos circunstancias: el grado de parentesco entre las partes, y el patrimonio previo del sujeto pasivo, tal y como regula el art. 22 LISD.

3. Adquisición *mortis causa*.

Por último, sólo resta analizar la adquisición de bienes y derechos como consecuencia de la muerte. En este caso son llamados al impuesto los herederos, legatarios y contribuyentes por otros títulos sucesorios. Para evitar la doble imposición que se generaría gravar este incremento de patrimonio, la LISD establece expresamente la incompatibilidad de este impuesto -sucesión o donación- con el IRPF. Su ámbito de aplicación es el mismo que para la tributación de las donaciones.

Este impuesto es eminentemente jurídico y obliga a analizar con precisión cada título gravado de conformidad con la normativa reguladora de la institución hereditaria; sea ésta de régimen común o propio de la CCAA³⁴.

A) Aspectos generales.

Como establece el art. 657 CC, los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte; ya sea por la voluntad manifestada en el testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. Por otra parte, entenderemos por herencia todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte.

En este impuesto el heredero es aquel sujeto pasivo que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular.

de acumulación, habrá que estar a lo que dispongan las CCAA y, en su defecto, se aplicarán los 3 años previstos en el art. 30 LISD.

32 Este tipo de reducciones van desde la consideración del grado de parentesco entre donante y donatario, hasta en atención al bien que se dona. Por ejemplo, en la transmisión de participaciones de una empresa o negocio individual del donante que esté exenta en IP (reducción 95%) a su cónyuge, descendiente o adoptados y que cumplan unos requisitos. También con esta relación y determinadas características, tendrá reducción la donación de bienes integrantes de Patrimonio Histórico Español o cultural de las CCAA.

33 De nuevo, habrá que estar a lo que dispongan las CCAA y, en su defecto, aplicar la escala de la LISD.

34 En las CCAA de régimen común se aplican las disposiciones del CC que regulan las sucesiones -arts. 657 a 1087 CC.

B) Hecho imponible.

Por lo que respecta a esta parte del HI en el IDS, se somete a gravamen la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. Igual que en el caso de una donación, si en la sucesión el incremento de patrimonio lo obtiene una persona jurídica, dicho incremento se someterá al IS.

C) Obligado tributario.

En las adquisiciones *mortis causa*, el sujeto pasivo será el causahabiente. La obligación de contribuir será personal o real en los mismos términos que se ha expuesto para la donación.

D) Base imponible.

Constituye la BI de este impuesto el valor neto de la adquisición individual de cada causahabiente, entendiéndose como tal el valor de los bienes y derechos minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles. Las normas de valoración y los casos especiales son las mismas que en las donaciones -art. 9 LISD-.

Para determinar el valor concreto de cada adquisición individual es necesario realizar un conjunto de operaciones. A tal efecto: primero hay que determinar el caudal hereditario incluyendo todos los bienes y derechos, menos cargas y gravámenes de éstos. De ahí se obtiene el caudal relicto. A este importe se le suma el 3% del mismo, en concepto de ajuar doméstico -salvo que se pruebe su valor inferior o inexistencia-³⁵. Al resultado anterior hay que añadirle las presunciones que establece la ley y que denomina adición de bienes. Estos bienes adicionales están previstos en el art. 11 LISD, y son:

- Los bienes de todas clases que hubiesen pertenecido al causante de la sucesión hasta un año antes de su fallecimiento.

- Los bienes y derechos que durante los tres años anteriores al fallecimiento hubieran sido adquiridos a título oneroso en usufructo por el causante y en nuda propiedad por un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante.

- Los bienes y derechos que hubieran sido transmitidos por el causante durante los cuatro años anteriores a su fallecimiento, reservándose el usufructo de los mismos o de otros del adquirente.

35 La STS 499/2020, 19 mayo, núm. rec. 6027/2017, establece que "no es correcta la idea de que el tres por ciento del caudal relicto que, como presunción legal, establece el mencionado artículo 15 LISD comprende la totalidad de los bienes de la herencia, sino sólo aquéllos que puedan afectarse, por su identidad, valor y función, al uso particular o personal del causante, con exclusión de todos los demás".

- Los valores y efectos depositados y cuyos resguardos se hubieren endosado³⁶.

Una vez incorporados los bienes adiciones, podemos restas las deudas que dejare contraídas el causante de la sucesión y los tributos o deudas de la Seguridad Social, aunque correspondan a liquidaciones giradas después del fallecimiento. También serán deducibles los gastos derivados del entierro y funeral, los de última enfermedad y los de carácter litigioso si son en interés de todos los herederos.

Obtenida la masa hereditaria neta, ésta será repartida a cada heredero en función de las disposiciones testamentarias si las hubiere, o, en otro caso, atendiendo al régimen previsto en el CC o en las legislaciones civiles territoriales que puedan resultar de aplicación³⁷. La partición individual de cada heredero será, en consecuencia, la BI del impuesto. Para la obtención de la BL se aplicarán las reducciones del art. 20 LISD y que, entre otros, se corresponden a parentesco, discapacidad, reducción aplicable a las cantidades percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros de vida, los derivados de la adquisición de la empresa familiar y la vivienda habitual³⁸.

E) Cuota tributaria.

La cuota del impuesto se obtiene como resultado de aplicar a la BL la tarifa del impuesto -se aplicará la tarifa de la ley estatal en tanto no se haya aprobado una por la CCAA correspondiente-. Esta cuota será multiplicada por un coeficiente que resultará del grado de parentesco y patrimonio preexistente de los contribuyentes. Y de ahí se obtiene la cuota tributaria.

III. FISCALIDAD DE LA TENENCIA DE LOS DERECHOS REALES.

Tras el análisis de la tributación en la adquisición de los bienes y derecho, conviene ahora el estudio de la fiscalidad sobre su tenencia. Como hemos indicado al principio del trabajo, la capacidad económica puede mostrarse por la vía de obtención de renta o por la titularidad de un patrimonio. Claramente, en este apartado, vamos a analizar esta segunda muestra de capacidad económica que se manifiesta por el hecho de ser dueño u ostentar algún derecho real sobre bienes u otros elementos patrimoniales. Sin embargo, como veremos en el punto 3 de este apartado, no sólo nos ceñiremos a la tributación por la titularidad del patrimonio,

36 Estas presunciones son *iuris tantum*, es decir, admitirán prueba en contrario. A tal efecto, la ley determina las formas de destruir dichas presunciones.

37 PEÑA ALONSO, J. L.: "Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones", en AA.VV.: *Introducción al Sistema Tributario Español* (coord. por L. M. CAZORLA PRIETO y P. CHICO DE LA CÁMARA), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 410.

38 Igual que para las donaciones, habrá que tener en cuenta la posible existencia de reducciones aprobadas por la CCAA en el ejercicio de sus competencias normativas.

sino que también atenderemos a la capacidad económica derivada de una renta potencial que pudieran producir éstos³⁹.

En efecto, seguidamente vamos a analizar los impuestos que gravan la riqueza en forma de titularidad de bienes y derechos. A tal efecto, el sistema tributario español dispone: por una parte, la tributación sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos⁴⁰; y, por otra, el impuesto sobre el patrimonio neto⁴¹. Junto a ellos, estudiaremos la imputación de renta -potencial- que el IRPF obliga a declarar a los contribuyentes que tienen bienes inmuebles en ciertas situaciones⁴².

Como también se pondrá de manifiesto, este conjunto de impuestos sobre la titularidad de ciertos bienes se distribuirá entre las distintas Haciendas Públicas. En este sentido, por ejemplo, la titularidad de una segunda residencia no arrendada podrá ser gravada a la vez por el IBI (impuesto local), el IP (impuesto cedido a las CCAA) y el IRPF -la imputación de renta- (impuesto estatal⁴³).

I. Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Un análisis del IBI debe partir de la consideración de que, este impuesto, junto al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), que grava las plusvalías inmobiliarias, son piezas centrales para garantizar la suficiencia del sistema de financiación local⁴⁴. De ahí que parte del sistema fiscal dedique su atención a gravar la propiedad de los inmuebles y que dicha recaudación se destine al sostenimiento de los gastos públicos de las Haciendas Locales.

39 Las SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 14, y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 5, declararon que basta con que “dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo”. Lo que viene a confirmar que, el legislador, pueda también gravar una renta potencial (no obtenida realmente) en aplicación del principio de capacidad económica (art. 31.1 CE).

40 El art. 61 de TRLHL concreta estos derechos a efectos de su tributación por el IBI: a) de una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos, b) de un derecho real de superficie, c) de un derecho real de usufructo, d) del derecho de propiedad.

41 Entendiendo el patrimonio neto, tal y como lo define el párrafo segundo del art. 2 LIP, como “el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder”.

42 En este sentido, el art. 85 LIRPF dispone que “en el supuesto de los bienes inmuebles urbanos, calificados como tales en el artículo 7 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, así como en el caso de los inmuebles rústicos con construcciones que no resulten indispensables para el desarrollo de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, no afectos en ambos casos a actividades económicas, ni generadores de rendimientos del capital, excluida la vivienda habitual y el suelo no edificado, tendrá la consideración de renta imputada la cantidad que resulte de aplicar el 2 por ciento al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo”.

43 Aunque cedido con carácter parcial en aplicación del art. 11.a) LOFCA.

44 RUIZ-HUERTA CARBONELL, J. y otros: *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria*, cit., p. 614.

A) Aspectos generales.

El IBI es un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles que se determina en el HI de la ley. Una de las características del impuesto es que, en los supuestos de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos que constituyen el hecho imponible de este impuesto, los bienes inmuebles objeto de dichos derechos quedarán afectos al pago de la totalidad de la cuota tributaria, en régimen de responsabilidad subsidiaria, en los términos previstos en la LGT⁴⁵.

El IBI se devengará el primer día del período impositivo y el período impositivo coincide con el año natural.

B) Hecho imponible.

El HI del impuesto la titularidad de los siguientes derechos sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre los inmuebles de características especiales: a) de una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos, b) de un derecho real de superficie, c) de un derecho real de usufructo, d) del derecho de propiedad. A estos efectos, tendrán la consideración de bienes inmuebles rústicos, de bienes inmuebles urbanos y de bienes inmuebles de características especiales los definidos como tales en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario. Para el caso de que mismo inmueble se encuentre localizado en distintos términos municipales se entenderá, a efectos de este impuesto, que pertenece a cada uno de ellos por la superficie que ocupe en el respectivo término municipal.

Hay que tener presente que estarán exentos los siguientes bienes: los que son propiedad del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales que estén directamente afectos a la seguridad ciudadana y a los servicios educativos y penitenciarios, así como los del Estado afectos a la defensa nacional; los bienes comunales y los montes vecinales en mano común; los de la Iglesia Católica y los de las asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas, en los términos establecidos en su normativa correspondiente⁴⁶; los de la Cruz Roja Española; y otros de características especiales, así como un conjunto de bienes inmuebles relacionado en el art. 62.2 TRLHL, previa solicitud.

45 Esta afectación real en la transmisión está prevista en el art. 64 TRLHL.

46 Para el caso de la Iglesia Católica es el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, de 3 de enero de 1979. Y para para el resto de las confesiones religiosas: la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE); Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España; y la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

C) Obligado tributario.

Los sujetos pasivos de este impuesto, a título de contribuyentes, son las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 LGT que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto.

D) Base imponible.

La base imponible de este impuesto estará constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles, que se determinará, notificará y será susceptible de impugnación conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario. Sobre la BI se practicarán las reducciones previstas en la ley y que afectan a los bienes inmuebles cuyo valor catastral se incrementa como consecuencia de procedimientos de valoración colectiva de carácter general y en municipios para los que se hubiera aprobado una ponencia de valores. Esta reducción se aplicará de oficio sin necesidad de petición expresa por el sujeto pasivo.

La reducción de la BI para la obtención de la BL se aplicará durante un período de nueve años a contar desde la entrada en vigor de los nuevos valores catastrales, y su cálculo será el resultado de aplicar un coeficiente reductor, único para todos los inmuebles afectados del municipio, a un componente individual de la reducción, calculado para cada inmueble en los términos del art. 68.4 TRLHL. El coeficiente reductor tendrá el valor de 0,9 el primer año de su aplicación e irá disminuyendo en 0,1 anualmente hasta su desaparición.

E) Cuota tributaria.

La cuota íntegra de este impuesto es el resultado de aplicar a la base liquidable el tipo de gravamen a que establezcan los Ayuntamientos a través de su Ordenanza fiscal. A tal efecto, el TRLHL fija un tipo de gravamen mínimo y supletorio del 0,4% cuando se trate de bienes inmuebles urbanos y el 0,3 por ciento cuando se trate de bienes inmuebles rústicos, y el máximo será el 1,10% para los urbanos y 0,90% para los rústicos. Por otra parte, los inmuebles de características especiales tendrán tipos propios⁴⁷ y los Ayuntamientos podrán incrementar los tipos indicados anteriormente en función de circunstancias que se determinan en la ley del impuesto⁴⁸.

47 El art. 72.2 TRLHL establece que "el tipo de gravamen aplicable a los bienes inmuebles de características especiales, que tendrá carácter supletorio, será del 0,6 por ciento. Los ayuntamientos podrán establecer para cada grupo de ellos existentes en el municipio un tipo diferenciado que, en ningún caso, será inferior al 0,4 por ciento ni superior al 1,3 por ciento".

48 Estas circunstancias son: municipios que sean capital de provincia o comunidad autónoma, o en los que se preste servicio de transporte público colectivo de superficie, o cuyos ayuntamientos presten más servicios

La cuota líquida se obtendrá minorando la cuota íntegra en el importe de las bonificaciones de carácter obligatorio o potestativo⁴⁹.

2. Impuesto sobre el Patrimonio.

El IP se aprobó en España a través de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Anteriormente existió un gravamen extraordinario sobre el patrimonio de las personas físicas que tenía carácter transitorio⁵⁰, pero no fue hasta la citada LIP que se fijó como impuesto definitivo del sistema tributario.

El establecimiento de este impuesto recibió muchas objeciones. Dos de las posiciones más críticas sobre dicho gravamen fueron que, al someter a tributación la totalidad de patrimonio personal de forma progresiva, podía resultar confiscatorio pese a que la tarifa no fuese elevada y, por otra parte, era un impuesto desincentivador del ahorro⁵¹. Dichas críticas no desaparecieron a lo largo del tiempo, siendo importante a estos efectos señalar que “el IP no cuenta con parangón en la mayoría de los ordenamientos tributarios de los Estados miembros de la OCDE y de la Unión Europea. Así, el Impuesto sobre el Patrimonio se abolió en los últimos años en Austria (1994) y Dinamarca (1995), siendo uno de los últimos ejemplos el caso de Holanda, donde ha desaparecido como consecuencia de la reforma fiscal de 2000, con vigencia desde el 1 de enero de 2001. Si a ello unimos que otros Estados desarrollados los han suprimido hace tiempo - Estados Unidos en el siglo XIX, Italia no tiene Impuesto sobre el Patrimonio desde 1948 y Japón carece de él desde 1953 - y que el impuesto tampoco se exige en, Portugal, Bélgica o Reino Unido. También Irlanda lo ha suprimido. Resultará por ello que sólo se puede hablar de Impuesto sobre el Patrimonio en Finlandia, Noruega, Luxemburgo, Suiza, Suecia y Francia”⁵².

En los últimos años, sus detractores no han ido a menos. El cenit de su falta de aceptación como impuesto fue su bonificación al 100% que fue introducida por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre⁵³. Sin embargo, dicha bonificación no

de aquellos a los que están obligados según lo dispuesto en el art. 26 LBRL, o en los que los terrenos de naturaleza rústica representan más del 80 por ciento de la superficie total del término.

- 49 Estas bonificaciones están previstas 73 y 74. La diferencia entre ellas es que las previstas en el primer artículo se aplican en virtud del propio TRLHL, sean de forma directa o rogada, y las del segundo precepto, deben ser aprobadas por el Ayuntamiento en su correspondiente Ordenanza fiscal.
- 50 Aprobado por la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, que, en su artículo primero lo definía como “se establece un impuesto excepcional y transitorio sobre el patrimonio neto de las personas físicas, como tributo directo de naturaleza personal, que se exigirá en todo el territorio español”.
- 51 CALVO ORTEGA, R.: “La supresión del impuesto sobre el patrimonio: algunas reflexiones”, *Nueva fiscalidad*, núm. 5, 2008, p. 9-18.
- 52 GARCÍA NOVOA, C.: “Impuesto sobre el patrimonio: ¿por qué debe suprimirse?”, *Bolsa: revista mensual de bolsas y mercados españoles*, núm. 170, 2007, p. 56.
- 53 Resulta llamativo que la propia ley se denominase así misma, Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, es decir, señalaba que se suprimía (RAE: hacer desaparecer) el impuesto cuando, en realidad, lo que se hacía era introducir una bonificación dejando el

duró muchos años al llegar la crisis económica y necesitar recursos el Estado. En la actualidad, algunas CCAA, en aplicación de sus competencias derivadas del sistema de financiación aprobado en 2009⁵⁴, disponen de una bonificación idéntica a la expuesta u otras para ciertos tipos de bienes.

A) Aspectos generales.

El Impuesto sobre el Patrimonio es un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava el patrimonio neto de las personas físicas en los términos previstos en esta Ley. El patrimonio neto es el resultado de adicionar los bienes y derechos de contenido económico de que sea titular el sujeto pasivo, y restarle las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder. Los bienes y derechos se atribuirán a los sujetos pasivos según las normas sobre titularidad jurídica aplicables en cada caso y en función de las pruebas aportadas por aquéllos o de las descubiertas por la Administración. Y estarán obligados a presentar declaración los sujetos pasivos cuya cuota tributaria, resulte a ingresar, o cuando, no dándose esta circunstancia, el valor de sus bienes o derechos, determinado de acuerdo con las normas reguladoras del impuesto, resulte superior a 2.000.000 euros.

Este impuesto se aplicará en todo el territorio español, sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de Concierto y Convenio Económico vigentes en los Territorios Históricos del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra, respectivamente, y de lo dispuesto en los Tratados o Convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno⁵⁵. La cesión del impuesto a las CCAA se regirá por lo dispuesto en las normas reguladoras de la Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y tendrá el alcance y condiciones que para cada una de ellas establezca su específica Ley de Cesión⁵⁶.

B) Hecho imponible.

El hecho imponible del IP es la titularidad por el sujeto pasivo en el momento del devengo, del patrimonio neto que hemos hecho referencia anteriormente. La ley del impuesto establece la presunción de que forman parte del patrimonio los bienes y derechos que hubieran pertenecido al sujeto pasivo en el momento del anterior devengo, salvo prueba de transmisión o pérdida patrimonial. Es por ello

impuesto totalmente vigente, eso sí, con una cuota a ingresar de 0 euros. La supresión fue tan etérea que, al poco tiempo, se suspendió la eficacia de la bonificación año tras año, hasta la eliminación de la misma y el pleno restablecimiento de la exacción del impuesto.

54 Aprobado por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

55 Este es el ámbito territorial que define el art. 3 LIP.

56 Junto a la ley que regula el sistema de financiación de las CCAA, hay que considerar la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

que nos encontramos ante una presunción *iuris tantum* y, por lo tanto, destruible con los mecanismos de prueba admitidos en derecho.

C) Obligado tributario.

En este impuesto debemos distinguir los llamados a tributar por obligación personal o real. Por lo que respecta a la obligación personal, son sujetos pasivos las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español, exigiéndose el impuesto por la totalidad de su patrimonio neto con independencia del lugar donde se encuentren situados los bienes o puedan ejercitarse los derechos. En cuanto a la obligación real, son sujetos pasivos cualquier otra persona física por los bienes y derechos de que sea titular cuando los mismos estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español

D) Base imponible.

La base imponible del IP está constituida por el valor del patrimonio neto del sujeto pasivo. Este valor se calcula entre la diferencia del valor de los bienes y derechos de que sea titular el sujeto pasivo⁵⁷, menos las cargas y gravámenes de naturaleza real, cuando disminuyan el valor de los respectivos bienes o derechos, y las deudas u obligaciones personales de las que deba responder el sujeto pasivo.

Atendiendo a las normas de determinación de los valores del activo y pasivo del sujeto pasivo, y obtenida la base imponible, la ley establece una reducción de la citada base por el importe de 700.000 euros para obtener la base liquidable⁵⁸. A esta magnitud económica se le aplica la tarifa progresiva del impuesto

E) Cuota tributaria.

Obtenida la base liquidable del IP se le aplica la tarifa progresiva del impuesto para determinar la cuota íntegra. La tarifa del IP va desde 0,2% hasta el 3,5%. La cuota íntegra de este Impuesto juntamente con las cuotas del IRPF no podrá exceder, para los sujetos pasivos sometidos al impuesto por obligación personal, del 60 por 100 de la suma de las bases imponibles de este último.

3. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El IRPF es un tributo de carácter personal y directo que grava, según los principios de igualdad, generalidad y progresividad, la renta de las personas físicas

57 La LIP determina de los arts. 10 a 24 la forma de determinar el valor para cada tipo de bien o derecho. Especial atención merece el art. 20 que especifica la valoración de los derechos reales de goce y disfrute fijando que se valorarán con arreglo a los criterios señalados en la LITP-ADJ.

58 El art. 28. Dos LIP permite que las CCAA regulen un mínimo exento propio. Consecuencia de ello, varias comunidades han establecido un mínimo inferior al previsto en la ley estatal.

de acuerdo con su naturaleza y sus circunstancias personales y familiares. Según la doctrina, este impuesto es el paradigma del impuesto justo, pues ninguno como él respeta los principios de gravar la capacidad económica y de lograr una adecuada redistribución de la riqueza⁵⁹.

La propiedad de bienes y derechos puede generar la obtención de algún tipo de renta que debe integrarse en la BI del IRPF. Por una parte, la explotación de estos elementos patrimoniales genera rendimientos del capital -art. 21 LIRPF- que se incorporan a la BI general o del ahorro del impuesto y, por otra parte, los bienes inmuebles urbanos así como los inmuebles rústicos con construcciones, no afectos en ambos casos a actividades económicas, ni generadores de rendimientos del capital no a actividades económicas, ni generadores de rendimientos del capital, excluida la vivienda habitual, tal y como contempla el art. 85 LIRPF, genera una imputación de renta que se incorpora a la BI general del impuesto.

En los siguientes apartados se analizará la naturaleza de cada una de estas rentas, la forma de cuantificar la misma y se señalará la BI a la que deben incorporarse las mismas.

A) Rendimientos del Capital.

A efectos de la LIRPF, tendrán la consideración de rendimientos íntegros del capital la totalidad de las utilidades o contraprestaciones, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que provengan, directa o indirectamente, de elementos patrimoniales, bienes o derechos, cuya titularidad corresponda al contribuyente y no se hallen afectos a actividades económicas realizadas por éste. Las rentas derivadas de la transmisión de la titularidad de estos elementos, aun cuando exista un pacto de reserva de dominio, tributarán como ganancias o pérdidas patrimoniales que se expondrá más adelante.

- Rendimientos del capital mobiliario: a efectos del IRPF, tendrán la consideración de rendimientos íntegros del capital mobiliario los siguientes: a) los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad⁶⁰, los rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios, los rendimientos procedentes de operaciones de capitalización, de contratos de

59 MARTÍN QUERALT, J. y otros: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 552.

60 En este grupo de rendimientos podemos incluir "a) los dividendos, primas de asistencia a juntas y participaciones en los beneficios de cualquier tipo de entidad, b) los rendimientos procedentes de cualquier clase de activos, que faculten para participar en los beneficios, ventas, operaciones, ingresos o conceptos análogos de una entidad por causa distinta de la remuneración del trabajo personal c) los rendimientos que se deriven de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, sobre los valores o participaciones que representen la participación en los fondos propios de la entidad, d) cualquier otra utilidad, distinta de las anteriores, procedente de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe, y e) la distribución de la prima de emisión de acciones o participaciones con requisitos (art. 25 LIRPF).

seguro de vida o invalidez y de rentas derivadas de la imposición de capitales., y otros rendimientos del capital mobiliario como los procedentes de la propiedad intelectual cuando el contribuyente no sea el autor; los derivados de la prestación de asistencia técnica, arrendamiento de bienes muebles, y los procedentes de la cesión del derecho a la explotación de la imagen.

A los citados ingresos íntegros les serán deducibles los siguientes gastos:

a) Los gastos de administración y depósito de valores negociables.

b) Cuando se trate de rendimientos derivados de la prestación de asistencia técnica, del arrendamiento de bienes muebles, negocios o minas o de subarrendamientos, se deducirán de los rendimientos íntegros los gastos necesarios para su obtención y, en su caso, el importe del deterioro sufrido por los bienes o derechos de que los ingresos procedan.

Los rendimientos netos previstos en el art. 25.4 LIRPF con un período de generación superior a dos años o que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, se reducirán en un 30 por ciento, cuando, en ambos casos, se imputen en un único período impositivo. La cuantía del rendimiento neto sobre la que se aplicará la citada reducción no podrá superar el importe de 300.000 euros anuales.

Salvo algunas excepciones, los rendimientos del capital mobiliario forman parte de la renta del ahorro y, en consecuencia, tributarán en la BL del ahorro de conformidad con el art. 46 y 66 LIRPF⁶¹.

- Rendimientos del capital inmobiliario: tal y como los define la ley del impuesto, tendrán la consideración de rendimientos íntegros procedentes de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre ellos, todos los que se deriven del arrendamiento o de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre aquéllos, cualquiera que sea su denominación o naturaleza. Y se computará como rendimiento íntegro el importe que por todos los conceptos deba satisfacer el adquirente, cesionario, arrendatario o subarrendatario, incluido, en su caso, el correspondiente a todos aquellos bienes cedidos con el inmueble y excluido el IVA o, en su caso, el IGIC.

Para la determinación del rendimiento neto se deducirán de los rendimientos íntegros los gastos siguientes:

⁶¹ Por contra, tributarán como renta general y se incluirán en la BI general del impuesto los rendimientos del capital mobiliario comprendidos en el art. 25.4 LIRPF como, por ejemplo: los procedentes de la propiedad intelectual cuando el contribuyente no sea el autor, la prestación de asistencia técnica, los del arrendamiento de bienes muebles, negocios o minas, y los procedentes de la cesión del derecho a la explotación de la imagen. A tal efecto, arts. 45 y 63 LIRPF.

a) Todos los gastos necesarios para la obtención de los rendimientos (intereses de los capitales ajenos invertidos en la adquisición o mejora del bien), los tributos y recargos no estatales, así como las tasas y recargos estatales, los saldos de dudoso cobro y las cantidades devengadas por terceros como consecuencia de servicios personales.

b) Las cantidades destinadas a la amortización del inmueble y de los demás bienes cedidos con éste, siempre que respondan a su depreciación efectiva. Tratándose de inmuebles, se entiende que la amortización cumple el requisito de efectividad si no excede del resultado de aplicar el 3% sobre el mayor de los siguientes valores: el coste de adquisición satisfecho o el valor catastral, sin incluir el valor del suelo.

Atendiendo al fin social de la vivienda, en los supuestos de arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda, el rendimiento neto positivo calculado, se reducirá en un 60 por ciento. Esta reducción sólo resultará aplicable sobre los rendimientos netos positivos que hayan sido calculados por el contribuyente en una autoliquidación presentada.

Los rendimientos netos con un período de generación superior a dos años, así como los que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, se reducirán en un 30 por ciento, cuando, en ambos casos, se imputen en un único período impositivo. La cuantía sobre la se aplicará la citada reducción no podrá superar el importe de 300.000 euros anuales.

La ley también establece una presunción *iuris et de iure* para cuando el adquirente, cesionario, arrendatario o subarrendatario del bien inmueble o del derecho real que recaiga sobre el mismo sea el cónyuge o un pariente, incluidos los afines, hasta el tercer grado inclusive, del contribuyente, el rendimiento neto total no podrá ser inferior al que resulte de las reglas de la importación de rentas inmobiliarias que se definen en el punto siguiente.

Los rendimientos retos del capital inmobiliario formarán parte de la renta general y, en consecuencia, tributarán en la BL general del impuesto, arts. 45 y 63 LIRPF.

B) Imputación de rentas inmobiliarias.

Dentro de las fuentes de renta sujetas a tributación en el IRPF⁶², el legislador ha establecido un tipo de imputación que hace referencia a los bienes inmuebles

62 La ley del IRPF, en su art. 6.2. recoge como HI las siguientes rentas: a) Los rendimientos del trabajo, b) Los rendimientos del capital, c) Los rendimientos de las actividades económicas, d) Las ganancias y pérdidas

urbanos, calificados como tales en la Ley del Catastro Inmobiliario, así como en el caso de los inmuebles rústicos con construcciones que no resulten indispensables para el desarrollo de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, no afectos en ambos casos a actividades económicas, ni generadores de rendimientos del capital, excluida la vivienda habitual y el suelo no edificado, tendrá la consideración de renta imputada la cantidad que resulte de aplicar el 2% al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo.

En el caso de inmuebles localizados en municipios en los que los valores catastrales hayan sido revisados, modificados o determinados mediante un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, de conformidad con la normativa catastral, y hayan entrado en vigor en el período impositivo o en el plazo de los diez períodos impositivos anteriores, el porcentaje será el 1,1%. Cuando existan derechos reales de disfrute, la renta computable a estos efectos en el titular del derecho será la que correspondería al propietario.

Este tipo de renta potencial -por la capacidad económica que se podría obtener por la explotación de estos inmuebles-⁶³ debe incorporarse a la base imponible general del sujeto pasivo, y tributar en la correspondiente escala progresiva del IRPF. Por lo tanto, la tenencia de bienes inmuebles urbanos va a generar este tipo de renta y obligará a tributar a sus titulares durante todo el periodo de tiempo que disponga de dicho elemento patrimonial.

Las imputaciones de rentas inmobiliarias formarán parte de la renta general y, en consecuencia, tributarán en la BL general del impuesto, arts. 45 y 63 LIRPF.

IV. FISCALIDAD DE LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

Hemos analizado la fiscalidad de los derechos reales en el momento de su adquisición y, posteriormente, por su mantenimiento en el patrimonio del contribuyente. En este punto que empezamos, abordaremos las consecuencias tributarias de su transmisión.

Normalmente, la tributación en la transmisión de elementos patrimoniales vendrá determinada por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión.

patrimoniales, e) Las imputaciones de renta que se establezcan por ley.

63 Recientemente, la STC núm. 126/2019, de 31 de octubre, ha reiterado que "basta, entonces, con que dicha capacidad económica exista como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que el principio de capacidad económica quede a salvo. Eso sí, en ningún caso puede el legislador establecer tributos tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial; o, lo que es lo mismo, «en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia» (SSTC núm. 26/2017, FJ 3; núm. 37/2017, FJ 3; núm. 59/2017, FJ 3, y núm. 72/2017, FJ 3)".

No obstante, y como veremos más adelante, en el IIVTNU la ley configura dos formas de cuantificar la base imponible.

I. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Como hemos expuesto anteriormente, en la alteración de patrimonio de las personas físicas surgen habitualmente ganancias o pérdidas económicas derivadas de la misma. Pues bien, en el momento de la transmisión del bien o derecho, el titular de éste está llamado a autoliquidar en su IRPF la ganancia o pérdida patrimonial obtenida en la operación. Es decir, debe incluir en su base imponible del ahorro el importe de la renta que surja, con carácter general, por diferencia entre los valores de transmisión y de adquisición del elemento enajenado⁶⁴. La ley del impuesto define las ganancias y pérdidas patrimoniales como las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que la propia ley la califiquen como rendimientos. No obstante, el art. 33 LIRPF establece unos supuestos donde se estima que no existe alteración en la composición del patrimonio. A saber: a) en los supuestos de división de la cosa común, b) en la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación, y c) en la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros⁶⁵.

Por otra parte, el citado precepto también prevé situaciones en las que no se estimará que hay ganancia y pérdida patrimonial como, por ejemplo, en las reducciones de capital -con algún matiz-, en las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente, las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones que cumplan los requisitos del art. 20.6 LISD, en la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan compensaciones, dinerarias o mediante la adjudicación de bienes, por causa distinta de la pensión compensatoria entre

64 El art.34.I LIRPF determina el importe de las ganancias patrimoniales de la siguiente forma: a) en el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales, b) en los demás supuestos, el valor de mercado de los elementos patrimoniales o partes proporcionales, en su caso. Si se hubiesen efectuado mejoras en los elementos patrimoniales transmitidos, se distinguirá la parte del valor de enajenación que corresponda a cada componente del mismo.

65 La reciente STS 10 octubre 2022 (To/ 9260060) ha fijado doctrina en torno a determinar en qué casos la compensación percibida por el comunero, a quien no se adjudica el bien cuando se disuelve el condominio, comporta para dicho comunero la existencia de una ganancia patrimonial sujeta al IRPF, teniendo en consideración la posible diferencia de valoración de ese bien entre el momento de su adquisición y el de su adjudicación y, en su caso, que aquella compensación fuera superior al valor de la parte proporcional que le correspondiera sobre ese bien. A esta cuestión, el Alto Tribunal ha establecido que “la compensación percibida por un comunero, a quien no se adjudica el bien cuando se disuelve el condominio, comportará para dicho comunero la existencia de una ganancia patrimonial sujeta al IRPF, cuando exista una actualización del valor de ese bien entre el momento de su adquisición y el de su adjudicación y esa diferencia de valor sea positiva”.

cónyuges, y con ocasión de las aportaciones a los patrimonios protegidos constituidos a favor de personas con discapacidad.

2. Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.

Entre los instrumentos de financiación de los Ayuntamientos se encuentran los tributos propios. Concretamente los impuestos que, a tal efecto, se regulan en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Esta norma establece dos tipos de impuesto locales: los que son de exacción preceptiva por el municipio; y los que son de carácter potestativo. Entre estos último se encuentra el IIVTNU. Este impuesto se devenga cuando se transmita la propiedad del terreno, ya sea a título oneroso o gratuito, entre vivos o por causa de muerte, en la fecha de la transmisión. Cuando se constituya o transmita cualquier derecho real de goce limitativo del dominio, en la fecha en que tenga lugar la constitución o transmisión.

A) Aspectos generales.

El IIVTNU es un impuesto directo porque grava la riqueza en sí misma. Estos impuestos gravan la titularidad de un capital o la obtención de rentas (en este caso el incremento del valor). También tiene naturaleza real porque se asientan sobre un elemento objetivo, cuya intrínseca naturaleza se determina con independencia del elemento personal de la relación tributaria, es decir, grava la riqueza, con independencia de la persona a que corresponde. Y, por último, es objetivo porque no tiene en cuenta las circunstancias del contribuyente a la hora de determinar la deuda tributaria⁶⁶.

El devenir de este impuesto en los últimos años ha sido muy conflictivo. La crisis económico-financiera de 2008 puso en duda el paradigma legal del impuesto por el que el valor siempre se incrementaba por el simple paso del tiempo. Esta previsión del impuesto fue cuestionada por el Tribunal Constitucional en varias sentencias hasta que, finalmente, declaró inconstitucional la forma de determinar la base imponible⁶⁷.

66 SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: "Objeto y ámbito de aplicación de la Ley General Tributaria" en AA.VV.: *Derecho tributario. Procedimientos tributarios*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2021, pp. 27-29.

67 Como recoge la exposición de motivos del RDL 26/2021, de 8 de noviembre, la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de fecha 11 de mayo, declaró inconstitucionales y nulos los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4, del TRLHL, pero únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor. Posteriormente, el Alto Tribunal, en su Sentencia 126/2019, de fecha 31 de octubre, declaró también inconstitucional el artículo 107.4 del citado texto refundido, respecto de los casos en los que la cuota a satisfacer sea superior al incremento patrimonial realmente obtenido por el contribuyente. Y, finalmente, la reciente Sentencia 182/2021, de fecha 26 de octubre, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 del TRLHL. Esta

Ante el vacío normativo derivado de la STC 182/2021, de fecha 26 de octubre, se dictó el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, cuyo objeto fue dar respuesta al mandato del TC de llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto como consecuencia de esta la última sentencia, así como integrar la doctrina contenida en las otras dos sentencias, al objeto de dar unidad a la normativa del impuesto y cumplir con el principio de capacidad económica.

B) Hecho imponible.

Como establece el art. 104 TRLHL, el IIVTNU es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos.

En este sentido, estará sujeto el incremento de valor que experimenten los terrenos que deban tener la consideración de urbanos, a efectos de dicho IBI, con independencia de que estén o no contemplados como tales en el Catastro o en el padrón de aquél. También estará sujeto el incremento de valor en la transmisión de los terrenos integrados en los bienes inmuebles clasificados como de características especiales. Por el contra, no estará sujeto a este impuesto el incremento de valor que experimenten los terrenos que tengan la consideración de rústicos a efectos del IBI, y tampoco estará sujeto los supuestos de aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes, ni determinadas operaciones de reestructuración bancaria.

Como novedad introducida por el RDL 26/2021, de 8 de noviembre, no se producirá la sujeción al impuesto en las transmisiones de terrenos respecto de los cuales se constate la inexistencia de incremento de valor por diferencia entre los valores de dichos terrenos en las fechas de transmisión y adquisición. Adecuando con esta situación el impuesto al principio de capacidad económica en los términos fijados por el TC.

El art. 105 TRLHL terminará estableciendo un conjunto de exenciones objetivas (constitución y transmisión de derechos de servidumbre, la transmisión de bienes de conjunto histórico-artístico y dación en pago de la vivienda habitual) y subjetivas (entre otras; el Estado, CCAA y Entidades locales, a las que pertenezca

última STC dejó un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad.

el municipio, entidades gestoras de la Seguridad Social y las mutualidades de previsión social, Cruz Roja España)⁶⁸.

C) Obligado tributario.

Como prevé el art. 106 TRLHL, es sujeto pasivo del impuesto a título de contribuyente:

a) En las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título lucrativo, la persona física o jurídica, o la entidad a que se refiere el artículo 35.4 LGT, que adquiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate.

b) En las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título oneroso, la persona física o jurídica, o la entidad a que se refiere el artículo 35.4 LGT, que transmita el terreno, o que constituya o transmita el derecho real de que se trate.

D) Base imponible.

Como se ha puesto de manifiesto, el impuesto ha sufrido una importante reforma como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad dictada por la STC 182/2021, de fecha 26 de octubre. El sistema de cálculo de la BI que fue expulsado del ordenamiento jurídico era objetivo y estaba construido sobre la consideración de que siempre existía aumento de valor de los terrenos durante el periodo de imposición, con independencia de que hubiera existido ese incremento realmente o no⁶⁹. La STC de 2021 dejó una situación clara en cuanto a la nulidad de los preceptos que configuraban la BI, pero planteó algunas cuestiones controvertidas como, por ejemplo, la fecha exacta de su aplicación y la eficacia de ésta en lo que se denominó “situaciones consolidadas”⁷⁰.

En la actualidad, el nuevo sistema de cuantificación de la BI introduce dos métodos de determinación de la misma. Por una parte, el sistema objetivo -parecido al anterior sistema- y, por otro, el sistema real. Veamos cómo funciona cada uno de estos métodos.

- Sistema objetivo: la ley establece unos coeficientes máximos en función del número de años transcurridos desde la operación. Se tomarán años completos y

68 RUIZ RESCALVO, P.: “Impuesto Locales”, en AA.VV.: *Introducción al Sistema Tributario Español* (coord. L. M. CAZORLA PRIETO y P. CHICO DE LA CÁMARA), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 785.

69 RUIZ RESCALVO, P.: “Impuesto Locales”, cit., p. 787.

70 Sobre estas cuestiones: HERNÁNDEZ GUJARRO, 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, pp. 822-833.

estos coeficientes máximos serán actualizados anualmente mediante norma con rango de ley. La BI así determinada será, por lo tanto, el resultado de multiplicar el valor catastral del suelo en el momento del devengo por los coeficientes que apruebe el Ayuntamiento correspondiente. Siempre respetando el máximo establecido en el art. 107.4 TRLHL.

-Sistema real: la forma de cuantificar la BI mediante este sistema es atendiendo a la plusvalía real del terreno. Para ello, el art. 107.5 TRLHL establece que, cuando a instancia del sujeto pasivo se constate que el importe del incremento de valor es inferior al importe de la base imponible determinada con arreglo a lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, se tomará como base imponible el importe de dicho incremento de valor⁷¹.

Esta opción de terminar la BI a elección del sujeto pasivo da cumplimiento a las SSTC sobre la aplicación del principio de capacidad económica, y evita el injusto sistema que durante años se aplicó, al exigir el impuesto por el método de estimación de bases objetiva, de forma imperativa y sin considerar de ninguna manera la plusvalía real de la operación⁷².

E) Cuota tributaria.

La cuota íntegra del impuesto será el resultado de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen. A tal efecto, el tipo de gravamen del impuesto será el fijado por cada ayuntamiento, sin que dicho tipo pueda exceder del 30%. Dentro de este límite, los ayuntamientos podrán fijar un solo tipo de gravamen o uno para cada uno de los períodos de generación del incremento de valor de la tarifa del impuesto.

La cuota líquida del impuesto será el resultado de aplicar sobre la cuota íntegra, en su caso, las bonificaciones siguientes: de forma potestativa, los Ayuntamientos podrán regular una bonificación de hasta el 95% de la cuota íntegra del impuesto, en las transmisiones de terrenos, y en la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio en los siguientes casos: a) las realizadas a título lucrativo por causa de muerte a favor de los descendientes y adoptados, los cónyuges y los ascendientes y adoptantes; y b) sobre los que se desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Esta última deberá rogada por el sujeto pasivo y aprobada, en su caso, por mayoría simple de la Corporación municipal.

71 Para seguir este sistema el contribuyente deberá instar el procedimiento del art. 104.5 TRLHL.

72 HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.: "Inconstitucionalidad y nulidad del sistema objetivo de cálculo de la base imponible del Impuesto de plusvalía: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021", *Quincena fiscal*, núm. 22, 2021, pp. 203-220.

V. CONCLUSIONES.

El sistema tributario español pivota sobre la tributación en la obtención de renta, el consumo y la titularidad de un patrimonio. En este trabajo hemos analizado la fiscalidad en torno a la adquisición, titularidad y transmisión de bienes y derechos; operaciones y situaciones que se enmarcarían en las tres fuentes de capacidad económica, tal y como las configuran los impuestos analizados al determinar sus hechos imponibles.

Lo primero que podemos poner de manifiesto es que, a diferencia de la mayoría de los países de la UE y OCDE, en nuestro país se gravan todos estos actos y negocios jurídicos. Siendo una cuestión por destacar que, impuestos como el IP, es de escasa o nula aplicación en la mayoría de los países de nuestro entorno y el ISD goza de poco predicamento. La situación española es de difícil parangón en cuanto al gravamen al ahorro. Ciertamente, como hemos visto, operaciones como la compraventa, devengan hasta tres impuestos a repartir entre las diversas Administraciones territoriales, a saber: IIVTNU para el municipio; ITP para la CCAA; e IRPF para la Administración central. Siendo llamativo que el transmitente quede sujeto a dos impuestos por la operación (incremento de valor y ganancia patrimonial), y resultando de difícil justificación que, cada uno de los tres impuestos, establezca un valor para determinar su base imponible.

Este trabajo no ha analizado los recientes impuestos aprobados por la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, entre los que se encuentra, el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas. Pero, indudablemente, dicho incremento cargas tributarias sobre el ahorro, desencadenará mayor presión y esfuerzo fiscal, y provocará la fuga de capitales e inversiones hacia países de nuestro entorno como, por ejemplo, Portugal. Sobre esta cuestión, basta traer a colación el Informe sobre competitividad fiscal 2022, del Instituto de Estudios Económicos.

La política tributaria consistente en la sucesiva creación de impuestos e incremento de la carga fiscal de los existentes (ensanchamiento de bases, no deflactando las tarifas, eliminando o reduciendo incentivos fiscales, reducciones o bonificaciones y aumentos de tipos impositivos), sin una previa valoración de la eficiencia en el gasto público y su optimización por parte de los Poderes Públicos⁷³, no da resultados adecuados y abre la puerta a la pérdida de inversión y talento. Antesala de la pérdida de competitividad, y de oportunidades de desarrollo y crecimiento económico.

73 Sobre esta cuestión, Ver: Instituto de Estudios Económicos: “Por una mejora de la eficiencia del gasto público en España”, *Revista del IEE*, núm. 1, 2022, p. 35. A tal efecto, se afirma que “se estima que España podría reducir su gasto público en un 14% y seguir ofreciendo el mismo nivel de servicios públicos si lograra mejorar su eficiencia hasta alcanzar niveles similares a los de la media de la OCDE. Ello supondría un ahorro de recursos del orden de unos 60.000 millones de euros”.

BIBLIOGRAFÍA

CALVO ORTEGA, R.: "La supresión del impuesto sobre el patrimonio: algunas reflexiones", *Nueva fiscalidad*, núm. 5, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil, Derechos reales Vol. III*, Tecnos, Madrid, 1998.

D'OCÓN ESPEJO, A.: "El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados", en AA.VV.: *Introducción al Sistema Tributario Español* (coord. por L.M. CAZORLA PRIETO y P. CHICO DE LA CÁMARA), Aranzadi, Navarra, 2022.

ESCRIBANO, F.: "El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados", en AA.VV.: *Curso de Derecho Tributario, parte especial* (coord. por F. PÉREZ ROYO), Tecnos, Madrid, 2021.

GARCÍA AÑOVIROS, J.: *Manual del sistema tributario español*, Civitas, Madrid, 2000.

GARCÍA NOVOA, C.: "Impuesto sobre el patrimonio: ¿por qué debe suprimirse?", *Bolsa: revista mensual de bolsas y mercados españoles*, núm. 170, 2007.

HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.: "Inconstitucionalidad y nulidad del sistema objetivo de cálculo de la base imponible del Impuesto de plusvalía: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021", *Quincena fiscal*, núm. 22, 2021.

INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS: "Por una mejora de la eficiencia del gasto público en España", *Revista del IEE*, núm. 1, 2022.

INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS: *Competitividad fiscal 2022*, Colección de Informes, enero 2023.

MARTÍN QUERALT, J. y otros: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2000.

MONFORT FERRERO, M. J.: "Circunstancias y garantías de la relación obligatoria", en AA.VV.: *Derecho Civil II (obligaciones y contratos)* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, 2021.

NÚÑEZ GRAÑÓN, M.: "El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones", en AA.VV.: *Ordenamiento tributario español: los impuestos* (coord. por E. ALIAGA AGULLÓ), Tirant lo Blanch, 2015.

PEÑA ALONSO, J. L.: "Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones", en AA.VV.: *Introducción al Sistema Tributario Español* (coord. por L. M. CAZORLA PRIETO y P. CHICO DE LA CÁMARA), Aranzadi, Navarra, 2022.

RUIZ-HUERTA CARBONELL, J. y otros: *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria*, Ministerio de Hacienda y Función Pública, Madrid, 2022.

RUIZ RESCALVO, P.: "Impuesto Locales", en AA.VV.: *Introducción al Sistema Tributario Español* (coord. L. M. CAZORLA PRIETO y P. CHICO DE LA CÁMARA), Aranzadi, Navarra, 2022.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: "Objeto y ámbito de aplicación de la Ley General Tributaria" en AA.VV.: *Derecho tributario. Procedimientos tributarios*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2021.

CUESTIONES DE
INTERÉS JURÍDICO



LA DOCTRINA DEL REPORTAJE NEUTRAL COMO
RESPUESTA A LA COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL
HONOR Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

*THE DOCTRINE OF NEUTRAL REPORTING AS A RESPONSE TO
THE COLLISION BETWEEN THE RIGHT TO HONOUR AND THE
RIGHT TO FREEDOM OF INFORMATION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 270-287

José Ramón DE
VERDA y
Julio LLOP

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: Uno de los derechos con los que más frecuentemente colisiona el derecho a la libertad de información es el derecho al honor. El Tribunal Constitucional español ha elaborado la doctrina del reportaje neutral, que exime de responsabilidad al informante cuando cumple con los requisitos por ella requeridos. Nos proponemos en este trabajo analizar esta doctrina de construcción jurisprudencial, así como los requisitos necesarios para su aplicación.

PALABRAS CLAVE: Derecho al honor; libertad de información; reportaje neutral; Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: *One of the rights with which the right to freedom of information most frequently collides is the right to honor. The Spanish Constitutional Court has developed the doctrine of neutral reporting, which exempts the informant from liability when he meets the requirements of the doctrine. In this paper we propose to analyze this doctrine of jurisprudential construction, as well as the necessary requirements for its application.*

KEY WORDS: *Right to honor; freedom of information; neutral reporting; Constitutional Court.*

SUMARIO.- I. LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL HONOR. II. DERECHO AL HONOR Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN.- 1. Jurisprudencia Constitucional.- 2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. III. LA DOCTRINA DEL REPORTAJE NEUTRAL.- 1. Consideraciones preliminares.- 2. Requisitos para la aplicación de la doctrina del reportaje neutral.- A) *Identificación de la fuente.*- B) *La no alteración de la noticia en su forma y contenido.*- C) *La no asunción de la noticia o declaración como propia por parte del medio que la reproduce.*- D) *La no inclusión de juicios de valor.*

I. LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL HONOR.

La Constitución Española consagra en su artículo 18 el derecho fundamental de la personalidad al honor. Se trata de un derecho que, como se ha encargado de señalar la STC 208/2013, de 16 de diciembre, guarda especial conexión con la dignidad humana, pues “la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor”¹.

Sin embargo, la Carta Magna no define el contenido este derecho, como tampoco lo hace la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Sí hace referencia la citada LO en su artículo séptimo a una serie de conductas que se consideran ilegítimas intromisiones en su ámbito de protección y, por tanto, vulneradoras de los derechos en ella desarrollados y que nos permitirán acotar de modo negativo el contenido de estos y, en particular, el contenido del derecho al honor del que aquí nos ocupamos.

En efecto, ya la STC 170/1994, de 7 de junio², señaló que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición que nos permita perfilar el contenido del

1 STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013,208), F.J. 3º. Algo que en términos similares ya habían señalado la SSTC 231/1998, de 2 de diciembre en su F.J. 3º al afirmar que los derechos de la personalidad derivan “sin duda de la «dignidad de la persona», que reconoce el art. 10 de la C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”. y 170/1994, de 7 de junio en su F.J. 4º al afirmarla como núcleo irreductible del derecho al honor. Además, de cara a perfilar el contenido de este derecho, el Tribunal Constitucional ha precisado en la STC 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999,189), F.J. 4º que “el carácter molesto o hiriente de una opinión o una información, o la crítica evaluación de la conducta personal o profesional de una persona o el juicio sobre su idoneidad profesional no constituyen de suyo una ilegítima intromisión en su derecho al honor, siempre, claro está, que lo dicho, escrito o divulgado no sean expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran”. En los mismos términos se habían expresado ya las SSTC 107/1988, 171/1990, y 172/1990, entre otras.

2 STC 170/1994, de 7 de junio (RTC 1994,170), F.J. 3º.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Director del Grupo de Investigación Permanente de la Universidad de Valencia “Research Group Person and Family” (GIUV2013-101). Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es.

• Julio Llop Tordera

Graduado en Derecho y Graduado en Administración y Dirección de Empresas en la Universidad de Valencia. Becario de Colaboración en el Departamento de Filosofía del Derecho y Política de la Universidad de Valencia.

derecho al honor y que, en consiguiente, se debe de buscar esta definición en el lenguaje común, lo que “nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), la cual -como la fama y aun la honra- consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno”

La antedicha sentencia se encargaría de señalar además que “el denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas”³. Se considera, en consiguiente, el elemento externo como esencial para considerar la vulneración de este derecho, no tutelándose solo el sentimiento de la persona, que entra dentro del ámbito la subjetividad, sino también y especialmente la transcendencia para su consideración social que pueda llevar aparejada una determinada conducta.⁴ En este sentido, el aspecto interno no puede ser invocado autónomamente para fundamentar una agresión al honor, sino que resulta indispensable la existencia de un elemento externo, pues el honor se entiende como reputación o prestigio, como consideración social.

Se trata, por tanto, de un derecho que mutará de la mano de los cambios sociales y así lo ha señalado la STC 52/2002, de 25 de febrero, al afirmar que el honor “es un concepto jurídico que, aunque constituye una manifestación directa de la dignidad constitucional de las personas, depende en su concreción de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”⁵.

En consiguiente, la interpretación de los tribunales será esencial para resolver los supuestos en los que se plantee una posible vulneración del derecho al honor, máxime cuando se trata de un derecho que colisiona frecuentemente con otros como la libertad de expresión, la libertad de información o la libertad de creación literaria⁶. Y ello convierte a la ponderación judicial “en un método interpretativo prácticamente consubstancial a la concreción del ámbito de protección del derecho al honor y a la concreción de su ámbito de protección”⁷. En este sentido, conviene señalar que la ponderación tiene como límite infranqueable la dignidad humana,

3 STC 170/1994, de 7 de junio (RTC 1994,170), F.J. 3°.

4 Como ha señalado la STC 208/2013 (RTC 2013,108) en su F.J. 3°. Del mismo modo había afirmado la STC 170/1994, de 7 de junio (RTC 1994,179) en su F.J. 3° que “la divulgación de cualesquiera expresiones o hechos concernientes a una persona que la difamen o hagan desmerecer en la consideración ajena o que afecten negativamente a su reputación y buen nombre (art. 7. 3 y 7 L.O. 1/1982) ha de ser calificada como intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor”.

5 STC 52/2002, de 25 de febrero, (RTC 2002,52), F.J. 5°. En la misma línea se había manifestado ya la STC 180/1999, de 19 de octubre, F.J. 4°.

6 El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha establecido como límite al ejercicio de estos derechos “la protección de la reputación o los derechos ajenos”.

7 STC 51/2008, de 14 de abril, (RTC 2008,51), F.J. 3°.

“cuya negación o desconocimiento sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional el ejercicio de otros derechos o libertades, como la libertad de expresión”⁸.

II. DERECHO AL HONOR Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN.

Uno de los derechos con los que frecuentemente colisiona el derecho al honor es la libertad de información. El art. 20.I.d) CE reconoce el derecho a: “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Un derecho que encuentra su límite en “el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (art. 20.4 CE). A pesar de este límite, la protección que se brinda al derecho al honor no es absoluta, sino que como hemos señalado se requiere una ponderación que teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto permita decidir cuál de los derechos que han colisionado debe prevalecer.

Pasamos ahora a analizar los criterios de ponderación que ha establecido la jurisprudencia constitucional y su parcial influjo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Nos centraremos también en la distinción realizada por este último entre el “peso en abstracto” de los derechos y su “peso relativo”, para realizar posteriormente un juicio crítico de esta.

I. Jurisprudencia constitucional.

Como ha explicado la STC 240/1992, de 21 de diciembre⁹, la jurisprudencia constitucional dota de preferencia a la libertad de información sobre el derecho al honor. Así, “según los criterios que se han ido perfilando en la jurisprudencia constitucional, esa confrontación de derechos ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que sobre los derechos denominados de la personalidad del art. 18 C.E. ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.I d) C.E., en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de

8 STC 176/1995, de 11 de diciembre, F.J. 5°.

9 STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992,240) F.J. 3°. En la misma línea se habían pronunciado ya algunas resoluciones anteriores como las SSTC 194/1986, 171/1990, 172/1990, 40/1992 y 85/1992. Y posteriormente la STC 21/2000, de 31 de enero (RTC 2000,21) en su F.J. 4° afirmará que “es doctrina constitucional reiterada que en los casos en los que exista un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, debe partirse de la premisa de que a través de este último derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político [...] De este modo, al contribuir este derecho a la formación de una opinión pública libre, la libertad de información constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática”.

interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen”.

Son por tanto dos los requisitos a los que queda supeditada esta preferencia por el derecho al honor: la veracidad de la información transmitida y la relevancia pública de los asuntos tratados.

En primer lugar, en cuanto a la veracidad de la información transmitida, no debe identificarse esta con la absoluta exactitud de lo que se afirma, pues exigir tan elevado grado de diligencia al informador haría inoperante este derecho. La diligencia que es exigible es más bien la propia de un profesional, como se ha encargado de señalar la STC 240/1992, de 21 de diciembre¹⁰, al afirmar que el informador “tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional”.

Y la forma de valorar el nivel de diligencia no puede determinarse de forma apriorística puesto que “depende de las circunstancias concretas de la comunicación de que se trate”¹¹.

Además, como expone la STC 139/2007, de 4 de junio¹², “el nivel de diligencia exigible al informador adquiere una especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere”. Es decir, la intensidad del deber de veracidad se modula en función de la gravedad de la información que se transmite, pues no es lo mismo la imputación de un delito, que como explicaremos a continuación exige el más alto grado de diligencia, que la publicación de otro género de noticias, que exigirá la actuación diligente del profesional, pero en un grado inferior.

Puede señalarse, en suma, que lo que se pretende con este requisito es exigir al profesional de la información “una actuación razonable en la comprobación de

10 STC 240/1992, de 21 de diciembre. (RTC 1992,240), F.J. 5º. Además, la STC 21/2000, de 31 de enero ha expuesto que “cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos”. Una idea que ya estaba presente en las SSTC 6/1998, de 21 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 52/1996, de 26 de marzo, 3/1997, de 13 de enero y 144/1998, de 30 de junio.

11 STC 21/2000, de 30 de enero, (RTC 2000,21) F.J. 6º. También se han ocupado de este asunto las SSTC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992,240) F.J. 7º, 28/1996, de 26 de febrero (RTC 1996,28) F.J. 3º, entre otras.

12 STC 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007,139), F.J. 9º. Ha señalado esta sentencia también que “no debe identificarse con la idea de objetividad, ni con la ‘realidad incontrovertible’ de los hechos, pues ello implicaría la constricción del cauce informativo a aquellos hechos o acontecimientos de la realidad que hayan sido plenamente demostrados”.

la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz”¹³

En segundo lugar, para determinar que se debe entender por relevancia pública de los asuntos tratados nos remitimos a lo expuesto por la 54/2004, de 15 de abril⁴, conforme a la cual “el criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública; como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública”.

2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por su parte y a pesar del parcial influjo de la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Supremo distingue, siendo así heredero de la tradición anglosajona, entre el “peso en abstracto” de los derechos en liza y su “peso relativo”. Una distinción que se aprecia, por ejemplo, en la STS 20 de octubre de 2009¹⁵, cuando se afirma que la técnica de la ponderación exige: en primer lugar, que se valore el peso abstracto de los derechos fundamentales objeto de la controversia, lo que requiere que se respete la prevalencia que el derecho a la información tiene sobre el derecho al honor; en segundo lugar, se exige la valoración relativa de los derechos fundamentales en colisión, punto este en el que se seguirían los criterios de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que exigiría la comprobación de que la información sea veraz, de interés público y se transmita proporcionadamente.

Sin embargo, nos parece que se trata esta de una doctrina eminentemente formalista, que introduce una distinción artificial que no convive bien con el art. 20.4 CE, pues conduce a la aplicación de una solución absolutamente opuesta a la recogida en este precepto (que prescribe que es el derecho al honor el que actúa como límite a la libertad de información y no a la inversa). En consiguiente, resultaría más apropiado superar esta distinción que solo resulta satisfactoria desde el punto de vista formal y realizar una valoración conjunta, considerando

13 STC 240/1992, F.J. 7°. En el mismo sentido las SSTC 28/1996 en su F.J. 3° y 192/1999 en su F.J. 4°.

14 STC 54/2004, de 15 de abril (RTC 2004,54) F.J. 3°. Por su parte, la propia sentencia ha señalado que aquellos que deberán soportar una mayor intromisión en sus derechos de la personalidad son las personas con relevancia pública y muy especialmente aquellas cuya actuación está sometida al escrutinio de la opinión pública. Además, en términos similares se ha pronunciado la STC 139/2007, de 4 de junio, en su F.J. 7°, al referirse a la necesidad de que concurren dos requisitos inexcusables: “a saber: que se trate de difundir información sobre un hecho noticioso o noticiable, por su interés público, y que la información sobre tales hechos sea veraz. En ausencia de alguno de ellos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada (o su protección está limitada) y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el art. 20.4 CE, singularmente y por lo que al caso atañe, los derechos fundamentales al honor y a la intimidad”. En el mismo sentido la STS 320/1994 /RTC 1994,320) F.J. 3°.

15 Distinción que se encuentra presente en gran cantidad de Sentencias del Alto Tribunal como las que siguen: STS 6 de marzo de 2013 (JUR 2013,123617), STS 15 de octubre de 2009 (RJ 2010, 658), STS 11 de junio de 2011 (RJ 2011, 5713).

que el derecho a la libertad de información prevalece sobre el derecho al honor solo en aquellos casos en que se cumplen los requisitos mencionados (noticia de interés general, veraz y transmisión proporcionada), que se tendrán que valorar en cada caso.

III. LA DOCTRINA DEL REPORTAJE NEUTRAL.

I. Consideraciones preliminares.

La doctrina del reportaje neutral¹⁶ se enmarca en el ámbito del conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información y constituye un intento de relajar, cuando se cumplen los requisitos de los que nos ocupamos más adelante, las mayores restricciones que acompañan a la libertad de información con respecto a la libertad de expresión, pues como señala la STS de 20 de octubre de 2009¹⁷, “la libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo”.

Por tanto, lo que se exige es que la noticia sea “el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada”¹⁸. Se exige, por tanto, al comunicador de la exigencia de comprobar la veracidad de la información transmitida, cuando no sea el autor de la misma y esta se refiera a un asunto de interés público, citando a una fuente solvente.

También ha explicado el tribunal que a los profesionales de la información incumbe el “deber de comprobación razonable de la veracidad de la información”, pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia “también asume personalmente su veracidad o inveracidad”¹⁹.

16 Una doctrina que ha sido confirmada por el TEDH. Sirva como ejemplo de ello la Sentencia del TEDH de 4 de julio de 2017 en el caso *KAÇKI v. POLONIA* que confirma que cuando un medio de comunicación simplemente se limita a transmitir una información publicada por un tercero, sin realizar alteraciones ni identificarse con ella, no recaerá sobre este la responsabilidad.

17 STS 20 de octubre de 2009, (RJ 2009, 658) F.J. 4º.

18 STC 29/2009, de 26 de enero (RTC 2009,29) F.J. 5º. Del mismo modo debe reseñarse que el Tribunal Constitucional ha señalado que “ciertamente, resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en una misma exposición, los elementos que pretenden informar de los dirigidos a valorar, y en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante”, entre otras muchas STC 51/1997, de 11 de marzo, (RTC 1997,51) F.J. 4º.

19 Ver en este sentido SSTC 172/1990, 40/1992 y 219/1992, entre otras.

La STC 139/2007, de 4 de junio²⁰, expone los requisitos para la aplicación de la doctrina jurisprudencial del reportaje neutral en un intento de sistematizar la jurisprudencia dictada sobre esta materia:

a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b).

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5).

Y sobre esta base, cuando se reúnen ambas circunstancias, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad.

El Tribunal Constitucional se pronunció en la STC 21/2000, de 30 de enero²¹, sobre un caso que trataba sobre la publicación en el diario EL MUNDO de la siguiente noticia:

“Graves irregularidades en un concurso de 25.000 millones de pesetas de material militar”. Altos cargos del Ministerio de Defensa, mandos militares y empresarios del sector de suministros bélicos han pactado de forma irregular y a cambio de comisiones millonarias, antes incluso de que sea convocado el concurso público, un contrato de 25.000 millones de pesetas para la venta al Ejército de Tierra de casi medio millón de equipos de soldado con los que constituir una reserva de vestuario ante la posibilidad de un hipotético conflicto”.

20 STC 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007, 139) F.J. 11°. Entre las sentencias en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el asunto pueden citarse las siguientes: STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240), F.J. 7°; STC 178/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 178), F.J. 5°; STC 232/1993, de 12 de julio (RTC 1993, 232), F.J. 3°; STC 41/1994, de 15 de febrero (RTC 1994, 41), F.J. 4°; STC 190/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996, 190), F.J. 4°; STC 41/1994, de 15 de febrero (RTC 1994, 41), F.J. 4°; STC 52/1996, de 26 de marzo (RTC 1996, 52), F.J. 5°; STC 144/1998, de 30 de junio (RTC 1998, 144), F.J. 5°; STC 21/2000, de 30 de enero (RTC 2000, 21), F.J. 6°; STC 76/2002, de 8 de abril (RTC 2002, 76), F.J. 4°; STC 54/2004, de 15 de abril (RTC 2004, 54), F.J. 7°; STC 134/1999 (RTC 1999, 134), F.J. 4°; STC 53/2006, de 27 de febrero (RTC 2006, 53), F.J. 8°; y STC 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007, 139), F.J. 11°. La más reciente STC 24/2019, de 25 de febrero (RTC 2019, 24) se remite al F.J. 4° de la STC 76/2002, de 8 de abril para exponer los requisitos de la doctrina del reportaje neutral.

21 STC 21/2000, de 30 de enero (RTC 2000, 21).

En la noticia se afirmaba que tanto el presidente como el vicepresidente de AESMIDE (Asociación de Empresas Suministradoras del Ministerio de Defensa) eran los líderes de esta operación de contratación irregular. En el mismo diario en el que se había publicado la noticia se ampliaba la información y en la edición del día siguiente se desarrollaba.

En este caso, la relevancia pública de la noticia resultó incontrovertida, por lo que el Tribunal pasó a dirimir si el informador había cumplido con el requisito de veracidad, considerando que no cumplió con el deber de diligencia que le era constitucionalmente exigible, esto es, con aquel que se espera de un profesional de la información, al apreciar que su actividad investigadora no fue suficiente. Sí se reconoce, no obstante, una actividad investigadora respecto a determinados hechos, pero sobre otros “no se desplegó más actividad probatoria que la de remitirse a la información que sobre este hecho le habían proporcionado fuentes indeterminadas”²².

La sentencia explica, haciéndose eco del razonamiento del Tribunal en la STC 172/1990, de 12 de noviembre, que “el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber”

El tribunal razona además que “nos encontramos con que en este caso el deber de diligencia debe exigirse “en su máxima intensidad”, ya que la noticia que se divulga, al imputar la comisión de un delito, no sólo puede suponer un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere, sino que, además, incide en su derecho a la presunción de inocencia”²³.

En consiguiente, al no entenderse cumplido el requisito de veracidad y resultando incontrovertido el interés público de la noticia, se considera que las actuaciones del informador no pueden quedar amparadas por el derecho a la información, habiendo dado lugar a la vulneración del derecho al honor de los recurrentes.

22 STC 21/2000, de 30 de enero (RTC 2000,21). F.J. 7º

23 STC 21/2000, de 30 de enero (RTC 2000,21). F.J. 8º. Además, la sentencia señala que “la remisión a este tipo de fuentes, al no identificarse su origen, debe entenderse, en principio, insuficiente a efectos de dar por cumplida la diligencia propia del informador “lo cual, desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información”

2. Requisitos para la aplicación de la doctrina del reportaje neutral.

De los sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia pueden extraerse los siguientes como requisitos para la aplicación de la doctrina del reportaje neutral²⁴.

A) *Identificación precisa de una fuente digna de fiabilidad.*

En primer lugar, resulta necesario que se identifique de donde se ha obtenido la noticia ya provenga de un medio de comunicación o de una persona²⁵. Actúa, por tanto, la fuente citada como cauce para eximir al informador de comprobar la veracidad de lo que en ella se contiene. Y así, la STC 139/2007, de 4 de junio²⁶ ha explicado que “es indudable que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si ésta puede mencionarse en la información misma”.

Sirva como ejemplo de aplicación de este requisito la STC 171/2004, de 18 de octubre²⁷, que se refiere a informaciones publicadas en diversos periódicos en los que se citan una serie de nombres a los que se identifica como dirigentes de la banda terrorista ETA y entre ellos el del recurrente en amparo.

En la sentencia se señala que no concurre la identificación de la fuente necesaria para la aplicación de la doctrina del reportaje neutral, puesto que no se indica en “la noticia publicada en el diario “El Mundo” la más mínima referencia a cuál pudiera ser el origen de la aseveración de que el demandante de amparo forma parte del aparato económico de ETA, limitándose los periodistas firmantes de la noticia a incluirlo en un organigrama o cuadro, que pretende reflejar la estructura de la organización terrorista, como uno de los responsables de aquél”.

24 La reciente STS de 22 de febrero de 2023 (RJ 2023,286) ha considerado que se cumplen estos requisitos y ha aplicado la doctrina del reportaje neutral.

25 Así lo ha expresado la STC 139/2007, de 4 de junio, (RTC 2007,139) “han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas”.

26 STC 139/2007, de 4 de junio RTC (2007,139), F.J. 9º, citando la STC 178/1993, de 31 de mayo, (RTC 1993,178) F.J. 5º.

27 STC 171/2004, de 18 de octubre (RTC 2004,171), F.J. 3º. La STC 6/1996, de 16 de enero (RTC 1996,6) en su F.J. 5º ha afirmado también en un caso relativo a la imputación de un secuestro a un exjugador de un conocido club de fútbol que aunque “la noticia no arrancaba del vacío sino de la existencia de una actuación policial y judicial previa sobre la persona del Sr. de la Hoz que, en cierto modo, reclamó el interés del medio de información, por lo que, aunque tales actuaciones fuesen definitivamente archivadas, no es menos cierto que la información difundida no fue producto de una invención deliberada”. Sin embargo y como consecuencia de la falta de identificación de la fuente el Tribunal Constitucional declaró que en este caso resultaba inaplicable la doctrina del reportaje neutral, pues el medio se limitó a realizar “una remisión a fuentes insuficientes para dar por cumplida la diligencia propia del informador, dado que las mismas no pasan de ser indeterminadas, sin que se haya identificado en absoluto su origen”.

Sin embargo, la STS 30 junio 2020²⁸ consideró que sí se había procedido a la identificación de la fuente de manera precisa en una publicación del Diario de Pozuelo que se hacía eco de una supuesta adjudicación irregular de contratos a la que hacía referencia okdiario.com.

En segundo lugar, se requiere que la fuente que se ha citado sea digna de fiabilidad. Y ello dependerá, como explica la STC 53/2006, de 27 de febrero²⁹, de cada caso concreto: “Una fuente fiable con respecto a determinados contenidos informativos puede no serlo con respecto a otros. Es necesario, por eso, examinar con detenimiento las circunstancias concurrentes en cada caso a la luz de esta idea para evitar generalizaciones que descalifiquen o exageren la fiabilidad de una determinada fuente de información sin el imprescindible discernimiento”.

En esta misma sentencia afirma el Tribunal que no es relevante para valorar si procede la aplicación de la doctrina del reportaje neutral el medio por el que se ha logrado la información, pues “desde la perspectiva de “la fuente que proporciona la noticia”, nada permite negar la condición de fuente fiable al mencionado contable a los específicos efectos de contrastar y verificar los concretos aspectos sobre los que informó al periodista”³⁰. Recogiendo la doctrina del tribunal sobre la materia: “las eventuales responsabilidades derivadas de la ilegítima obtención de una información se exigirán por la vía que proceda, pero no constituyen circunstancia que deba incluirse en el juicio de ponderación que ahora nos compete, “pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor”³¹.

Mención especial requieren aquellos casos en los que la noticia es tomada de otro medio de comunicación y esta contiene declaraciones lesivas para el honor de terceros.³² De un caso como este se ocupó la STC 41/1994, de 15

28 STS 30 de junio de 2020 (RJ 2020,380): “lo relevante cuando el medio informativo es mero transmisor de declaraciones ajenas que imputan hechos lesivos para el honor y se transmiten de forma neutral (esto es, limitándose el medio a narrarlas, sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, pues si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral), es que el deber de veracidad se circunscribe a la verdad objetiva de la existencia de tales declaraciones, de tal forma que el medio que las transmita neutralmente -que se limite, según STC 53/2006 “a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido”, queda exonerado de la responsabilidad que pueda derivarse de su contenido”. Se hace así eco esta sentencia de las SSTC 76/2002 y 54/2004.

29 STC 53/2006, de 27 de febrero (RTC 2006,53) F.J. 12°.

30 STC 53/2006, de 27 de febrero (RTC 2006,53) F.J. 13°.

31 Por su parte, la STC 54/2004, de 15 de abril, (RTC 2004,54) en su F.J. 6° que “las dudas -derivadas de la existencia de un proceso penal- que pudieran albergarse sobre la legalidad de la vía por la que se obtuvo la información no constituyen cuestión que quepa valorar en el presente juicio de ponderación entre los derechos reconocidos en los arts. 18.1 y 20.1 d) CE, como ha declarado este Tribunal para un caso en este punto análogo al presente”.

32 Así lo ha expresado la STC 232/1993, de 12 de julio (RTC 1993,232) F.J. 3° “aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resultan ser atentatorias contra los derechos del art. 18.1 C.E.”.

de febrero³³, que expone que “la exigencia del control de fundamento de la información proporcionada por sujetos externos provocaría una alteración de la función meramente informativa asumida por el medio, simplemente narrador de las declaraciones acusatorias, para asumir una labor censora o arbitral que no le es propia, máxime cuando el contenido de la noticia no supone una imputación de conductas desproporcionadamente graves en relación con la finalidad por ella perseguida”. Es decir, que cuando el informador ha tomado sencillamente una noticia de un medio de comunicación, sin realizar alteraciones en su forma o contenido -que como explicaremos es el segundo de los requisitos-, se presume su veracidad y se verifica por tanto este criterio de cara a la aplicación de la doctrina del reportaje neutral.

Además, se establece como requisito que el medio de comunicación del que se toma la noticia tenga un impacto que sea similar o superior al del medio que informa. Así lo ha expuesto la STS de 18 de abril de 2000³⁴: “es menester, para sostener la indemnidad y tutela de la posterior noticia transcriptoria, que el segundo medio difusor que expande lo ya publicado, no tenga una proyección por el número de suscriptores o, sobre todo, por el área geográfica o social en que se conoce, que desorbite o ensanche en demasía el círculo originario de conocimiento o eco de destinatarios del órgano o instrumento mediático en el que apareció por primera vez”.

B) La no alteración de la noticia en su forma y contenido.

La reelaboración de la noticia bien sea por la vía de la forma, bien por la vía del contenido da lugar a la no aplicación de la doctrina del reportaje neutral, pues “si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral”³⁵.

Con respecto a la reelaboración por la vía de la forma, consiste en “el uso de imágenes de personas que no aparecían mencionadas por la fuente”³⁶ o “utilización de caracteres tipográficos desmesurados para plantear dudas sobre la honorabilidad de las personas”³⁷.

33 En la misma línea la STC 190/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996,190), en su F.J. 4º cuando señaló que “la postura indudablemente neutral de Televisión Española, que se limitó a transmitir lo que publicaba otro importante medio de difusión, identificando el mismo y sin realizar ninguna aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido, limita su deber de diligencia a «la constatación de la verdad del hecho de la declaración», sin que comprenda «la constatación de la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración», haciéndose eco de las SSTC 52/1996, de 26 de marzo (RTC 1996,52) F.J. 3º y 232/1993, de 12 de julio (RTC 1993,232) F.J. 3º.

34 STS 18 de abril de 2000 (RJ 2000,398) F.J. 4º.

35 STC 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007,139) F.J. 11º.

36 STC 183/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995, 183), F.J. 2º.

37 Así sucedió en los supuestos contemplados por la STC 54/2004, de 15 de abril (RTC 2004, 54), F.J. 8º; y STC 136/2004, de 13 de septiembre (RTC 2004, 136) F.J. 2º136), F.J. 2º.

La STS 25 febrero 2011³⁸ entendió que no resultaba de aplicación la doctrina del reportaje neutral como consecuencia de la aparición en un reportaje de uno de los demandantes que era identificado como miembro de la banda terrorista ETA por considerar el tribunal que no se había observado la debida diligencia y que, por tanto, no quedaba amparada en la libertad de información. “El error cometido en el documental elaborado por Canal Mundo Producciones Audiovisuales al hacer figurar la foto del demandante en el reportaje identificándolo con uno de los presuntos terroristas del atentado del 11- M, precisamente con el terrorista propietario de la casa de Morata de Tajuña en la que presuntamente se prepararon los atentados, supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen del Sr. Erasmo ocasionado por la falta de diligencia de los profesionales que elaboraron el mencionado reportaje”.

En cambio, la STS 30 junio 2020³⁹ sí considero de aplicación la doctrina del reportaje neutral, pues entendió que se hacía referencia a la fuente de donde se había obtenido la información, en este caso un medio de comunicación y además no se había reelaborado la noticia, no la había asumido como propia, ni incluido juicios de valor. “Pese a apreciarse alguna diferencia entre los titulares de las dos informaciones, el grado de reelaboración por parte de “Diario de Pozuelo” fue mínimo, pues en los dos casos se transmite al lector la misma idea (que una empresa vinculada a la recurrente fue beneficiada con dinero público, siendo la recurrente una persona conocida por su actividad política en el municipio de Pozuelo de Alarcón y por su vinculación sentimental con un importante cargo del PP)”.

Sin embargo, como se ha encargado de señalar la STC 6/1988, de 21 de enero⁴⁰, “la comunicación de hechos o noticias no se da siempre en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión”, de modo que el carácter sensacionalista de una noticia no es suficiente para que no se aplique la doctrina del reportaje neutral.

Por su parte, se ha considerado que las noticias que contengan información relativa a lo que en el lenguaje popular se conoce como “noticias del corazón”, o lo que es lo mismo “la comunicación o “chismorre” de la vida íntima ajena para satisfacer oscuros morbos de los interesados” no se presume que quedan

38 STS 25 de febrero de 2011 (RJ 2011,92) en su F.J. 5º. Esta exigencia de que no exista reelaboración por la vía del contenido puede encontrarse también en la STS 18 de mayo de 2007 (RJ 2007,539).

39 STS 30 de junio de 2020 (RJ 2020,381) F.J. 5º.

40 Del mismo modo lo ha señalado el ATC 233/2003, de 10 de julio, (RTC 2003,233) en su F.J. 2º, “el tono más o menos sensacionalista que pueda entenderse que tienen en la presentación de las noticias no puede suponer, por sí solo y sin acreditar otros elementos (descalificar la neutralidad de las publicaciones aquí consideradas, y ello incluso si acaso pudiese ser concebida de alguna manera como una información sesgada, pues, como hemos afirmado, la protección que brinda la Constitución al informador no exige que la narración de los hechos que efectúe haya de ser ‘aséptica, imparcial y completa”.

amparadas por el derecho a la libertad de información, pues en muchas ocasiones buscan solo satisfacer una curiosidad, que no puede identificarse con el interés público (SSTS de 11 de noviembre de 2004 y de 13 de noviembre de 2008)⁴¹.

En lo que se refiere a la reelaboración por la vía de contenido nos gustaría señalar con la STC 41/1994, de 15 de febrero⁴², que “un reportaje de contenido neutral puede dejar de serlo, si se le otorga unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje”, es decir, la neutralidad se rompe cuando el informante no se limita a reproducir una información que ha obtenido de una fuente, sino que introduce en ella modificaciones que permiten entender su implicación en la elaboración de la noticia.

La STS 14 febrero 2023⁴³ recoge la postura del Tribunal sobre la reelaboración de la noticia, explicando que el medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia pues si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral. De darse estos presupuestos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración”.

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

La neutralidad quedaría también quebrada en aquellos casos en los que el informante haga propia la noticia que transmite, bien porque la asuma, bien porque así lo declare. Es decir, como ha afirmado la STC 232/1993, de 12 de julio⁴⁴, la doctrina del reportaje neutral resulta aplicable en aquellos casos en los que el medio de comunicación “se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resultan ser atentatorias contra los derechos del art. 18.1 C.E.” y no por tanto cuando presente la noticia como propia.

Parece claro además que, como ha señalado la STC 15/1993, de 18 de enero⁴⁵, se tendrá que valorar la responsabilidad en función del caso, pues: “es evidente que los directores de los medios informativos no adquieren la misma

41 STS 11 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 1102) F.J. 1º y STS 13 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 1096) F.J. 2º

42 STC 41/1994, de 15 de febrero (RTC 1994,41), F.J. 4º.

43 STS de 14 de febrero de 2023 (RJ 2023,250). Añade la sentencia que “no debe confundirse que la información obtenida y comunicada públicamente haya sido contrastada conforme a pautas profesionales y adecuadas a las circunstancias concurrentes con la institución del “reportaje neutral”, que consiste en que el objeto de la noticia esté constituido por declaraciones ajenas que imputan hechos lesivos para el honor, que sean noticia por sí mismas. Como tales declaraciones, han deponerse en boca de personas determinadas, responsables de ellas”

44 STC 232/1993, de 12 de julio (RTC 1993,232) F.J. 3º. Esta misma doctrina la recogió posteriormente la STC 52/1996, de 26 de marzo (RTC 1996,52) F.J. 3º

45 STC 15/1993, de 18 de enero (RTC 1993,15), F.J. 2º.

responsabilidad por la publicación de los escritos elaborados por los profesionales que en ellos trabajan que por los contenidos de los enviados por los lectores a las secciones destinadas a recoger opiniones e informaciones en principio ajenas a la línea editorial de los medios”.

Un ejemplo de no asunción de la noticia como propia lo encontramos en la STS 25 febrero 2011⁴⁶, que declaró aplicable la doctrina del reportaje neutral, dado que los medios de comunicación que habían transmitido la información se habían basado en un documental, “no se transmite como propia la información difundida, sino que claramente se pone de manifiesto que se recoge lo que es objeto del documental sobre la base de los materiales de investigación empleados tanto documentales como por medio de crónicas o relatos de historiadores, periodistas o testigos de la época, que repasan los acontecimientos con base a datos históricos y populares existentes”.

Sin embargo, la STC 52/1996, de 26 de marzo⁴⁷, no declaró aplicable la doctrina del reportaje neutral a un artículo de prensa en el que se hacía referencia a un intento de chantaje a un empresario de la construcción por parte de un auditor, incluyendo una conversación telefónica. Señala el tribunal que nos encontramos “ante un artículo periodístico cuya autoría debe atribuirse al periodista que la redacta y que asume una determinada versión de unos hechos con base en una determinada fuente, la conversación telefónica grabada en una cinta magnetofónica, que hace llegar a la información pública”. En suma, cuando el medio asuma como propia la noticia “el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no justifica atenuación o flexibilización alguna, sino que debe ser requerido en todo su rigor”.⁴⁸

D) La no inclusión de juicios de valor.

Se refiere este requisito a la ausencia de opiniones, elementos valorativos o juicios realizados por parte del informante. En esta línea se pronunció la STC 107/1988, de 8 de junio⁴⁹, al afirmar que “esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o

46 STS 25 de febrero de 2011 (RJ 2011,126) F.J. 8º.

47 STC 52/1996, de 26 de marzo (RTC 1996,52) F.J. 8º. También declara inaplicable la doctrina del reportaje neutral la STC 1/2005, de 17 de enero (RTC 2005,1) F.J. 2º, al entender que “la locutora no se limitó a invitar a los entrevistados a narrar su versión de los hechos, sino que tomó partido, dando por ciertos los mismos, y transmitiendo a su público radiofónico la clara impresión de que los militares habían sodomizado al recluta entonces denunciante de éstos”.

48 STC 144/1998, de 30 de junio (RTC 1998,144), F.J. 4º.

49 STC 107/1988, de 8 de junio (RTC 1988,107) F.J. 2º. De este pronunciamiento se haría eco la STC 144/1998, de 30 de junio (RTC 1998,144) en su F.J. 2º.

juicios de valor; por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud". Y, por tanto, esa prueba de veracidad a la que hacíamos referencia como requisito no sería exigible cuando lo que se trata de tutelar es la libertad de expresión, pero sí "condiciona, sin embargo, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término "información" del art. 20.I d) el adjetivo "veraz"⁵⁰.

Así, la STS 11 abril 2002⁵¹ entendió aplicable la doctrina del reportaje neutral a una noticia de la revista *Interviú* que denunciaba -basándose en fuentes del propio cuerpo- la existencia de ciertas irregularidades en el seno de la Guardia Civil. El Tribunal Supremo entendió que la noticia "se caracteriza por la comunicación de hechos o investigaciones de sucesos que efectivamente han acontecido, aunque complementariamente se hagan aportaciones propias que no alcanzan la condición de juicios de valor ni opiniones difamantes para los interesados, tratándose siempre de información veraz, suficientemente constatada, como ocurre en el caso que nos ocupa".

Sin embargo, no se entendió aplicable la doctrina del reportaje neutral en la STC 144/1998, de 30 de junio⁵², a una noticia en la que se relataba la supuesta infiltración de agentes policiales en una red de tráfico ilegal de armas que las suministraba a la banda terrorista ETA. La sentencia expone que "se infiere de lo expuesto que este particular aspecto del reportaje, a pesar de la notoria gravedad de la imputación realizada, descansó exclusivamente en la mera sospecha de sus autores, quienes, teniendo ocasión para ello no la contrastaron ni desplegaron esfuerzo informativo alguno en orden a su eventual acreditación".

50 STC 4/1996, de 30 de junio (RTC 1996,4) F.J. 3º.

51 STS 11 de abril de 2002 (RJ 3291) F.J. 1º.

52 STC 144/1998, de 30 de junio (RTC 1998,144), F.J. 6º.



PRIMERAS CONSIDERACIONES A LA LEY ORGÁNICA 3/2021,
DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA. EL
RECONOCIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO

*FIRST CONSIDERATIONS TO THE ORGANIC LAW 3/2021, OF MARCH
24, REGULATING EUTHANASIA. THE RECOGNITION OF A NEW
RIGHT*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 288-303



María Teresa
AGUT GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad realizar breve un estudio de la reciente Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (BOE 25 de marzo de 2021) aprobada en España, desde una perspectiva constitucional, destacando los aspectos principales de la misma. La materia objeto de estudio no está exenta de polémicas porque abarca consideraciones jurídicas, médicas y éticas de gran complejidad.

PALABRAS CLAVE: Eutanasia; suicidio asistido; derechos; vida; muerte; despenalización.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to carry out a brief study of the recent Organic Law 3/2021, of March 24, on the regulation of euthanasia (BOE. March 25, 2021) approved in Spain, from a constitutional perspective, highlighting its main aspects. The matter under study is not exempt from controversy because it covers legal, medical and ethical considerations of great complexity.*

KEY WORDS: Euthanasia; assisted suicide; rights; life; death; decriminalization.

SUMARIO.- I. LA DISYUNTIVA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA EUTANASIA.- 1. Antecedentes históricos.- 2. Regulación normativa en España.- II. LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.- 1. Compatibilidad de los derechos y principios constitucionales.- 2. Carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia.- 3. Titularidad y ejercicio del derecho a la prestación de ayuda para morir.- 4. Procedimiento para la realización de la prestación de ayuda para morir.- 5. Destipificación del delito de eutanasia.

I. LA DISYUNTIVA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA EUTANASIA.

I. Antecedentes históricos.

Históricamente el hombre siempre ha tratado de regular aquellas conductas que llevan a la muerte voluntaria de una persona, bien sea provocada por el propio sujeto o bien realizada por un tercero; pero no ha existido un único criterio, sino que este ha ido variando de acuerdo con la concepción religiosa, filosófica, científica, política,... imperante en cada momento. En el pensamiento clásico ya Platón o Aristóteles justificaron la eutanasia: había que dejar morir a quienes no eran sanos de cuerpo o en caso de falta de utilidad pública. Por su parte, Hipócrates fue un claro exponente de oposición a la misma y base de la deontología médica, cuyo juramento preceptúa: "no daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia. Igualmente, tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo"¹, y que ha llegado hasta nuestros días, así, el art. 36.3 del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España, reza textualmente: "El médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste.

Francis Bacon en el s. XVIII, fue el encargado de introducir la concepción de eutanasia que conocemos en la actualidad, considerando un derecho de la persona el morir sin sufrimiento, dulcemente. Friedrich Nietzsche a comienzos del s. XX, desde un prisma totalmente distinto, destacó la necesidad de liberar a la sociedad de aquellas personas que resultaran inválidas o incapaces, sirviendo posteriormente de fundamento para la filosofía nazi. En dicho sentido, Hitler fue el primer dirigente político elegido democráticamente que dio un paso más allá y aprobó permitir

¹ *Biblioteca Clásica de Gredos, Tratados Hipocráticos*, Madrid, 1983, Gredos, vol. I (63), Madrid p. 77, citado en CADENAS OSUNA, D.: "El consentimiento informado y la responsabilidad médica", Madrid, 2018, *Boletín Oficial del Estado*, vol. 15, 2018, p. 44.

• María Teresa Agut García

Magistrado-Juez sustituta. Profesora asociada del Área de Derecho (Universidad Jaime I-Castellón). Correo electrónico: maagut@uji.es.

“dar muerte a enfermos incurables después de un enjuiciamiento crítico de su situación médica, y atendiendo para ello a consideraciones humanitarias”².

Estos ejemplos sirven de referente para entender que el tema no es baladí, y que resulta muy delicado y complejo alcanzar una conclusión única sobre la eutanasia tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. Surge la gran dicotomía entre la muerte o la vida (aunque esta última esté sometida a sufrimientos extremos o difíciles de soportar). Se cuestiona si debe prevalecer el derecho a la vida o, por el contrario, la voluntad de la persona que desea poner fin a la misma. Que no se trata de un asunto menor lo demuestra el hecho de que hasta la fecha son muy pocos los países del mundo que han reconocido y regulado la eutanasia en sus ordenamientos jurídicos. ¿Puede el Estado obligar a un enfermo a seguir viviendo contra su voluntad?

2. Regulación normativa en España.

Recientemente ha sido aprobada en España la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia³ (en adelante LOEU), cuya entrada en vigor está prevista para el próximo 25 de junio de 2021. La norma está compuesta por tan solo diecinueve artículos dispuestos a lo largo de cinco capítulos, a los que se unen siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Pese a que eran cuantiosos sus detractores, finalmente la Ley ha logrado ver la luz con un resultado de 202 votos a favor, 141 en contra y 2 abstenciones en el Pleno del Congreso de los Diputados. Se trata de una materia que también en nuestro país deja a muy pocos indiferentes, y ha provocado que su tramitación parlamentaria estuviera rodeada de una encendida polémica política y social. Es fruto de la demanda social existente tras varios casos de gran relevancia mediática (Ramón Sampedro, María José Carrasco...), consecuencia, entre otros, del aumento de la esperanza de vida unido a los grandes avances médicos, que en numerosas ocasiones permiten mantener al paciente con vida mediante el uso de máquinas. Muchos dudaban de que fuera posible su regulación normativa, pero parece que erraron en sus pronósticos.

En nuestro contexto próximo, Holanda, Luxemburgo y Bélgica⁴ son los únicos países que recogen en sus ordenamientos jurídicos la eutanasia activa, así como el suicidio asistido. Por su parte, Suiza se limita a reconocer el suicidio asistido.

2 LUGMAYR, M. “La larga sombra de Hitler: una contribución al debate actual sobre la eutanasia”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XIX, núm. I, enero-abril 2008, p. 152.

3 BOE 25 de marzo de 2021.

4 MARCOS DEL CAÑO, A. M. y DE LA TORRE DÍAZ, J.: *Así no; no así. La ley de la eutanasia en España*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 72.

España, hasta este momento, había optado por un paternalismo estatal en el que los poderes públicos debían proteger a ultranza el derecho a la vida⁵, no reconociendo el derecho subjetivo de los ciudadanos a disponer de su propia muerte⁶.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), garante de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), reconoce en su jurisprudencia la dificultad de que todos los Estados miembros del Consejo de Europa alcancen un consenso sobre el derecho de una persona a elegir el cuándo y la forma en que quiere morir. Dicha organización internacional está compuesta por países con tradiciones, religiones,... y ordenamientos jurídicos muy diversos, lo que supone muy diferentes formas de abordar la cuestión. En este sentido, el TEDH avala un amplio margen de discrecionalidad en los Estados sobre el “derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar su vida, siempre y cuando esté en condiciones de forjar libremente su voluntad y actuar en consecuencia”⁷, derecho que resulta amparado en el art. 8 CEDH.

El TEDH ha manifestado que no resulta aceptable que un país despenalice las conductas eutanásicas, salvo que, por contrapartida, establezca en su ordenamiento jurídico un procedimiento legal específico en el que se contengan las conductas eutanásicas⁸. La finalidad de la LOEU es cumplir con dicha premisa, dotando a España de una regulación sistemática y ordenada de los supuestos en los que se autoriza la eutanasia, lo que, por otro lado, supone que dichas conductas van a carecer del reproche penal que padecían hasta esta aprobación.

II. LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.

I. Compatibilidad de los derechos y principios constitucionales.

Como reza la LOEU en su Preámbulo, el significado etimológico de la eutanasia es “buena muerte”, y se define como “el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento”. El último inciso, evitar el sufrimiento, adquiere, por obvias razones, una especial relevancia a la hora de delimitar la eutanasia de otras formas de acabar con la vida propia, que no se contemplan.

5 QUINTERO OLIVARES, G., JARIA I MANZANO, J. y OLIVERAS JANÉ, N.: “Derecho penal constitucional”, Tirant lo Blanch, Valencia. 2015, p. 25.

6 STC 120/1990, de 27 de junio.

7 STEDH (Sección 1ª) Caso Haas contra Suiza, 20 enero 2011.

8 STEDH (Sección 2ª) caso Gross contra Suiza, 14 mayo 2013.

Para abordar la cuestión, no obstante las definiciones que contiene la propia Ley en su art. 3, es necesario, en primer lugar, diferenciar la eutanasia activa directa, la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva. La primera supone la causación de la muerte por petición de una persona que padece una enfermedad por la administración de un producto letal; la eutanasia activa indirecta consiste en dar tratamientos terapéuticos para mitigar el dolor, que es su objetivo principal, pero también provocan el acortamiento de la vida del paciente; y, en último lugar, la eutanasia pasiva o de omisión, que es cuando se abandonan los tratamientos médicos para que la enfermedad avance por sí sola, sin intentar la curación, de manera que inevitablemente, desembocará en la muerte.

La LOEU solo se refiere a la eutanasia que se produce de manera activa y directa, si bien reconoce dos conductas eutanásicas diferentes, aquella por la que por un profesional sanitario pone fin a la vida del paciente cuando este lo solicita expresamente, y otra en la que es el propio paciente quien acaba con su vida, pero ayudado por el profesional sanitario que le facilita los medios necesarios para poder hacerlo, pudiendo incluso asesorarle sobre las sustancias y dosis necesarias, así como su prescripción o suministro, para que aquel lo logre por sí mismo.

Contrariamente, la LOEU no contempla el suicidio asistido, esto es, aquella acción por la que persona que padece una enfermedad irreversible cuenta para acabar con su vida con la ayuda de otra que le proporciona los medios o conocimientos necesarios para poder hacerlo. Su diferencia fundamental con la eutanasia es que, pese a que en ambos supuestos se pretende alcanzar la muerte, en el suicidio es el propio enfermo el que se provoca a sí mismo la muerte, o con la ayuda de otra persona, pero al margen del proceso previsto en la LOEU.

La Constitución Española de 1978 (en adelante CE), no recoge expresamente el derecho a la eutanasia, pero ello no significa que no deba tomarse en consideración su contenido al abordar la cuestión, sino todo lo contrario. De este modo, la LOEU, según expresa en su preámbulo, introduce en el ordenamiento jurídico español un nuevo derecho individual: la eutanasia, que se basa en la compatibilidad y el respeto de diversos derechos y principios reconocidos constitucionalmente y que pueden entrar en conflicto. Estos son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) y el derecho a la intimidad (art. 18 CE), y, de otro, los principios de dignidad, libertad o autonomía de la voluntad (arts. 10 y 1.1 CE).

El legislador ordinario ha optado por proteger la autonomía y voluntad de quien libremente y siendo plenamente capaz, quiere poner fin su vida debido a una situación vital que vulnera gravemente su dignidad, su intimidad e integridad al padecer un sufrimiento “grave, crónico e imposibilitante” o una “enfermedad grave e incurable”, que le provoca un sufrimiento insoportable y “que no puede

ser aliviado”. El derecho a la vida decae en favor del resto de derechos y bienes con los que debe ser ponderado: no existe un deber constitucional de imponer o proteger la vida, incluso contra la voluntad de su propio titular. Con la LOEU se reconoce, así, un nuevo derecho individual a la eutanasia, que debe ser protegido y facilitado por el Estado a través de un estricto proceso que le otorga seguridad jurídica para que pueda ser ejercido con todas las garantías.

En paralelo a dicho derecho encontramos la “objección de conciencia de los profesionales sanitarios”, esto es, el derecho de los profesionales sanitarios a no actuar de acuerdo con las previsiones de la LOEU siempre que ello sea incompatible con sus convicciones personales, morales y religiosas [art. 3. f) LOEU]. Es necesario que se trate de una decisión individual y motivada, y que el sujeto esté directamente implicado en un proceso de prestación de ayuda para morir, así como acreditarse anticipadamente y por escrito; y dicha declaración se incluirá en el “registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir”, que debe crearse por la Administración sanitaria (art. 16 LOEU). De este modo, los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir pueden libremente decidir si quieren o no formar parte del proceso eutanásico salvaguardando su derecho a la libertad ideológica y de conciencia⁹.

Como contrapartida, la Disposición adicional segunda LOEU establece un régimen sancionador para aquellos profesionales que se nieguen injustificadamente a practicar la eutanasia, debiendo seguirse el régimen sancionador previsto en el capítulo VI del título I de la Ley 14/1986, General de Sanidad, sin perjuicio de todas aquellas otras responsabilidades de pudieran derivarse de carácter civil, penal y profesional o estatutaria como consecuencia de sus actos.

2. Carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia.

No puede pasarse por alto la modalidad legislativa utilizada por el legislador español para regular la eutanasia: una ley orgánica (por oposición a una ley ordinaria)¹⁰, y el hecho de que en ningún momento justifique las razones para dicha elección. Llama la atención porque, de un lado, el texto constitucional no reconoce expresamente el derecho a la eutanasia, y, de otro, en su art. 81 CE preceptúa que tan solo revestirán la forma de leyes orgánicas aquellas “relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, las cuales regularán el contenido esencial de tales derechos y libertades. Por tanto, al menos a priori,

9 A todo ello hay que añadir que la Disposición Adicional Séptima LOEU ha previsto planes de formación continua específica para los profesionales médicos sobre ayuda a morir, que incluirá aspectos técnicos, legales y de apoyo emocional.

10 De acuerdo con la Disposición final tercera LOEU, la misma tiene carácter de ley orgánica a excepción de los arts. 12, 16.1, 17 y 18, de las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, y de la disposición transitoria única, que revisten el carácter de ley ordinaria.

no resultaría justificado el uso de esta modalidad legislativa si no estuviéramos en presencia del contenido esencial de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido. Sin embargo, tal y como ya habíamos indicado, el preámbulo de la LOEU parece querer justificar tal aparente incongruencia destacando la relación directa de la eutanasia con diversos derechos fundamentales (señaladamente, los derechos a la vida y a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y de conciencia y a la intimidad), así como con otros derechos y bienes protegidos constitucionalmente (dignidad, libertad o autonomía de la voluntad)¹¹.

Sin embargo, son necesarias algunas puntualizaciones. De un lado, hay que recordar que, en términos generales, “el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y puedan alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho; (...) los actos contrarios a esos otros derechos o facultades adicionales [también] (...) pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental”¹². Y tal reconocimiento conlleva que le sean de aplicación todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico confiere a los derechos fundamentales en su art. 53.2 CE, esto es, una tutela judicial mediante un procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo constitucional.

Otra cuestión a tener presente es que, de acuerdo con lo previsto en el art. 81 CE, la ley orgánica debe desarrollar un derecho fundamental, pero ello debe hacerse de modo restrictivo, de manera que no todo lo que tenga este que ver con dicho derecho debe recogerse a través de este tipo normativo, sino que la indicada ley orgánica debe reducirse a regular los elementos esenciales del mismo que de forma general o parcial permitan concretar o desarrollar la norma constitucional que lo reconoce.

En el ordenamiento jurídico español el derecho a vida tradicionalmente se ha configurado por la doctrina del TC como un derecho de protección de todas aquellas perturbaciones que el mismo pudiera sufrir, no como un derecho de libertad en el que su titular pueda decidir libremente sobre su propia vida y en el que los poderes públicos participen para que el sujeto logre alcanzar la voluntad de morir. Por el contrario, los poderes públicos están obligados a proteger a ultranza bienes como la vida e integridad física frente a cualquier ataque, aun cuando proceda

11 En la vertiente procesal, en lógica coherencia con el rango de la norma, la Disposición adicional quinta LOEU, prevé que los recursos a los que se refieren los arts. 10.5 (denegación de la eutanasia) y 18.a) (denegación de la eutanasia por silencio administrativo), se tramitarán por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

12 STC núm. 51/1988, de 22 de marzo en su F.J. 5^o nombrada en RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.: “Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia”, *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021, p. 5.

de la voluntad de su propio titular¹³. Inexorablemente, ello conlleva también que el suicidio no sea tolerado en nuestro ordenamiento jurídico: la conducta del suicida se consiente, pero, por el contrario, las conductas de aquel que induzca o coopere son castigadas penalmente.

Es claro que la LOEU, con el juego combinado de diversos derechos fundamentales y otros bienes y derechos, ha venido a alterar el criterio tradicional sobre el derecho a la vida. Pero la LOEU no define con claridad cuál es la naturaleza jurídica de este nuevo derecho a la eutanasia ni cuál es su relación sistemática con el resto de derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional española. Esto es, no deja claro si estamos ante un verdadero derecho fundamental o no, si se trata del contenido esencial de uno o varios derechos fundamentales, o simplemente del contenido adicional, en cuyo caso difícilmente estaría justificado su desarrollo mediante ley orgánica.

En estos casos, “cuando es la ley orgánica la que traspasa su campo propio y se inmiscuye en materias reservadas a ley ordinaria, la práctica habitual del TC es la «degradación» o declaración de la ley o el precepto formalmente orgánico como ley ordinaria, pudiéndose reformar o derogar, en el futuro, mediante una disposición legal ordinaria” y además “no es necesario que esa «degradación» afecte a todo el texto de la ley orgánica: el Tribunal Constitucional puede restringir su declaración de ley ordinaria a uno o varios preceptos concretos, que, a partir de entonces, pueden ser derogados o modificados sin la especial rigidez del procedimiento propio de las leyes orgánicas”¹⁴.

Es probable que en un futuro el TC deba resolver a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad si debió acudir al uso de ley ordinaria y no de ley orgánica para la aprobación de la LOEU. Como acabamos de indicar, el ordenamiento jurídico español no permite que se invadan materias propias de ley ordinaria por un uso injustificado de la ley orgánica, porque da lugar a la petrificación del ordenamiento jurídico al provocar la congelación de su rango normativo y reducir su modificación posterior al juego de las mayorías cualificadas. Ahora bien, ello también permitiría que el articulado de la LOEU quedara indemne frente a los cambios políticos que pudieran darse en un futuro y que muy probablemente tratarían de modificar su contenido.

Por último, no podemos obviar que tal vez también se planteen cuestiones competenciales ente el Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), toda vez que LOEU se dicta al amparo del art. 149.1.1.ª y 16.ª CE,

13 SSTC núm. 53/1985, de 11 de abril; núm. 137/1990, de 19 de julio; núm. 11/1991, de 17 de enero y núm. 154/2002, de 18 de julio.

14 RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.: “Consecuencias”, cit., p. 6.

que atribuyen al Estado la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y sobre las bases y coordinación general de la sanidad, y de acuerdo con el art. 148.1.21^a CE, las CCAA podrán aprobar todas aquellas disposiciones necesarias para desarrollar y complementar una la ley estatal. Del mismo modo que pueden existir en la práctica notables diferencias entre CCAA, ya que, de un lado, las CCAA deben constituir y determinar el régimen jurídico de la Comisión de Garantía y Evaluación de sus respectivos territorios, y, de otro, no puede olvidarse que la prestación de la eutanasia tiene lugar en el marco del Sistema Nacional de Salud, y las competencias en materia sanitaria asumidas por las CCAA.

3. Titularidad y ejercicio del derecho a la prestación de ayuda para morir.

Toda persona que cumpla una serie de condiciones expresamente reconocidas en la LOEU tiene derecho a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir. En particular, es preciso haber alcanzado la mayoría de edad¹⁵ y ser capaz y consciente en el momento de realizar la solicitud, y tener la nacionalidad española, o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en nuestro país superior a doce meses (art. 5 LOEU)¹⁶.

Debe tratarse de una petición autónoma del propio paciente, libre, voluntaria y tomada después de haber sido debidamente informado por el equipo sanitario responsable, sin ningún tipo de intromisión o presión externa, y así debe quedar reflejado en el historial médico. Cuando la persona ya no se encuentre en pleno uso de sus facultades o no pueda expresar su voluntad, podrá estarse a su voluntad previa recogida en un documento de instrucciones, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes (art. 5 LOEU). En todo caso, debe quedar debidamente reflejada la situación médica del paciente, para ello el médico responsable ha de certificar que el paciente sufre “una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante”.

Son necesarias dos solicitudes voluntarias por escrito o por cualquier otro medio que permita dejar constancia, debiendo mediar quince días entre ambas. Excepcionalmente, ese tiempo se reduce cuando el médico considere que el

15 “Por un lado, se puede considerar, *a priori*, que está excepcionando el régimen previsto en la Ley 1/2002 al excluir a los menores de edad pues, con carácter general, esta última fija la edad para ejercitar el consentimiento informado en los dieciséis años. Sin embargo, dicha conclusión varía si atendemos al artículo 9.4 párrafo segundo de la precitada Ley 41/2002, ya que impide que presten consentimiento los menores de edad cuando se trate de «una actuación de grave riesgo para la vida o salud»”, en ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: “La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 9830, 2021, p. 6.

16 Puede ser una forma de garantizar “...el principio de Bioderecho por el que hay que preservar y establecer regulaciones que traten de armonizar las distintas legislaciones en los demás países, para evitar los denominados «turismos bioéticos», en este caso el «turismo eutanásico»”, en MARCOS DEL CAÑO, A.M. y DE LA TORRE DÍAZ, J.: *Así no*, cit., p. 106.

transcurso de dicho periodo podría suponer una pérdida de capacidad en el paciente, adecuándose en lo necesario para su prestación. La solicitud debe dejar constancia inequívoca de la voluntad del paciente de su deseo de morir, de la fecha en la que se efectúa, así como el momento en que se produce, y debe firmarse en presencia de un profesional sanitario, quien lo rubricará, debiendo entregarse, en todo caso, al médico responsable. Ahora bien, dicha solicitud puede ser revocada en cualquier momento por el paciente o solicitar un aplazamiento para ser ayudado a morir (art. 6 LOEU).

No obstante, la solicitud de ayuda para morir puede ser denegada por el médico responsable, debiendo realizarse siempre por escrito y de manera motivada (art. 7 LOEU).

4. Procedimiento para la realización de la prestación de ayuda para morir.

La prestación de ayuda para morir se incluye dentro del Sistema Nacional de Salud por lo que resulta gratuita (art. 13 LOEU). Su realización puede tener lugar en los centros públicos, privados o concertados o bien en el propio domicilio del paciente atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto (art. 14 LOEU). Debiendo, en todo caso, extremarse las precauciones necesarias para garantizar la intimidad del solicitante y la confidencialidad, con un tratamiento de medidas de seguridad de nivel alto de conformidad con la protección de datos de carácter personal (art. 15 LOEU)⁷.

En el procedimiento a seguir participan distintas figuras médicas, de un lado, el médico responsable, que es el facultativo que coordina toda la asistencia sanitaria y la información del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo, y, de otro, el médico consultor, que es el facultativo que posee una formación específica en el ámbito de las patologías que padece el enfermo y que no pertenece al equipo responsable.

Junto a los profesionales médicos, debe destacarse la creación de una Comisión de Garantía y Evaluación en cada una de las CCAA, que será multidisciplinar, debiendo contar con un número mínimo de siete miembros, entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas, y entre cuyas funciones se encuentra, resolver las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir (arts. 17 y 18 LOEU).

Tras la primera solicitud por el paciente de prestación de ayuda para morir a su médico responsable, una vez comprobado que se cumplen los requisitos

17 Art. 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

para la solicitud, dicho profesional, en el plazo de dos días, llevará a cabo con el paciente un “proceso deliberativo” acerca de su estado, posibilidades terapéuticas, los resultados y los cuidados paliativos, asegurándose de que este comprende la información, la cual, además, deberá facilitarse por escrito en el plazo máximo de cinco días naturales. A continuación, el paciente ha de cursar una segunda solicitud y, de nuevo, en el plazo de dos días, su médico responsable tendrá un proceso deliberativo con él para responder a cualquier duda o ampliación de información que requiera. Transcurridas veinticuatro horas, el médico recabará del paciente si desea o no continuar con la solicitud y, en caso afirmativo, el médico habrá de comunicarlo al equipo asistencial, y también a sus familiares o allegados si así se lo solicita el paciente (art. 8 LOEU).

Posteriormente, el médico responsable deberá consultar a un médico consultor, quien estudiará el historial clínico del paciente y examinará personalmente al paciente para comprobar si se cumplen los requisitos exigidos, en el plazo máximo de diez días naturales desde la fecha de la segunda solicitud, redactando a continuación un informe (favorable o desfavorable), cuyas conclusiones deberán comunicarse al paciente en el plazo máximo de veinticuatro horas.

Si el informe es favorable, seguidamente, dos miembros de la Comisión de Garantía y Evaluación, un jurista y un profesional médico, comprobarán si se cumplen los requisitos y condiciones necesarios para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir, emitiendo un informe en el plazo máximo de siete días. Si ambos están conformes y es favorable, el procedimiento continúa; si, por el contrario, los dos miembros no coinciden en su decisión, la cuestión se eleva al pleno de la Comisión, la cual resolverá. La resolución definitiva deberá ponerse en conocimiento del presidente para que, a su vez, la traslade al médico para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda para morir, todo ello en el plazo máximo de dos días naturales. El transcurso del plazo de veinte días naturales sin haberse dictado resolución dará derecho a los solicitantes a entender denegada su solicitud de prestación de ayuda para morir, quedando abierta la posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 18.a) LOEU]. Igualmente, si la decisión de la Comisión es desfavorable, se puede acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa para su impugnación (art. 10 LOEU).

Téngase en cuenta que, si el derecho a la prestación se reconoce por la Comisión de Garantía tras resolver sobre la denegación de la misma del médico responsable, aquella requerirá a la dirección del centro para que en el plazo máximo de siete días naturales facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios [art. 18.a) LOEU].

Una vez se obtenga la resolución positiva, comienza la fase para realización para la prestación de ayuda para morir. Esta debe realizarse siempre y en todo momento con la mayor rigurosidad y profesionalidad médica posible y atendiendo a las necesidades del paciente y a su voluntad sobre la modalidad que quiere recibir para ayudarlo a morir: a) si la prestación consiste en la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente, el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, asistirán al paciente hasta el momento de su muerte; b) si la prestación consiste en la prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia que este se puede autoadministrar, el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrá la debida tarea de observación y apoyo a este hasta el momento de su fallecimiento (art. 11 LOEU)

Una vez realizada la prestación, en el plazo máximo de cinco días hábiles, el médico responsable comunica a la Comisión la realización de la ayuda a morir mediante la remisión de dos documentos debidamente sellados conteniendo los datos relativos al paciente, profesionales intervinientes (responsable y consultor), y en el otro detallará el proceso llevado a cabo desde la petición por el paciente hasta su muerte, así como aquella información de interés para proceso eutanásico (art. 12 LOEU).

A la muerte del paciente alcanzada a través de este procedimiento se le atribuye la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva aparejadas -por ejemplo, para de evitar exclusiones del riesgo por las aseguradoras-.

Para lograr su efectividad práctica la propia ley establece mecanismos para habilitar la máxima difusión entre el personal sanitario y la ciudadanía para el conocimiento de su contenido. Además, para garantizar el disfrute del derecho a la eutanasia por aquellas personas limitadas por una discapacidad auditiva, sordas y sordociegas, se establecen recursos y medios de apoyo específicos. Con todo, el legislador alude a pacientes con deficiencias físicas, pero ha omitido mencionar a personas que padezcan discapacidades intelectuales, salvo que hayan sido incapacitadas judicialmente, en cuyo caso podrán ejercer el derecho a través de sus representantes legales.

En definitiva, la LOEU establece un derecho reducido a unos supuestos muy concretos, fijando un protocolo de actuación que pretende en todo momento asegurar que en el paciente concurren los requisitos necesarios para que esté justificada la eutanasia, al tiempo que facilita que la misma se lleva a cabo por profesionales médicos y garantiza al paciente la prestación más adecuada. Precisamente esta configuración legal del derecho a la eutanasia, esto es, que para

su disfrute no sea suficiente con un acto unilateral del paciente, si no que dependa de que se establezcan los medios necesarios para lograr su efectividad y de la voluntad favorable de aquellos profesionales que intervienen en el procedimiento, amparándose en que de este modo se le dota de todas las garantías necesarias, ha sido cuestionada.

En primer término, se critica que, en la práctica, los diversos plazos exigidos para completar todo el procedimiento, así como su excesiva burocratización pueden conllevar a que el disfrute real y efectivo del derecho se vea desprovisto de contenido, piénsese desde la solicitud de ayuda a morir hasta que efectivamente esta tenga lugar puede transcurrir más de un mes en aquellos casos de que todos los plazos transcurran normalmente.

Se plantea también si está justificado que el disfrute efectivo de ese derecho por el paciente dependa del informe positivo de terceras personas, o que requiera el control de la Administración sanitaria. Además, algunas voces críticas han cuestionado por qué debe ser un médico el que practique la eutanasia y no pueda llevarse a cabo por otra persona, en particular, por alguien más próximo afectivamente al paciente. En dicho sentido, es cierto que no podemos soslayar que estamos ante situaciones muy complejas y sensibles, con una alta carga emocional, en las que no solo entra en juego el estado físico o psíquico del paciente, sino que además este puede verse afectado por otras circunstancias que también deben valorarse (se sienta una carga para sus familiares, sufra una gran soledad, etc.).

La eutanasia sigue siendo uno de los grandes debates de este tiempo tanto en España como en el resto de países de nuestro entorno. Y la regulación de la LOUE, como hemos visto, se limita a reconocer el derecho a morir en unas muy concretas circunstancias, lo que deja abierto del debate sobre si cualquier ciudadano debería poder exigir al Estado ayuda para poner fin a su vida, con independencia de que sufra o no una enfermedad grave o terminal o padecimientos físicos o psíquicos insoportables.

5. Destipificación del delito de eutanasia.

“Cuando se trata de la eutanasia en el marco jurídico se genera una relación conflictiva que alienta la bien conocida dialéctica entre la penalización o la colaboración del Estado a la misma”¹⁸. En efecto, basta atender que el no reconocimiento legal expreso de la eutanasia ha supuesto durante años en España la criminalización de aquellas conductas realizadas por la persona que ayudaba a

18 SUÁREZ LLANOS, L.: “La ley de la muerte. Eutanasias, éticas y derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, p. 326.

un enfermo aquejado de un dolor o padecimiento insoportable a que lograra su objetivo, la muerte.

En efecto, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), en su redacción vigente (hasta que tenga lugar la entrada en vigor de la LOEU), dentro del Título destinado al homicidio, en el art. 143, apartados 1º y 2º, regula la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, elevándolas a la categoría de tipo delictivo autónomo, pese a que el suicidio por sí solo resulta atípico. Por su parte, el art. 143 apartado 3º CP establece el homicidio consentido, esto es, la participación ejecutiva en el suicidio. Y, en fin, el art. 143 apartado 4º CP recoge las conductas relacionadas con la eutanasia activa, incluyendo una atenuante en aquellas conductas de cooperación necesaria siempre que se den las circunstancias de enfermedad grave o incurable o padecimientos físicos o psíquicos insoportables en la persona que quiere poner fin a su vida cuando su petición se realice de forma seria e inequívoca¹⁹; conducta respecto de la cual la doctrina ha abogado por aplicar el estado de necesidad como causa de justificación y no tan solo las causas de exculpación o de atenuación de la pena contenidas en el tipo²⁰.

La LOEU abre una nueva vía para que la última de las indicadas conductas deje de estar perseguidas penalmente, siempre y cuando se observe el proceso que ella establece. Así, su Disposición Final Primera modifica el apartado 4º e incorpora un nuevo apartado 5º en el art. 143 CP. De este modo, la nueva redacción, en esencia, mantiene la pena para los supuestos de cooperación en la muerte de una persona, salvo que dicha cooperación se lleve a cabo cumpliendo lo establecido en la LOEU.

Solo el tiempo nos permitirá conocer cuál será el alcance práctico de la LOEU, si efectivamente era necesaria una regulación normativa de este tipo. Y si la *vacatio legis* prevista para su entrada en vigor (tres meses), ha sido suficiente para proveer toda la estructura necesaria para la aplicación de la norma con todas las garantías necesarias, sin que en ningún caso se vulneren derechos constitucionales.

19 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y BARBER BURUSCO, S.: "Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España", *Nuevo Foro Penal*, vol. 8, núm. 79, julio-diciembre 2012, p. 125.

20 MUÑOZ CONDE, F.: "Derecho Penal, Parte Especial", Tirant lo Blanch, Valencia, 22ª ed., 2019, p. 73.

BIBLIOGRAFÍA

CADENAS OSUNA, D.: "El consentimiento informado y la responsabilidad médica", *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, vol. 15, 2018.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y BARBER BURUSCO, S.: "Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España", *Nuevo Foro Penal*, vol. 8, núm. 79, julio-diciembre 2012.

LUGMAYR, M.: "La larga sombra de Hitler: una contribución al debate actual sobre la eutanasia", *Cuadernos de Bioética*, vol. XIX, núm. 1, enero-abril 2008.

MARCOS DEL CAÑO, A. M. y DE LA TORRE DÍAZ, J.: *Así no; no así. La ley de la eutanasia en España*, Dykinson, Madrid, 2021.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 22^a ed., 2019.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia", *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021.

QUINTERO OLIVARES, G., JARIA I MANZANO, J. y OLIVERAS JANÉ, N.: *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.


RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.: "Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia", *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021.

SUÁREZ LLANOS, L.: "La ley de la muerte. Eutanasias, éticas y derechos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012.

LA DESHEREDACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE LOS HIJOS
Y DESCENDIENTES POR DENEGACIÓN DE ALIMENTOS AL
TESTADOR

*DISINHERITANCE IN THE CIVIL CODE OF CHILDREN AND
DESCENDANTS FOR DENIAL OF MAINTENANCE TO THE
TESTATOR*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 304-321



Beatriz
MORERA
VILLAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de diciembre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: Fallecido el testador y tras la apertura del testamento procede dar cumplimiento a su voluntad según lo dispuesto en el mismo. Cuando en él existen legitimarios desheredados la probabilidad de su impugnación por los afectados suele ser elevada, razón por la cual será necesario estudiar bien cuáles son las causas previstas en el Código civil para una posible desheredación y cómo han de expresarse y hacerse en el testamento para que puedan surtir efectos tras el fallecimiento del causante.

PALABRAS CLAVE: Desheredación; legítimas; denegación de alimentos.

ABSTRACT: *Once the testator has died and after the opening of the will, it is necessary to comply with his will according to the provisions thereof. When there are disinherited heirs in it, the probability of their challenge by those affected is usually high, which is why it will be necessary to study well what are the causes provided for in the Civil Code for a possible disinheritance and how they have to be expressed and done in the will so that they can take effect after the death of the testator.*

KEY WORDS: *Disinheritance; legitimate; denial of maintenance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL SISTEMA DE LEGÍTIMAS EN EL CÓDIGO CIVIL.- III. LA DESHEREDACIÓN: CONCEPTO Y CAUSAS.- IV. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES.- 1. Las relaciones familiares como fundamento de la legítima y de la obligación de alimentos.- 2. Requisitos: situación de necesidad. Alcance y límites de la obligación de alimentos.- 3. Obligados a la prestación de alimentos.- 4. Causas de extinción.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Si hay un tema de actual discusión por parte de la doctrina es la posible reforma del Código civil para modificar el sistema de legítimas en él establecido y que parece haber quedado obsoleto y muy distante de la realidad actual en la que vivimos.

La redacción vigente del Código civil está siendo cuestionada debido a distintos aspectos. El primero de ellos es que la evolución de las relaciones familiares y del concepto de familia ha ido cambiando en los últimos años. Ya no estamos ante un concepto de familia tradicional en sentido estricto, sino que atendemos a modelos familiares muy diferentes. Además, el aumento de la esperanza de vida genera una doble situación: por un lado, la prórroga del cuidado de los padres y ascendientes, y por otro que, al tiempo del fallecimiento del causante, los hijos, en muchas ocasiones, ya disponen de su propio patrimonio y de una estabilidad personal y profesional. En último lugar la cuestión radica en si la “supuesta” libertad de testar que predica el Código civil es verdaderamente tal, pues a día de hoy está ciertamente limitada o frenada por el sistema de legítimas que vamos a estudiar. En definitiva, se puede decir que aunque el testador es muy libre de disponer de todo cuanto tenga en su testamento a favor de quién quiera o considere, sus disposiciones testamentarias podrían ser objeto de impugnación si no hubiera seguido las “reglas de mínimos” establecidas en el Código civil quien reserva o prohíbe disponer de una parte de los bienes en favor de algunas personas que considera unidas al causante principalmente por lazos familiares y que son los llamados “herederos forzosos”.

Entendemos que, a falta de testamento, esto es en la sucesión intestada, sí es necesario que existan reglas para determinar la sucesión. Cuestión distinta sería la posible discusión sobre lo que correspondería a cada legitimario según quienes concurran a la herencia del causante. Pero es más discutible, que habiendo testamento y a sabiendas de la voluntad del testador, ésta pueda verse modificada o condicionada por las estrictas reglas establecidas en el Código civil con respecto a los herederos forzosos y sus legítimas.

• **Beatriz Morera Villar**

Abogada. Correo electrónico: beatrizmoreravillar@hotmail.com.

Es importante recordar también, como más adelante veremos, que es cierto que el Código civil también permite desheredar, esto es: privar de la legítima a quienes por ley les corresponde, pero el sistema de desheredación previsto se antoja ciertamente formal y rígido. Tal y como está configurado ahora mismo es muy difícil que la desheredación hecha en testamento sea fácilmente demostrable a la muerte del testador. Por esta razón es muy habitual la impugnación de testamentos que contengan disposiciones en las que el testador priva de la legítima a alguno o algunos de sus herederos forzosos, y son los tribunales los que, atendiendo al caso concreto, tendrán que dirimir acerca de si la desheredación hecha en testamento reúne todos los requisitos establecidos en la ley para poder hacerse efectiva y proceder al reparto de la herencia siguiendo las indicaciones y voluntad del testador.

II. EL SISTEMA DE LEGÍTIMAS EN EL CÓDIGO CIVIL.

Lo primero que hemos de mencionar es que en el Derecho Español rige el principio de libertad de testar¹. Este principio se fundamenta, principalmente, en el art. 33 CE² que reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, así como en el art. 658 CC que afirma que la sucesión “se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento”. En el caso de no haber testamento, se abrirá la sucesión intestada.

La redacción del art. 658 CC nos permite deducir que el causante es libre de organizar sus bienes y propiedades como mejor lo considere y que su voluntad, recogida en el testamento deberá, en principio, cumplirse. De hecho, el art. 675 CC, relativo a la interpretación del testamento, señala que deberá prevalecer la voluntad e intencionalidad del causante. Sin embargo, la voluntad del testador podrá no verse enteramente satisfecha si en el testamento no se respetan las legítimas de los herederos forzosos y no hay una justa causa de desheredación de las expresamente señaladas en el Código civil.

El mencionado principio de libertad de testar, no recogido expresamente en el Código civil, tiene una doble vertiente: por un lado, la libertad del causante de otorgar testamento o no. La ley no obliga a hacer un testamento, sino que deja a la libre voluntad de las personas, que en vida puedan disponer o no de sus bienes para cuando se produzca su fallecimiento. En el caso de decidir otorgar testamento, la segunda vertiente sería la libertad de disponer de su patrimonio conforme

1 VAQUER ALOY, A.: “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2015, p. 2.

2 Art. 33 CE: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

considere oportuno y a favor de quien el testador prefiera³. Es en este punto en el que entraría en juego el sistema de legítimas establecido en nuestro Código civil. Y ello porque más allá de la voluntad del testador habrá unas personas que necesariamente tendrán que heredar porque la ley así se lo reconoce dándoles una protección especial (los herederos forzosos a que se refiere el art. 807 CC). A estos herederos forzosos les corresponderá al menos la legítima, esto es: aquella porción de bienes de la que el testador no puede disponer porque la ley se la ha reservado (art. 806 CC).

Señala el art. 806 CC que la “legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”. Continúa el art 807 CC afirmando que: “son herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código”.

Habida cuenta los preceptos que acabamos de mencionar, la doctrina⁴ habla de un auténtico freno a la libertad de testar⁵ en el sentido en que el testador sí o sí quedará limitado en su facultad de disposición en favor de los herederos forzosos a que se refiere el art. 807 CC ya que, salvo las causas de desheredación expresamente previstas en el Código civil (y que seguidamente veremos), no podrá, o en caso de hacerlo podrá ser objeto de impugnación, despojar de al menos su legítima a los herederos mencionados en el art. 807 CC.

Cuestión distinta, y también objeto de controversia, es si las cantidades o “porción de bienes reservada” a los herederos forzosos es mucho, poco o nada en función de quiénes concurren a la sucesión del causante. Las reglas relativas a las legítimas de cada uno de los legitimarios se encuentran en los art. 808 y siguientes CC. Estas cantidades serán diferentes en función de si concurren hijos y descendientes con cónyuge, o padres y ascendientes con cónyuge viudo. Y también podrán variar y ajustarse en el caso de existir algún hijo judicialmente incapacitado⁶.

Al final, la duda que se plantea respecto del sistema de legítimas del Código civil es si procede la total y absoluta supresión de las mismas de manera que el testador sea absolutamente libre de disponer lo que quiera y en favor de quien

3 VAQUER ALOY, A.: “Libertad de”, cit., p. 7.

4 DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2016, p. 6.

5 TORRES GARCÍA, T. F.: “La necesaria reforma del derecho de sucesiones”, en AA.VV.: *Problemas actuales del Derecho Civil y del desequilibrio económico. Convergencias entre los sistemas jurídicos de España y Puerto Rico* (coord. MORENO FLÓREZ), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 11-28.

6 Art. 808 y ss CC.

quiera, con independencia de los lazos familiares. O bien, si lo que procede es una revisión del Código civil en el sentido de hacer más flexibles las legítimas y revisar las cantidades que ahora mismo están reservadas para cada uno de los herederos forzosos.

No podemos tampoco obviar que el sistema de legítimas general del Código civil en poco o nada se parece al sistema sucesorio existente en los distintos derechos forales. Por ejemplo, en Navarra⁷ rige el principio absoluto de libertad de testar no existiendo la obligación de dejar nada a los legitimarios y pudiendo el testador disponer de todos sus bienes con absoluta libertad, en Aragón⁸ se habla de una legítima colectiva sólo a favor de los descendientes, mientras que en Cataluña⁹ existe la legítima a favor de los descendientes pero la cuantía es menor que la establecida en el régimen general del Código civil y, habiendo descendientes, no heredarán los ascendientes.

Además del sistema de legítimas también debemos recordar que las causas de desheredación también son diferentes con respecto a lo establecidos en las diversas legislaciones coexistentes en todo el territorio español.

III. LA DESHEREDACIÓN: CONCEPTO Y CAUSAS.

No encontramos en el Código civil un concepto de desheredación, pero es pacífico en la doctrina¹⁰ que ésta consiste en privar de la legítima a un heredero forzoso. Además, se entiende¹¹ que sería privar de toda la legítima porque si recibiera el legitimario lo que por ley constituyera la legítima estricta no estaríamos ante una desheredación.

A las reglas de la desheredación se refiere el Código civil en los arts. 848 y siguientes. Según el primero de ellos, el art. 848 CC “la desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley”. Además, tal y como afirma el art. 849 CC “la desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde”. Por esta razón cobran especial importancia en primer lugar la formalidad del testamento y en segundo lugar las causas posibles de desheredación que son las establecidas de manera taxativa por el Código civil, siendo éstas una enumeración cerrada, *numerus clausus*, y que no admite añadir o modificar ninguna otra. Cuestión distinta será si dentro de

7 Ley 267 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

8 Art. 497 del Código de Derecho Foral de Aragón.

9 Art. 451.I del Código Civil Catalán.

10 ALGABA ROS, S.: “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2015, p. 5.

11 ALGABA ROS, S.: “Maltrato de”, cit., p.6.

cada una de éstas cabe una posible interpretación menos restrictiva¹² a cerca del alcance o extensión de cada una de ellas.

Como se ha mencionado, sólo es posible privar a un heredero forzoso de su legítima a través del testamento, con lo que el primer requisito será la existencia del mismo. En segundo lugar, será necesario que en el mencionado testamento el testador haga mención explícita de la causa por la que quiere desheredar, y además con mención expresa del artículo del CC que recoge la mencionada causa (art. 851 CC)¹³. La recomendación¹⁴ en este punto del autorizante del testamento, habitualmente el notario, es que el testador pueda incluir cuantas pruebas y manifestaciones de terceros posibles testigos sean de interés para poder probar que efectivamente es cierta y real la causa que motiva la privación de la legítima a su heredero forzoso. Y ello porque nos encontramos con que el Código civil mantiene una presunción¹⁵ a favor del desheredado quien, en caso de impugnar el testamento, no deberá probar que no es cierta la causa, sino que *a sensu contrario* corresponderá al resto de herederos del testador probar que sí es cierta la mencionada causa de desheredación expresada en el testamento (art. 850 CC).

Son justas causas de desheredación según el art. 852 CC:

- Las establecidas en los art. 853, 854 y 855 CC:

a) 1.^a Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. 2.^a Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra. (Para hijos y descendientes). Art. 853 CC

b) 1.^a Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170. 2.^a Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo. 3.^a Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación. (Para padres y ascendientes). Art. 854 CC.

c) 1.^a Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales. 2.^a Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 170. 3.^a Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge. 4.^a Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación. (Para el cónyuge). Art. 855 CC.

12 CARRAU CARBONELL, J. M^a.: "La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 558.

13 DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Libertad de", cit., p. 12.

14 CARRAU CARBONELL, J. M^a.: "La desheredación", cit., p. 560.

15 DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Libertad de", cit., p. 13.

- Las señaladas en el art. 756, 1º, 2º, 3º, 5º y 6º CC, que se refieren a la incapacidad para suceder por causa de indignidad.

Una de las causas que más controversia o discusión está generando en la actualidad son las causas expresadas en el art. 853 CC relativas a la obligación de alimentos y al maltrato de obra. Y ello porque son dos causas que admiten algo más de interpretación subjetiva en cuanto a que será necesario determinar qué se entiende por alimentos y qué puede considerarse maltrato de obra¹⁶.

IV. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES.

I. Las relaciones familiares como fundamento de la legítima y de la obligación de alimentos.

Ya hemos comentado con anterioridad que la institución de la familia ha ido evolucionando a lo largo de los últimos años, por lo menos su concepto o lo que antes entendíamos como familia¹⁷. En la actualidad existen distintos modelos familiares¹⁸, que aún a pesar de no haber modificado la Constitución Española y otras normas, siguen igualmente protegidos por las leyes. Así, el Art. 39 CE en su apartado 1º señala que: “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. En esta misma línea, unos años antes, se pronunciaba también la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 16.3 al afirmar que: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

A pesar de no encontrar una definición de familia, de lo que no hay duda es que la familia es una institución que hay que proteger¹⁹ y a la que tanto la Constitución Española como el Código civil han dado importancia. De hecho, es en las propias relaciones y vínculos familiares en los que el Código civil se basa para generar ciertas relaciones recíprocas con respecto al cuidado y atención de sus miembros.

Señala CLAR GARAU que “el fin de la familia no es otro que la creación de un marco para que a través de la ayuda y cooperación mutua se pueda lograr el desarrollo integral de la personalidad de sus miembros sobre la base de la solidaridad, la equidad y la ética”²⁰.

16 ALGABA ROS, S.: “Maltrato de”, cit., p. 7.

17 CLAR GARAU, R.: “Desheredación de descendientes por denegación de alimentos”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 9, 2007, p. 2.

18 SARACHO ROTAECHE, E.: “Nuevos modelos familiares, viejos roles”, *Revista del Centro Psicoanalítico de Madrid*, núm. 14, 2008, pp. 136-203.

19 ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 1.

20 CLAR GARAU, R.: “Desheredación de”, cit., p.6.

El legislador en ocasiones utiliza distintos términos para referirse a la familia: parientes, allegados, hijos, cónyuge. Pero, con independencia del nombre que utilice, lo cierto es que no se puede negar que muchas de sus instituciones están derivadas de estos vínculos personales y también jurídicos. Así, es en las propias relaciones familiares en las que el Código civil basa el sistema de legítimas y la obligación de alimentos²¹. También podemos encontrar otros ejemplos, como el deber de respeto y ayuda mutua entre cónyuges a que se refiere el art. 66 CC.

Lo que el Código civil ha hecho es darle forma jurídica y proteger a lo que ya sea por naturaleza o por ley ha generado un vínculo familiar. Las principales relaciones familiares de las que podemos hablar es la filiación y el vínculo matrimonial. En el primero de los casos, tal y como se deriva del art. 808 CC, la filiación se determinará con independencia de que ésta se surja de forma natural o por adopción²². Con respecto al matrimonio y a partir del mismo es cuándo se generarán derechos y deberes para los cónyuges de forma recíproca.

Una vez determinada la relación paterno filial, y principalmente durante la minoría de edad, surge con respecto a los progenitores, la obligación de dar cumplimiento a las obligaciones y deberes que recoge el art. 154 CC relativas a la patria potestad²³. Basándose en estas relaciones familiares, una vez cumplida la mayoría de edad, el CC no extingue el principio de solidaridad entre la familia, debiendo “cuidarse los unos a los otros” principalmente en aquellas situaciones de especial necesidad en las que así se requiera. Así el art. 143 CC se refiere a la obligación de alimentos entre parientes afirmando que se deben alimentos: los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos (cada uno con un alcance y extensión diferentes en función del vínculo familiar).

Otro de los ejemplos en los que el Código civil ha tomado como base las relaciones familiares para establecer sus normas es el sistema de legítimas y la sucesión abintestato²⁴ ¿Por qué son herederos forzosos los hijos, o los padres, o el cónyuge²⁵? Porque seguramente el legislador entiende que éstas son las personas más cercanas al causante y que son ellas las que deben dar continuidad a sus relaciones patrimoniales. Y no sólo por eso, sino porque considera que en la vida

21 PERIS RIVERA, A. L.: “Desheredación: una visión comparada”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016, p. 4.

22 Art 108 CC: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

23 MORERA VILLAR, B.: “Guarda y custodia compartida impuesta”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, p. 421.

24 IRURZUN GOICOA, D.: “¿Qué es la legítima para el Código Civil español? (Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, 2015, p. 2436.

25 Es importante mencionar en este punto que la pareja de hecho, según la legislación autonómica correspondiente, podría tener algún derecho sucesorio, aunque no existiera vínculo matrimonial.

familiar hay un vínculo subjetivo adicional que hace a las personas más cercanas merecedoras de la no pérdida de todo cuanto tenía el causante al tiempo de su fallecimiento o, mejor dicho, la tendencia a que todo lo que tenía el testador siga permaneciendo en el núcleo familiar.

Entendemos que el legislador, en la vía de la sucesión intestada, al tener que establecer las reglas para la mencionada sucesión, “llame” a los parientes más próximos. Es comprensible: en defecto de personas voluntariamente designadas por el causante, el Código civil entiende que los familiares son las personas más idóneas para suceder²⁶. Pero en el caso en que exista testamento nos surge la duda ¿quiénes son las personas más merecedoras de la sucesión? ¿los legitimarios según el CC? ¿O las personas que el testador quiera sean o no legitimarios?

Razón tiene el legislador en cuanto a la preferencia de que los bienes del causante pasen a sus herederos o a quienes estén unidos por vínculos de parentesco, cuestión distinta es si la “mencionada preferencia” debe prevalecer incluso sobre los intereses del causante manifestados en su testamento.

Si tanto las legítimas como la obligación de alimentos se basan en la relación “jurídica” familiar creada por el Código civil, ¿qué ocurre cuándo existiendo ese vínculo familiar no existe un vínculo personal o subjetivo real entre los miembros de una familia? Ni el CC ni la CE han abordado esta problemática²⁷.

2. Requisitos: situación de necesidad. Alcance y límites de la obligación de alimentos.

Dadas las relaciones familiares y los vínculos que acabamos de ver, cuando uno de los miembros de la familia está en una situación de necesidad de manera que no pueda sufragar por sí mismo los gastos básicos e indispensables a que se refiere el art. 142 CC, el resto de familiares podrán quedar obligados a ayudarle/ socorrerle en los términos y condiciones que señalan los arts. 142 y siguientes del Código civil.

Para que esta obligación de ayuda surja serán necesarias dos cuestiones: la primera es que se soliciten, aunque no sea por vía judicial. Es necesario que haya un requerimiento²⁸ del alimentista, o persona que necesita los alimentos al obligado a prestarlos. Y, en segundo lugar, que se encuentre en una situación de necesidad. Esto es: que no disponga de los recursos suficientes para poder tener

26 BERNARD MAINAR, R.: “Reflexiones sobre la conservación o supresión de la cuota legítima en la futura reforma de sucesiones del Código civil”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, p. 406.

27 CLAR GARAU, R.: “Desheredación de”, cit., p. 10.

28 GARRIDO MELERO, M.: *El testamento y su interpretación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 25.

“lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica” (art. 142 CC).

El principal problema se plantea en interpretar la extensión y límites de lo “indispensable” del art. 142 CC. Dado que como acabamos de ver se trata de una obligación basada en las relaciones de parentesco, de hecho el propio art. 143 CC se refiere a que las personas obligadas son: cónyuge, descendientes, ascendiente y hermanos, hay autores que consideran²⁹ que la obligación de alimentos “no se agota con prestar alimentos sino que, además, lleva aneja la obligación de cuidar de la persona del alimentado”. No parece ser éste el sentir mayoritario de la doctrina, ni de la jurisprudencia, ni creemos que del propio Código civil, quienes consideran esta obligación como puramente pecuniaria. Señala el art 149 CC que: “el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

Sin embargo, la posible discusión sobre el alcance y límites de esta obligación no es baladí y ello porque, como veíamos al inicio, según lo dispuesto en el art. 853 CC la denegación de alimentos es una causa justa de desheredación. Por esta razón si alguna de las personas obligadas a prestar alimentos se los ha denegado podrá ser desheredado y por tanto privado de la legítima que por ley le correspondería de no haber incurrido en esa causa.

Si pensamos en las relaciones familiares y en el deber de cuidado recíproco podríamos entender, como piensan algunos autores, que esta obligación debe ir más allá de lo estrictamente pecuniario ya que lo indispensable para la salud, por ejemplo, no siempre está cubierto por el Estado y la seguridad social. Podríamos entrar en este punto en “terreno pantanoso” y hablar de la salud mental, por ejemplo, cuando el no cuidado, dejadez o abandono de alguno de los familiares o simplemente la ausencia de relaciones personales entre los mismos pueda ser objeto de perjudicar la salud mental.

Si por alimentos entendemos que con pasar una pensión para vivir dignamente según el art. 10 CE es suficiente, sólo se podrá desheredar por denegación de alimentos en el caso en el que, hecho el requerimiento, exista una dejadez por parte del obligado a satisfacerlos. En este caso tendremos un hecho tangible y demostrable y será “relativamente fácil” desheredar por esta causa, ya que se podrá probar. Si consideramos que los alimentos van más allá de un contenido puramente económico, incluyendo obligaciones de asistencia y cuidado se abre el abanico de posibilidades y resultaría mucho más difícil de determinar.

29 CLAR GARAU, R.: “Desheredación de”, cit., p. 13.

En cualquier caso, el propio art. 853 CC nos abre otra vía a una posible desheredación que sería por “maltrato de obra”. Podría ser objeto de estudio por separado esta cuestión, pero baste decir que en este caso nuestra jurisprudencia más reciente³⁰ sí está incluyendo como tal el abandono o dejadez de las relaciones familiares aunque con unos requisitos y circunstancias muy concretos que en ocasiones dificultan en gran medida desheredar por esta causa.

3. Obligados a la prestación de alimentos.

El Código civil dedica el Título VI de su Libro I a “los alimentos entre parientes”. Así, el propio título, aún sin especificar quiénes, ya avanza que se tratará de “parientes”. Esta es, además, otra de las razones por las que se dice que la obligación de alimentos está basada en las relaciones familiares ya que es el propio Código el que llama a las personas unidas entre sí por vínculos de parentesco, ya sea filiación o matrimonio, a darse alimentos recíprocamente.

El art 143 CC señala que: “están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

Los cónyuges.

Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”.

Procede recordar que parte de los parientes del art. 143 CC son herederos forzosos también del causante, en concreto, el cónyuge y los ascendientes y descendientes. Con respecto a los hermanos también podrían estar llamados a la herencia del causante en el caso en que no existieran los anteriores y el fallecido lo hubiera hecho sin testamento. Así, el art. 913 CC señala que: “a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado”. Y, tal y como se deriva del art. 916 CC, los hermanos son parientes colaterales ya que no descienden los unos de los otros, pero sí están unidos por un tronco común: los progenitores. En el caso, por tanto, de no existir legitimarios (ascendientes, descendientes o cónyuge), los primeros llamados a heredar serán los hermanos por la regla del cómputo del parentesco del art. 921 CC.

Como hemos visto el propio Código civil, en línea con lo establecido en la Constitución, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

30 STS 26 junio 1995 (TOL1.657.822), SAP Soria 1 septiembre 2022 (TOL9.266.507), SAP Madrid e junio 2021 (TOL8.569.123), SAP Tenerife 26 abril 2017 (TOL6.358.628), SAP Guipuzkoa 8 julio 2021 (TOL8.668.290),

protege a la familia y lo hace, en muchas ocasiones, a través del principio de solidaridad familiar³¹ y de los derechos y deberes que se generan de manera recíproca sólo por el hecho de pertenecer a una misma familia. Con base en esta reciprocidad se articula todo el sistema de legítimas y la obligación de alimentos entre parientes que estamos estudiando. Baste recordar, que también basado en esta reciprocidad, si no se cumplen algunos de los deberes que el Código civil impone a los parientes, esto también podría ser objeto de justa causa de desheredación o motivo para la extinción de alimentos.

Los alimentos que se deben por antonomasia en el Código civil son los alimentos a los hijos. Pero éstos, mientras los descendientes son menores de edad, no son debidos por el art. 142 CC, sino por la vía del art. 154 CC relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad³². Una vez los hijos hayan cumplido la mayoría de edad y mientras sigan conviviendo en el domicilio con sus progenitores, en determinadas circunstancias, puede surgir la obligación de alimentos del art. 142 CC. Esto suele ocurrir, principalmente, en aquellas circunstancias en las que, alcanzada la mayoría de edad, los hijos siguen estudiando o formándose y no cuentan con un trabajo remunerado o con oportunidades para incorporarse al mercado laboral.

La mayoría de pronunciamientos jurisprudenciales³³ que encontramos son este sentido, los que los padres pueden deber a sus hijos pasada la mayoría de edad. En muchas ocasiones son los tribunales los que tienen que decir si estos alimentos se deben o no. Mi pregunta es ¿podría un hijo desheredar al progenitor que le negare los alimentos? ¿y qué entendemos por denegación de alimentos? La respuesta a la primera pregunta es sí, y la tenemos en el art. 853 CC (la denegación de alimentos es justa causa para desheredar a los legitimarios). Pero con respecto a la segunda pregunta: ¿denegación es que haya habido un requerimiento por parte del alimentista y que, de primeras, el alimentante, no se los haya querido dar? Si el alimentista no interpone ninguna acción judicial contra el supuesto alimentante ¿basta la mera negativa de hecho para desheredar? o en otras palabras ¿hay que agotar todas las vías posibles de reclamación para entender que ha habido una denegación de alimentos? En este punto entra en juego el art. 148 CC que afirma que: “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”. Entendemos, por tanto, que sí

31 LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 52.

32 MORENO-TORRES HERRERA, Mª L.: “Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad”, *UNED. Boletín de la facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, p. 282.

33 STS 10 octubre 1967 (TOL4.301.129), STC 14 marzo 2005 (TOL609.864), SAP Badajoz 10 septiembre 2019 (TOL7.524.226), SAP Madrid 23 enero 2020 (TOL7.887.758), SAP Madrid 15 julio 2020 (TOL8.106.470).

será necesario la interposición de una demanda de reclamación de alimentos y que éstos no se deberán abonar, entendemos, si no existe una demanda.

Si tenemos una sentencia que obliga a prestar alimentos y el obligado la cumple y facilita los alimentos, no tenemos duda. Si el obligado la incumple también está claro. En el primero de los casos sí está cumpliendo y por tanto no habría justa causa de desheredación mientras que en el segundo de los casos la respuesta sería rotundamente no, y más si hay un requerimiento judicial. ¿Qué pasaría en aquellos casos en los que la obligación alimenticia se cumpliera sólo parcialmente? Porque entiendo que no es posible desheredar parcialmente y en proporción a la cuantía de alimentos debida y prestada. La duda, por tanto, que se genera surge con respecto a cuándo se entiende que existe una denegación de alimentos, que será el presupuesto indispensable para que pueda haber una justa causa de desheredación atendiendo a lo dispuesto en el art. 853 CC.

También puede existir reclamación de alimentos en el otro sentido: de padres a hijos. Los padres se hacen mayores, el cónyuge fallece y, en ocasiones, se quedan solos y con pocos recursos para poder atender a las necesidades básicas a que se refería el ya estudiado art. 142 CC. Sin embargo, lo cierto es que muchas de las necesidades que el mencionado precepto enumera puede ser que estén cubiertas por la seguridad social o por prestaciones que da el estado. En estos casos, salvo que apliquemos una interpretación extensiva del concepto de alimentos e incluyamos, como ya hemos visto afirman algunos autores, cuestiones relativas al cuidado y compañía, será muy difícil desheredar a un hijo por denegación de alimentos. Algo más fácil, aunque con salvedades, será hacerlo por la vía del maltrato de obra a que se refiere el último inciso del art. 853 CC.

4. Causas de extinción.

A las causas de extinción de la obligación de alimentos³⁴ entre parientes se refieren los art. 150 y 152 CC. A tratarse de una obligación personalísima³⁵ se extinguirá esta obligación tras la muerte del obligado a dar los alimentos (art. 150 CC). Además, no será una obligación transmisible mortis causa atendiendo al carácter personalísimo que acabamos de ver.

Por su parte, el art. 152 CC señala que: “cesará también la obligación de dar alimentos:

Por muerte del alimentista.

34 ZAPATA SANCHO, A.: “Problemática derivada de la pensión de alimentos en hijos mayores de edad”, en AA.VV.: *Derecho de Familia 2021* (coord. por ECHEVARRÍA DE REGA, ORTEGA BURGOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 103.

35 APARICIO CAROL, I.: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 33.

Cuando 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.

Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiere cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.

Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa".

Podemos afirmar que estas causas de extinción parecen algo menos restrictivas o prohibitivas que el sistema de legítimas y de desheredación del Código civil. En este último caso las legítimas de los herederos forzosos son "intocables" por imperativo legal salvo las causas de desheredación ya apuntadas y que habrá que interpretar y demostrar muy fehacientemente para poder desheredar a un heredero forzoso.

En el caso de la obligación de alimentos contamos con una doble ventaja, la primera de ellas, obvia, es que en vida del alimentante y alimentista todo es mucho más fácil de demostrar y se permitirá aportar cuántas pruebas se puedan generar para demostrar la concurrencia de cada una de las causas de extinción. En segundo lugar, antes de que se genere la obligación de alimentos, habrá que tener en cuenta que están primero las necesidades del alimentante y su familia antes que las del alimentista. Cuando hablamos del alimentante y "su familia" entendemos que hay que seguir el orden de herederos forzosos del art. 807 CC: más allá de las suyas propias, primero las necesidades de sus hijos y su cónyuge y luego las de sus progenitores.

En cualquier caso, no podemos desvincular el sistema sucesorio establecido en nuestro Código civil con la obligación de alimentos entre parientes ya que ambas tienen su fundamento en las relaciones familiares. Además, la denegación de una será justa causa para la desheredación y a la inversa, cualquier justa causa de desheredación será motivo suficiente para el no surgimiento o extinción de la obligación de alimentos.

V. CONCLUSIONES.

Primera. Podemos afirmar que el sistema de legítimas previsto en el Código civil merece una especial revisión para su posterior modificación. Entendemos que

los lazos familiares sean tenidos en cuenta para el caso de no haber testamento, tiene lógica, pero en el caso de que sí exista, consideramos que el testador debería ser muy libre de dejar lo que quiera a quien quiera sin necesidad de justificarse o mencionar causa de desheredación alguna. Deberían, por tanto, suprimirse los llamados "herederos forzosos".

Segunda. Existiendo herederos forzosos y causas de desheredación, y habiendo hecho el testador referencia a alguna de ellas en su testamento, consideramos que con independencia de que sea verdad o mentira, fácil o difícilmente demostrable, justa o injusta, lo que sí es cierto es la indudable voluntad del testador de que el legitimario en cuestión se vea privado de la parte que le correspondería por legítima. Por tanto, deberá prevalecer siempre la voluntad del testador.

Tercera. En cuanto a la interpretación de las causas de desheredación, si bien es cierto que la última línea jurisprudencial es tendente a una interpretación más extensiva de las mismas, consideramos que no es suficiente. Cualquier negativa de un heredero forzoso a los alimentos, o al cuidado o atención del testador, o incluso la mera ausencia de relación, debería ser suficiente para que se pudiera desheredar a un heredero forzoso.

Cuarta. Con respecto a la obligación de alimentos entre parientes consideramos que ésta debería interpretarse en sentido amplio y no considerarse única y exclusivamente una prestación económica. El art. 142 CC además del "sustento, habitación, vestido y asistencia médica" así como el resto de gastos mencionados, debería referirse al cuidado que consideramos se deben los familiares. Éste no sólo debe incluir lo indispensable para vivir, sino también la compañía y conservación de la relación familiar. Especialmente cuando hablamos del cuidado de los hijos y descendientes respecto de los padres y ascendientes.

BIBLIOGRAFÍA

ALGABA ROS, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2015.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

APARICIO CAROL, I.: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

BERNARD MAINAR, R.; "Reflexiones sobre la conservación o supresión de la cuota legítima en la futura reforma de sucesiones del Código civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019.

CARRAU CARBONELL, J. M^a.: "La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

CLAR GARAU, R.: "Desheredación de descendientes por denegación de alimentos", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 9, 2007.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles", *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2016.

GARRIDO MELERO, M.: *El testamento y su interpretación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

IRURZUN GOICOA, D.: "¿Qué es la legítima para el Código Civil español? (Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, 2015.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L.: "Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad", *UNED. Boletín de la facultad de Derecho*, núm. 28, 2006.

MORERA VILLAR, B.: "Guarda y custodia compartida impuesta", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018.

PERIS RIVERA, A. L.: "Desheredación: una visión comparada", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016.

SARACHO ROTAECHE, E.: "Nuevos modelos familiares, viejos roles", *Revista del Centro Psicoanalítico de Madrid*, núm. 14, 2008.

TORRES GARCÍA, T. F.: "La necesaria reforma del derecho de sucesiones", en AA.VV.: *Problemas actuales del Derecho Civil y del desequilibrio económico. Convergencias entre los sistemas jurídicos de España y Puerto Rico* (coord. MORENO FLÓREZ), Dykinson, Madrid, 2017.

VAQUER ALOY, A.: "Libertad de testar y condiciones testamentarias", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2015.

ZAPATA SANCHO, A.: "Problemática derivada de la pensión de alimentos en hijos mayores de edad", en AA.VV.: *Derecho de Familia 2021* (coord. por ECHEVARRÍA DE REGA, ORTEGA BURGOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LEGITIMACIÓN, JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y
SEMILLAS EN BOLIVIA

*LEGITIMATION, JURISDICTION, COMPETENCE AND SEEDS IN
BOLIVIA*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 322-345

Roque Armando
CAMACHO
NEGRETE

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: El derecho que el sujeto tiene sobre el objeto establece la legitimación y la competencia del órgano para conocer determinados litigios, está fijada en la Ley en atención a las especialidades del derecho. A estos aspectos se refiere esta investigación normativa en Bolivia, concretamente en relación a la semilla. Se aborda a la genética, transgénicos y semillas que son campos nuevos del derecho, con el objetivo de contribuir a la buena práctica judicial sobre dicha temática.

PALABRAS CLAVE: Semillas; jurisdicción; competencia; legitimación; transgénicos; modificaciones, naturaleza; bien jurídico; recursos naturales; recursos artificiales; dominio; derecho de propiedad; patrimonio privado; concesión; licencia o permiso; uso público; judicatura agroambiental.

ABSTRACT: *The right that the subject has over the object establishes the legitimacy and competence of the body to hear certain disputes, it is established in the Law in attention to the specialties of law. This normative research in Bolivia refers to these aspects, specifically in relation to the seed. Genetics, transgenics and seeds are addressed, which are new fields of law, with the aim of contributing to good judicial practice on this subject.*

KEY WORDS: *Seeds; jurisdiction; competence; legitimation; transgenic; modifications, nature; legal good; natural resources; artificial resources; domain; property rights; private heritage; concession; license or permit; public use; agro-environmental judiciary.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA NATURALEZA COMO BIEN JURÍDICO.- III. LOS RECURSOS.- 1. Recursos naturales.- A) *Recursos naturales renovables.*- B) *Recursos naturales no renovables.*- 2. Recursos artificiales.- IV. SEMILLA.- 1. Semilla natural.- 2. Semilla transgénica.- V. DOMINIO.- VI. DERECHO DE PROPIEDAD.- VII. PROPIEDAD TEMPORAL.- VIII. INCORPORACIÓN AL PATRIMONIO PRIVADO.- IX. CONCESIÓN.- X. LICENCIA O PERMISO.- XI. USO PÚBLICO.- XII. JURISDICCIÓN.- XIII. COMPETENCIA.- XIV. JUDICATURA AGRARIA.- XV. JUDICATURA AGROAMBIENTAL.- XVI. CAUSAL.- XVII. COMPONENTE ASOCIADO DE LA BIODIVERSIDAD.- XVIII. CONTROVERSIA DURANTE LA VIGENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD.- XIX. LEGITIMACIÓN.- XX. RECAPITULANDO.- XXI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Como todo objeto con utilidad para el ser humano, se considera la semilla un bien jurídico. La semilla al ser manipulada en sus genes, adquiere nuevas cualidades y su inicial condición jurídica -derechos del sujeto sobre el objeto- también se modifica.

Las modificaciones transgénicas se pueden realizar tanto en humanos, como en animales o plantas. El presente trabajo se refiere exclusivamente al reino vegetal o sea a las plantas.

Sin embargo, siendo que el derecho va a la zaga de los adelantos tecnológicos, en la genética actual existen otros manejos de los genes, como ser la edición genética¹, que no constituye incorporación de nuevos materiales en el ADN o sea que no es manipulación transgénica y que, debido a su reciente aparición, el derecho aun no la ha legislado. Esta nueva modalidad, está siendo analizada en una también novísima área del conocimiento: la bioética.

Esta investigación aborda el tema de la propiedad de las semillas, desde el punto netamente jurídico y técnico, apartándose de las concepciones del uso histórico² o cultural³.

1 https://es.wikipedia.org/wiki/Edici%C3%B3n_de_genoma, consultada el 21.04.23, a horas 19.15.

2 <https://www.agrecolandes.org/revalorizar-las-semillas-nativas-para-que-sean-parte-de-nuestro-consumo-diario/>, consultada el 21.04.23, a horas 13.26.

3 <https://www.cenda.org/periodico-conosur/item/562-semillas-certificacion-penaliza-las-variedades-locales>, consultada el 21.04.23, a horas 13.29.

• Roque Armando Camacho Negrete

Roque Armando Camacho Negrete: Abogado. Licenciado en Derecho en la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia). Maestría en la Universidad Mayor de San Francisco Xavier de Chuquisaca (Bolivia). Actualmente, elabora su tesis en el Doctorado de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Mayor San Andrés (Bolivia). Docente en Derecho Agrario y Derecho Ambiental, en varias universidades de Bolivia. Juez Agrario y Juez Agroambiental, de 2000 a 2017 (Bolivia). Consultor en materia tributaria y ambiental, de algunos organismos internacionales. Autor de los libros Manual del sistema judicial agrario y Fundamentación de las sentencias. Articulista en varios periódicos y revistas de Bolivia. Dirección electrónica: racn58@hotmail.com.

Se ha recurrido a la doctrina y legislación sobre el tema, para arribar a conclusiones, demostrables, conforme a la bibliografía citada.

El estudio se refiere a las modificaciones transgénicas en las plantas o sea al reino vegetal, por ello se toma como sinónimos a los Organismos Genéticamente Modificados (OGMs) y transgénico, en el entendido que dichas denominaciones describen a la misma operación de incorporación de un gen en un ADN⁴ diferente, según las definiciones que se pueden observar a continuación:

I. OGMs.

Los OGMs son “aquellas especies a las que se incorpora información genética de otras (bacterias) para lograr resistencia a plagas o biocidas”⁵.

2. Transgénico.

El transgénico es “un organismo que contiene un transgén y puede transmitirlo a sus descendientes se define como transgénico”⁶.

II. LA NATURALEZA COMO BIEN JURÍDICO.

La codificación civil, desde el histórico Código Civil de Francia de 1804, acorde con la Ilustración, no consideraba a la naturaleza como un bien jurídico independiente y unitario, sino que la divide a efectos de lograr su apropiación parcial, según Sozzo: “La naturaleza es la cantera de la cual el hombre extrae “sus” cosas cuando la tecnología le brinda las técnicas para poder apropiarse; sólo bajo esta precondition una parte de la naturaleza puede devenir en cosa para el derecho y en consecuencia adquirir el carácter de “bien”⁷.

En la misma línea, desde la escuela italiana de derecho, Ruggiero opinaba que “cosa” es “toda parte del mundo externo capaz de ser sometida a nuestro poder e idónea a producir utilidad”, para concluir afirmando que, de la naturaleza, “cosa en sentido jurídico” son “sólo aquellas partes que pueden ser dominadas por el hombre y destinadas a satisfacer sus necesidades”⁸.

Con tales ideas, se ha desarrollado la legislación posterior, incluida la boliviana, hasta el advenimiento de la corriente mundial ambientalista, que con el informe Brundtland de 1987, da inicio a una nueva forma de concebir al medio ambiente.

4 En el ambiente científico se usa el término “gen” como sinónimo de Ácido Desoxirribonucleico (ADN).

5 ARCOCHA, C.E. y ALLENDE, H.L.: *Tratado de derecho ambiental*, Nova Tesis, Santa Fe, 2007, p. 279.

6 PINTO-BAZURCO, J.F.: *Diccionario internacional del medio ambiente*, Titanium, Lima, 2014, p. 251.

7 SOZZO, G.: *Derecho privado ambiental*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2019, p. 47.

8 DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de derecho civil*, Reus, Madrid, 1929, p. 475.

Hasta el grado que, en la actualidad “los derechos de la Naturaleza han ido experimentando lenta pero progresivamente un proceso de objetivización en la regulación jurídica de diferentes países”⁹.

También, se tiene que los recursos naturales “son aquella parte de la Naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre”¹⁰, de lo que se entiende que el uso y beneficio que el humano puede obtener de los objetos, es determinante para su calificación como bien jurídico.

III. LOS RECURSOS.

La palabra recurso es polisémica o sea que tiene varios significados y al efecto del presente trabajo tomaremos la acepción 6., del Diccionario de la Academia Española, que entiende al “recurso” como el “Conjunto de elementos disponibles para resolver una necesidad o llevar a cabo una empresa”¹¹.

Los recursos, por la intervención del hombre, se pueden dividir en recursos naturales y artificiales.

I. Recursos naturales.

Los recursos naturales son aquellos que existen “sin modificación previa realizada por el ser humano”¹².

Por su capacidad de regeneración, los recursos naturales se subdividen en renovables y no renovables:

A) Recursos naturales renovables.

Los recursos naturales renovables son “todos los recursos que se reproducen o se renuevan continuamente, ya sea por reproducción biológica o por otro proceso natural”¹³.

9 DE CARVALHO, F.A., ESTUPIÑÁN, L., MARTÍNEZ, R. y STORINI, C.: *Derechos de la naturaleza: teoría, política y práctica*, Pireo, Bogotá, 2019, p. 17.

10 ANDALUZ, C.: *Manual de Derecho ambiental*, Iustitia, Lima, 2016, p. 8.

11 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, tomo II, Espasa-Calpe, Madrid, 1984, p. 1156.

12 https://es.wikipedia.org/wiki/Recurso_natural, consultada el 13.04.23, a horas 08.21.

13 PINTO-BAZURCO, J.F.: *Diccionario internacional*, cit., p. 226.

B) Recursos naturales no renovables.

Los recursos naturales no renovables son el “recurso o materia prima que se agota a medida que se utiliza y cuyo tiempo de reposición es mucho más largo que el tiempo de utilización”¹⁴.

2. Recursos artificiales.

Los recursos artificiales son “aquellos que se generan de la naturaleza pero necesitan la mano del hombre o un proceso químico para desarrollarse”¹⁵.

IV. SEMILLA.

Se entiende que la semilla es “cada uno de los cuerpos que forman parte del fruto de los vegetales, originados por las modificaciones que experimentan los óvulos después de haber sido fecundados, y que reproducen la planta, cuando germinan en condiciones adecuadas, por estar contenido en cada uno de ellos el embrión de un nuevo individuo”¹⁶.

En el ámbito técnico, la semilla es un recurso fitogenético o sea un material que “contiene unidades funcionales de la herencia”, conforme a la definición dada por el artículo 2.- del Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, ratificado por Bolivia con Ley¹⁷ N° 801.

Al respecto de la palabra “fitogenético”, es una expresión compuesta, integrada por el prefijo *fito*, del griego *phito*, que significa “planta, vegetal y de la raíz griega también *guennetikós*, que quiere decir “génesis” y se comprende como “origen”, entendiéndose a “fitogenético” como “origen de las plantas o vegetales”. Ambas definiciones, coinciden en que las semillas son la causa o precedente de las plantas o vegetales.

Desde el ámbito jurídico, en Bolivia a la semilla se la entiende como un “fruto” y al árbol como “cosa”, según el artículo 83.-, Código Civil.

El fruto es del propietario del árbol que lo produjo. La semilla es un objeto o bien jurídico, sobre el cual ejerce derechos el propietario del árbol productor; conforme al entendimiento ampliamente asumido, legislado, divulgado y respetado.

14 CRESPO, J.R.: *Diccionario de términos ambientales*, Centro de información para el desarrollo, La Paz, 1999, p. 224.

15 <https://www.monografias.com/docs/Recursos-artificiales-PKH5CAK69LJP>, consultada el 13.04.23, a horas 08.36.

16 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de*, cit., p. 1232.

17 La Ley N° 801 fue aprobada el 26 de abril de 2016.

La semilla, convertida en objeto del derecho de propiedad, entra en el intercambio o comercio pacíficamente, dependiendo de la actividad o no de su propietario, conforme a los artículos 6.-, 10. y 17., 8.-, 1. y 9.-, del Código de Comercio¹⁸.

En el tráfico comercial, la semilla es un objeto similar a todos los demás bienes jurídicos comerciales.

Las características de la semilla, desde el punto de vista jurídico, son: bien material o sea corpóreo, fungible, determinable, tiene aptitud comercial y es fruto.

Las semillas se usan en la alimentación (culinaria), siembra (génesis de otra planta) o manipulación de los genes (transmisión genética). Aquellas que se usan en la alimentación y siembra, tienen como legitimado por la ley, al propietario del árbol del cual proviene la semilla; mientras que la manipulada tiene otros propietarios, como se verá en el desarrollo de este trabajo.

I. Semilla natural.

La semilla es un recurso natural, en su estado oriundo u originario, cuando no recibe ninguna transformación significativa en su estructura. El Tratado mencionado, ratificado por Bolivia con Ley N° 801, es parte del régimen de protección de dicho material en sus ecosistemas y hábitats naturales, además de las especies domesticadas y cultivadas, que da importancia al cuidado de la biodiversidad para la preservación de la riqueza genética.

La mencionada norma, al considerar a los “recursos genéticos y biogenéticos”, se refiere a la semilla natural, es decir, aquella que no tiene ninguna transformación significativa en su estructura, porque la semilla en su estado oriundo u originario es un recurso natural. En realidad, según la escuela española, se trata de un “dominio público natural”¹⁹.

La Constitución²⁰, artículo 298.-, II., 4., establece como competencia exclusiva del nivel central del Estado a los “recursos genéticos y biogenéticos”, considerándolos como “recursos naturales estratégicos”. Este tipo de competencia es aquella en la que “un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las

18 El Código de Comercio aprobado por el Decreto Ley N° 14379, de 25 de febrero de 1977.

19 BARCELONA, J., BOQUÉ, R., CARRILLO, J.-A., COLOM, E., FERNÁNDEZ, R., FRANCH, M., GARCÍA, M., GUIRIDLIAN, J.D., HORGUÉ, C., MORILLO-VELARDE, J.I., PAREJO, L., DE LA RIVA, I.M. y DE LA REINA, G.: *Dominio público*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, p. 124.

20 La Constitución Política del Estado de Bolivia, fue aprobada el 09 de febrero de 2009 y a la fecha, sin ninguna modificación está vigente dicha versión. En este trabajo, se denomina “Constitución” a dicho cuerpo legal.

facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas”, conforme al artículo 297.-, I., 2., de la Constitución.

2. Semilla transgénica.

La semilla transgénica es el “organismo que contiene un transgén y puede transmitirlo a sus descendientes”²¹. El “gen” es “la unidad física y funcional básica de la herencia”²². El “transgén” es aquel gen que se introduce por medios artificiales en el “genoma” y este es el “conjunto completo de ADN (material genético) en un organismo”²³.

Sin embargo, desde el momento en que la cadena natural del material fitogenético es intervenida por el hombre, deja de ser un recurso natural para convertirse en uno artificial (transgénico, edición genética, etc.), adquiriendo una consideración jurídica diferente.

En relación a este nuevo estado de la semilla, a nivel comunitario o sea dentro de la Comunidad Andina, también denominada Pacto Andino, de la cual Bolivia forma parte desde 1969 (conjuntamente con Colombia, Ecuador y Perú), la Decisión²⁴ 345 del Acuerdo de Cartagena, denominada “Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales”, complementada por la Decisión²⁵ 391, regula el acceso a los recursos genéticos de los países miembros y sus productos derivados.

A nivel nacional, la Resolución Ministerial²⁶ N° 40, del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural, se refiere al trámite de obtención del derecho sobre las semillas manipuladas. Es lo que la escuela española, llama “dominio artificial”, que “tiene su base fundamental en el trabajo del hombre”²⁷.

Mientras se razona sobre las cuestiones legales en relación a los transgénicos, en los laboratorios se está trabajando en la “edición genética” de las semillas. En la actualidad se conocen 3 métodos para ese manejo genético: CRISPR-Cas9, TALEN y ZFN²⁸. Por ejemplo, mediante el método “CRISPR (*clustered regularly interspaced short palindromic repeats*, repeticiones palindrómicas cortas agrupadas y regularme

21 PINTO-BAZURCO, J.F.: *Diccionario internacional*, cit., p. 251.

22 <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=gen>, consultada el 14.04.23, horas 16.12.

23 <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=gen%C3%B3ma>, consultada el 14.04.23, horas 16.24.

24 La Decisión 345 fue emitida el 21 de octubre de 1993.

25 La Decisión 391 emitida el 02 de julio de 1996.

26 Resolución N° 40, emitida el 02 de abril de 2001

27 BARCELONA, J., BOQUÉ, R., CARRILLO, J.A., COLOM, E., FERNÁNDEZ, R., FRANCH, M., GARCÍA, M., GUIRIDLIAN, J.D., HORGUÉ, C., MORILLO-VELARDE, J.I., PAREJO, L., DE LA RIVA, I.M. y DE LA REINA, G.: *Dominio público*, cit., p. 207.

28 <https://fundacion-antama.org/funcionamiento-y-aplicaciones-de-las-nuevas-tecnicas-de-edicion-genetica/>, consultada el 11.05.23, horas 10.47.

interespaaciadas)²⁹, del ADN se ha logrado activar algunos genes deseados y desactivar los indeseados, obteniéndose otro producto. No se introduce ningún otro material genético ajeno en el genoma que se modifica. Sin embargo, esta forma de modificación genética (que no es el tema de la presente investigación), en otros ámbitos está siendo sometida a cuestionamientos éticos, por el producto que se puede generar. Se la menciona en este trabajo, a los efectos de mostrar que el derecho es una disciplina que va ajustándose, con posterioridad, a los adelantos tecnológicos.

A la fecha de elaboración del presente artículo (abril-mayo del 2023), con el Decreto Supremo³⁰ N° 3874, se ha autorizado la abreviación de plazos en los trámites, establecidos en la Resolución Ministerial N° 040 de 2001, de dos semillas transgénicas de soya (evento HB4 y evento Intacta). La abreviación de plazos es una excepción que se concede en los trámites para la otorgación del derecho de propiedad sobre los transgénicos, evitándose los plazos extensos de los trabajos de investigación en campo.

V. DOMINIO.

La escuela española entiende como dominio público, a “los bienes de uso común sobre los que la Administración pública ejerce poderes de guarda y vigilancia derivados de la soberanía de la Nación, es decir, unos poderes adecuados a lo que la ideología o, si se quiere, los prejuicios de la época, permitían razonable esperar del Estado”³¹.

VI. DERECHO DE PROPIEDAD.

Las semillas modificadas (transgénicas), para entrar al comercio, son reconocidas en propiedad por la legislación boliviana, como una novísima parte de los derechos intelectuales, a favor de quien ha realizado la manipulación de los genes y seguido el trámite que establece la norma, según la Resolución Ministerial N° 040, relativa a la temática.

En relación a la propiedad, la Constitución, artículo 56.-, reconoce genéricamente que toda persona tiene derecho a ella, sujeta al interés colectivo. El Código Civil³², artículo 105.-, dispone a favor del propietario las facultades de usar, gozar y disponer de una cosa, además de reivindicarla. La otorgación del derecho

29 PARRA, S.: *Esto no estaba en mi libro de genética*, Guadalmazán, Córdoba, 2020, p. 283.

30 El Decreto Supremo N° 3874 fue promulgado el 17 de abril de 2019.

31 BARCELONA, J., BOQUÉ, R., CARRILLO, J.A., COLOM, E., FERNÁNDEZ, R., FRANCH, M., GARCÍA, M., GUIRDLIAN, J.D., HORGUÉ, C., MORILLO-VELARDE, J.I., PAREJO, L., DE LA RIVA, I.M. y DE LA REINA, G.: *Dominio público*, cit., pp. 122-123.

32 El Código Civil fue puesto en vigencia desde el 02 de abril de 1976, con el Decreto Ley N° 12760, de 06 de agosto de 1975.

de propiedad por el Estado, es el reconocimiento al trabajo de quien investigó y concluyó con el trámite respectivo, en aplicación de la Constitución, artículos 9.-, 5.-, 46.-, 47.-, entre otros.

Cuando se concede el derecho de propiedad del obtentor, este se registra en la Autoridad Nacional Competente o sea el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI)³³, conforme al artículo 25.-, de la Resolución Ministerial N° 040, de 2001.

El propietario (obtentor) de la semilla transgénica puede conceder licencia para el uso o sea la explotación de ella y a tal efecto, dicha transacción debe ser registrada en el SENAPI, conforme al artículo 44.- de la resolución mencionada precedentemente.

El derecho de propiedad en general, es reconocido por el Código Civil, artículo 105.-, como un “poder jurídico”, sobre una cosa o bien jurídico.

El Estado, sobre todos los bienes nacionales tiene el dominio eminente, es decir la “potestad soberana del estado de regular, restringir o quitar derechos en aras del bien común”³⁴ y es por ello que hace el reconocimiento del derecho de propiedad sobre la semilla modificada (transgénica), constituyendo derechos y estableciendo el “título habilitante” a favor del propietario, con el cual este obtiene “legitimación”³⁵.

Desde el funcionalismo administrativo francés se opina que “La propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder a una necesidad económica, como por otra parte todas las instituciones jurídicas y que evoluciona necesariamente con las necesidades económicas mismas”³⁶.

Las teorías políticas han colisionado ante esta institución: propiedad. Para el liberalismo inicial, se da por sobreentendida la existencia y bondades de la propiedad, como Smith, quien afirma que el propietario es quien tiene la capacidad para “comprar el trabajo de una persona o el producto de su esfuerzo”³⁷, sin teorizar sobre su origen y futuro. En tanto, desde el marxismo también inicial, se opina que uno de los objetivos del comunismo marxista es la “abolición de la propiedad privada”³⁸.

33 <https://www.senapi.gob.bo/>, consultada el 11.05.23, horas 14.15.

34 ANDALUZ, C.: *Manual de*, cit., p. 30.

35 BARCELONA, J., BOQUÉ, R., CARRILLO, J.A., COLOM, E., FERNÁNDEZ, R., FRANCH, M., GARCÍA, M., GUIRDLIAN, J.D., HORGUÉ, C., MORILLO-VELARDE, J.I., PAREJO, L., DE LA RIVA, I.M. y DE LA REINA, G.: *Dominio público*, cit., p. 49.

36 DUGÜIT, L.: *Las transformaciones del derecho público y privado*, Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 235.

37 SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*, Longseller, Buenos Aires, 2008, p. 69.

38 MARX, C. y ENGELS, F.: *Manifiesto comunista*, Babel, Santiago de Chile, 1948, p. 33.

VII. PROPIEDAD TEMPORAL.

Una vez reconocido el derecho de propiedad a la persona que realizó la investigación y siguió el trámite respectivo, el propietario lo es durante un tiempo legal, que concretamente es el siguiente:

“veinticinco (25) años para el caso de las vides y árboles forestales, árboles frutales incluidos sus porta-injertos, y de veinte (20) años para las demás especies, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud” (Resolución Ministerial N° 040, artículo 40.-).

La temporalidad, a la que se refiere la norma citada, contradice a la perpetuidad³⁹, a pesar que la eternidad de la propiedad es una de las características de ella; por lo que la temporalidad en materia de la semilla transgénica, resulta ser la excepción en tal materia.

Quien obtiene este derecho de propiedad, en Bolivia se denomina “propietario”. Sin embargo, de tal denominación nacional específica, de forma genérica se los denomina “obtentor”⁴⁰ en otros ámbitos territoriales, siguiendo la terminología del Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales, de 1978, de la Unión para la protección de las obtenciones vegetales (UPOV), de la cual Bolivia forma parte, además de la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de 1993.

VIII. INCORPORACIÓN AL PATRIMONIO PRIVADO.

La semilla natural es un recurso natural y por lo tanto de “propiedad y dominio” del pueblo boliviano, cuya administración corresponde al Estado, según el artículo 349.-, I., de la Constitución.

El Estado, como administrador de los recursos naturales, puede otorgar “derechos propietarios” sobre ellos, conforme al artículo 349.-, II., de la Constitución.

La Resolución Ministerial N° 040, establece el trámite para el acceso de las semillas modificadas al derecho de propiedad mencionado.

En teoría, existe una “desafectación”⁴¹ de un bien del dominio público, para ser incorporado al patrimonio de los particulares. En el caso boliviano, al existir

39 <https://www.monografias.com/trabajos92/derecho-propiedad-derecho-civil/derecho-propiedad-derecho-civil>, consultada el 18.04.23, horas 00.39.

40 BÀRCENA, A., KATZ, J., MORALES, C. Y SCHAPER, M.: *Los transgénicos en América Latina y el Caribe: un debate abierto*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2004, p. 311.

41 DERMIZAKY, P.: *Derecho administrativo*, Judicial, Sucre, 1999, p. 201.

la mencionada resolución, esa salida del patrimonio público es una “desafectación expresa”⁴².

La Constitución, artículo 56.-, garantiza a la propiedad privada, es decir, la semilla transgénica mientras esté en propiedad de un particular, los derechos sobre ella tienen la protección constitucional similar a cualquier otro objeto del derecho de propiedad.

IX. CONCESIÓN.

La concesión, según Dromi, es “el traspaso de los poderes propios del concedente (Administración) al concesionario (particular)”, aclarando que “La Administración transmite un derecho o el ejercicio del mismo. El servicio concedido no lo presta la Administración sino un particular concesionario”⁴³. Se tiene a la concesión como una institución propia de los servicios u obras cuya gestión se encuentra inicialmente a cargo del Estado.

Al respecto, aclara Dermizaky que “el concesionario no es un órgano de la Administración Pública ni forma parte de ésta” y hace notar que “la concesión es siempre materia de un contrato administrativo”⁴⁴ y este mismo autor afirma que “el concesionario tiene un derecho subjetivo claramente identificado, reconocido y garantizado, que no puede ser revocado por decisión unilateral de la A.P.⁴⁵, sino sólo por resolución del contrato, conforme a las cláusulas convenidas en el mismo”⁴⁶.

Por lo expuesto, al no existir un contrato (acuerdo de voluntades) en la transferencia del derecho y dominio del pueblo boliviano al patrimonio privado, el derecho sobre las semillas transgénicas no se origina en una concesión.

X. LICENCIA O PERMISO.

Para Ossorio, licencia es lo mismo que la “autorización o permiso”⁴⁷. Autorización proviene de autorizar, que según el mismo autor, es “Dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa”⁴⁸.

42 BARCELONA, J., BOQUÉ, R., CARRILLO, J.A., COLOM, E., FERNÁNDEZ, R., FRANCH, M., GARCÍA, M., GUIRIDIAN, J.D., HORGUÉ, C., MORILLO-VELARDE, J.I., PAREJO, L., DE LA RIVA, I.M. y DE LA REINA, G.: *Dominio público*, cit., p. 223.

43 DROMI, R.: *Derecho administrativo*, tomo I, Ciudad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México, 2019, p. 318.

44 DERMIZAKY, P.: *Derecho administrativo*, cit., p. 159.

45 A.P.: Administración Pública.

46 DERMIZAKY, P.: *Derecho administrativo*, cit., p. 202.

47 OSSORIO, M.: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1979, p. 434.

48 OSSORIO, M.: *Diccionario de*, cit., p. 75.

Permiso, en el Diccionario de Santo, en su primera acepción es la “licencia o consentimiento para hacer o decir una cosa” y agrega, en su tercera acepción, que también es la “autorización de un órgano o título necesario para el ejercicio de determinadas actividades o facultades”⁴⁹.

La licencia o permiso, según Dromi, tiene las siguientes características:

- 1.- Puede darse en exclusividad o en competencia.
- 2.- Tienen plazo.
- 3.- Pueden darse en un ámbito geográfico determinado.
- 4.- Obligaciones económicas.
- 5.- Calidad.
- 6.- Derechos frente a terceros.
- 7.- Reconocimiento de rentabilidad para el licenciatario o permisionario.
- 8.- Régimen sancionatorio.
- 9.- Suministrar o tener a disposición de la autoridad de control la información técnica y económico-financiera del licenciatario o permisionario⁵⁰.

A dichas características, cabe agregar la mencionada por Dermizaky, relativa a la posibilidad de “revocar el acto unilateralmente, cuando lo crea conveniente al interés público, sin lugar a recurso legal ni indemnización para el permisionario, teniendo en cuenta que éste tiene un derecho precario, “tolerado” y revocable”⁵¹.

Al ser revocable la licencia o permiso, según tal entendimiento ampliamente difundido, es evidente que el traslado de la propiedad y dominio de los recursos naturales del pueblo boliviano al patrimonio del particular, no se opera mediante este tipo de transferencias.

XI. USO PÚBLICO.

El concepto “uso público” está formado por dos palabras, que tienen significación individual: “uso”, que se entiende como “acción y efecto de servirse

49 DE SANTO, V.: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía*, Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 668.

50 DROMI, R.: *Derecho administrativo*, tomo I, cit., p. 319.

51 DERMIZAKY, P.: *Derecho administrativo*, cit., p. 202.

de una cosa: de emplearla o utilizarla. Práctica general extendida⁵² y el adjetivo “público”, que se comprende como “conocido o patente. Sabido en general. De todos o de la generalidad. De uso general. Proveniente de autoridad, a diferencia de lo privado”⁵³.

En Bolivia se percibe como “uso público” a aquellos bienes “destinados al uso y goce directos de la población en general, individual o colectivamente”⁵⁴.

La escuela española, aclara que “más que un uso colectivo de los bienes se trata de un uso directo de los particulares”⁵⁵.

En el caso boliviano, según el artículo 48.-, I., de la Resolución Ministerial N° 040, luego de un tiempo la semilla modificada se incorpora por decisión de la norma mencionada al “uso público”, de tal manera que se produce una “afectación” de dicho bien privado.

El sujeto activo de dicho bien afectado, entonces se modifica también, porque como lo explica Dermizaky “el uso público y generalizado afecta asimismo una cosa, haciéndole pasar del dominio privado al público”⁵⁶.

De esta manera, el bien afectado (semilla modificada) pasa al “uso público” o sea a los usuarios, quienes adquieren derecho de uso solamente “por el uso”.

Por lo que estaríamos, desde el punto de vista legal, ante una *res nullius* o sea una cosa que no pertenece a nadie en propiedad.

Gayo, según Petit, consideraba que “La expresión *res nullius* se aplica también a las cosas susceptibles de propiedad privada, y que el hombre aún no se ha apropiado, como la caza y el pescado”⁵⁷.

Entender como propietario de los recursos artificiales (semillas modificadas) al “pueblo boliviano”, no tiene ninguna base legal, además que el mencionado conglomerado de personas no es un sujeto de derecho sino un sujeto político⁵⁸.

El Estado (no el pueblo) puede asumir la propiedad de un recurso artificial por expropiación, según el artículo 56.- de la Constitución, en caso que dicho

52 OSSORIO, M.: *Diccionario de*, cit., p. 770.

53 OSSORIO, M.: *Diccionario de*, cit., p. 628.

54 DERMIZAKY, P.: *Derecho administrativo*, cit., p. 197.

55 BARCELONA, J., BOQUÉ, R., CARRILLO, J.A., COLOM, E., FERNÁNDEZ, R., FRANCH, M., GARCÍA, M., GUIRIDLIAN, J.D., HORGUÉ, C., MORILLO-VELARDE, J.I., PAREJO, L., DE LA RIVA, I.M. y DE LA REINA, G.: *Dominio público*, cit., p. 211.

56 DERMIZAKY, P.: *Derecho administrativo*, cit., p. 200.

57 PETIT, E.: *Tratado elemental de derecho romano*, Nacional, Distrito Federal de México, 1978, p. 166.

58 SCHMITT, C.: *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 237.

bien jurídico se encuentre en poder de un propietario; empero, no tiene ninguna utilidad expropiar un bien jurídico que está en uso de los usuarios que forman parte del mismo Estado.

Con visión “pachamamista”⁵⁹, el artículo 13.-, 5., de la Ley⁶⁰ N° 300, establece programáticamente que el Estado debe tomar acciones para evitar “la participación de monopolios y/o oligopolios en la producción y comercialización de semillas y alimentos”. En lo relativo a la producción de semillas, que es el aspecto relativo a este artículo, cabe hacer notar que dicha norma expresa la visión del legislador en el momento político que ella se emitió; sin embargo y a pesar del tiempo transcurrido, en la realidad el Estado no ha tomado ninguna medida contra los mencionados monopolios o/y oligopolios que producen (fuera de Bolivia) semillas transgénicas, quedando lo expresado solamente en la fase de las intencionalidades.

La misma norma, artículo 24.-, 7., establece que el Estado debe desarrollar acciones “prohibiendo la introducción, producción, uso, liberación al medio y comercialización de semillas genéticamente modificadas en el territorio del Estado Plurinacional de Bolivia, de las que Bolivia es centro de origen o diversidad y de aquellas que atenten contra el patrimonio genético, la biodiversidad, la salud de los sistemas de vida y la salud humana”. Al respecto, cabe el mismo comentario que en el párrafo precedente, puesto que en la realidad dicho precepto ha quedado también en la fase discursiva.

XII. JURISDICCIÓN.

La palabra jurisdicción, tan fácil en su etimología, del latín *iuris dicere* que quiere decir “decir o indicar el derecho”⁶¹, adquiere complicación en su uso práctico, pues como también lo señala Couture, se la entiende en algunos espacios como ámbito territorial, competencia, poder o función⁶², es decir, también es una palabra polisémica.

Para Palacio, la jurisdicción es una “función estatal, constituye un género, del cual la jurisdicción judicial y la administrativa configuran especies”⁶³.

Bielsa nos alumbró, al establecer que jurisdicción es “potestad, atribución” y no significante de “lugar ni actividad pública”⁶⁴.

59 “Pachamamismo” tendencia andina contraria a la globalización. Es una forma de regionalización del pensamiento, tomando como base a los aborígenes asentados en la cordillera de Los Andes, que consideraban a la tierra como su madre.

60 La Ley N° 300 se promulgó el 15 de octubre de 2012.

61 COUTURE, E.J.: *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 370.

62 COUTURE, E.J.: *Fundamentos del derecho Procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 27-31.

63 PALACIO, L.E.: *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 85.

64 BIELSA, R.: *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 49.

A nivel nacional, la Ley⁶⁵ N° 25, artículo 11.-, considera que jurisdicción "es la potestad que tiene el Estado... de administrar justicia... y se ejerce por medio de las autoridades jurisdiccionales del Órgano Judicial".

La citada definición legal, desconoce la existencia de la constitucional potestad para juzgar del Órgano Legislativo (juzgamiento de altos cargos del Órgano Judicial) y potestad del Órgano Ejecutivo para disponer de derechos (bienes de patrimonio del Estado).

XIII. COMPETENCIA.

Se entiende en esta investigación a la competencia, conforme a Véscovi, como el "ámbito de autoridad, dentro de la cual cada órgano público puede desempeñar, válidamente, sus atribuciones (poderes-deberes)"⁶⁶.

XIV. JUDICATURA AGRARIA.

La Judicatura Agraria, como parte del órgano Judicial, se crea con la Ley⁶⁷ N° 1715 y comienza funciones en mayo de 2000.

Los artículos 36.- y 39.- de la mencionada norma, establecen las competencias jurisdiccionales, tanto para el Tribunal Agrario Nacional (TAN) como para los juzgados agrarios, entre las cuales no se le asigna a ninguna de esas instancias, la facultad para atender causas ambientales. Sin embargo, la norma mencionada le establece competencia solo al TAN para atender acciones contenciosas administrativas (del ciudadano contra el Estado), reducidas al ámbito agrario.

XV. JUDICATURA AGROAMBIENTAL Y SU ANOMÍA.

La Judicatura Agroambiental de Bolivia, fue creada por la Constitución, sobre la base de la Judicatura Agraria, según lo establece la Ley⁶⁸ N° 212, que dispone la transición y traspaso ordenado y transparente, de "las causas" del TAN al Tribunal Agroambiental (TA), además de la conclusión de funciones y extinción institucional del TAN.

La Constitución, artículo 189.-, otorga competencias agrarias y ambientales al TA. La Ley N° 25, artículos 144.- y 152.- (no vigentes), divide esas competencias entre el TA y los juzgados agroambientales. El contencioso administrativo es ubicado como competencia del TA.

65 La Ley N° 25 fue promulgada el 24 de junio de 2010.

66 Véscovi, E.: *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1984, p. 155.

67 La Ley N° 1715 fue promulgada el 18 de octubre de 1996.

68 La Ley N° 212 fue promulgada el 23 de abril de 2011.

La Ley N° 25 en la Disposición Transitoria Segunda, exceptúa de la entrada en vigencia de los artículos que dividen y asignan esas competencias. La mencionada suspensión es establecida sin fecha o condición y en atención a la jerarquía normativa, cualquier modificación de dicha disposición legal suspensiva, debe darse por otra ley.

En consecuencia, por decisión de la misma Ley N° 25, la división y asignación de competencias efectuada, no está en vigencia y ello genera una anomalía en las competencias jurisdiccionales ambientales en Bolivia.

Desde el ámbito ambiental boliviano, también se tiene similar observación en relación a la no vigencia de las constitucionales competencias ambientales del TA, que además de las leyes⁶⁹ N° 71 y N° 300 crean un marco nuevo, al cual le “faltaría mucho para ponerlo en práctica”⁷⁰.

XVI. CAUSAL.

La Constitución, artículo 189.-, 3., otorga exclusivamente al TA la siguiente competencia:

“Conocer y resolver en única instancia los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas”.

La norma establece que el TA tiene atribuciones para “conocer y resolver”. Analicemos este pleonasma. En derecho procesal puro, se entiende que el órgano o funcionario con competencia para conocer una causa, también tiene para resolverla y, obviamente, hasta su conclusión con la cosa juzgada y ejecutoria. Además, muchas veces las causas sólo se conocen y no se resuelven, verbigracia, cuando son rechazadas *in limine* (en el umbral, entrada, ingreso).

Como se ha observado en las líneas precedentes, el Estado mediante un acto administrativo otorga Título de Propiedad sobre un recurso natural renovable o sea la semilla natural (cuando ella es manipulada y previo el cumplimiento del trámite respectivo).

El mencionado acto administrativo está sujeto al control de legalidad, que se insume en la mencionada causal, establecida en el artículo 189.-, 3., de la Constitución, mediante el proceso contencioso administrativo.

⁶⁹ La Ley N° 71, fue promulgada el 07 de diciembre del 2010 y la Ley N° 300 del 15 de octubre del 2012.

⁷⁰ MARK, M.D.: *Acciones de responsabilidad por el daño ambiental en Bolivia*, El autor, Sucre, 2022, p. 317.

En Bolivia, no existe norma procesal expresa que rija para los procesos contenciosos administrativos ambientales o agroambientales; sin embargo, el artículo 78.- de la Ley N° 1715 establece al Código de Procedimiento Civil⁷¹ como norma supletoria para los procesos contenciosos agrarios y la Disposición Final Tercera.- de la Ley N° 439, ratifica la vigencia de los artículos relativos al mencionado proceso.

Por ello, los procesos en contra de la otorgación del derecho de propiedad de las semillas modificadas, se resuelven por el TA, en única instancia, siguiendo el procedimiento dado por los artículos 778.- al 781.- del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, Dromi dice que “de la sede administrativa a la sede judicial no hay recursos sino *acciones*”⁷².

XVII. COMPONENTE ASOCIADO DE LA BIODIVERSIDAD.

De las competencias dadas por el artículo el 144.-, I., 4., de la Ley N° 25, las salas del TA, conocerían los procesos contencioso administrativos respecto de actos y resoluciones administrativas que definan derechos en materia de “biodiversidad y su componente asociado”; sin embargo y reiterándolo, la Disposición Transitoria Segunda, de la misma Ley N° 25, deja sin vigencia dicha disposición, o sea, no está en vigencia.

En relación al “componente asociado” a la biodiversidad, desde el punto de vista técnico existen varios que se consideran asociados o integrantes, entre los cuales citamos a los siguientes, genética, especies, poblaciones y ecosistemas. La jurisprudencia, cuando sea necesaria, deberá definir un “componente asociado”, que se tendrá como causal para incoar este contencioso administrativo.

XVIII. CONTROVERSIAS DURANTE LA VIGENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Cualquier controversia entre el propietario y otra persona, durante la vigencia del derecho de propiedad, en aplicación del artículo 42.-, II., la Resolución N° 40 y artículo 23.- de la Ley⁷³ N° 3545, que modifica al artículo 39.-, I., 8., de la Ley N° 1715, que incorpora a las “acciones personales” en la última mencionada norma, debe conocerse por los juzgados agroambientales.

71 El Código de Procedimiento Civil estuvo en vigencia desde el 02 de abril de 1976, por mandato del Decreto Ley N° 12760 y fue abrogado con Ley N° 439, del 19 de noviembre de 2013, siendo sustituido en la práctica desde el 06 de febrero de 2016 por el Código Procesal Civil.

72 DROMI, R.: *Derecho administrativo*, tomo II, Ciudad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México, 2019, p. 536.

73 La Ley N° 3545 fue promulgada el 28 de noviembre de 2006.

Durante dicho lapso, cualquier controversia en relación a obligaciones que tenga como objeto del litigio a las semillas transgénicas, se dilucida mediante el proceso oral agrario, también denominado proceso agroambiental, establecido en la Ley N° 1715 ya mencionada.

XIX. LEGITIMACIÓN.

La legitimación, de manera general, es la posibilidad que tiene cualquier persona para realizar algo “por expresa previsión y facultad de la ley”⁷⁴.

En el ámbito procesal “legitimidad e interés para obrar son necesarios para que la postulación de la pretensión sea eficaz, y ante su defecto o ausencia, la pretensión puede ser eventualmente rechazada *in limite litis*, sin que ello afecte al derecho de acción...”⁷⁵.

La legitimación puede ser activa, cuando quien tiene el derecho o la facultad considera que existe algún acto o amenaza que le afecta o lo amenaza e interpone la acción respectiva. La legitimación pasiva, la tienen quienes, a consideración inicial del legitimado activamente, afectan o amenazan el derecho en litigio.

Los legitimados, activo y pasivo, deben tener relación directa con el derecho que se pretende hacer valer, además de interés. Aunque, también, los involucrados en la afectación o amenazas, se consideran sujetos pasivos.

XX. RECAPITULANDO.

De lo desarrollado, se tiene:

1.- La semilla cuando está en estado natural, es un material fitogenético de propiedad del pueblo boliviano y su administración está dada al Estado, quien debe procurar que ella cumpla una función de interés colectivo, conforme al artículo 349.-, I., de la Constitución.

2.- El acto o resolución que otorgue o niegue el derecho de propiedad temporal sobre la semilla modificada, puede demandarse ante la denominada Jurisdicción Agroambiental, concretamente una de las salas del TA, mediante la acción contenciosa administrativa, en única instancia (no existe instancia recursiva). Según el artículo 189.-, I., 3., de la Constitución y artículo 36.- de la Ley N° 1715.

⁷⁴ OSSORIO, M.: *Diccionario de, cit.*, p. 420.

⁷⁵ MADARIAGA, L.: *Análisis Dogmático y Estratificado de los Presupuestos Procesales en un Sistema Unitario del Derecho Procesal Civil*, ARA, Lima, 2013, p.72.

3.- Durante la vigencia del derecho de propiedad, cualquier controversia sobre derechos y/u obligaciones entre el propietario y terceros, se resuelve en proceso ordinario ante los juzgados agroambientales, con recurso de casación y nulidad ante una de las salas del TA. Conforme lo manda el artículo 42.-, 2., de la Resolución Ministerial N° 040 y el vigente artículo 39.-, I., 7. y 87.- de la Ley N° 1715.

4.- Una vez que concluye el derecho de propiedad temporal, la semilla manipulada entra al "uso público". No es un recurso natural sobre el cual el Estado tenga dominio automático. Desde el ámbito netamente jurídico es *res nullius* y con el mismo fundamento precedente, cualquier litigio sobre la propiedad de dicho bien jurídico, lo dilucida la judicatura agroambiental.

XXI. CONCLUSIÓN.

De la investigación efectuada, se tiene que:

1.- La semilla, es un material fitogenético desde el punto de vista técnico y desde el punto legal es un bien jurídico.

2.- Cuando la semilla es manipulada en sus genes, el bien jurídico denominado semilla, de ser recurso natural se modifica a recurso artificial.

3.- Siendo un bien artificial, el Estado otorga derecho de propiedad sobre la semilla modificada.

4.- Los litigios entre particulares, que tengan como objeto a la semilla modificada y en el entendido que ella pertenece al propietario del árbol productor, se resuelven en juicios ordinarios, denominados acciones personales, que atiende la judicatura agroambiental

5.- Al concluir el derecho de propiedad sobre la semilla modificada, ella se convierte en *res nullius*. Para el intercambio o tráfico en el comercio, el propietario del árbol productor tiene legitimación activa y puede acudir ante la judicatura agroambiental para resguardar el cumplimiento de las obligaciones que sobre ella existiesen.

6.- Durante cada uno de esos estadios, varía la legitimación sobre dicho bien jurídico, pues inicialmente la tiene el "pueblo boliviano" como propietario y el Estado como administrador, luego puede pasar a un particular como propietario, quien será el legitimado para accionar sobre tal objeto.

7.- La semilla modificada cuando entra al "uso público", tiene usuario, pero carece de propietario, es decir, es *res nullius*. En este caso, el usuario o sea el

propietario del árbol productor sería el legitimado para asumir derechos sobre ella, como cualquier bien jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDALUZ, C.: *Manual de Derecho ambiental*, Iustitia, Lima, 2016.
- ARCOCHA, C.E. y ALLENDE, H.L.: *Tratado de derecho ambiental*, Nova Tesis, Santa Fe, 2007.
- BARCELONA, J., BOQUÉ, R., CARRILLO, J.A., COLOM, E., FERNÁNDEZ, R., FRANCH, M., GARCÍA, M., GUIRIDLIAN, J.D., HORGUÉ, C., MORILLO-VELARDE, J.I., PAREJO, L., DE LA RIVA, I.M. y DE LA REINA, G.: *Dominio público*, Heliasta, Buenos Aires, 2009.
- BÁRCENA, A., KATZ, J., MORALES, C. Y SCHAPER, M.: *Los transgénicos en América Latina y el Caribe: un debate abierto*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2004.
- BIELSA, R.: *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- COUTURE, E.J.: *Fundamentos del derecho Procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
- COUTURE, E.J.: *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- CRESPO, J.R.: *Diccionario de términos ambientales*, Centro de información para el desarrollo, La Paz, 1999.
- DE CARVALHO, F.A., ESTUPIÑÁN, L., MARTÍNEZ, R. y STORINI, C.: *Derechos de la naturaleza: teoría, política y práctica*, Pireo, Bogotá, 2019.
- DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de derecho civil*, Reus, Madrid, 1929.
- DERMIZAKY, P.: *Derecho administrativo*, Judicial, Sucre, 1999.
- DROMI, R.: *Derecho administrativo*, tomo I, Ciudad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México, 2019.
- DROMI, R.: *Derecho administrativo*, tomo II, Ciudad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México, 2019.
- DE SANTO, V.: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía*, Universidad, Buenos Aires, 1999.
- DUGÜIT, L.: *Las transformaciones del derecho público y privado*, Heliasta, Buenos Aires, 2001.
- MADARIAGA, L.: *Análisis Dogmático y Estratificado de los Presupuestos Procesales en un Sistema Unitario del Derecho Procesal Civil*, ARA, Lima, 2013.

MARK, M.D.: *Acciones de responsabilidad por el daño ambiental en Bolivia*, El autor, Sucre, 2022.

MARX, C. y ENGELS, F.: *Manifiesto comunista*, Babel, Santiago de Chile, 1948.

OSSORIO, M.: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1979.

PALACIO, L.E.: *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

PARRA, S.: *Esto no estaba en mi libro de genética*, Guadalmazán, Córdoba, 2020.

PETIT, E.: *Tratado elemental de derecho romano*, Nacional, Distrito Federal de México, 1978.

PINTO-BAZURCO, J.F.: *Diccionario internacional del medio ambiente*, Titanium, Lima, 2014.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, tomo II, Espasa-Calpe, Madrid, 1984.

SCHMITT, C.: *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 1982.

SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*, Longseller, Buenos Aires, 2008.

SOZZO, G.: *Derecho privado ambiental*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2019.

VÉSCOVI, E.: *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1984.



REFLEXIONES SOBRE INFANCIA Y CRIMEN ORGANIZADO
EN EL SUR DE AMÉRICA

*THOUGHTS ABOUT CHILDHOOD AND ORGANIZED CRIME IN
SOUTH AMERICA*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 346-369



Susana
SÁNCHEZ
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: En este trabajo se analiza cómo afecta la delincuencia organizada a los menores de los países del Sur de América al ser un fenómeno tradicional y cada vez más importante en estos estados, algo que inexorablemente repercute de manera especial y distinta en los sectores sociales más sensibles, en este caso, en los menores. De esta forma, se expone cómo los niños y niñas, especialmente pueden ser víctimas de las organizaciones criminales a la par que convertirlos en victimarios. Las diversas soluciones que se han proporcionado son insuficientes e inefectivas, porque el problema sigue existiendo y aumentando, por ello, finalmente se realizan algunas propuestas de mejora.

PALABRAS CLAVE: Delincuencia organizada; infancia; adolescencia; víctimas; victimarios; Sur de América.

ABSTRACT: *This paper analyzes how organized crime affects minors in the countries of South America because it is a traditional and increasingly important phenomenon in these states something that inexorably has repercussions in a special and different way on the most sensitive social sectors, in this case, on minors. In this way, it is exposed how children can be victims of criminal organizations and turn them into criminals. The various solutions that have been provided are insufficient and ineffective, because the problem continues to exist and is increasing, therefore, some proposals for improvement are finally made.*

KEY WORDS: *Organized crime; minors; childhood; victims; criminals; South America.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO NORMATIVO.- 1. Legislación internacional aplicable.- A) Reglas mínimas de Beijing aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 40/33 de noviembre de 1985.- B) La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.- C) Las directrices de Riad para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990.- D) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.- 2. Legislación nacional aplicable.- III. LOS MENORES COMO INSTRUMENTOS DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA DEL SUR DE AMÉRICA.- 1. Tráfico de drogas.- 2. Las fronteras.- 3. Las guerrillas.- 4. Comunicaciones.- 5. Plantaciones ilegales.- 6. Trata de seres humanos.- IV. MENORES COMO VÍCTIMAS. RAZONES DE ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN EL SUR DE AMÉRICA.- 1. La madurez de los menores.- 2. El clima social inseguro: baja presencia de los estados.- 3. La inequidad en la distribución de recursos.- 4. La presencia tradicional de las organizaciones criminales.- 5. La impunidad de los ilícitos.- 6. Las migraciones y el carácter transnacional del crimen organizado.- V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA.

I. INTRODUCCIÓN.

El crimen organizado es una realidad cambiante en su causalidad, perfil y consecuencias que afecta a toda la sociedad, pero especialmente a aquellas donde la presencia del estado es más débil significando un gran desafío a batir por los países del Sur de América por la gran presión que ejercen las organizaciones criminales. Por supuesto, sus efectos son sufridos por los miembros de la sociedad en su conjunto, también por los menores.

Para entender cómo afectan estos fenómenos delictivos a la infancia de estos niños y niñas que crecen en estos países, debemos saber que la delincuencia organizada que hoy en día podemos apreciar en los países del Sur de América¹ ha ido evolucionando a medida que ha avanzado la sociedad, se han modernizado las técnicas delictivas y han surgido nuevos delitos. Las organizaciones criminales han logrado expandirse y crear lazos de amistad con las presentes en los países vecinos, siguen perpetrando delitos contra la población de los mismos, pero de manera distinta, donde el caso más importante sin lugar a dudas son las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico. En estos estados el tráfico de cocaína es el mercado ilícito más profuso del continente como podemos observar en el apartado dedicado a “las Américas” del “Índice global de crimen organizado del 2021” que también destaca el tráfico de cannabis muy extendido en los países del Sur de América, pero con carácter menos intenso².

1 Nos referimos a estos países: Argentina, México, Cuba, Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile, Perú, Uruguay, Paraguay, Brasil, Venezuela, Panamá, Nicaragua, Costa Rica, Puerto Rico, República Dominicana, Guatemala, Belice, Honduras y Salvador. Cuando hablamos de los países del Sur de América nos estamos refiriendo a toda la región de América Latina y el Caribe.

2 “The Global Initiative Against Transnational Organized Crime”, 2021, pp. 72-79.

• Susana Sánchez González

Doctoranda en la Universidad de Granada y Universidad de Bolonia (Italia). Correo electrónico: susanasanchez@correo.ugr.es.

Su origen lo apreciamos en los grandes cárteles de la droga completamente jerarquizados y que se ocupaban de toda la labor de producción, distribución y venta de las sustancias estupefacientes, donde para mantener su cuota de mercado era esencial recurrir a la violencia y a la perpetración de todo tipo de delitos para que ninguna otra organización criminal actuase en su territorio, sin embargo en la actualidad es muy distinto, ahora no encontramos los tradicionales cárteles que se reparten y controlan el mercado sino una actividad mucho más fragmentada aunque continuando con su organización y reparto de tareas interno. Los grandes cárteles de droga controlados por un jefe absoluto dirigiendo toda la actividad de la organización criminal, ya no existen, como producto de la aplicación de las estrategias para luchar contra el crimen organizado que se han ido implementando.

Hoy en día, observamos una dirección desde el extranjero bajo el velo de organizaciones empresariales creadas en los años ochenta para blanquear capitales pero que siguen funcionando en la actualidad. Sus dirigentes controlan la actividad delictiva normalmente desde el extranjero tratando además de colaborar con otras organizaciones criminales presentes en los países del Sur de América en los que estén actuando para realizar sus actividades ilícitas de la manera más pacífica posible, algo que hace que las fuerzas y cuerpos de seguridad, así como las agencias internacionales de seguridad rebajen sus alertas y que se mantengan en el tiempo³.

La realidad es que la delincuencia organizada ocasiona unas zonas grises donde el imperio de la ley se desdibuja y las regiones, ciudades y barrios dejan de estar bajo el control de un Estado porque han pasado a ser controladas por una organización criminal⁴.

Además del tráfico de estupefacientes, las organizaciones criminales que actúan en los países del Sur de América se dedican al tráfico de seres humanos, normalmente para abastecer el mercado de la prostitución, así como el tráfico de órganos, la extorsión, el contrabando, la minería ilegal, etc. Habida cuenta que perpetran todo tipo de delitos para conseguir sus objetivos, delitos tales como las amenazas, coacciones, secuestros, homicidios, asesinatos etc.

Por lo tanto, el crimen organizado sigue existiendo, sigue evolucionando y al igual que se puede ver envuelto cualquier miembro de la sociedad, también los menores y de formas especiales que afectan a su infancia, a su adolescencia, en

3 RICO, D. M.: *Las dimensiones internacionales del crimen organizado en Colombia. Las Bacrim, sus rutas y refugios*, Woodrow Wilson Center, Washington DC, 2013, pp. 34-35.

4 TORRES, J.: "Zonas grises y delincuencia organizada transnacional: desafíos para la soberanía del Estado en América Latina", *Via Iuris*, núm. 27, 2019, p. 187.

definitiva a su desarrollo como personas.⁵ En ese sentido, constituye la lucha contra la delincuencia organizada uno de los objetivos globales dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), concretamente en su número 16 en el que finalmente se indica que es necesario luchar contra las formas de delincuencia organizada.

A la luz de lo expuesto consideramos que estamos ante una de las manifestaciones delictivas más hirientes del crimen organizado porque truncan la vida de los niños y niñas.

II. MARCO NORMATIVO.

I. Legislación internacional aplicable.

Ante un problema de carácter transnacional como es la delincuencia organizada se han creado elementos normativos internacionales para tratar de dar respuesta a una situación tan grave que azota a todas las sociedades modernas. El legislador especialmente concienciado en la protección de los menores ha creado un marco normativo internacional que debemos tener en cuenta:

A) Reglas mínimas de Beijing aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 40/33 de noviembre de 1985.

Son treinta reglas mínimas para la administración de justicia de menores y es necesario tenerlas en cuenta ya que constituyen unos principios asumidos por todas las normativas nacionales sobre justicia de menores. Sus orígenes están en los principios básicos formulados en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente desarrollado en 1980 en Caracas, Venezuela. Su objetivo último es proteger los derechos fundamentales de los menores en contacto con la justicia.

B) La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.

Se trata de una norma muy importante para la infancia debido a que instaura unos principios para luchar contra la participación de los menores en la delincuencia organizada, por lo que estamos ante una de las normas básicas sobre menores. Analicemos algunas de las cuestiones más importantes de este texto normativo.

En primer lugar debemos resaltar el art. 9.1 debido a que los menores que son víctimas del crimen organizado en muchas ocasiones, como hemos apreciado es porque sus familias pertenecen o constituyen organizaciones criminales, por ello

5 Como también podemos observar en el apartado dedicado a "las Américas" de "The Global", cit., pp. 72-79.

este artículo es importante al establecer que el menor tiene que permanecer en el contexto familiar excepto cuando la separación sea necesaria en virtud del interés superior del menor; si desde la infancia observan la delincuencia organizada como medio de vida, por tradición, por continuar con la estela familiar, se verán educados en dicha cultura criminal. Con esto queremos decir que en la mayoría de los casos los menores son incitados a abandonar sus estudios para dedicarse a estos menesteres o no les apoyan a continuar con sus vidas académicas para que continúen inmersos en las actividades delictivas que protagonizan, etc.

Hemos de resaltar los arts. 19.1 al establecer que los Estados partes deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a los menores contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, sexual, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación mientras se encuentren bajo la custodia de sus padres. También el art. 27 apartado 1 y 2 donde se les reconoce a los menores el derecho a tener un nivel de vida adecuado para poder desarrollarse y encarga a los padres la responsabilidad de poner a su disposición los medios necesarios para que se puedan desarrollar. Claramente, estos mandatos se verían completamente vulnerados, si dichas familias se dedican a la delincuencia organizada o los menores viven en entornos donde las organizaciones criminales actúan

Debemos de fijarnos que el art. 32 es otro de los artículos más relevantes de la Convención en la lucha contra la participación de menores en el crimen organizado, ya que ofrece protección a los menores para cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea perjudicial para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, así como estar protegido contra la explotación económica. Esto es crucial para los menores de los países del Sur de América porque cualquiera que sea su participación en las organizaciones criminales lo vulneraría. El art. 33 hemos de tenerlo muy en cuenta porque obliga a los estados a establecer medidas para proteger a los menores del uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Asimismo, también debemos tener en cuenta el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño porque trata sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, es decir, ilícitos que las organizaciones criminales perpetran con los menores.

C) Las directrices de Riad para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990.

Son también muy importantes porque pretenden evitar el castigo por la vía penal del menor que haya protagonizado conductas de bagatela, que no entrañen

graves daños a los demás ni a sí mismo, además también que los estados fomenten sus políticas de prevención de la delincuencia organizada estableciendo medidas. Sobre todo, debemos destacar la directriz número 5 al establecer que los estados deberían crear una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones así como de las condiciones que las propicien, todo ello es muy importante porque en muchos de los países del Sur de América la pobreza es una constante y sus estados no les dotan de los recursos necesarios lo que hace aún más fácil su implicación en la delincuencia organizada donde muchos de ellos encuentran la oportunidad ayudar a sus familias gracias a los ingresos que obtienen por ejemplo, debido al narcomenudeo⁶.

D) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

También hemos de tenerla en cuenta en la lucha contra la criminalidad organizada presente en estos estados, sin embargo, no recoge ningún artículo que de manera específica se refiera a la actuación de los menores en el seno de la delincuencia organizada.

Aun así, es necesario resaltarla porque es la norma internacional más importante para luchar contra las organizaciones criminales que vino a complementar el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, y el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas, Componentes y municiones. También debemos destacar que para dar cumplimiento a estas normas la Organización de los Estados Americanos crea en el 2016 el Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional específicamente para procurar la asistencia técnica y legislativa para luchar contra el crimen organizado.

Además, continuando con el punto de vista internacional hemos de destacar que los países del Sur de América también han firmado acuerdos multilaterales como la Declaración de las Américas: Conferencia especial sobre seguridad del 2003 en México para hacer frente a los problemas de seguridad de las Américas. Y la lucha contra la delincuencia organizada también es uno de los objetivos principales de Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos así como de IberRed, entre otras redes.

6 Como podemos apreciar en "Violencia, niñez y crimen organizado", *Organización de los Estados Americanos*, 2015, p.14.

2. Legislación nacional aplicable.

A continuación, vamos a destacar con carácter general la legislación que cada estado del Sur de América ha creado sobre menores. Nos gustaría destacar que la mayoría de estos países cuentan con normas que regulan la responsabilidad de los menores en conflicto con la ley penal.

Así, Colombia cuenta con el Código de Infancia y adolescencia del 2006 y la Ley 1908 de 2018, por medio de la cual se fortalece la investigación y judicialización de organizaciones criminales, también podríamos destacar la Ley de drogas N° 1453 de Colombia de 2011. En México encontramos la Ley nacional del sistema integral de justicia penal para adolescentes del 2016, en Cuba el Decreto Ley número 64 del sistema para la atención a menores con trastornos de conducta del 1982 junto a la Resolución 7/2021 que contiene el Reglamento de los Consejos de Atención a Menores, que complementa al decreto, en Ecuador tienen el Código de la niñez y la adolescencia desde el 2003. En Bolivia, la Ley número 548 Código de niño y niña y adolescente del 2014. En Chile, la Ley número 20084 por la que se establece el sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. En Perú, la Ley número 27337 que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes. En Argentina, las Leyes número 22.278 y 22.803 en las que se establece el régimen penal aplicable a los menores incurso en delitos desde 1980, en Uruguay el Código de la Niñez y Adolescencia número 17823 de 2004. En Paraguay, la Ley número 1680: Código de la niñez y la adolescencia del 2001. En Brasil, la Ley número 8069, del Estatuto del niño y del adolescente del 1990.

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del 2000 en Venezuela, la Ley número 40 sobre el Régimen especial de responsabilidad penal para la adolescencia, del 1999 de Panamá, junto con las modificaciones, adiciones y derogaciones aprobadas por la Ley 38 de 2000, 46 de 2003, ley 48 de 2004, ley 15 de 2007, ley 6 de 2010 y ley 32 del 2010. La Ley número 287 Código de niñez y adolescencia del 1998 de Nicaragua. La Ley número 7576 de 1996, Ley de justicia penal juvenil en Costa Rica. La Ley número 88 de Menores de Puerto Rico de 1986. En la actualidad la República Dominicana aún no cuenta con legislación penal específica sobre menores, pero sí el Código para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la ley número 136 del 2003. En Guatemala, tienen el Código de la niñez y la juventud del 1996. En Belice, cuentan con la Ley de Justicia Juvenil del año 2000. En Honduras, mediante decreto promulgaron el Código de la niñez y de la adolescencia en el 1996, modificado por el Decreto número 35-2013 y en el Salvador, actualmente cuentan con el decreto número 863 del 1994 por el que se promulga la Ley penal juvenil de la República de El Salvador; a la que en primer lugar se llamó Ley del Menor infractor.

En conclusión, con la exposición de esta legislación de cada estado pretendemos poner en valor que el derecho específico sobre menores positivo, no funciona, es decir, existe una cobertura jurídica que en verdad no les protege ni supone una prevención de su participación en el crimen organizado o su reinserción y de todas las consecuencias que dimanar para los niños y niñas de estos países. Por ello, era necesario exponerlas para poner de relieve que el acervo normativo que aquí observamos existe, pero en realidad no resuelve ni mitiga el problema.

III. LOS MENORES COMO INSTRUMENTOS DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA DEL SUR DE AMÉRICA.

Los menores son instrumentos de la delincuencia organizada que existe hoy en día en dichos países, porque son abducidos por las organizaciones criminales causándoles consecuencias irreparables para el resto de sus vidas. Veámoslo más profundamente.

En primer lugar, los menores que participan o que forman parte de las organizaciones criminales ya sea porque sus familias se encuentren integradas en una organización criminal o porque sean secuestrados o amenazados para que colaboren con las mismas. La realidad es que se les arrebatada su infancia, algo que jamás vuelve, se les educa en el crimen impidiendo su desarrollo físico y psíquico como el de cualquier otro menor. Esto les devasta y da lugar a una sociedad compuesta por personas educadas en la criminalidad transnacional, postergando y lo que es más preocupante, llegando a normalizar esta situación. Estamos ante un problema estructural.

Una vez dentro de las organizaciones criminales, los menores son obligados a cometer ilícitos de todo tipo y ello es clave, porque si bien es cierto que cualquier delito que sea presenciado o protagonizado por un menor va a afectarle en gran medida dada su corta edad, no quedan las mismas secuelas ni se producen los mismos daños si el menor es víctima de una organización criminal dedicada a la producción y distribución de pornografía infantil que, si se dedica a transportar droga o bien a ejercer de mensajero, las consecuencias afectan a su salud psicológica y física. En este orden de cosas, los menores que se integran en el crimen organizado suelen tener personalidades parecidas: son menores obedientes, que no cuestionan los valores propios de la organización criminal, son inmaduros y a veces adquieren una falsa seguridad en sí mismos al encontrarse en un ideal de grupo, esto es producido porque, en la mayoría de las ocasiones, los niños y niñas proceden de familias desestructuradas y con apegos desorganizados, evitativos o ambivalentes⁷.

7 BOBBIO, A. y ARBACH, K.: "Autocontrol y estilos de apego: su influencia en la conducta delictiva y en la agresión física de adolescentes argentinos", *Revista Criminalidad*, núm. 61, 2019, pp. 205-219.

Así las cosas, su escasa madurez y poder de discernimiento sin los apoyos sociales y jurídicos necesarios los avocan a las organizaciones criminales y a permanecer en las mismas, los menores se ven sometidos a unas condiciones de vulnerabilidad y peligro extremas debido a la omnipresencia de la delincuencia organizada en su entorno, contando con datos tan alarmantes como que los países del Sur de América tienen la tasa más alta de homicidios infantiles del mundo perpetrados por el crimen organizado, de hecho cada hora 3 adolescentes son víctimas de este delito⁸.

Es necesario añadir, a modo de conclusión, que en la mayoría de las ocasiones los menores incurso en las organizaciones criminales no suelen abandonarlas con vida, es decir, que son víctimas de homicidio o asesinato a manos de éstas. Las organizaciones criminales violentan su derecho a la libertad, su derecho a la salud, a la seguridad de las personas y a la libertad de circulación y residencia, a la educación, al ocio, el juego y la cultura, etc. Es decir, se atenta absolutamente contra sus derechos humanos.

I. Tráfico de drogas.

En primer lugar, tendríamos el tráfico de drogas, pues las organizaciones criminales introducen a los menores en los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes cada vez a edades más tempranas por varias razones: En primer lugar, porque puede ser que sus familias se dediquen a la perpetración de estos delitos, por ello, durante su infancia verán estas conductas y lo usual, sobre todo si son varones, es que las familias les eduquen para continuar con el “negocio” familiar. Además, en los países del Sur de América la presencia de las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico en los barrios donde viven los menores es latente, los niños y niñas crecen viendo que gracias a estos ilícitos se mantienen sus familias, crecen observando cómo otros de sus amigos se dedican al narcomenudeo. Todo ello, hace que los menores tengan una sensibilidad con el crimen muy baja porque ven la distribución y venta de drogas como algo normalizado en sus vidas, algo del día a día, lo que en la mayoría de los casos también ocasiona su consumo prematuro, esto es, los menores que están tan relacionados con el narcotráfico acaban consumiendo ellos mismos sustancias estupefacientes. También queremos decir que aquellos menores que ya se encuentran en relación con las drogas, que las consumen de manera habitual, son captados por las organizaciones criminales para convertirlos en distribuidores de dichas sustancias, creando una relación de dependencia aún más fuerte a la organización criminal.

8 Como podemos observar en “Migración y desplazamiento de niños y niñas en América Latina y el Caribe del 2016-2017”, *Save The Children*, p. 3.

Dentro de la misma son sometidos a idénticas normas y jerarquía que el resto de componentes adultos, imponiéndoles unas normas muy estrictas y siendo sometidos a férreos mandatos que, de incumplirlos, les reportarían consecuencias muy peligrosas: la venganza de la organización criminal, incluso si dichos menores quisieran desvincularse de la organización criminal les perseguirían, les amenazarían y no les dejarían escapar⁹.

2. Las fronteras.

En segundo lugar, los menores son usados por las grandes organizaciones criminales que actúan en el Sur de América para transportar, pasar sus mercancías de un estado a otro porque causan menos sospechas, pasan más desapercibidos para las fuerzas y cuerpos de seguridad que se ocupan de las aduanas. Hablamos del mejor y más fácil transporte tanto de drogas como de armas.

Por ello, los niños y niñas también recorren las mismas rutas que el resto de miembros de las organizaciones criminales portando las mercancías ilegales consigo. En el caso del tráfico de drogas lo más usual es que les obliguen a ingerir cápsulas con las sustancias, que, si bien es cierto, no podrán portar tantas como un adulto, les obligan a transportarlas en su estómago, intestinos, ano o vagina¹⁰. Como les obligan a transitar las rutas más peligrosas o sometidas a una mayor vigilancia policial. Por ello, decimos que los menores pueden actuar siendo lo que hoy se conoce en el argot criminal como una “mula” o un “burro” pero de forma mucho más discreta, pasando más fácilmente desapercibidos. De hecho, en la actualidad la mayoría de adolescentes que se encontraban privados de libertad lo estaban por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes¹¹.

3. Las guerrillas.

En tercer lugar, los menores también son usados como niños soldado en las guerrillas presentes en Colombia y esto es necesario resaltarlo por ser una realidad sangrante en dichos Estados del Sur de América. Ocurre en Colombia porque los grupos paramilitares tienen una gran relación con las mafias que actúan en este país, normalmente porque obtienen financiación gracias a las mismas a cambio de otros favores, un ejemplo de ello es que los grupos paramilitares defienden los territorios y plantaciones de las organizaciones criminales a cambio de dinero para financiar su causa o bien a cambio de armas, retroalimentándose de esta forma. En

9 Como podemos ver en “Violencia”, cit. p. 13.

10 MADRAZO GONZÁLEZ, Z., SECANELLA MEDAYO, L., SILVIO ESTABA, L. Y ROJAS BAUTISTA, C.: “Transporte intraabdominal y endovaginal de paquetes de droga (body packer y body pusher) Intra-abdominal and endovaginal transport of drug packets (body packer and body pusher)”, *Progresos de Obstetricia y Ginecología*, núm. 52, 2009, pp. 572-575.

11 Como podemos observar en “Informe de Monitoreo”, *Observatorio Regional de Justicia Penal Juvenil*, 2015, p. 12.

este contexto, que los menores lleguen a convertirse en verdaderos niños soldado al servicio de los grupos paramilitares presentes en Colombia es sencillo, porque sus familias pueden estar incurridas en estos grupos y son educados para querer entrar, o porque sus familias se ven amenazadas para que entreguen a sus hijos, o bien porque los secuestran, de estas formas suelen entrar en el conflicto armado¹².

Los menores son adiestrados en la lucha, de manera que les enseñan a utilizar armas de fuego, les instruyen en tácticas de combate y los insensibilizan totalmente para después utilizarlos en los puestos más peligrosos, porque en este punto debemos tener en cuenta ante qué tipo de soldado se habría creado: un menor convencido, obediente y con escaso sentido del peligro dada su madurez, su edad. De nuevo, sus vidas y su desarrollo se ven truncados a favor de la delincuencia organizada¹³.

4. Comunicaciones.

En cuarto lugar, los menores son utilizados por las organizaciones criminales para conseguir comunicarse con una mayor seguridad, así como para protagonizar labores de espionaje, porque recordemos, los niños y niñas van a pasar más desapercibidos, suelen utilizar a menores de los barrios donde están actuando para que, a cambio de dinero, lleven mensajes sobre las entregas de mercancías. Además, se les suele solicitar que acudan a las zonas donde están actuando otras organizaciones criminales y que observen el comportamiento de sus miembros. Por ello, podemos decir que los menores son usados en las comunicaciones entre los miembros de una misma organización criminal, así como para espiar a los miembros de otras organizaciones.

5. Plantaciones ilegales.

En quinto lugar, en plantaciones ilegales, independientemente de las actividades delictivas que se perpetren en su seno. Los menores son sometidos a trabajos forzados consistentes en producción de las sustancias estupefacientes o bien cocinando, limpiando etc.¹⁴.

Paradójicamente, los países del Sur de América son muy ricos en cuanto a recursos naturales. Por lo que las grandes sociedades empresariales los explotan para abastecerse con dichos recursos, por ello, hemos de señalar que existen organizaciones criminales dedicadas a dichas actividades de forma ilegal. Un

12 ALARCÓN-PALACIO, Y. E.: "Reclutamiento forzado de niños y niñas (abduction) en el conflicto armado colombiano: los menores de 18 años como víctimas con protección especial reforzada en el DIH y DHDH", *Vniversitas*, núm. 138, 2019, pp. 1-36.

13 SPRINGER, N.: *Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, Springer Consulting Services, Colombia, 2012, p. 9.

14 Como podemos apreciar en "Violencia", cit., p. 202.

ejemplo de ello es la actividad minera irregular, es decir, todas las minas y canteras que son explotadas por organizaciones criminales donde son usados menores para extraer los materiales, sometidos a situaciones de esclavitud debido a que, gracias a su tamaño, pueden acceder a las galeras donde no podría llegar un minero adulto. Se aprovechan de la necesidad de encontrar un trabajo que suelen tener los menores de dichas poblaciones y les obligan a trabajar sin cumplir las medidas de seguridad vigentes¹⁵.

6. Trata de seres humanos.

En sexto lugar, las organizaciones criminales también se dedican a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, a la prostitución de menores y a la pornografía infantil por lo que, sobre todo, las niñas de estos países también son presas de las organizaciones criminales para perpetrar estos ilícitos, de hecho el Informe Migración y desplazamiento de niños y niñas en América Latina y el Caribe revela datos tan preocupantes como que el 62% de las víctimas de tráfico humano y abuso en América Latina y el Caribe son niños y niñas¹⁶.

Normalmente, las menores son secuestradas o entregadas por sus familias amenazadas. De esta forma, las organizaciones criminales se aprovechan de nuevo de la vulnerabilidad de la infancia en los países del Sur de América, porque lo más normal es que todos estos menores procedan de familias sin recursos, o que han sufrido abusos dentro de la familia, abandono o negligencia. Algo que corroboran datos tan alarmantes como que 1.1 millones de niñas adolescentes de 15-19 años han experimentado violencia sexual o cualquier otro acto sexual forzado¹⁷.

Hemos de apuntar que estos delitos reportan una cantidad tan grande de riquezas a las organizaciones criminales que las ingresan que nos tememos: no van a cesar en la comisión de estos ilícitos, algo que hay que unir a que no se llevan a cabo investigaciones profundas para conseguir erradicar este problema porque, volvemos a apuntar, se consume, es muy rentable y normalmente no se denuncian estas realidades ni siquiera por las víctimas porque sienten miedo: no solo a la venganza de las organizaciones criminales sino al repudio social también a su estigmatización social.

15 MIRANDA, B.: "Las economías perversas del crimen organizado Minería ilegal, trata y explotación sexual", *Nueva Sociedad*, núm. 263, 2016, pp. 145-149.

16 "Informe sobre Migración", cit., p. 2.

17 Según "Informe niños y niñas en América Latina y el Caribe", *Unicef*, 2020, p. 2.

IV. MENORES COMO VÍCTIMAS. RAZONES DE ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN EL SUR DE AMÉRICA.

A continuación, expondremos algunas de las razones por las cuales pensamos que los menores pueden ser víctimas del crimen organizado al ser involucrados e integrados en las organizaciones criminales, en la comisión de sus ilícitos, es decir, describimos unos factores que los empujan a acceder de distintas formas a la delincuencia organizada bien por su propia voluntad, coaccionados, coaptados o secuestrados y se mantienen en la misma.

I. La madurez de los menores.

Lo citamos en primer lugar porque nos parece primordial, si los menores no tuviesen una visión, en muchas ocasiones, inmadura e idealizada del crimen organizado podrían tener más cuidado para no verse envueltos en esta espiral criminal de la que es tan complicado o casi imposible apartarse. Debido a que suelen tener entre 10 y 25 años cuando ingresan en las organizaciones criminales¹⁸.

La adolescencia, es un periodo de desarrollo humano comprendido entre los 10 y los 19 años donde se produce un crecimiento acelerado y muchos cambios que repercuten en sus vidas, algo por lo que pasamos todos, pero que en este caso debemos sumarle la delincuencia organizada presente en los países del Sur de América en la que es tan sencillo involucrarse. La edad, es uno de los factores más importantes para su captación por las organizaciones criminales ya que cuanto más joven, los estiman más útiles, son menos sospechosos y tienen la certeza de que no se tratan de agentes encubiertos. Por ello, existen autores que abogan por que se establezca una legislación más prudente sobre la tenencia y porte de armas¹⁹.

De esta forma, pensamos que la escasa madurez de los menores es una de las razones más importantes para que se encuentren atraídos y finalmente ingresen en las organizaciones criminales porque muchos de ellos se dejan llevar por los beneficios a corto plazo y el alto nivel de vida que podrían llevar. De hecho, pueden ver como las familias de sus amigos que se dedican a delitos como el narcotráfico viven mucho mejor que ellos. Esta visión idealizada del crimen organizado es latente en su día a día la observan incluso en la música como el reggaetón que suelen escuchar a diario que puede incluso llegar a mostrar la vida asociada al crimen organizado de forma atractiva para los jóvenes, algo que

18 HIKAL, W. S.: "Participación de niños y jóvenes en la criminalidad organizada en México", *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, núm. 23, 2020, p. 2.

19 CARRANZA, E.: "El delito violento en la población menor de edad y joven en Costa Rica en el contexto de América Latina y el Caribe", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 5, 2019, p. 19.

también contribuye a que los menores lo vean como un medio para conseguir una vida mejor.

Por lo tanto, su escasa madurez a estas edades tan tempranas es utilizada por las organizaciones criminales para adiestrarles en el crimen organizado, son dúctiles para ser tratados como verdaderos instrumentos.

2. El clima social inseguro: baja presencia de los estados.

Según “The Global Initiative Against Transnational Organized Crime” los Estados del Sur de América tienen uno de los índices de criminalidad más altos del mundo, sus ciudadanos viven en un clima social de inseguridad donde las organizaciones criminales son las que realmente tienen el control de las ciudades más importantes, así como de los núcleos rurales.²⁰ Este control se materializa y se mantiene gracias a la violencia de las mafias, los cárteles de la droga y las bandas y la intimidación social que dan lugar a la creación de órdenes sociales, económicos y políticos paralelos, informales, con zonas donde el estado tiene una baja presencia. Así las cosas, en estos estados existe un clima de inseguridad generalizado que perjudica a la sociedad en su conjunto y en especial: a los menores, porque a día de hoy ningún gobierno ha sabido solventar esta situación. Se produce una relación entre la inseguridad con los procesos de exclusión social, vinculación que se profundiza y refuerza con las respuestas institucionales del estado que no son efectivas y por consecuencia, como exponemos, no han solventado estos problemas.

Las organizaciones criminales ejercen, gracias a su imposición por la fuerza, el control generando lo que llamamos “estados paralelos” porque los verdaderos estados son incapaces de imponerse y se encuentran corrompidos por las propias organizaciones criminales que tienen vinculación, presencia en la política, en sus administraciones, e incluso en sus fuerzas y cuerpos de seguridad, de esta forma nos encontramos con democracias bajo presión y estados disfuncionales en los que las organizaciones criminales tienen un férreo control en las zonas donde tienen una actividad más intensa dando lugar a órdenes sociales, económicos y políticos paralelos, informales, con zonas donde el estado tiene una baja presencia. Esto frena el desarrollo de estos estados y viola los derechos humanos de todos sus habitantes, en definitiva, se crea un clima de gran desconfianza en las instituciones públicas y específicamente en las fuerzas y cuerpos de seguridad de dichos estados donde es muy sencilla la integración de los menores en las organizaciones criminales tan presentes.

20 “The Global”, cit., pp. 72 y ss.

Concluycamos diciendo que además pensamos que los gobiernos de estos estados parecen no tratar de la misma forma a los ciudadanos con menor capacidad económica e influencia política, para ellos, estas personas, es decir la mayoría, tienen un valor de ciudadanos de tercera, los menosprecian²¹.

3. La inequidad en la distribución de recursos.

Es una de las razones más importantes que produce la entrada de los menores en las organizaciones criminales. En estos países tan ricos en cuanto a recursos naturales, la distribución de sus beneficios es desigualitaria, hablamos de renta, propiedad, educación, salud todo ello afecta a la armonía social, que está rota. Porque normalmente los menores que provienen de familias más pobres suelen tener una baja escolaridad o abandonar sus estudios de forma temprana. En estos países existe una correlación clara entre el tiempo fuera de la escuela y la criminalidad y criminalización en sus infancias. Hemos de apuntar que el problema de la pobreza se agudiza aún más en los núcleos rurales, en estas zonas es aún más complicado acceder a los servicios más básicos como la sanidad, la educación, los servicios sociales que son tan importantes para las juventudes. La realidad es que los estados a los que nos referimos son incapaces de proporcionar a los menores los recursos y servicios más básicos, todo esto es aprovechado por el crimen organizado, todo influye en gran medida en que los menores se involucren en la delincuencia organizada, que sean cooptados o secuestrados por los grupos criminales, pues como decimos, ven en la pertenencia a una organización criminal una salida para obtener ingresos con los que ayudar a sus familias, tener un futuro y una vida mejor.

Además, la gran pandemia mundial a causa del COVID-19 ha ocasionado profundos estragos en todos los países del Sur de América, el impacto del virus fue estructural porque todos los problemas que ya existían en estos países, como era de esperar, se agudizaron teniendo una gran repercusión económica, como podemos apreciar en el Informe sobre el desarrollo mundial: finanzas al servicio de la recuperación equitativa²². Así las cosas, la pandemia mundial interrumpió la actividad de las organizaciones criminales, pero les ha reportado nuevas oportunidades debido a que ha incrementado exponencialmente las necesidades de los habitantes y su pobreza como también podemos observar en los informes de Comisión Económica para América Latina y el Caribe donde en el 2020 la tasa de pobreza alcanzó el 37'3%²³.

21 SAAD-DINIZ, E. y BESONI BOUDOUX SALGADO, A.: "Violencia y victimización como costos sociales de la pobreza", *Revista de Victimología*, núm. 7, 2018, pp. 61-62.

22 *Finanzas al servicio de la recuperación equitativa*, Banco Mundial sobre el desarrollo mundial, 2022. Recuperado el 2 de junio de 2022 de <https://www.bancomundial.org/es/region/lac/coronavirus>.

23 "Estudio Económico de América Latina y el Caribe", *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, Santiago, 2020, p. 15.

4. La presencia tradicional de las organizaciones criminales.

Los ciudadanos de estos estados tienen como algo cotidiano, los crímenes perpetrados por las organizaciones criminales. La sociedad se ha acostumbrado al crimen organizado, representando una manipulación de los "poderes salvajes" que corrompen la política y cualquier sistema constitucional que pretenda garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos²⁴.

Las organizaciones criminales se reparten los territorios de actuación, así como las áreas de influencia creando núcleos estables de colaboración en las zonas y barrios donde viven los menores; están en contacto con ellos desde las más prontas edades dando lugar a una exposición constante ante la delincuencia organizada que existe provocando un aspecto de normalidad y cotidianidad para los menores.

Los países del Sur de América cuentan con estructuras criminales preexistentes, podríamos decir que son países en los que tradicionalmente actúan las grandes organizaciones criminales desde que esta forma de comisión delictiva llega a América. Por lo tanto, estamos ante generaciones que han crecido viendo sus actuaciones y en muchas ocasiones en contacto directo con las mismas.

La realidad es que a día de hoy podemos afirmar que la presencia de las organizaciones criminales en estos países es tan intensa que tiene carácter de pandemia para sus ciudadanos y por supuesto para sus menores²⁵.

5. La impunidad de los ilícitos.

El clima generalizado de corrupción tiene mucho que ver con este factor que también afecta a los menores. De hecho, para cierta doctrina²⁶, la corrupción está en los gobiernos de estos estados y en el poder porque las organizaciones criminales han logrado corromper las instituciones, pervirtiendo el sistema para que sus ilícitos no sean castigados. De esta forma, la impunidad de los ilícitos incentiva el funcionamiento de las organizaciones criminales que captan y utilizan a los menores.²⁷ La confianza de los habitantes de los países del Sur de América en las fuerzas y cuerpos se ve muy afectada por todos los crímenes que no se llegan a castigar. Y en este punto debemos destacar que, si bien es cierto que los países del Sur de América tienen sistemas políticos distintos, pensamos que la delincuencia organizada está muy relacionada con el sistema político que tiene cada estado

24 FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Minima Trotta, Madrid, 2011, pp. 1-109.

25 BARTOLOMÉ, M.: "Situación del Crimen Organizado en América Latina", *Ágora Internacional*, núm. 10, 2009, pp. 16-20.

26 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: "El crimen organizado: especial consideración a Iberoamérica", *Revista Electrónica Iberoamericana*, núm. 1, 2017, pp. 16-18.

27 BERMEJO MARCOS, F.: "La globalización del crimen organizado", *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, pp. 99-115.

porque no tener un régimen político fuerte y resistente potencia el crecimiento y la continuidad de la delincuencia organizada. Esto demuestra que los Estados del Sur de América no tienen estructuras legales suficientemente competentes donde la persecución de los criminales es muy difícil lo que promueve, como exponemos, que éstas sigan actuando y en definitiva, sigan creciendo y evolucionando²⁸.

Hablamos de la asidua incapacidad de los sistemas de justicia de estos estados para conseguir castigar a los criminales y también en ejecutar lo juzgado. Hemos de tener en cuenta la gran cifra negra que existe en todos estos estados provocada, también, por el carácter cotidiano con el que perciben sus ciudadanos los ilícitos de las organizaciones criminales, para mayores y menores es completamente normal que los injustos queden impunes. Por ello, la impunidad de los ilícitos es una razón de peso para involucrar a los menores en las organizaciones criminales: el poder punitivo de los estados es débil y cuando se consigue castigar el reproche penal no es tan alto, como estimamos debería ser, por utilizar a niños y niñas.

6. Las migraciones y el carácter transnacional del crimen organizado.

Ambas representan otra de las razones por las cuales los menores se ven atraídos por las organizaciones criminales.

En primer lugar y en cuanto a las migraciones, los menores recién llegados a una zona deben de asentarse, pueden sentir el rechazo del resto, especialmente hacia sus valores, concepciones morales, así como de sus hábitos, suelen sentir estrés, ansiedad, depresión como podemos observar en el Estado Mundial de la Infancia 2021, América latina y Caribe²⁹.

Así, consideramos que quizá en la organización criminal encuentran esa sensación de pertenencia a un grupo y de utilidad que estaban buscando. Esto es debido a que es muy habitual que las familias enteras migren a otros Estados vecinos buscando nuevas oportunidades. Sin embargo, puede producir consecuencias negativas en la infancia porque adaptarse a nuevos entornos es complicado cuando se está desarrollando como persona y el sentimiento de rechazo o falta de encaje se maximiza a estas edades lo que, de nuevo, como decimos, incita a los menores a relacionarse y adentrarse en las organizaciones criminales llegando a buscar la protección que, piensan, pueden ofrecerle las mismas. El cambio de entorno en la infancia puede hacerles aún más vulnerables a la delincuencia organizada presente en las zonas donde se han ido a vivir, afecta a su educación, a su apego, pueden sufrir depresiones, sentimiento de abandono y baja autoestima lo que les hacen

28 JIMÉNEZ SERRANO, J.: "Crimen organizado: una aproximación al fenómeno", *Gaceta Internacional de Ciencias forenses*, núm. 14, 2015, pp. 23-30.

29 "Estado mundial de la infancia 2021, América Latina y Caribe, Resumen regional América Latina y Caribe", *Unicef*, 2021, pp. 9-10.

más propensos a participar en acciones violentas, al crimen, o a huir de sus hogares y por ello, a adentrarse en las organizaciones criminales.

Además, hemos de apuntar que en los Estados del Sur de América las organizaciones criminales también se dedican al tráfico de migrantes. Aprovechando que los menores que migran de manera ilegal normalmente son llevados a establecimientos donde los recluyen y las organizaciones criminales lo saben y aprovechan esta coyuntura. Porque la migración de menores no para de crecer, cada vez más niños y niñas huyen de sus estados escapando de la pobreza, así como de la violencia presente en sus barrios y familias. Porque la migración en la infancia no para de crecer como podemos apreciar en el Informe Niños y Niñas en América Latina y el Caribe Panorama 2020 que determina que 7.9 millones de migrantes son menores de 18 años, en las Américas³⁰.

Es preciso destacar que la pandemia mundial causada por el COVID-19 incrementó la migración de retorno a sus estados de origen por la falta de oportunidades en los países a los que habían acudido, las familias se veían obligadas a recurrir a las organizaciones criminales debido al cierre de las fronteras y al endurecimiento de las políticas antinmigración³¹.

En segundo lugar, debemos destacar el carácter transnacional que tiene la delincuencia organizada al ser también otra de las razones que influyen en la entrada de los menores en las grandes organizaciones criminales. Ya que a medida que ha ido evolucionando el proceso de globalización también ha ido expandiéndose el crimen organizado, es decir que perpetran delitos en más de un Estado, o que el delito se perpetre en un estado distinto al que se prepare o gestione desde otro. Esto hace más complicado juzgar los injustos que se llevan a cabo en el seno de la delincuencia organizada transnacional. La realidad es que las organizaciones que actuaban en uno de los Estados del Sur de América, gracias a la globalización, se han expandido, adquiriendo sus delitos una dimensión transnacional. Un ejemplo de esta característica la podemos ver reflejada en las rutas del narcotráfico que parten desde los países del Sur de América, llegan a África y posteriormente se reparten por Europa. El carácter transnacional también se debe al nuevo funcionamiento de las organizaciones criminales de forma horizontal y ya no tan vertical, es decir, con carácter más descentralizado que les permite actuar de forma más rápida, con más independencia en sus actividades³².

Teniendo en cuenta todas las razones que hacen a los menores más vulnerables a la delincuencia organizada concluimos considerando que los menores son

30 "Informe Niños", cit., p. 2.

31 Como también podemos ver en "The Global", cit., p.74.

32 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: "El crimen organizado", cit., p. 15.

víctimas de todas estas circunstancias porque la pobreza, desigualdad, la violencia, la victimización, su incursión y actuación en las organizaciones criminales tienen una relación causal. Todo lo cual, creemos las organizaciones criminales utilizan a los menores porque su participación en el crimen organizado, en los delitos que se perpetran en su seno es muy ventajosa, como se ha expuesto, por su escasa madurez, porque es más sencillo convencerles y adoctrinarles en las ideas y las técnicas que utilizan, suelen pasar más desapercibidos y de juzgarlos habrían de ser sometidos a las leyes propias de menores de cada estado.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA.

Las distintas aristas que conforman la delincuencia organizada afectan al desarrollo de los menores del Sur de América dada su exposición cotidiana a esta realidad. Actualmente, estos Estados no han podido controlarla, ni han sabido aminorar los efectos devastadores que ocasiona en la infancia. Creemos que mientras el crimen organizado siga reportando tantos beneficios, no desaparecerá debido a la gran corrupción estructural que caracteriza los gobiernos y las administraciones públicas de los Estados del Sur de América.

Intentar combatir la delincuencia organizada de forma individual por cada uno de los Estados del Sur de América, a los que tanto afecta, es insuficiente porque sobrepasa sus fronteras, es necesario que todos los países aúnen esfuerzos y creen planes y estrategias comunes de lucha y de prevención desde la verdadera cooperación internacional. Además, la cooperación también tiene que producirse con los países que integran la UE con sus fuerzas y seguridad de sus estados y por supuesto, con las Instituciones Europeas, porque no podemos olvidar que la delincuencia organizada presente en los países del Sur de América es un fenómeno delictivo transnacional donde los países europeos son lugares de tránsito o bien receptores de los productos del crimen organizado. Esta cooperación es algo que la Agenda Europea de seguridad 2015-2020 recoge como objetivo estableciendo la realización de acciones conjuntas y estrategias de cooperación con los países del Sur de América para luchar contra esta lacra³³.

Pese a ello, como se ha visto, existen leyes e instrumentos internacionales, políticas y técnicas que se han ido desarrollando para luchar contra las organizaciones criminales, pero no son suficientes ni eficaces porque el problema persiste, los menores se siguen viendo involucrados en la delincuencia organizada. Por ello, consideramos que las políticas deberían centrarse y apostar más por mejorar las condiciones sociales de las familias aumentando los recursos e invertir en crear oportunidades para los jóvenes. Es del todo necesario crear planes eficientes en

33 "Agenda Europea de Seguridad, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo", *Comisión Europea*, 2015, p. 22.

los que se aborde directamente la lucha contra la implicación de los menores en las organizaciones criminales, así como su desarrollo en un ambiente criminal.

Pensamos que, se debería comenzar por mostrar a los menores, desde las edades más tempranas, el verdadero rostro del crimen organizado para evitar que los jóvenes se creen esa imagen idealizada que en muchas ocasiones tienen. Se debería empezar concienciando a padres y madres desde el trabajo social incluso acudiendo a sus propios domicilios para realizar esta labor, también con charlas y talleres en los colegios y centros de educación secundaria concienciándoles a todos ellos de los peligros de las organizaciones criminales, de que dicha vía no es la solución a sus vidas y que existen otras salidas para conseguir la vida que desean a largo plazo y contrarrestar la tentación de involucrarse en las organizaciones criminales para obtener dinero y lujos a corto plazo. Esto pasa por invertir en la educación de los menores aumentando o creando programas de becas para la continuación de sus estudios.

Es necesario crear planes de actuación contando con la participación, como hemos expuesto, tanto de padres y madres como de los propios menores, es crucial que la población esté informada, advertida y de esta forma se podrán involucrar más y comprometerse con los cambios que se les propongan³⁴. Insistimos en que la labor de prevención es capital, no existirá solución sin concienciación de los menores y de sus familias, de la sociedad en general. Además de aumentar las labores de prevención, consideramos que deberían endurecerse los castigos, esto es, creemos que las penas previstas para los delitos cometidos por el crimen organizado deberían agravarse en caso de que se utilizaran a menores para conseguir la perpetración de los mismos.

Atendiendo al interés superior del menor aquellos padres y madres que se dedicasen a la delincuencia organizada y hayan sido condenados en firme por delitos dolosos cometidos en el seno de la delincuencia organizada deberían ser también sancionados con la pérdida de la patria potestad de sus hijos e hijas con el fin de evitar que sean adiestrados para suceder a sus padres en la organización criminal a la que pertenecieran.

También debería aumentar la presencia policial en las zonas donde tengan una presencia aún más intensa las organizaciones criminales con unidades dedicadas especialmente a menores. Así como incrementar la inversión en los servicios de inteligencia para que se realizaran seguimientos y con ello, la identificación de las principales organizaciones criminales que captan a menores para que

34 TORRES CASTRO, C.: "Jóvenes y violencia", *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 37, 2005. Recuperada el 8 de marzo 2023 de <https://rieoei.org/historico/documentos/rie37a03.htm>.

participen en los ilícitos que cometen. Porque a la luz de la doctrina³⁵, los servicios de inteligencia de estos países no cuentan con los recursos ni con los efectivos personales suficientes, y a lo que añadimos que tampoco cuentan con una formación específica sobre menores.

Concluimos afirmando que existen vínculos entre la inmadurez de los menores, el clima de violencia, inseguridad y pobreza en el que se desarrollan, las estructuras criminales preexistentes, la ausencia de castigo, las migraciones y el carácter transnacional que en la actualidad tiene la delincuencia organizada y la inclusión en el crimen organizado de los mismos. Son factores que inexorablemente condicionan la infancia de los niños y niñas de los países del Sur de América. Todo lo cual, pensamos que las políticas sociales deberían estar enfocadas a aminorar los efectos de dichos factores en toda la población y especialmente en la infancia, se deberían de crear proyectos sociales que contribuyan a la desaparición de dichos factores.

Específicamente, pensamos que se debería hacer un seguimiento de los menores de los que se sospeche que sus familias formen parte del crimen organizado, en colaboración con la escuela a la que vayan.

Por todo lo expuesto, concluimos diciendo que los menores que residen en los países del Sur de América están sometidos a una “doble victimización”, puesto que verse envueltos en la delincuencia organizada impide que vivan su infancia como cualquier otro menor, al obligarles a cometer delitos que les generarán daños irreparables a muy tempranas edades. Es necesario crear programas de educación social y reinserción locales que mejoren las circunstancias de los jóvenes y que tengan una verdadera incidencia en los ciudadanos, en las familias y en los menores, la labor de concienciación y sensibilización debe comenzar desde la administración más cercana, la local. Para que dichos programas tengan el éxito esperado, es necesario que se realicen estudios de situación en cada una de las regiones.

Por último, y específicamente sobre la salud de dichos menores, si consiguiesen salir con vida de las organizaciones criminales con las que han participado es del todo necesario proporcionarles ayuda psicológica. La realidad es que nunca volverán a ser los mismos si son captados a edades tempranas, sencillamente porque se les ha arrebatado la infancia, un tiempo que jamás vuelve, pero esto podría mejorar con ayuda profesional. Consideramos necesario realizar un seguimiento de sus vidas una vez que hayan abandonado la organización criminal para que no retomen las actividades ilícitas.

35 SANSÓ-RUBERT, D.: “Inteligencia militar y criminalidad organizada. Retos a debatir en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 21, 2017, p. 25.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN-PALACIO, Y. E.: "Reclutamiento forzado de niños y niñas (abduction) en el conflicto armado colombiano: los menores de 18 años como víctimas con protección especial reforzada en el DIH y DIDH", *Vniversitas*, núm. 138, 2019.

BARTOLOMÉ, M.: "Situación del Crimen Organizado en América Latina", *Ágora Internacional*, núm.10, 2009.

BERMEJO MARCOS, F.: "La globalización del crimen organizado", *Eguzkilore*, núm. 23, 2009.

BOBBIO, A. y ARBACH, K.: "Autocontrol y estilos de apego: su influencia en la conducta delictiva y en la agresión física de adolescentes argentinos", *Revista Criminalidad*, núm. 61, 2019.

CARRANZA, E.: "El delito violento en la población menor de edad y joven en Costa Rica en el contexto de América Latina y el Caribe", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 5, 2019.

HIKAL, W.S.: "Participación de niños y jóvenes en la criminalidad organizada en México", *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, núm. 23, 2020.

JIMÉNEZ SERRANO, J.: "Crimen organizado: una aproximación al fenómeno", *Gaceta Internacional de Ciencias forenses*, núm. 14, 2015.

FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Minima Trotta, Madrid, 2011.

MADRAZO GONZÁLEZ, Z., SECANELLA MEDAYO, L., SILVIO ESTABA, L. Y ROJAS BAUTISTA, C.: "Transporte intraabdominal y endovaginal de paquetes de droga (body packer y body pusher) Intra-abdominal and endovaginal transport of drug packets (body packer and body pusher)", *Progresos de Obstetricia y Ginecología*, núm. 52, 2009.

MIRANDA, B.: "Las economías perversas del crimen organizado Minería ilegal, trata y explotación sexual", *Nueva Sociedad*, núm. 263, 2016.

RICO, D. M.: *Las dimensiones internacionales del crimen organizado en Colombia. Las Bacrim, sus rutas y refugios*, Woodrow Wilson Center, Washington DC, 2013.

SAAD-DINIZ, E., BESONI BOUDOUX SALGADO, A.: "Violencia y victimización como costos sociales de la pobreza", *Revista de Victimología*, núm. 7, 2018.

SANSÓ-RUBERT, D.: "Inteligencia militar y criminalidad organizada. Retos a debatir en América Latina", *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 21, 2017.

SPRINGER, N.: *Como corderos entre lobos. Del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*. Springer Consulting Services, Colombia, 2012.

TORRES, J.: "Zonas grises y delincuencia organizada transnacional: desafíos para la soberanía del Estado en América Latina", *Via Iuris*, núm. 27, 2019.

TORRES CASTRO, C.: "Jóvenes y violencia", *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 37, 2005. Recuperada el 8 de marzo 2023 de <https://rieoei.org/historico/documentos/rie37a03.htm>.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: "El crimen organizado: especial consideración a Iberoamérica", *Revista Electrónica Iberoamericana*, núm. 1, 2017.

COMENTARIOS DE
SENTENCIAS



FIJACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: EL PREVIO
REPARTO DE BIENES COMO ELEMENTO OBJETIVO
RELEVANTE. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM.
810/2021, DE 25 DE NOVIEMBRE (RJ 2021, 5142)

*SETTING OF THE COMPENSATORY PENSION: THE PRIOR
DISTRIBUTION OF ASSETS AS A RELEVANT OBJECTIVE ELEMENT.
COMMENT ON SPANISH STS NO. 810/2021, OF NOVEMBER 25 (RJ
2021, 5142)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 372-389



Nieves
ROJANO
MARTÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de diciembre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: La simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como “cualquier otra circunstancia relevante”, de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el artículo 97 del Código Civil.

PALABRAS CLAVE: Pensión compensatoria; derecho a la compensación; crisis matrimonial; desequilibrio económico; temporalidad de la pensión.

ABSTRACT: *Mere economic inequality does not automatically determine a right to compensation and it is necessary to consider the dedication to the family, the collaboration in the activities of the other spouse, the situation prior to the marriage, the property regime to which the marriage has been subject, as well as “any other relevant circumstance”, in accordance with the provisions of the last circumstance set out in Article 97 of the Civil Code.*

KEY WORDS: *Compensatory pension; right to compensation; matrimonial crisis; economic imbalance; temporality of the pension.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. FINALIDAD Y RAZÓN DE SER DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.- III. PROCEDENCIA DE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO: REQUISITOS.- 1. Que uno de los cónyuges sufra un desequilibrio económico con respecto a la posición del otro.- 2. Que la situación económica de uno de los cónyuges haya sufrido un empeoramiento en relación con la que tenía constante matrimonio.- 3. Que haya recaído una resolución firme de separación y divorcio.- 4. Que la separación o el divorcio sea causa directa del desequilibrio económico.- IV. EL POSIBLE CARÁCTER TEMPORAL DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.- V. FACTORES QUE INFLUYEN EN LA CUANTIFICACIÓN DE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO.- VI. AUMENTO, REDUCCIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.- 1. Aumento y reducción de la pensión.- 2. Extinción de la pensión.- VII. CONCLUSIONES.

SUPUESTO DE HECHO

Dña. Tania presenta una demanda de divorcio contencioso contra D. Baldomero en la que solicita la disolución de la sociedad de gananciales, así como el establecimiento de las siguientes medidas: (i) la compartición de la patria potestad entre ambos progenitores; (ii) la atribución a la madre de la guarda y custodia de los dos hijos menores que los litigantes tienen en común; (iii) el abono por parte del padre a la madre de 6.500 euros mensuales en concepto de pensión alimenticia y de 2.500 euros mensuales en concepto de pensión compensatoria.

El juzgado de primera instancia estima parcialmente la demanda y, además de atribuir a Dña. Tania la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio y la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores, acuerda el abono por parte de D. Baldomero a favor de ambos hijos de una pensión de alimentos de un total de 2.000 euros, debiendo asumir también los gastos de los menores correspondientes a gastos escolares. Asimismo, durante dos años, Dña. Tania debe recibir de su exesposo una pensión compensatoria de 1.000 euros al mes.

Para motivar la procedencia del derecho de Dña. Tania a una pensión compensatoria, el juzgado de primera instancia se apoya en el hecho de que a lo largo del matrimonio la esposa había tenido plena dedicación a la familia, no desempeñando actividad retribuida alguna, mientras que D. Baldomero trabajaba para el Banco Santander en el extranjero, percibiendo elevados ingresos mensuales –si bien estos se vieron disminuidos a raíz de su traslado a España, suceso que tuvo

• Nieves Rojano Martín

Contratada predoctoral FPU de Derecho Civil en la Universidad de Málaga, donde desarrolla su tesis doctoral bajo la tutela del Catedrático de Derecho Civil Bruno Rodríguez-Rosado. Graduada en Derecho y en Administración y de Empresas (2021) por la Universidad de Málaga y Máster Universitario en Asesoría Jurídica de Empresas por la Universidad Internacional de la Rioja (2022). Ha disfrutado de la ayuda de movilidad SICUE (concedida por la Universidad de Málaga), realizando una estancia en la Universidad Complutense de Madrid durante el curso 2019-2020. Desde el 1 de enero de 2022, es miembro del equipo de trabajo del proyecto “Cláusulas abusivas en una economía de mercado”, del que es IP la Catedrática de Derecho Civil Ana Cañizares Laso. También es miembro del equipo de trabajo del proyecto “Negocios jurídicos conexos en una economía de mercado” -del que es co-IP la Profesora Titular de Derecho Civil Rocío Diéguez Oliva- desde su aceptación (24 de junio de 2022). Correo electrónico: nrojano@uma.es.

lugar poco después de producirse la ruptura de la pareja—. Partiendo de estas circunstancias, para fijar su importe y duración, el juzgado tiene en cuenta que Dña. Tania había recibido, como resultado del reparto de algunos bienes que los litigantes hicieron en el momento de la ruptura de la convivencia, la cantidad de 503.874,97 euros, a lo que se suma que el matrimonio es propietario de un inmueble que se encuentra arrendado, correspondiendo los ingresos de dicho arrendamiento a ambos litigantes por mitad. Además, el juzgado considera que Dña. Tania está perfectamente capacitada para acceder al mercado laboral, dada su edad (50 años), alta cualificación profesional (licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales y bilingüe) y buen estado de salud. Por todo ello, estima que la pensión compensatoria no puede tener carácter vitalicio y que su importe debe ascender a 1.000 euros mensuales.

La sentencia de primera instancia es recurrida por Dña. Tania y la Audiencia Provincial, estimando parcialmente el recurso, eleva a 2.000 euros mensuales el importe de la pensión compensatoria y establece su carácter indefinido. La Audiencia argumenta su decisión aduciendo que, dadas las circunstancias personales de la recurrente -que tiene ya 52 años y no trabaja desde el año 2002- y la problemática situación actual del mercado laboral, se hace difícil su reincorporación, a lo que hay que añadir que no consta que pueda percibir pensión llegado el momento, por lo que resulta dudoso para el Tribunal de apelación que pueda superar la situación de desequilibrio.

D. Baldomero interpone un recurso de casación por infracción del artículo 97 del Código Civil al entender que la duración de la pensión y su cuantía no son acordes con los parámetros establecidos en el citado precepto y desarrollados por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo estima el recurso parcialmente al considerar que, pese a que la ruptura ha provocado a Dña. Tania un desequilibrio económico teniendo en cuenta el largo periodo de tiempo durante el que dejó de trabajar fuera de casa -con todo lo que conlleva de falta de desarrollo profesional e integración y formación laboral-, no resulta razonable entender que la única forma de compensar el perjuicio o desequilibrio económico derivado de la crisis conyugal es una pensión indefinida como solicita la demandante y reconoce la Audiencia. Así pues, atendiendo a la cualificación de la demandante, su buen estado de salud, los bienes comunes recibidos por ella antes del divorcio (503.874,97 euros en metálico), cuya gestión exclusiva y disposición le corresponden a ella, así como al patrimonio común que queda por partir, el tiempo de duración de la vida en común de diecinueve años, su edad en el momento de la separación y la edad de los hijos -que ya no requieren una atención tan intensa de la madre-, el Alto Tribunal confirma la cuantía de la pensión fijada por el juzgado de primera instancia (1.000 euros mensuales), si bien aumenta su límite temporal a cinco años, al estimar escaso el establecido por el juzgado (dos años).

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación, siendo preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como “cualquier otra circunstancia relevante”, de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el artículo 97 del Código Civil.

El establecimiento de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria es una posibilidad del órgano judicial que permite atender a las posibilidades de superar el desequilibrio económico surgido a partir de la ruptura. La condición es que no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico. El establecimiento de un límite temporal cuando se valore *ex ante* la posibilidad de que pueda reestablecerse el equilibrio exige tomar en consideración, entre otros, los factores que enumera el artículo 97 del Código Civil, y que el Tribunal Supremo no ha considerado una lista cerrada.

El reparto entre ambos cónyuges, antes de presentar la demanda de divorcio, de una cuantiosa suma de dinero y otros bienes, quedando por liquidar inmuebles de un importante valor económico, es un elemento objetivo relevante a efectos de ponderar el alcance de la situación de desequilibrio generado por la ruptura.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

Bien puede decirse que la Ley 15/2015, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, insertó en el panorama legislativo familiar un nuevo punto de vista desde el que abordar las situaciones de crisis matrimonial, especialmente, al cambiar la redacción que la Ley 30/1981, de 7 de julio, había dado al artículo 97 CC, que regula la llamada pensión compensatoria. Tras la reforma operada por la primera de las citadas leyes, la finalidad de este derecho personal -que no es otra que la de resarcir al cónyuge que ha resultado empeorado económicamente con la separación o divorcio con relación a su situación mientras el matrimonio estaba vigente, sufriendo así un desequilibrio económico con respecto a la posición del otro- sigue siendo esencialmente la misma, aunque quizá con la sustitución de la expresión “derecho a una pensión” por la de “derecho a una compensación” haya quedado aún más clara. El verdadero cambio radica en que la Ley 15/2015,

además de acentuar la posibilidad de pacto entre los cónyuges y su influencia, abre la puerta a la temporalidad de la pensión, abandonando así su articulación con carácter vitalicio.

La adopción de esta nueva perspectiva obedece a una tendencia jurisprudencial que comenzó a manifestarse con mayor intensidad desde los años 90 (*vid.* al respecto, las SSTS 10 febrero 2005, RJ 2005, 1133; y 28 abril 2005, RJ 2005, 4209) y se ha mantenido hasta la actualidad (entre otras, cabe citar la reciente STS 30 mayo 2022, RJ 2022, 3202). Tendencia jurisprudencial que es fruto, por otra parte, del cambio de paradigma ocasionado por la escalada de la mujer en el mundo laboral y la aceptación de su capacitación para insertarse en él y procurarse medios económicos de manera autónoma, sin necesidad de depender del excónyuge (al menos, indefinidamente) para superar el desequilibrio económico que pudiera causarle la separación o divorcio.

II. FINALIDAD Y RAZÓN DE SER DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido que la función de la pensión es subsanar la disminución del tenor de vida que puede generar el divorcio o separación entre la posición de un esposo con respecto al otro, de manera que el cónyuge que tras la ruptura quede en situación económica notablemente peor a la que se encontraba constante matrimonio pueda continuar con un nivel económico parecido al que disfrutaba antes de que se produjera la crisis matrimonial, no perpetuándolo “a costa de uno los miembros de la pareja”, sino reequilibrando la “situación dispar” resultante la ruptura. Como afirma el propio Tribunal Supremo, no se trata de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en “colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial” (STS 23 enero 2012, RJ 2012, 1900; con cita de la STS 22 junio 2011, RJ 2011, 5666).

De lo anterior se deduce que la finalidad de la pensión es compensatoria o reequilibradora, pero no busca evitar un desequilibrio económico entre los cónyuges a lo largo de toda su vida como si la crisis matrimonial no hubiera tenido lugar, entre otras razones, porque entre ellos ya no hay vínculo alguno que permita a uno de ellos ser partícipe de los recursos económicos del otro (DE LA HAZA DÍAZ, 1989, pp. 44-45). Muy al contrario, se trata simplemente de que, en el momento de la separación o divorcio, uno de los cónyuges no se vea en una situación de vulnerabilidad económica con respecto al otro.

Hasta aquí la finalidad de la pensión compensatoria, pero, ¿cuál es realmente su razón de ser? Es decir, ¿cuál es el motivo de que, producida la ruptura del

matrimonio, uno de los cónyuges deba compensar al otro? Es cierto que uno de los esposos puede quedar notablemente empeorado en términos económicos, pero, ¿por qué ha de recibir una compensación de su expareja cuando ya no hay nada que les una? Lo único que podría seguir vinculándoles sería la existencia de hijos en común, pero hay que recordar que en favor de estos ya se establece la pensión de alimentos. Dicho de otro modo, ¿por qué el desequilibrio económico debe tener una respuesta jurídica en forma de pensión compensatoria? La cuestión no es baladí y la respuesta dista de ser sencilla, pues el efecto de la pensión es un tanto contradictorio con el de la separación o divorcio. En efecto, con independencia de que la compensación tenga carácter temporal o vitalicio -aunque todavía más en este último caso-, su articulación implica, de alguna forma, que los efectos del vínculo conyugal, a pesar de haber sido disuelto, aún no han cesado, de tal manera que, aunque el matrimonio ya no exista, los exesposos van a seguir teniendo, en cierto modo, un punto de unión, la pensión (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2007, p. 187). En este sentido, una parte de la doctrina habla de una cierta "solidaridad post conyugal" (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 1997, p. 16; ROCA TRÍAS, 1999, pp. 187, 190-191), mientras que otro sector encuentra el fundamento de la pensión compensatoria en el enriquecimiento injusto o sin causa (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2005, pp. 194-199). Algunos autores, por su parte, se decantan por la responsabilidad por daños, entendiendo por tales la pérdida de ventajas o nivel de vida que sufre uno de los cónyuges en el momento de la ruptura matrimonial (DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 303).

III. PROCEDENCIA DE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO: REQUISITOS.

El párrafo primero del artículo 97 del Código Civil contiene los presupuestos de la pensión compensatoria, que pueden resumirse en los cuatro siguientes:

I. Que uno de los cónyuges sufra un desequilibrio económico con respecto a la posición del otro.

El primer requisito que ha de cumplirse para poder reconocer el derecho a la compensación es la constatación de un desequilibrio económico que afecta a uno solo de los cónyuges y que lo coloca en una peor posición que al otro. Esta dispar situación debe darse necesariamente, pues si ambos cónyuges resultan perjudicados en la misma medida, no habrá desequilibrio y, en consecuencia, no podrá estimarse procedente la pensión compensatoria. Tampoco es posible acordar la pensión cuando la capacidad económica de los cónyuges sea tal que puedan continuar de manera autónoma con el tenor de vida que tenían constante matrimonio, con independencia de que el patrimonio de cada uno de ellos sea muy distinto (*vid.* SAP Madrid 21 junio 2005, JUR 2005, 221377); o cuando su capacidad económica sea similar; o cuando los cónyuges ejercen la profesión para la que están cualificados (véase la STS 22 junio 2011, RJ 2011, 5666); o cuando el

nivel de vida del potencial beneficiario de la pensión se ha visto elevado tras la ruptura matrimonial (BERROCAL LANZAROT, 2016, p. 22).

En cualquier caso, el desequilibrio económico ha de ser apreciado en el momento de la ruptura del vínculo conyugal (*vid.* al respecto, la STS 9 febrero 2010, RJ 2010, 526) y debe ser originado precisamente por la situación de crisis matrimonial, sin que pueda reconocerse el derecho a la compensación por razón de circunstancias que tengan lugar con posterioridad si no habrían concurrido en el momento de la separación o divorcio. Por tanto, la situación de desequilibrio debe constatarse teniendo en cuenta la posición económica en la que se encontraba el cónyuge potencialmente beneficiario de la pensión constante matrimonio y comparándola con la del otro, lo que explica que no se entre a valorar las necesidades personales, sino la existencia o no de una situación económica inferior a la que tenía durante el matrimonio poniéndola en relación con la del cónyuge que pudiera ser deudor de la pensión (véase la STS 3 octubre 2008, RJ 2008, 7123). Especial trascendencia tiene, en este sentido, la STS 16 diciembre 2015 (RJ 2015, 5887), que ha marcado un antes y un después en lo que se refiere a las circunstancias que han de valorarse para determinar la concurrencia o no desequilibrio -y, en su caso, la cuantía y temporalidad de la pensión-, pues, por primera vez, considera relevante a estos efectos el periodo de convivencia inmediatamente anterior al matrimonio.

El problema se plantea cuando no se coordinan el momento de efectividad del derecho a la compensación y el instante en que empieza el desequilibrio, de tal modo que la pensión se solicita una vez transcurrido un largo periodo de tiempo (p. ej. porque se ha producido previamente una separación de hecho), pues en esos casos lo habitual es que el Tribunal no conceda la pensión compensatoria (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 1997, pp. 61-62). Luego, la coordinación entre el momento de la ruptura del vínculo matrimonial y el de efectividad del derecho a la compensación es fundamental, sobre todo, cuando la situación económica del cónyuge potencialmente obligado a abonarla sufre un notable empeoramiento. Así, cuando tiene lugar una separación en la que no se ha acordado pensión y, posteriormente, un divorcio y, en el momento en que este se solicita, se constata la existencia de un desequilibrio económico, este debe ser tenido en cuenta. En este sentido, hay que tener presente que, aunque, con carácter general, el divorcio supone la consolidación de los efectos de la separación, no siempre tiene por qué ser así. El divorcio da lugar a una situación nueva, la disolución definitiva del vínculo matrimonial, y sus efectos -que no tienen por qué coincidir con los de la separación- se desplegarán una vez que la sentencia de divorcio adquiera firmeza. Se trata de dos procedimientos distintos, por lo que las medidas adoptadas en la separación -entre ellas, la de la pensión compensatoria- no necesariamente tienen que ser aceptadas por la sentencia de divorcio, pudiendo ser replanteadas si las circunstancias han sido modificadas (*vid.* STS 23 noviembre 2011, RJ 2012, 566).

2. Que la situación económica de uno de los cónyuges haya sufrido un empeoramiento en relación con la que tenía constante matrimonio.

A diferencia del modo en que había de proceder para estimar cumplido el anterior presupuesto, lo que se ha de comparar aquí no es la situación de un cónyuge con respecto a otro, sino con relación a su propia situación durante el matrimonio, esto es, antes de que se produjera la ruptura conyugal. Para ello, habrá de observarse si el cónyuge potencialmente beneficiario de la pensión ha sufrido una disminución relevante en el nivel de vida del que disfrutaba constante matrimonio (en este sentido, la STS 3 octubre 2008, RJ 2008, 7123). Por tanto, si ambos cónyuges tienen capacidad económica suficiente para que el tenor de vida que llevaban durante el matrimonio se mantenga tras la ruptura en similares términos, ninguno de los dos tendrá derecho a la compensación, y ello aunque el patrimonio de uno de ellos sea notablemente distinto al del otro (*vid.* STS Cataluña 26 mayo 2005, RJ 2005, 10277).

3. Que haya recaído una resolución firme de separación y divorcio.

Otro de los requisitos que debe darse para poder apreciar la procedencia de la pensión compensatoria es que se haya dictado una sentencia de separación o de divorcio. Al tratarse de procedimientos diferentes, es posible que, a pesar de no haberse acordado el derecho a la compensación en la separación, se establezca en el proceso de divorcio. Como se ha señalado *supra*, con el divorcio se origina una situación nueva y distinta que tendrá carácter definitivo una vez que la sentencia sea firme, momento en el que se producirán sus efectos. Por tanto, si se observa un cambio de circunstancias que lo hagan conveniente, cabe la posibilidad de adoptar medidas diferentes a las tomadas en la separación (véase la ya citada STS 23 noviembre 2011, RJ 2012, 566).

Distinto es que, una vez tenga lugar la ruptura, no se solicite la pensión compensatoria y, después de un amplio periodo de tiempo durante el que los cónyuges hayan llevado "vidas económicas independientes", se acuda al proceso de divorcio para solicitar la pensión. En este caso, el derecho a la compensación no podrá reconocerse, en tanto que no puede argumentarse que la separación o divorcio haya sido la causa del empeoramiento en la situación económica anterior en el matrimonio de quien solicita la pensión (*vid.* STS 3 junio 2013, RJ 2013, 4366). Lo determinante para negar la pensión no es, por tanto, el tiempo que se prolongue la separación de hecho sin mediar la solicitud, sino la vinculación económica que hayan tenido los cónyuges a lo largo de ese periodo, pues si han sido capaces de subsistir con sus propios recursos económicos y llevar un tenor de vida similar al que disfrutaban constante matrimonio, es claro que no puede apreciarse la existencia de un desequilibrio económico en el momento de la

ruptura conyugal (véanse la SAP 24 abril 2015, JUR 2015, 166082; y la SAP Islas Baleares 4 septiembre 2015, JUR 2015, 233247).

Con todo, hay que tener presente que, acordada la pensión compensatoria en el proceso de separación, esta puede quedar extinguida en el posterior juicio de divorcio si desaparecen las circunstancias que determinaron la concurrencia de la situación de desequilibrio económico que, a su vez, motivó la procedencia del derecho a la compensación (*vid.* STS 10 diciembre 2012, RJ 2013, 202). Pero si la pensión ha sido negada en el procedimiento de separación, no podrá ser acordada en el posterior proceso de divorcio, pues ya con la separación tuvo lugar el momento de referencia del desequilibrio económico, esto es, el de la ruptura matrimonial (véase la SAP Murcia 13 octubre 2009, JUR 2009, 459451).

Por último, es preciso señalar que el artículo 97 del Código Civil se rige por el principio de autonomía de la voluntad, lo que convierte a la pensión compensatoria en un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Esto significa que no puede ser acordada de oficio, siendo su concesión únicamente posible si el cónyuge que estima empeorada su posición económica la solicita. Como no puede ser de otra manera, este carácter dispositivo implica también la facultad de renunciar al derecho a la compensación (*vid.* STS 20 abril 2012, RJ 2012, 5911).

4. Que la separación o el divorcio sea causa directa del desequilibrio económico.

El cuarto requisito que debe concurrir para poder estimar la procedencia de la pensión compensatoria es que exista una relación de causalidad entre la separación o divorcio y el desequilibrio, de tal forma que este se haya originado como consecuencia de la situación de crisis matrimonial (véase la SAP A Coruña 29 marzo 2000, JUR 2001, 90851).

IV. EL POSIBLE CARÁCTER TEMPORAL DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Tanto el Tribunal Supremo (SSTS 10 febrero 2005, RJ 2005, 1133; y 28 abril 2005, RJ 2005, 4209) como el legislador español -a través de la nueva redacción dada al artículo 97 CC por la Ley 15/2005, de 18 de julio- han reconocido la posibilidad, en función de las concretas circunstancias del caso, de que la pensión compensatoria tenga una duración temporal limitada y no únicamente carácter indefinido. Ahora bien, para determinar la temporalidad de la pensión el órgano competente debe realizar un juicio prospectivo en el que ha de valorar, no sólo los factores enumerados en el citado artículo 97 CC -que, además, no son *numerus clausus*-, sino también la capacidad del cónyuge beneficiario de superar la situación de desequilibrio originada por la ruptura matrimonial en un determinado periodo de tiempo, incluida la factibilidad del carácter temporal de la pensión en términos de oportunidades laborales y económicas.

La importancia de realizar el referido juicio prospectivo con “prudencia, ponderación y criterios de certidumbre” es tal que, a pesar de que la decisión del órgano de apelación sobre el carácter temporal o indefinido de la pensión debe ser respetada por el Tribunal de casación -siempre que para la determinación de su procedencia y duración se haya tenido en cuenta la lista abierta de factores que recoge el artículo 97 CC-, es posible la revisión casacional cuando el *iter* decisorio se revele ilógico o irracional en relación con las circunstancias específicas del caso o contrario a los parámetros apuntados por la jurisprudencia (BERROCAL LANZAROT, 2016, pp. 37-38). Por tanto, cabe la posibilidad tanto de que la vigencia de la pensión cambie de temporal a indefinida (*vid.* STS 6 julio 2020, RJ 2020, 2315), como de que ocurra justo a la inversa (véase la STS 25 noviembre 2021, RJ 2021, 5142, aquí comentada, en la que se fija como temporal la pensión que había sido establecida como indefinida por la Audiencia Provincial).

Habitualmente, la doctrina y la jurisprudencia justifican el carácter temporal de la pensión apoyándose en circunstancias como la edad del cónyuge beneficiario (persona joven o de mediana edad), su elevada cualificación profesional y las posibilidades de encontrar un empleo. En cambio, para argumentar la procedencia del carácter indefinido de la compensación aluden a la avanzada edad del cónyuge beneficiario, su escasa o nula formación, la dificultad para insertarse o reincorporarse al mercado laboral y la falta de desempeño de actividad remunerada alguna (BELIO PASCUAL, 2013, pp. 190 a 197; SSTS 3 julio 2014, RJ 2014, 4254; 8 septiembre 2015, RJ 2015, 3978; y 25 noviembre 2021, RJ 2021, 5142, objeto del presente comentario).

V. FACTORES QUE INFLUYEN EN LA CUANTIFICACIÓN DE LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO.

El párrafo segundo del artículo 97 del Código Civil establece las circunstancias que han de tenerse en cuenta para la determinación de la cuantía de la pensión por desequilibrio, a saber: “1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges” (*vid.* SSTS 25 marzo 2014, RJ 2014, 5187; y 24 junio 2015, RJ 2015, 2657); “2.ª La edad y el estado de salud” (véase la SAP Albacete 29 abril 2005, JUR 2005, 113445); “3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo” (*vid.* SSTS 3 junio 2020, RJ 2020, 1598; 13 julio 2020, RJ 2020, 2502; 22 octubre 2020, RJ 2020, 3847; y 25 noviembre 2021, RJ 2021, 5142, aquí comentada); “4.ª La dedicación pasada y futura a la familia” (véase la SAP Murcia 25 enero 2008, JUR 2008, 208456); “5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge” (*vid.* SAP Ávila 14 marzo 2002, JUR 2002, 128887); “6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal” (véase la SAP Madrid 23 mayo 2007, JUR 2007, 312997); “7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión”; “8.ª El caudal y los medios

económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge” (vid. la SAP Murcia 17 septiembre 2007, JUR 2008, 35632); “9.ª Cualquier otra circunstancia relevante”. Esta última supone que no nos encontramos ante una lista cerrada de criterios, sino que podrá utilizarse cualquier otro que el juzgador estime oportuno. Así, por ejemplo, una de las circunstancias que suelen tomar en consideración los Tribunales a la hora de establecer la procedencia de la pensión compensatoria y su cuantía es el régimen económico que ha regido el matrimonio, y ello no solo porque la cantidad de bienes recibida pueda ser determinante para dilucidar la existencia de un desequilibrio económico, sino porque también es posible que, habida cuenta de la concurrencia de un desequilibrio en el momento de la ruptura del vínculo conyugal, este se vea compensado notablemente (vid. la STS 19 enero 2010, RJ 2010, 417; y, más recientemente, la STS 25 noviembre 2021, RJ 2021, 5142, objeto de este comentario).

Todos estos criterios únicamente serán ponderados por el Juez en caso de que los cónyuges no hayan llegado a un acuerdo sobre la cuantía de la pensión compensatoria, siendo lo habitual el establecimiento una cantidad de dinero fija que deberá ser abonada periódicamente, normalmente, con carácter mensual. Con todo, hay sentencias en las que se ha atendido a los ingresos extraordinarios del cónyuge obligado al pago de la pensión y la coincidencia de estos con épocas del año en las que se suelen tener mayores gastos. Por lo que se refiere al importe de la compensación, su fijación se puede hacer bien aplicando a los ingresos del cónyuge deudor un cierto porcentaje, bien con relación a una cantidad determinada (véase la SAP A Coruña 7 marzo 2016, JUR 2016, 88603). Si el convenio regulador o la resolución judicial no establecen nada acerca del momento del pago, por analogía con la pensión de alimentos (art. 148-II CC), se verificará por meses anticipados (en este sentido, GARCÍA VARELA, 2000, p. 141; ROCA TRÍAS, 1999, p. 407).

Al tratarse de una prestación patrimonial, acordada la pensión y determinado su importe, a menos que sea sustituida en virtud de pacto entre las partes, el cónyuge deudor será condenado al pago de una cantidad líquida, pudiendo acudir a la vía ejecutiva para hacerla valer, pues la concesión de la pensión compensatoria es título habilitante para ello (LACRUZ BERDEJO, 2008, p. 106). En principio, la cuantía de la pensión será la fijada por el tribunal de instancia, y solo en caso de que se revele ilógica o arbitraria podrá ser revisada por el órgano de casación (BERROCAL LANZAROT, 2016, p. 46; STS 5 abril 2016, RJ 2016, 4284).

Finalmente, resulta conveniente señalar que el derecho a la compensación no está previsto para las parejas o uniones de hecho, quedando a salvo la posibilidad de que, en el supuesto de que las circunstancias de dicha pareja o unión hagan que uno de sus miembros resulte económicamente perjudicado, este se dirija contra el otro para que le indemnice (vid. SAP Segovia 19 febrero 2015, JUR 2015, 94430).

En suma, en los casos de disolución de unión o pareja de hecho, se pone la vía resarcitoria a disposición del miembro de la pareja que ha sufrido un desequilibrio económico con respecto a la posición del otro, viendo así empeorada su situación económica con relación a la que tenía antes de la ruptura (BERROCAL LANZAROT, 2016, p. 47).

VI. AUMENTO, REDUCCIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

I. Aumento y reducción de la pensión.

La cuantía y duración de la pensión compensatoria se establecen en virtud del tiempo que se considera necesario para superar la situación de desequilibrio económico, con lo que, ante variaciones de este, la pensión puede ser modificada tanto al alza como a la baja. Así, cuando las condiciones económicas del deudor de la pensión hayan mejorado o empeorado por el paso del tiempo o por circunstancias acontecidas después de haberse disuelto el matrimonio, la pensión compensatoria podrá ser revisada (art. 100 CC). Pero para que pueda ser modificada la pensión, no es suficiente con que se produzca una variación cuantitativa (STS 25 marzo 2014, RJ 2014, 2489), sino que esta debe revestir suficiente entidad (por ejemplo, que el deudor esté en paro o en situación de incapacidad laboral, o que el beneficiario haya visto mejorada en gran medida su situación patrimonial) (vid. SSTS 3 octubre 2008, RJ 2008, 7123; 27 octubre 2011, RJ 2012, 1131; 24 noviembre 2011, RJ 2012, 573; 2 junio 2015, RJ 2015, 4281; y 17 junio 2015, RJ 2015, 2761).

Ahora bien, si en el momento de la ruptura del vínculo conyugal no se entiende existente el desequilibrio y, posteriormente, la situación económica del deudor experimenta una notable mejora, no podrá concederse el derecho a la compensación, pues el momento de referencia del desequilibrio es el de la ruptura matrimonial, y si ahí no se estimó procedente la pensión, el derecho a esta no puede nacer posteriormente. Por el mismo motivo, tampoco podrá modificarse la pensión cuando las circunstancias que alteran la fortuna del deudor son ajenas a la situación anterior a la separación o divorcio por cuya causa se genera el desequilibrio económico (p. ej. premio de lotería, herencia, etc.) (ROCA TRÍAS, 1999, p. 409; en la misma línea, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2006, p. 126).

2. Extinción de la pensión.

Las causas de extinción de la pensión compensatoria se encuentran recogidas en el artículo 101 del Código Civil y solo resultan de aplicación cuando se haya determinado su abono de manera periódica, con carácter temporal o indefinido. Por tanto, cuando la pensión se haya concretado en prestación única no entrarán en juego estas circunstancias.

En primer lugar, el derecho a la compensación se extingue cuando se entiende inexistente el desequilibrio económico que se generó como consecuencia de la separación o divorcio, bien porque se haya superado, bien porque haya desaparecido. Para comprobarlo, no se comparan simplemente las condiciones económicas del beneficiario de la pensión con las del deudor, sino que se verifica si la situación económica actual del excónyuge acreedor de la pensión es tal que se puede afirmar que el desequilibrio ha cesado (*vid.* STS 23 enero 2012, RJ 2012, 1900). Esto puede obedecer a múltiples causas: estabilidad laboral e ingresos recurrentes, percepción de una indemnización o pensión, adquisición de una herencia, recepción de una donación, obtención de una cualificación profesional inexistente en el momento de la ruptura del vínculo matrimonial, menor tiempo de dedicación al cuidado de los hijos o disminución de sus obligaciones económicas y financieras (BERROCAL LANZAROT, 2016, pp. 52-53; STS 25 noviembre 2011, RJ 2012, 575). Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia dominante, no basta que el beneficiario de la pensión desempeñe una actividad retribuida para que aquella se extinga, sino que será preciso tomar en consideración los ingresos que percibe por dicha actividad, los cuales han de ser, además, regulares, sin que ello implique necesariamente que el trabajo sea fijo, pudiendo, por tanto, alternarse altas y bajas laborales (véanse la SAP Salamanca 17 febrero 2016, JUR 2016, 58472; y la SAP Granada 5 febrero 2016, JUR 2016, 113542). En caso de que dichos ingresos sean mínimos, no podrá extinguirse el derecho a la compensación si esta es un complemento vital para que las necesidades básicas del acreedor de la pensión estén satisfechas (*vid.* SAP Madrid 14 abril 2011, JUR 2011, 249706). En definitiva, la clave para poder considerar que el beneficiario de la pensión ha superado la situación de desequilibrio inicial es que sus ingresos le permitan ser económicamente independiente del excónyuge deudor (véanse las SSTS 20 diciembre 2012, RJ 2013, 380; 20 junio 2013, RJ 2013, 4377; y 26 marzo 2014, RJ 2014, 1935).

Otro de los motivos por los que puede haberse restablecido el equilibrio entre ambos excónyuges es el empeoramiento de las condiciones económicas del obligado a abonar la pensión (*vid.* SAP Sevilla 16 febrero 2011, JUR 2011, 218120). Esto puede estar ocasionado por circunstancias muy variadas: situación de desempleo (véase la SAP Murcia 18 octubre 2010, JUR 2010, 412061), malos resultados del negocio que regentaba (*vid.* SAP Castellón 10 febrero 2015, AC 2015, 497), jubilación (véase la SAP Madrid 26 marzo 2009, JUR 2009, 232973), incapacidad laboral o incremento de los gastos derivado de un aumento de la familia (*vid.* SAP Burgos 20 noviembre 2003, JUR 2004, 50615).

Existe, asimismo, un último supuesto en el que puede afirmarse que la situación de desequilibrio ha cesado, a saber, cuando el cónyuge acreedor de la pensión ve acrecentada su fortuna y, al mismo tiempo, el cónyuge deudor ve empobrecida

la suya. En este caso, es la similitud entre los recursos económicos de ambos excónyuges lo que justifica la extinción del derecho a la compensación (véase la SAP Burgos 23 diciembre 2015, JUR 2016, 36462).

Pero el cese de la causa que motivó el derecho a la compensación no es el único supuesto de extinción que contempla el párrafo primero del artículo 101 del Código Civil. De acuerdo con el citado precepto, la pensión compensatoria también se extingue si el cónyuge beneficiario vuelve a casarse (*vid.* STS 14 abril 2010, RJ 2011, 7421), con independencia de que la ceremonia sea religiosa o civil, si bien en el primer caso su eficacia y validez deberá ser reconocida civilmente. La razón de que esta circunstancia sea causa de extinción del derecho a la compensación es que carecería de lógica que, teniendo ya el excónyuge acreedor un nuevo consorte, este último se beneficiara de la pensión abonada por el exesposo de aquel. Además, del vínculo entre el excónyuge acreedor de la pensión y su ahora consorte nace un nuevo deber de socorro que hace que la posición económica de aquel se vea reequilibrada.

El artículo 101.I del Código Civil cierra la enumeración de causas de extinción del derecho a la compensación con la relativa a la convivencia marital del beneficiario con otra persona, que no es más que una presunción de situación económica equivalente a la del matrimonio. Este supuesto ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha afirmado que debe tratarse de una relación afectiva de pareja estable y permanente, con independencia de que sus miembros sean del mismo o de distinto sexo y de que la convivencia haya tenido lugar o no de forma continuada bajo el mismo techo (BERROCAL LANZAROT, 2016, p. 54; SSTS 9 febrero 2012, RJ 2012, 2040; y 28 marzo 2012, RJ 2012, 5591).

VII. CONCLUSIONES.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, bien puede entenderse que el Tribunal Supremo, en la Sentencia 25 noviembre 2021 (RJ 2021, 5142), aquí comentada, se ajusta plenamente a los criterios adoptados por la jurisprudencia, pues, a diferencia de la Audiencia Provincial, el Alto Tribunal toma en consideración, no sólo la edad, ausencia de enfermedades y cualificación profesional de la demandante, sino también el reparto de bienes que los cónyuges habían hecho en el momento de la separación y antes de la presentación de la demanda de divorcio, entre los que se encontraba el dinero de una cuenta bancaria. Y parece claro que el hecho de que a Dña. Tania le correspondiese una importante suma de dinero equivalente a un sueldo de más 4.000 euros mensuales durante 10 años, así como que quedasen por liquidar inmuebles por un valor cercano al millón de euros no puede sino influir de forma determinante en la fijación de la pensión.

Dado que, en el momento de la ruptura, la demandante -que dejó de trabajar para dedicarse al cuidado de la familia- no desempeñaba actividad retribuida alguna, mientras que el demandado percibía elevados ingresos por prestar sus servicios para el Banco Santander en el extranjero, no cabe duda de que se ha producido un desequilibrio económico determinante de una pensión compensatoria a favor de la exesposa. Pero lo que se discute en este caso no es si hay o no derecho a la compensación, pues las circunstancias concurrentes evidencian que sí lo hay. Lo relevante aquí es su cuantía y, sobre todo, su duración.

Como afirma el Tribunal Supremo, “la atribución en plena propiedad de un patrimonio importante es un elemento objetivo y cierto que es relevante a efectos de ponderar el alcance de la situación de desequilibrio que la ruptura ha generado en la esposa y las posibilidades de superarlo”. Sin embargo, incomprensiblemente, la Audiencia Provincial no tiene presente esta circunstancia a la hora de fijar ni la cuantía de la pensión ni su carácter temporal o indefinido, como tampoco pondera otros factores de manera proporcional a las circunstancias acreditadas.

Es claro que el amplio periodo de tiempo durante el que Dña. Tania dejó de trabajar fuera de casa (transcurridos unos años desde la celebración del matrimonio, incluidos periodos en los que la familia residió fuera de España), sumado a su consecuente falta de desarrollo profesional e integración y formación laboral, han provocado una situación de desequilibrio económico en el momento de la ruptura conyugal. Pero, como sostiene el Tribunal Supremo, atendiendo a la mediana edad de la actora, su elevada cualificación profesional, su buen estado de salud y la edad de sus hijos -que, al no ser muy pequeños, no requieren ya una atención tan intensa de la madre-, es difícil creer que la única manera de corregir el desequilibrio generado por la crisis matrimonial sea la fijación del carácter vitalicio de la pensión como reconoció la Audiencia. En efecto, teniendo en cuenta esas circunstancias, no resulta ilógico pensar que, en un futuro no muy lejano, Dña. Tania pueda procurarse autónomamente los medios económicos necesarios para subsistir, sin necesidad de depender económicamente de su exmarido, prescindiendo, por tanto, de la pensión compensatoria.

No solo no puede pasarse por alto que su alta formación y nivel de inglés son susceptibles de actualización y adaptación a las demandas actuales de empleo, facilitando así su reinserción en el mercado laboral y haciendo que el desequilibrio sea superable, sino que, además, la demandante tiene a su entera disposición la cantidad de 503.874,97 euros, con la que incluso podría emprender un negocio propio. De esta manera, si Dña. Tania así lo deseara, ni siquiera tendría que buscar trabajo, pues su cualificación profesional y el montante recibido como consecuencia del reparto de bienes le capacitan perfectamente para gestionar autónomamente sus oportunidades e independizarse económicamente de su exesposo. Es cierto

que la situación actual del mercado laboral es complicada y que la actora tiene ya 52 años, pero se trata de una mujer licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales y bilingüe, con más de medio millón de euros en metálico, con los que bien puede subsistir mientras encuentra un empleo, bien puede invertirlos en crear su propia empresa. No se entiende cómo, dadas esas circunstancias y otras tantas favorables a la temporalidad de la pensión, la Audiencia Provincial opta por establecer su carácter indefinido.

Por todo ello, la decisión del Tribunal Supremo merece un juicio eminentemente favorable, tanto en lo que se refiere a la cuantía de la pensión como en lo que concierne a su duración. Respecto al primer extremo, considerando el cuantioso reparto de bienes que llevaron a cabo los cónyuges antes de presentar la demanda de divorcio, la reducción de los ingresos del exmarido y su obligación de asumir, no sólo la pensión de alimentos de 2.000 euros mensuales, sino también los 1.800 euros al mes de educación privada, parece claro que la fijación del derecho a la compensación en 1.000 mensuales está sobradamente justificada. Si bien se mira, el importe de 2.000 euros al mes que estableció la Audiencia resulta excesivo, pues ya incluso sumando a los 1.000 euros mensuales de pensión compensatoria el resto de gastos que tiene que afrontar el exesposo, este se queda con menos de la mitad de su sueldo. En cuanto a la duración de la compensación, es evidente que su carácter temporal resulta mucho más acorde con las circunstancias y oportunidades laborales y económicas de la excónyuge beneficiaria -que no son pocas- y, en consecuencia, con las posibilidades de superación de la situación de desequilibrio generada por la ruptura del vínculo matrimonial. Una vez más y, como viene haciendo en los últimos años, la jurisprudencia demuestra que la temporalidad de la pensión no sólo es posible, sino que, en muchos casos, es hasta más apropiada.



PRETERICIÓN DE LEGITIMARIOS Y DERECHO
TRANSITORIO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TSJ
PAÍS VASCO DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2022*

*THE OVERRIDING OF FORCED HEIRS (“PRETERICIÓN”) AND THE
TRANSITIONAL PROVISIONS. A COMMENTARY ON THE BASQUE
COUNTRY’S HIGH COURT OF JUSTICE’S JUDGEMENT, OF 17
NOVEMBER 2022*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 390-405

* Este trabajo se enmarca en el ámbito del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT1445-22 Persona, familia y patrimonio, del que es investigador principal el autor.

Gorka GALICIA
AIZPURUA

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: En este trabajo se analiza críticamente la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJPV:2022:2805), por la que se considera que la preterición es una figura que, aunque tenga relación directa con la legítima, afecta a las condiciones de validez del testamento y de la institución de heredero, razón por la cual su régimen viene determinado, en caso de conflicto temporal de normas, por la ley aplicable al momento de otorgamiento de aquel y no, entonces, por la que esté vigente al instante del fallecimiento del causante.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil vasco; legítima; preterición; Derecho transitorio.

ABSTRACT: *This paper provides a critical analysis of the jurisprudence contained in the Basque Country's High Court of Justice's judgment of 17 November 2022 (ECLI:ES:TSJPV:2022:2805), which has found that overriding a forced heir ("preterición") is a legal institution which, whilst directly related to the system of force shares, affects the requirements for a valid will and for the appointment of an heir, which is why, should there be a conflict, its regime shall be determined by the law applicable at the time the will was made and not, therefore, by the law applicable at the time the deceased died.*

KEY WORDS: Basque civil law; forced share; overriding a forced heir; transitional provisions.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO:
I. EL CAMBIO NORMATIVO PROPICIADO EN MATERIA DE LEGÍTIMAS POR LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL VASCO.- II. EL TRATAMIENTO DE LA PRETERICIÓN EN LA LDCV.- III. PRETERICIÓN Y DERECHO TRANSITORIO: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TSJPV.- IV. EL CONTRAPUNTO: LA RDRGN DE 12 DE JUNIO DE 2017. CRÍTICA DE AQUELLA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- V. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN: LA VECINDAD CIVIL DEL CAUSANTE EN EL CASO DE AUTOS.

SUPUESTO DE HECHO

Una persona otorgó testamento conforme a Código Civil en julio de 1994, testamento en el que instituyó heredero a su único hijo habido de su primer matrimonio. Posteriormente, nacieron otros dos hijos más (en 2003 y 2005) fruto de sucesivos matrimonios. En septiembre de 2016 el testador falleció sin haber otorgado más disposiciones de última voluntad y con vecindad civil vasca, al haberse abierto su sucesión tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (disposición transitoria séptima; en adelante, LDCV). Los hermanos del instituido demandaron a este último al considerar que habían sido intencionalmente preteridos, por lo que solicitaban la declaración de la nulidad de la institución de heredero con base en el artículo 814 del Código Civil. El demandado, por el contrario, defendió la validez de su institución al considerar de aplicación al supuesto, como consecuencia del cambio normativo acaecido, el artículo 48.4 LDCV, conforme al cual la preterición, sea o no intencional, de un heredero forzoso, equivale a su apartamiento o exclusión de la sucesión. El juzgado de primera instancia estimó la demanda en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2020, sentencia que fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa mediante resolución dictada el 22 de marzo de 2022.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La preterición del heredero forzoso, aunque sea una institución relacionada con la legítima, es una figura que tiene que ver con su designación en testamento, debiendo analizarse desde la perspectiva de la voluntad del testador. Ello conduce a que le resulte de aplicación, en el ámbito de los conflictos normativos temporales, la ley vigente en el momento del otorgamiento, con independencia de las consecuencias que produzca en el orden sucesorio, que no necesariamente conllevan en todos los casos el respeto a la legítima del preterido y por tanto su

• Gorka Galicia Aizpurua

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Es miembro de la Comisión de Derecho civil vasco y responsable de la sección de Derecho civil vasco en el Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE). Ha dirigido y ha sido partícipe en diversos contratos y proyectos de I+D+i, tanto estatales como autonómicos. Su campo de investigación se centra preferentemente en el Derecho civil patrimonial en general: obligaciones, contratos, garantías, derechos reales, sucesiones. ORCID ID: 0000-0002-4836-5864. Correo electrónico: gorka.galicia@ehu.eus.

restablecimiento -en la regulación más amplia y detallada que se contiene en el Código Civil, puesto que en la LDCV la preterición es equivalente al apartamiento-, pudiendo generar otros efectos distintos.

Además, desde la perspectiva interpretativa de la voluntad testamentaria, no existe duda de que la preterición en el supuesto de autos es de carácter no intencional porque los preteridos nacieron con posterioridad al otorgamiento del testamento y ello con independencia de las posibilidades que hubiese tenido el causante para haber dictado un nuevo testamento. Esta tesis es acorde con la STS de 23 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:306), que señaló que “en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada *ex re ipsa*. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento”.

En conclusión, cabe fijar como doctrina casacional que una interpretación integrada de las disposiciones transitorias 2ª y 12ª del Código Civil por remisión de la disposición transitoria 1ª de la LDCV implica que las circunstancias del testamento -incluyendo no solo la validez del testamento desde una perspectiva formal, sino todo lo relativo a la validez de la institución de heredero incluida la preterición- deben ser analizadas a la luz de la ley vigente en el momento de su otorgamiento, salvo en lo que a las legítimas -y el reparto y adjudicación de la herencia se refiere-, en que será de aplicación la LDCV, vigente en el momento del fallecimiento del causante.

COMENTARIO

I. EL CAMBIO NORMATIVO PROPICIADO EN MATERIA DE LEGÍTIMAS POR LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL VASCO.

La entrada en vigor el 3 de octubre de 2015 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV), ha generado algunos enjundiosos conflictos intertemporales en materia de sucesión forzosa, y es precisamente uno de ellos el que trata la sentencia aludida en el título.

Como se sabe, la LDCV, además de establecer por fin un ordenamiento sucesorio aplicable en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, estrenó un nuevo régimen legitimario que vino a sustituir a los cuatro anteriormente coexistentes en Euskadi, diversidad que provenía de la simultánea vigencia en su seno de dos normas bien conocidas: la Ley de Derecho civil Foral del País Vasco de 1992 (LDCFPV), por un lado, y el Código Civil (CC), por otro. En efecto, mientras en la mayor parte de la CAV regía el esquema del Código, en Gipuzkoa, el Infanzonado vizcaíno y la Tierra de Ayala se aplicaban unos sistemas particulares

y específicos contemplados en aquella Ley autonómica de 1992. De entre estos, solo los dos últimos establecían una regulación completa, ya que el Fuero guipuzcoano se limitaba en realidad a modular y flexibilizar la disciplina legitimaria del CC aplicable por entonces en dicho Territorio Histórico a fin de permitir la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano al causante que así lo deseara.

Tales regímenes (tanto el del CC como los “forales”), como se decía, fueron desplazados por el actualmente contenido en los arts. 47 a 60 LDCV, si bien el desplazamiento no fue total, ya que la Ley de 2015 decidió conservar, en tanto que especialidades, dos de las instituciones más características de los Fueros vizcaíno y ayalés: la troncalidad (art. 70) y la libertad de testar (art. 89) respectivamente.

Si hay algo que destaca del sistema legitimario de la LDCV es la simplicidad de su diseño, pues consiste (arts. 47, 49, 52 y 54), llanamente, en el establecimiento de una legítima colectiva solo en favor de descendientes y por una cuantía muy reducida: un tercio del caudal. Asimismo, y de forma paralela, se reconoce al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho una cuota legitimaria en usufructo y un derecho de habitación sobre la vivienda familiar. Pues bien, de este resumido bosquejo ya se deducen cuáles fueron los cambios más importantes introducidos por la LDCV en comparación a la situación jurídica precedente. Más exactamente, estos se cifraron en:

a) La supresión de la legítima prevista para los ascendientes tanto por el Código Civil (arts. 807 y 809 CC) como por el Fuero vizcaíno de 1992 (arts. 53 y 56 LDCFPV), salvo en lo relativo a los bienes troncales en esta última hipótesis (arts. 63, 66, 67, 69 y 70 LDCV).

b) Una notoria reducción del *quantum* legitimario correspondiente a los descendientes (art. 49 LDCV) respecto del establecido en aquellos dos cuerpos legales (dos tercios en el caso del Código -art. 808 CC- y cuatro quintos en el del Fuero de Bizkaia -art. 55 LDCFPV-).

c) El salto desde un sistema de legítimas individuales y legalmente prefijadas para cada uno de los legitimarios (al menos allí donde regía el Código) a otro de carácter global, es decir, a otro en el que impera una plena libertad de distribución por parte del causante (dentro del propio grupo de sucesores forzosos, se sobreentiende: arts. 48.2 y 51.1 LDCV).

d) La definitiva ampliación de los derechos del cónyuge viudo al miembro superviviente de la pareja de hecho (siempre que esté inscrita en el correspondiente Registro administrativo: art. 47 y disp. ad. 2ª LDCV y art. 3 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho). El ensanchamiento se produjo no solo en sentido subjetivo, sino también objetivo, ya que del usufructo del

tercio de mejora en concurrencia con descendientes previsto en el art. 834 CC se pasó en la LDCV a otro de la mitad del caudal o aun de dos tercios en caso de concurrencia con cualesquiera otros sujetos (art. 52 LDCV). Además, se añadió a esta legítima usufructuaria un derecho real de habitación sobre la vivienda familiar común o privativa del premuerto como derecho sucesorio igualmente necesario (art. 54 LDCV).

La simplicidad de este diseño normativo contrasta, sin embargo, con algunas importantes lagunas detectables en la regulación, así como con el carácter oscuro y sumamente discutible de ciertas soluciones técnicas. Entre las primeras destaca, por ejemplo, la falta de un régimen propio en materia de desheredación (no obstante ser esta una figura mencionada en diversos preceptos -arts. 50 y 108.4 LDCV-) o la ausencia de una regulación específica de las acciones de protección cuantitativa del derecho de los sucesores forzosos (también aludidas en el art. 51.3 LDCV). Entre las segundas, cabe poner el acento en el peculiar régimen (del que luego se hablará) establecido para la preterición (según la misma tenga alcance parcial -art. 48.4 LDCV- o total -art. 51.2 LDCV-) e, igualmente, en la ambigua delimitación de la naturaleza jurídica del derecho legitimario asignado a los descendientes.

Con respecto a esta última cuestión, no estará de más subrayar -ya que es su doctrina jurisprudencial la que da motivo a estas líneas- que la STSJ País Vasco 14 diciembre 2021 (ECLI:ES:TSJPV:2021:2923) ha venido a corroborar la conclusión que, a colación de la RDGRN 4 julio 2019, sostuvimos en su día en la *Tribuna* del Instituto de Derecho Iberoamericano (29 octubre 2019) respecto a la necesidad o no de que los legitimarios presten su consentimiento a la entrega de legados: al ser la legítima vasca una legítima colectiva, no hace falta que presten su anuencia al otorgamiento de la correspondiente escritura de aceptación cuando el beneficiario sea uno de ellos y se encuentre autorizado por el testador para posesionarse de la cosa legada, y sí solo cuando el legatario sea un extraño. La razón estriba en que, al tener el causante una absoluta libertad distributiva dentro del grupo de sucesores forzosos, ninguno de ellos tiene a priori la posibilidad de accionar contra los demás por razón de inoficiosidad.

Más concretamente, afirma la citada STSJPV (FJ 2º) que “la intervención de los legitimarios podría tener sentido si el legado del bien inmueble hubiese sido adjudicado a un tercero no legitimario y dicho legado pudiese mermar sus derechos en cuanto a la legítima colectiva en tanto que con dicho legado se estuviese disponiendo en cuantía superior a los dos tercios de los que libremente pudiese disponer el causante, pero no siendo esta la situación existente no cabe que los legitimarios apartados pudiesen reclamar contra los demás legitimarios por lo que a estos se les haya adjudicado y por esa misma razón no es exigible

el consentimiento de estos para el otorgamiento de la escritura pública. La consecuencia de no ser exigible dicho consentimiento conlleva que hagamos unas consideraciones finales sobre el artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario que desde la perspectiva del Derecho Civil Vasco debe ser entendido en el sentido de que en estas circunstancias en que se ha producido el apartamiento tácito de los demás legitimarios respecto a los bienes inmuebles que no les hubiesen sido adjudicado mediante legado, ello equivale a la inexistencia de legitimarios a los efectos de la inscripción prevista en dicho precepto”.

Así, y a partir de tal razonamiento, la STJPV 14 diciembre 2021 sienta sintéticamente la siguiente doctrina casacional: “Cuando concurren a una sucesión solo legitimarios en su condición de hijos o descendientes en cualquier grado, en relación a los bienes que hubieran sido adjudicados a cada uno de ellos mediante legado, se consideran apartados tácitamente los demás, resultando innecesario el consentimiento de los apartados para el otorgamiento de la escritura pública de manifestación y aceptación de legado cuando el testador haya autorizado al legitimario para posesionarse de la cosa legada”.

II. EL TRATAMIENTO DE LA PRETERICIÓN EN LA LDCV.

El litigio del que se ocupa el TSJPV en la resolución que da pie a estas líneas (STJPV 17 noviembre 2022 -ECLI:ES:TSJPV:2022:2805-) atañe a una materia distinta, pero que es de esas a las que, hemos dicho, el legislador vasco ha dotado de una solución técnica discutible: la preterición.

Para comprender el régimen de la preterición en la LDCV hay que partir de lo establecido en su art. 48.2, en el que se dice que, aunque el causante está obligado en todo caso a satisfacer la porción de un tercio establecida como legítima en favor de sus descendientes, puede, teniendo varios, dejársela solo a alguno o algunos de ellos “y apartar a los demás, de forma expresa o tácita”.

El “apartamiento” es una figura que ya venía contemplada en los Fueros vizcaíno y ayalés de 1992, pero mientras en ellos actuaba a modo de garantía del carácter voluntario y consciente de la exclusión sucesoria de cualquier legitimario por parte del causante, la LDCV ha venido a suprimir esa función natural suya. Esto es así no solo porque según el art. 48.3 LDCV “[/]a omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito” (regla que, aisladamente considerada, bien pudiera interpretarse como una presunción *iuris tantum* en favor del carácter deliberado de la omisión del heredero forzoso), sino porque la preterición no intencional, es decir, la falta de mención de un legitimario en el acto de disposición mortis causa ordenador de la sucesión achacable a un error o un descuido del *de cuius*, no genera efecto alguno y se equipara igualmente con el apartamiento. Y es que, en efecto, el apartado 4 de ese mismo art. 48 prescribe literalmente que “[/]a

preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento".

Es evidente que la solución adoptada por la LDCV, que implica privar al preterido no intencionalmente de toda acción por razón de la omisión, no tiene parangón entre los ordenamientos civiles españoles, ya que todos, a la vista del vicio que la voluntad del causante sufre en estas hipótesis, anudan a ellas alguna consecuencia especial: así, por ejemplo, la nulidad de la institución de heredero (art. 814.II.2.º CC, art. 259 de la Ley de Derecho Civil de Galicia) o la ineficacia del testamento (art. 451-16.2 del Código Civil de Cataluña) o el reconocimiento en favor del preterido del derecho a reclamar una porción igual a la del descendiente menos favorecido por aquel (art. 508.1 del Código de Derecho Foral de Aragón). Por el contrario, nada de esto acontece en la LDCV, al menos cuando la preterición no intencional tenga un alcance parcial, es decir, cuando afecte solo a alguno o algunos de los legitimarios. No obstante, la propia Ley suaviza hasta cierto punto la radicalidad de esta previsión en su art. 51.3, en el que se prescribe que el legitimario apartado tácitamente y, por ende, también el preterido no intencionalmente, conservará sus derechos frente a terceros como exista lesión cuantitativa de la legítima colectiva. Pero, fuera del eventual caso de existencia de disposiciones inoficiosas, el omitido carece de acción alguna.

En cambio, no es esta la solución prevista por el propio legislador vasco para los supuestos de preterición total, es decir, cuando la misma afecte a todos los herederos forzosos, ya que, para ellos, el art. 51.2 LDCV establece la nulidad de todas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial. Ahora, dado que la norma no discrimina, habrá que entender que la regla rige tanto si la omisión total es deliberada como si no. Pues bien, nuevamente sorprende la solución legal, ya que la delación abintestato del entero caudal relicto únicamente tiene pleno sentido en los supuestos de preterición errónea: como el causante no pudo tener en cuenta en el momento de disponer de sus bienes, por error o ignorancia acerca de su existencia, al descendiente o descendientes omitidos, puede resultar coherente ordenar la ineficacia de las instituciones hereditarias o de los legados hechos en favor de extraños con base en la presuposición de que la voluntad del *de cuius* habría sido otra de haber conocido la concurrencia de tal prole (*vid.* arts. 814.II.1.º CC y 508.2 del Código de Derecho Foral de Aragón). Por el contrario, cuando la omisión, aun total, sea deliberada y buscada de propósito por el causante, pierde todo su sentido el establecimiento de un efecto tan radical. Antes bien, en tales casos, parece que sería suficiente con remitir, simplemente, a los legitimarios de grado preferente al ejercicio de las acciones de reducción de liberalidades mortis causa o inter vivos (siempre y cuando hubiera lesión cuantitativa).

III. PRETERICIÓN Y DERECHO TRANSITORIO: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TSJPV.

La STSJPV 17 noviembre 2022 versa sobre el dilema de qué régimen ha de aplicarse a una preterición no intencional, de alcance parcial, acaecida en la sucesión de un causante fallecido con vecindad civil vasca (pues la apertura de la sucesión se produjo el 3 de septiembre de 2016: *vid.* disp. trans. 7ª LDCV) pero con testamento otorgado antes de la entrada en vigor de la LDCV conforme al Código Civil.

Más concretamente, los hechos relevantes son los siguientes:

- El causante había otorgado testamento el 7 de julio de 1994 en el que instituía como heredero al único hijo habido de su primer matrimonio.

- Posteriormente, y tras contraer ulteriores matrimonios, nacieron dos hijos más en los años 2003 y 2005.

- En fecha 3 de setiembre de 2016 falleció, en Donostia-San Sebastián, el causante, siendo su vecindad civil vasca y no constando que hubiera dictado posterior testamento.

- En 2017 el hijo instituido aceptó la herencia, mientras que sus hermanos preteridos interpusieron demanda por la que solicitaron se declarara la nulidad de la institución conforme a lo establecido en el art. 814.II.2.º CC y se abriese la sucesión intestada a fin de dividir el caudal en tres partes iguales. Obviamente, el heredero instituido consideraba que la norma aplicable al litigio era, no el recién citado precepto del Código, sino el art. 48.4 LDCV, de suerte que los hermanos preteridos carecían de acción y no podían reclamar nada. Pues bien, mientras el Juzgado de primera instancia nº 3 de Irún estimó la demanda mediante sentencia 77/2020, de 20 de noviembre, la SAP Gipuzkoa 234/2022, de 22 de marzo (ECLI:ES:APSS:2022:367), revocó dicho fallo y desestimó aquella.

Hay que tener en cuenta, en relación al supuesto litigioso, que, a fin de resolver los conflictos intertemporales que pudieran suscitarse a consecuencia de su entrada en vigor, la LDCV estableció en su disposición transitoria 1ª una remisión a las disposiciones transitorias preliminar, 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 12ª del Código Civil.

De dicha remisión se extraen dos importantes consecuencias:

a) la primera, que los testamentos y demás negocios jurídicos mortis causa otorgados al amparo del Código Civil o, de otro modo, al amparo de la LDCFPV de 1992, por los causantes fallecidos con vecindad civil vasca (es decir, después del

3 de octubre de 2015) son negocios plenamente válidos y eficaces, siempre que, al momento de su celebración, se hayan respetado los requisitos establecidos por tales cuerpos legales (disp. trans. 2ª CC);

b) y, la segunda, que comoquiera que los derechos sucesorios solo se adquieren al momento del fallecimiento del causante (instante en que debe entenderse abierta la sucesión y en el que su patrimonio transmuta en herencia: arts. 17.1 LDCV y 657 CC), la exacta delimitación de estos, tanto si se trata de sucesión forzosa (legítimas) como de sucesión legal (intestada), ha de hacerse en función de la norma vigente en dicho instante: si la apertura de la sucesión del causante en cuestión se produjo antes del 3 de octubre de 2015, aquellos vendrán determinados por el Código Civil o, en su caso, por la LDCFPV; si después, por la LDCV (disp. trans. 12ª CC).

Así lo ha venido a señalar el propio TSJPV en su sentencia de 23 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJPV:2022:1217), en la que afirma (con apoyo en otra anterior de 20 de julio de 2018 -ECLI:ES:TSJPV:2018:2296-) que, a la hora de determinar cuál es la legislación aplicable, hay que diferenciar en la sucesión de todo causante vasco dos hitos fundamentales (FJ 3º): “i) el del momento en que se otorgó el testamento o disposición sucesoria, que ha de regirse por la ley vigente al momento de su otorgamiento y conservará su validez, aunque cambie la ley sucesoria y ii) el del fallecimiento del causante, que determinará la ley reguladora de su sucesión, aunque el testamento o disposición sucesoria se hubiera otorgado con anterioridad. Al respecto, la LDCV, en su disposición transitoria 1ª, dispone que los conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 12ª del Código Civil. En concreto, la disposición transitoria 2ª del Código Civil declara la validez de los actos, contratos y testamentos otorgados con arreglo a la legislación anterior, especificando la disposición transitoria 12ª que la herencia de los fallecidos después de la entrada en vigor, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo a la nueva legislación, cumpliendo, en cuanto la nueva legislación lo permita, las disposiciones testamentarias. Por lo tanto, la LDCV es la que rige la sucesión de las personas con vecindad civil vasca fallecidas a partir del 3 de octubre de 2015, aunque su testamento o donación sea anterior; por su parte, la sucesión de las personas fallecidas antes de dicha fecha se regirá por la ley anterior, aunque la aceptación de la herencia o el documento particional se otorguen con posterioridad”. En conclusión, “la disposición transitoria primera de la LDCV debe interpretarse en el sentido de que la LDCV se aplicará a las sucesiones de los fallecidos con posterioridad a su entrada en vigor a efectos de reparto y adjudicación de la herencia, incluyendo la colación, respetándose, en todo caso, las legítimas previstas en la nueva Ley”.

La STJPV 17 noviembre 2022 objeto de este comentario retoma la doctrina de la resolución anterior para aseverar igualmente (FJ 2º-D) que, al testamento, ha de aplicársele la ley vigente en el momento de su otorgamiento (en el supuesto, el Código Civil), ley que ha de regirlo en su totalidad, pues es la que el testador tuvo en consideración en tal instante. Por el contrario, la LDCV, o sea, la norma vigente a su óbito, es aquella a la que el juzgador ha de atenerse en lo que hace al reparto y adjudicación de la herencia y, “especialmente”, en lo tocante a las legítimas.

En esta perspectiva, asalta no obstante al Tribunal una duda crucial a la hora de determinar cuál es el régimen en el que deba subsumirse la preterición (con independencia de su carácter intencional o no), ya que si, de un lado, existe una posición doctrinal que concibe aquella como una institución propia de la legítima, lo que conduciría a aplicar la disciplina prevista en la LDCV (con la consecuencia de que los hermanos preteridos no podrían reclamar nada en el supuesto de autos: art. 48.4 LDCV), también es posible conceptuarla, al entender de la Sala, como una institución relacionada con la designación del sucesor forzoso en el testamento, “debiendo analizarse desde la perspectiva de la voluntad del testador”, lo que lleva a una solución bien distinta: la de aplicarle la ley vigente al momento del otorgamiento y, por tanto, el Código Civil (con el consiguiente reconocimiento, a los hermanos demandantes, de la posibilidad de solicitar la nulidad de la institución conforme al art. 814.II.2.º CC).

En pro de la primera tesis, invoca el TSJPV la noción misma del instituto, puesto que la preterición no es sino “la omisión de alguno de los herederos forzosos en el testamento sin desheredarlo expresamente, implicando la privación total tácita de la legítima”, así como “su regulación sistemática al estar regulado (*sic*), en el artículo 814 del Código civil dentro de la Sección 5ª bajo el rótulo *De las legítimas* y en los artículos 48 y 51 de la LDCV situados en la Sección 1ª dedicados a la regulación *De la legítima*”.

Sin embargo, y a pesar de la consistencia de los argumentos invocados, no es esta la solución por la que se descarta el Tribunal Superior: muy al contrario, entiende que, comoquiera que es la ley vigente al momento del otorgamiento del testamento la que ha de tomarse en consideración a fin de analizar “todas sus circunstancias”, entre las que se incluye tanto la validez del negocio como la de la propia institución hereditaria, hay que excluir la aplicación de la LDCV y someter la preterición no intencional parcial acaecida en el caso de autos a las previsiones del Código Civil.

De esta guisa la resolución fija como doctrina casacional la siguiente: “Una interpretación integrada de las Disposiciones Transitorias 2ª y 12ª del Código Civil por remisión de la Disposición Transitoria 1ª de la LDCV implica que las circunstancias del testamento -incluyendo no sólo la validez del testamento

desde una perspectiva formal, sino todo lo relativo a la validez de la institución de heredero incluida la preterición- deben ser analizadas a la luz de la ley vigente en el momento de su otorgamiento, esto es, la Ley 3/1992, salvo en lo que a las legítimas -y el reparto y adjudicación de la herencia se refiere-, en que será de aplicación la LDCV, vigente en el momento del fallecimiento del causante”.

Dicha doctrina comporta la aplicación al supuesto de autos del art. 814. II.2º CC, de forma que, “habiéndose acreditado que resultaron preteridos no intencionalmente dos de los tres hijos del causante debe procederse a la anulación de la institución de heredero dispuesta en el testamento, en el que no consta que se hubiesen ordenado mandas ni legados de ninguna clase, lo cual significa que procede la apertura de la sucesión legal o intestada [...]. Esta sucesión, en cuanto supone el reparto y adjudicación de la herencia, conforme a la doctrina que se ha establecido, habrá de regirse precisamente por la ley vigente al fallecimiento del causante que es la LDCV y en concreto los artículos 110 y 113 de dicha ley y por consiguiente, no existiendo una válida disposición de bienes hereditarios al haberse anulado la institución de heredero designado, debe procederse a la división del caudal hereditario entre los tres hijos, en cuanto únicos sucesores por derecho propio [...] y en partes iguales”.

IV. EL CONTRAPUNTO: LA RDRGN DE 12 DE JUNIO DE 2017. CRÍTICA DE AQUELLA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

La recién expuesta doctrina jurisprudencial acerca de la naturaleza y el régimen aplicable a la preterición, que ya viniera anunciada por la STSJPV 20 julio 2018 (ECLI:ES:TSJPV:2018:2296), se contrapone a la que, sobre este mismo supuesto de hecho, sostuvo la Dirección General de los Registro y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en su resolución 12 de junio de 2017 (BOE de 5 de junio), en la que debía decidir si era o no inscribible la escritura de adjudicación de herencia otorgada en favor del hijo instituido en el único testamento otorgado por el causante. Pues bien, frente a la calificación negativa de la registradora, que abogaba (en la misma dirección que el TSJPV) por la aplicación al caso del art. 814 CC, la DGRN defendió la solución opuesta, con base en la premisa lógica de que si, de conformidad con el régimen transitorio pergeñado por la Ley 5/2015, es su disciplina legitimaria la que ha de observarse en las sucesiones de los vecinos vascos abiertas a partir del 3 de octubre de 2015, nada podrían reclamar los dos hijos preteridos en función de lo establecido en su art. 48.4, y ello aunque, ciertamente, eran “absolutamente desconocidos por el testador al tiempo del otorgamiento de su testamento” (FJ 3º).

A mi modesto entender, la doctrina acertada es la de la DGRN, por la sencilla razón de que la acción de preterición no es sino un mecanismo de protección de la legítima y, por ende, del legitimario: en este sentido, el hecho de que el

legislador eventualmente establezca, como acontece en el caso del Código Civil, unos diferentes efectos jurídicos según la omisión sea intencional o errónea y el hecho de que, para calificarla de uno u otro modo, haya que atender al instante de otorgamiento del testamento (lo que resulta indefectible a la vista de la propia noción de la figura), no altera en absoluto aquella naturaleza. Desde luego, esto es evidente en las hipótesis en que la omisión haya sido deliberada, caso en el que la solución más extendida (por ser la más lógica) suele consistir en proteger, todo lo más, la susodicha expectativa material, pero también cuando es errónea, ya que las consecuencias más graves que, para tales supuestos, contemplan en ocasiones algunos ordenamientos, como el Código Civil, solo se establecen precisamente cuando los afectados son (ciertos cualificados) legitimarios y a fin de dispensarles protección por razón de tal condición o, si se prefiere, a fin de proteger su legítima "formal", entendida esta como el derecho a su recuerdo y mención en el acto de última voluntad otorgado por el causante. Es verdad que esos efectos más graves se basan en la presunción de que el contenido del testamento habría sido otro distinto si el testador no hubiese padecido tan decisiva ignorancia, pero es igualmente cierto que el legislador, en su caso, solo se inmiscuye y corrige los planes de aquel cuando los afectados son los descendientes legitimarios (y no cualesquiera otros sujetos).

Aún más: el Tribunal Supremo ha sostenido en sus sentencias 10 diciembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5773) y 23 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3154) que la acción de preterición no intencional del art. 814 CC, a pesar de la letra de la norma, no es (al menos en los casos de preterición parcial de descendientes) una acción de nulidad, sino meramente rescisoria. Así, en la primera asevera literalmente (FJ 2º-4) que "la cuestión interpretativa que presenta el artículo 814 del Código Civil acerca de la naturaleza de la ineficacia derivada y su relación con los regímenes típicos de la misma, nulidad radical, anulabilidad o rescisión, debe de ser resuelta en favor de este último por razón de su carácter funcional, parcial, relativo y sanable", y ello con base tanto en el apartado segundo del precepto, en el que se establece la preferencia, en todo caso, de lo ordenado por el testador (primacía de la *voluntas testatoris*), como en la idea de que "el vicio o defecto que presenta la declaración testamentaria no responde a una ineficacia estructural, propia de la nulidad o anulabilidad, sino a una ineficacia funcional que parte, en todo caso, de la validez estructural de lo ordenado por el testador para purgar o ajustar a Derecho los efectos que resulten lesivos de dicha declaración". Entiende además el TS que esta conclusión es acorde con la interpretación sistemática del precepto y con "el fenómeno jurídico" subyacente. "En efecto, el criterio sustentado viene confirmado tanto por la posibilidad de renunciabilidad de la acción de impugnación por preterición y su no declaración de oficio, como por la validez de la transacción al respecto; pero, sobre todo, tal y como expresamente destaca la Sentencia citada de 3 de noviembre de 2014 (núm. 587/2014), por la interpretación sistemática que

a estos efectos cabe establecer entre los artículos 764 y 814 del Código Civil en orden a la preferencia de la validez testamentaria aun en el supuesto de que carezca de institución de heredero o que dicha institución resulte ineficaz". En la misma dirección, la segunda de las resoluciones citadas sostiene (FJ 3º-2) que, no obstante la literalidad del art. 814 CC, la acción de preterición "no se incardina, en sentido técnico, en el marco de una acción de nulidad que provoque la invalidez estructural de lo ordenado por el testador sino que responde, más bien, a la dinámica de las acciones o medidas de resolución propias de la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. De ahí que la causa de la impugnación no sea otra que la propia preterición del heredero forzoso, esto es, heredero legitimario, y que la ineficacia resultante se dirija funcionalmente a purgar los efectos que resulten lesivos de cara al derecho que le asiste al heredero preterido como legitimario del causante".

A mayor abundamiento, cabe decir asimismo que, como sostenía Roca Sastre, la desheredación injusta no deja de ser una suerte de una preterición intencional expresa, sin que sea posible dudar de la función protectora de la legítima que incumbe a la acción contemplada en el 851 CC ni aseverar que esta resulte alterada por el hecho de que la desheredación únicamente pueda efectuarse en testamento (art. 849). En idéntico sentido al apuntado por el TS para la preterición no intencional parcial de descendientes, hay que mantener que, cuando el Código prescribe la "anulación" de la institución hereditaria en los supuestos de desheredación injusta, no quiere significar, bajo ningún concepto, que aquella sea "inválida": lo que el art. 851 pretende decir es, simplemente, que debe procederse a una reducción de la institución hereditaria previa reclamación del legitimario perjudicado, tal y como ocurre en los casos de ejercicio de la acción de complemento (art. 815 CC) o de preterición intencional (o inintencional de ascendientes: art. 814.I CC). Y es que, como regla general, "la reclamación de la legítima no da lugar a la nulidad del testamento o de algunas de las cláusulas ni a la nulidad de la institución de heredero; tan sólo la preterición intencional puede dar lugar a su rescisión y la desheredación injusta, lo mismo" (STS 15 febrero 2001 - ECLI:ES:TS:2001:1026-). Es cierto que la plenaria STS 25 septiembre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2917) declaró aplicable al ejercicio de la acción de desheredación injusta el plazo de caducidad de cuatro años del art. 1301 CC, es decir, el propio de las acciones de anulabilidad, pero obsérvese, en cualquier caso, que el acto anulable, aunque claudicante, es un acto eficaz *ab initio*.

En fin, conviene tener en cuenta asimismo que, puesto que el derecho a la legítima solo nace tras la muerte del *de cuius*, los legitimarios preteridos solo podrán pretender que se declare la "invalidez" de la institución hereditaria si efectivamente llegan a sobrevivir al causante, de modo que esta última persistirá incólume en caso contrario. Así lo dispone expresamente el penúltimo párrafo

del art. 814 CC: “*Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos*”. Vistas así las cosas, ¿cabe hablar, realmente, en las hipótesis de preterición no intencional de descendientes (sea parcial, sea total) de una invalidez de la institución hereditaria *ab origine*? Obviamente, no, lo que significa que, aun cuando admitiéramos a efectos dialécticos que (tal y como postula el TSJPV) el fenómeno compromete, en el Código Civil, la validez de la institución hereditaria, se trataría de un juicio de validez que ha de realizarse, no al momento del otorgamiento, sino *ex post* y en función de cuáles sean las circunstancias concurrentes al instante de la apertura de la sucesión. Luego carece de sentido, al objeto de determinar cuáles hayan de ser los efectos derivados de la preterición, que se esté a la ley del otorgamiento del testamento (disp. trans. 2ª CC) en lugar de aquella que resulte aplicable al instante del óbito del testador (disp. trans. 12ª CC).

V. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN: LA VECINDAD CIVIL DEL CAUSANTE EN EL CASO DE AUTOS.

Un último apunte: la sentencia considera que el art. 814.II.2º CC es aplicable al caso de autos en calidad de norma supletoria, pues parte de la premisa de que nuestro causante ostentaba vecindad civil guipuzcoana cuando otorgó el testamento, estando sometido entonces a las disposiciones contenidas en los arts. 147 a 188 de la LDCFPV de 1992; así, comoquiera que estas no contienen previsión alguna en materia de preterición, la solución ha de buscarse necesariamente recurriendo al Derecho supletorio (art. 3 LDCFPV). Sin embargo, conviene precisar dos cosas: la primera, que esta premisa solo puede reputarse correcta si el causante, además de haber adquirido vecindad civil en Gipuzkoa, era titular, al instante del otorgamiento, de un caserío ubicado en dicho Territorio Histórico, ya que el Fuero guipuzcoano exigía para su aplicación, además de aquella conexión personal (es decir, haber ganado vecindad civil en esta provincia: art. 149 LDCFPV), esa otra de índole “funcional” (o sea, ser propietario de caserío: art. 150 LDCFPV); de lo contrario, estaríamos hablando, en realidad, de un causante con vecindad civil común; la segunda, que, aunque el causante ostentara efectivamente en el caso de autos vecindad civil guipuzcoana, el precepto sería aplicable como norma primaria, por la sencilla razón de que, como se ha dicho antes, el Fuero de este Territorio Histórico no pretendía ni tenía por objeto establecer un régimen legitimario completo que desplazase al allí aplicable, es decir, el propio del Código Civil, sino solo introducir en él algunas salvedades y especialidades a fin de posibilitar la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano.



REVOCACIÓN DE DONACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS Y POR INGRATITUD. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 44/2023, DE 18 DE ENERO (JUR 2023, 59703)

REVOCACTION OF A DONATION FOR NON-FULFILLMENT OF THE BURDEN AND INGRATITUDE. COMMENTARY OF THE SPANISH SUPREME COURT JUDGEMENT NUMBER 44/2023, 18TH JANUARY 2023 (JUR 2023, 59703)

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 406-423

José María
CARDÓS
ELENA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de marzo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: Este comentario analiza una Sentencia del Tribunal Supremo de España que se pronuncia sobre la revocación de una donación por un pretendido incumplimiento de la carga impuesta al donatario, y por la supuesta ingratitud del donatario. La Sentencia evita pronunciarse sobre la controvertida determinación del plazo de ejercicio de la acción de revocación por incumplimiento de cargas. Sin embargo, realiza interesantes apreciaciones sobre el inicio del cómputo del plazo de ejercicio de la acción revocatoria.

PALABRAS CLAVE: Donación modal o con carga; revocación por incumplimiento de la carga; revocación por ingratitud del donatario; plazo de ejercicio de la acción de revocación por incumplimiento de cargas; inicio del plazo de ejercicio de la acción de revocación; prueba del incumplimiento de la carga y de la ingratitud.

ABSTRACT: *This commentary analyses a judgment of the Spanish Supreme Court on the revocation of a donation for an alleged breach of the burden imposed on the donee, and for the alleged ingratitude of the donee. The judgment avoids pronouncing on the controversial determination of the time limit for the exercise of the revocation action for non-fulfilment of the burden. However, it makes interesting observations on the beginning of the period for the exercise of the revocation action.*

KEY WORDS: *Onerous donation; revocation for non-fulfilment of the burden; revocation for ingratitude of the donee; time limit for the exercise of the revocation action for non-fulfilment of the burden; beginning of the period for the exercise of the revocation action; proof of the non-fulfilment of the burden and the ingratitude.*

SUMARIO.- I. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS 'CONDICIONES' POR EL DONATARIO: DONACIÓN MODAL O CON CARGA.- II. EL DISCUTIDO PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS.- I. Laguna legal.- 2. Distintas posiciones doctrinales.- A) *Plazo de cinco años.*- B) *Plazo de cuatro años.*- C) *Plazo de un año.*- 3. Jurisprudencia inconcluyente.- 4. ¿Prescripción o caducidad?.- 5. Días a quo del ejercicio de la acción.- III. EL INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA.- I. Fundamento de la revocación por incumplimiento.- 2. ¿Ejercicio judicial o extrajudicial de la revocación?- 3. Necesaria acreditación de un incumplimiento imputable al donatario.- IV. LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INGRATITUD DEL DONATARIO.- I. Inicio del plazo de ejercicio de la acción.- 2. Acreditación de las conductas que fundamentan la revocación por ingratitud.- V. REFLEXIONES FINALES.

SUPUESTO DE HECHO

1º) En 1994, la demandante y su esposo formalizaron una escritura de donación irrevocable de dieciséis bienes inmuebles, a favor de uno de sus hijos. En la donación se señalaba textualmente que los donantes se reservaban hasta el fallecimiento del último de ellos el usufructo vitalicio de las fincas donadas. Además, en la escritura de donación el donatario “se obliga a tener en su casa y compañía a los donantes, a cuidarles y prestarles alimentos, en el más amplio sentido, sanos y enfermos, vitaliciamente, como un buen hijo de familia”. El donatario aceptó la donación “con las cargas y reservas hechas”.

2º) En 2003 falleció el padre donante. En 2012, el hijo donatario contrajo matrimonio.

3º) En verano de 2013, la donante remitió un burofax a su hijo donatario reclamándole que abandonase junto a su familia la planta baja del caserío donde habitaba, como consecuencia de los “desencuentros y desagradables episodios” acaecidos con la esposa del hijo y la hija de esta última, lo que según la donante hacía imposible la convivencia en el caserío. El donatario rechazó el requerimiento argumentado que el abandono del caserío le impediría cumplir las obligaciones en la donación, y que los ingresos necesarios para atender el cumplimiento de dichas obligaciones se obtenían precisamente de la explotación del propio caserío.

4º) En 2014, la donante interpuso demanda de desahucio por precario contra su hijo por ocupar la planta baja del caserío, de la cual la donante era usufructuaria. Las Sentencias dictadas en primera y en segunda instancia desestimaron la

• José María Cardós Elena

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). Abogado en ejercicio desde 2008, especializado en litigación civil y mercantil. Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universitat de València. Correo electrónico: jose.maria.cardos@uv.es.

demanda sobre la base de que el hijo tenía derecho a residir en el inmueble para cumplir la carga impuesta en la donación, y que además la donación fue realizada con la finalidad de que el hijo pudiese continuar la explotación del caserío y demás inmuebles de la explotación agraria, obteniendo así ingresos con los que mantener a sus padres.

5º) Entre 2015 y 2016, la madre donataria presentó una denuncia penal contra el hijo donatario y su esposa por presuntas coacciones, dictándose Sentencia absolutoria. Otra denuncia cruzada interpuesta por el hijo y su esposa contra la madre finalizó igualmente con Sentencia absolutoria.

6º) A finales de 2016, la madre donante compareció ante Notario y otorgó una escritura, con el consentimiento de sus hijos y herederos abintestato de su difunto esposo, en la que revocó la donación efectuada en 1994 por incumplimiento de las cargas e ingratitud del donatario. En la escritura se manifestaba que el donatario llevaba años sin cumplir las obligaciones de cuidado y alimentos, y además se referían insultos y coacciones. El hijo donatario contestó negando lo manifestado por la madre, y rechazó la revocación de la donación.

7º) En 2017, la madre donante interpuso una demanda contra su hijo donatario, en la que solicitaba que se declarase la revocación de la donación por incumplimiento de cargas y por ingratitud, con la consiguiente restitución de los bienes donados.

8º) El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Tras descartar que la acción de revocación hubiese caducado, consideró acreditado el incumplimiento de las cargas impuestas al donatario, declarando la revocación de la donación por incumplimiento de cargas y la restitución de los bienes donados. La Sentencia del Juzgado no entró a valorar la revocación de la donación por ingratitud del donatario.

9º) La Audiencia Provincial¹ estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado y desestimó la demanda, sobre la base de que la acción de revocación estaría prescrita, y que, en todo caso, a pesar de la mala relación, no existió ni incumplimiento de la carga establecida en la escritura de donación, ni tampoco ingratitud que justificase la revocación de la donación.

10º) La donante interpuso recurso de casación articulado en tres motivos, en los que cuestionaba la prescripción de la acción de revocación, la existencia de incumplimiento de cargas y la existencia de ingratitud. El Tribunal Supremo²

¹ SAP Álava/Araba (Sección 1ª) 7 enero 2019 (JUR 2019,97802).

² STS 18 enero 2023 (JUR 2023,59703).

estimó el primer motivo, al apreciar que la acción de revocación no estaba prescrita. Sin embargo, a la vista de los hechos declarados probados en segunda instancia, consideró que no concurrían razones para revocar la donación ni por incumplimiento de cargas, ni tampoco por ingratitud del donatario, por lo que desestimó el recurso.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1º) Cuando el art. 647 CC alude a la revocación de donación por incumplimiento de condiciones, se refiere a la donación modal o con carga.

2º) No es necesario, en el caso concreto, pronunciarse sobre el plazo de ejercicio de la acción de revocación por incumplimiento de cargas, ni sobre si dicho plazo es de prescripción o de caducidad.

3º) Si el gravamen consiste en un comportamiento duradero y el incumplimiento persiste, no comienza a computar el plazo de la acción de revocación de la donación por incumplimiento de cargas.

4º) La ingratitud del donatario no exige una condena penal, siendo suficiente una conducta reprobable que pueda ser subsumida en un delito, supuesto en el cual cabe embeber el maltrato psicológico.

5º) El plazo de ejercicio de la acción de revocación por ingratitud no comienza a computar mientras persista el acto lesivo para el donatario.

COMENTARIO

I. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS 'CONDICIONES' POR EL DONATARIO: DONACIÓN MODAL O CON CARGA.

El art. 647 CC dice que "la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso". La primera cuestión por dilucidar es el significado de las 'condiciones' a las que se refiere el precepto transcrito. La Sentencia comentada afirma que "es comúnmente admitido que el término "condición" en este precepto se debe entender referido a las cargas, obligaciones o gravámenes modales".

Ciertamente, es jurisprudencia consolidada la que considera que el art. 647 CC no se está refiriendo a condiciones en sentido técnico-jurídico, sino al modo o carga que el donante impone al donatario (art. 619 CC). La antigua STS 3 noviembre 1931³ señaló que el CC "no emplea la palabra "condiciones" en el

3 STS 3 noviembre 1931 (RJ 1931,2222).

sentido técnico de sucesos inciertos de los que se hace depender el nacimiento o extinción de una relación jurídica, sino en el vulgar de obligaciones o cargas que pueden ser impuesta por el donante al donatario". En el mismo sentido, la STS 11 marzo 1988⁴ alude sin ambages a "la donación con carga modal del artículo seiscientos cuarenta y siete del Código Civil", que es "una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación". La STS 23 noviembre 2004⁵ insiste en que el art. 647 CC "se refiere no a condiciones sino a la carga o modo". Y la STS 20 julio 2007⁶ dice que "es de sobras conocido que cuando emplea la expresión «condiciones» se está refiriendo al modo, no a las condiciones en sentido jurídico preciso".

No es este el único precepto del CC que en materia de donaciones se refiere a la 'condición' en sentido vulgar. A este respecto, cuando el art. 626 CC dice que "las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes", también se está refiriendo a la donación onerosa, modal o con carga, como destaca la RDGRN 12 diciembre 2016⁷. Igualmente, el art. 651 CC alude a los efectos que tienen lugar "si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación".

II. EL DISCUTIDO PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS.

I. Laguna legal.

A diferencia de la revocación de la donación por supervivencia o superveniencia de hijos (para la que el art. 646 CC dice que prescribe en el plazo de cinco años), y de la revocación por ingratitud del donatario (que según el art. 652 CC prescribe en el término de un año), el CC guarda silencio sobre el plazo de ejercicio de la acción de revocación de una donación por incumplimiento de cargas. La Sentencia comentada reconoce expresamente esta laguna legal, y analiza los distintos planteamientos existentes en la doctrina y en la jurisprudencia.

4 STS 11 marzo 1988 (RJ 1988,1960).

5 STS 23 noviembre 2004 (RJ 2004,7386).

6 STS 20 julio 2007 (RJ 2007,4696).

7 RDGRN 12 diciembre 2016 (RJ 2016,6627): "La cuestión básica a efectos de la resolución de este recurso será, por tanto, la interpretación que debe darse al artículo 626 del Código Civil, cuando exige la intervención de los representantes legales de quienes no pueden contratar para aceptar donaciones condicionales u onerosas. En primer término, es opinión general en la doctrina la de que el Código no emplea aquí el término «condición» en su sentido técnico, sino como equivalente a gravamen impuesto al donatario, de modo similar a como se utiliza en el artículo 647 del Código Civil, al regular la revocación de la donación modal. Resultaría así que la norma en cuestión (artículo 626 del Código Civil) estaría contemplando la donación modal o con causa onerosa".

2. Distintas posiciones doctrinales.

La sentencia comentada reconoce que ante la falta de previsión legal, existen criterios doctrinales muy diversos acerca de cuál es el plazo de ejercicio de la acción de revocación por incumplimiento de cargas, haciendo hincapié en que las diversas alternativas que se han propuesto se apoyan en la naturaleza que se atribuye a la acción de revocación, en la similitud con otros supuestos que sí cuentan con una regulación expresa, o en la inclusión del incumplimiento de la carga en el espíritu de otras causas de revocación.

A) Plazo de cinco años.

Una primera opinión sostiene que el plazo de ejercicio de la acción de revocación es el de cinco años, propio de las acciones personales que no tienen plazo especial (art. 1964.2 CC). Se parte de la premisa de que el donante, ante el incumplimiento del modo o carga, puede no solo revocar la donación, sino también exigir el cumplimiento de la carga o modo; de ahí que el plazo de ejercicio de ambas acciones deba ser coincidente⁸.

Este planteamiento fue criticado con el argumento de que el plazo de quince años del antiguo art. 1964 CC era mucho mayor que los plazos de uno y cinco años previstos para las demás causas de revocación de donaciones. Sin embargo, esta objeción ya no es consistente desde la reforma introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que rebajó el ejercicio de las acciones personales sin plazo especial de quince a cinco años.

B) Plazo de cuatro años.

La mayor parte de la doctrina⁹ entiende que el plazo para la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas debe ser de cuatro años, aplicando por analogía el art. 1299 CC, previsto para las acciones rescisorias. Como afirma la Sentencia comentada, se aduce a favor de esta tesis que con la acción de revocación se deja sin efecto una situación jurídica creada, que el legislador no ha dotado a la revocación de las donaciones de un régimen unitario, y que la revocación por

8 Por esta opción parecen inclinarse, aunque dubitativamente: LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La donación", *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos y cuasicontratos*, 2ª ed., Bosch, 1986, p. 148; y RODRIGUEZ MARTÍNEZ, M.E., *Código Civil Comentado. Volumen II. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F.J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 206-207.

9 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 340-343; DOMÍNGUEZ RODRIGO, M. L.: "La revocación de donación modal", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, núm. 1, pp. 100-101; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: "La donación", *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Volumen 2º* (dir. V. GARRIDO DE PALMA), 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 839; MARÍN CASTÁN, F.: "Artículo 647", *Comentario del Código Civil. Tomo 4. Arts. 609 al 857* (coord. I. GIL SIERRA DE LA CUESTA), 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, p. 287; SÁNCHEZ CALERO-ARRIBAS, B.: "Artículo 647", *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 759.

incumplimiento de cargas es un supuesto autónomo de revocación de la donación, y no una modalidad de la revocación por ingratitud.

C) Plazo de un año.

Finalmente, otro sector doctrinal¹⁰ entiende que el plazo debe ser de un año, debido a la proximidad del supuesto al de la revocación por ingratitud (art. 652 CC), y a la vista de los antecedentes históricos, dado que el Fuero Real preveía idéntico plazo para ambas causas de revocación.

3. Jurisprudencia inconcluyente.

La sentencia analizada dice con acierto que a pesar de existir varias Sentencias del Tribunal Supremo que han aludido al plazo de ejercicio de la acción de revocación de donaciones por incumplimiento de cargas, ninguna de ellas ha abordado la cuestión como *ratio decidendi*, sino como *obiter dicta*.

La STS 11 marzo 1988¹¹ dijo que el criterio de los cuatro años “está razonablemente superado por la doctrina más progresista, que lo reduce a sólo un año, con base en argumentos más armónicos dentro de la propia regulación que el Código hace del instituto de las donaciones”. Sin embargo, la STS 23 noviembre 2004¹² consideró que era más defendible el plazo de cuatro años, “por tratarse de un tipo de acción asimilable a la rescisión”. La STS 20 julio 2007¹³ se hace eco de las dos Sentencias anteriores, sin tomar decidido partido por ninguna de las dos.

La sentencia comentada también elude tomar partido en la discusión, diciendo al respecto: “la Sala, hasta el momento, no ha tenido ocasión de sentar doctrina porque, al igual que sucede en este caso, la decisión de lo planteado en el recurso no está en función del plazo”. Lo cual, a pesar de ser cierto a la vista de las circunstancias fácticas concurrentes (como después se comprobará, al analizar el *dies a quo* de la acción), resulta decepcionante, ya que a la vista de planteamientos doctrinales y jurisprudenciales tan diversos, habría redundado en beneficio de la seguridad jurídica que el Tribunal Supremo hubiese señalado en un *obiter dicta* cuál es su actual posición, para beneficio de todos los operadores jurídicos, los cuales sabrían a qué atenerse ante la evidente laguna legal existente sobre el particular.

10 ALBALADEJO GARCÍA, M., *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 757-758; ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 391-393.

11 STS 11 marzo 1988 (RJ 1988,1960).

12 STS 23 noviembre 2004 (RJ 2004,7386).

13 STS 20 julio 2007 (RJ 2007,4696).

4. ¿Prescripción o caducidad?

Tampoco aclara la sentencia comentada si el plazo de ejercicio de la acción, cualquiera que sea, debe calificarse como de prescripción o de caducidad. Señala que en pro de la caducidad se ha alegado la propia función que se atribuye a la caducidad y la mayor seguridad jurídica y certidumbre que proporciona para evitar que se prolonguen situaciones de pendencia; mientras que la prescripción se suele sostener en que la revocación por incumplimiento de cargas radica en el incumplimiento de una obligación.

En este punto, la jurisprudencia tampoco es concluyente, y los pronunciamientos también se realizan *obiter dicta*. La STS 30 diciembre 1961¹⁴, de manera un tanto chocante, habló de “prescripción o caducidad”, aunque lo cierto es que se trataba de una cuestión nueva invocada en casación y no se pronunció al respecto. La STS 6 abril 1999¹⁵ mencionó la prescripción. Sin embargo, las SSTS 11 marzo 1988¹⁶ y 23 noviembre 2004¹⁷ aludieron a la caducidad. La STS 20 julio 2007, después de no decidirse por el plazo de ejercicio de la acción, dijo que “en todo caso, es un plazo de caducidad”.

De nuevo hay que lamentar que la sentencia comentada no haya expuesto la posición del Tribunal, lo cual habría resultado de sumo interés, a la vista de los evidentes vaivenes en que ha incurrido la jurisprudencia durante las últimas décadas.

5. *Dies a quo* del ejercicio de la acción.

La Audiencia Provincial había considerado que la acción de revocación ejercitada por la donante había caducado, fijando el día de inicio de cómputo del plazo en julio de 2012, cuando la demandante remitió a su hijo un burofax comunicando los desencuentros habidos con su esposa e hija, y requiriéndole, en su condición de usufructuaria, para que abandonase la planta baja del caserío. Por ello, la Sentencia de apelación concluyó que cuando se interpuso la demanda en marzo de 2017 la acción ya se había extinguido, tanto si se consideraba que la acción debía ejercitarse en el plazo de un año, como si se consideraba que el plazo de ejercicio de la acción era de cuatro años.

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo considera que el planteamiento del Tribunal de apelación es incorrecto, reprochando que “no tiene en cuenta la naturaleza y el contenido del comportamiento impuesto al donatario y cuyo

14 STS 30 diciembre 1961 (RJ 1962,263).

15 STS 6 abril 1999 (RJ 1999,2656).

16 STS 11 marzo 1988 (RJ 1988,1960).

17 STS 23 noviembre 2004 (RJ 2004,7386).

cumplimiento exige una atención permanente que, si no se observa, da lugar a que se esté incumpliendo continuamente”.

Señala al respecto la sentencia comentada que “con independencia de las divergencias existentes acerca de cuál es el plazo y su naturaleza, por lo que se refiere a cuándo debe computarse, es generalmente admitido que empieza a correr desde que el donante pueda conocer el incumplimiento, pero que si el modo impuesto al donatario consiste en una actividad o un comportamiento continuados y el incumplimiento es duradero, no existe un día concreto de incumplimiento, sino que el incumplimiento persiste, y el plazo no empieza a contar cuando se inició el incumplimiento, y mientras el incumplimiento dura se va renovando el comienzo del tiempo de ejercicio de la acción”. Por esta razón, se estima el primer motivo del recurso de casación, ya que “el incumplimiento es sucesivo y continuado porque si la carga consiste en atender a una persona y se la tiene permanentemente desatendida, el tiempo de ejercicio de la acción no se agota cuando se inició el incumplimiento, pues lo contrario dejaría al donatario desprotegido frente a la falta de atención del donatario, que está obligado continuamente”.

Este planteamiento tampoco constituye ninguna novedad, dado que la STS 23 noviembre 2004¹⁸ ya había adoptado idéntica postura, diciendo que “el *dies a quo* para el cómputo del plazo no es la escritura pública, es decir, el contrato de donación, sino el conocimiento del hecho, como dice el artículo 652, aplicándolo al incumplimiento de la carga, como dice el 647; en este caso concreto, tal incumplimiento es la falta de atención y cuidados a la donante; ésta es una conducta continuada, que no se puede concretar en un día concreto, sino que persiste continuamente, por lo que la acción seguía viva en el momento de interposición de la demanda”.

III. EL INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA.

I. Fundamento de la revocación por incumplimiento.

En la jurisprudencia, hay cierta tendencia a equiparar el incumplimiento del modo al incumplimiento resolutorio propio de las obligaciones sinalagmáticas. En este sentido, la STS 28 julio 1997¹⁹ dice que “la posibilidad de éxito de la pretensión revocatoria del donante, que como se ha dicho anteriormente puede residenciarse en el artículo 1124 del Código Civil (...) la donación modal como negocio jurídico del cual se derivan obligaciones recíprocas, exige como condición «sine qua non» el incumplimiento por parte, en este caso, del donatario del gravamen al que

¹⁸ STS 23 noviembre 2004 (RJ 2004,7386).

¹⁹ STS 28 julio 1997 (RJ 1997,5809).

estaba comprometido". En parecidos términos, la STS 3 julio 2009²⁰ alude a "la acción de revocación (que realmente es una resolución)".

Este planteamiento es técnicamente incorrecto, dado que la donación, incluso cuando es modal, no comporta ninguna clase de bilateralidad; de ahí que el art. 619 CC exija que en estas donaciones se imponga al donatario "un gravamen inferior al valor de lo donado". Por otro lado, esta jurisprudencia confunde las donaciones modales con las donaciones sometidas a condición resolutoria, perfectamente plausibles ex art. 621 CC²¹, pero que técnicamente no son lo mismo. Por lo expuesto, es mucho más atinada la STS 16 diciembre 1992²², que afirma: "que la donación imponga una carga al donatario no cambia su naturaleza; no es la contraprestación que ha de satisfacer para lograr su enriquecimiento a modo de sinalagma en los contratos sinalagmáticos, sino una determinación accesoria de la voluntad del donante por la que quiere lograr, además, otra finalidad, pero sin que desaparezca o quede subordinada la del enriquecimiento del donatario, que es la principal y la que constituye el nervio de la causa de la donación". En igual sentido, la STS 6 abril 1999²³ dice que "la donación ha de calificarse como modal, lo que le confiere una naturaleza estrictamente unilateral con causa en la pura liberalidad del donante, de ahí que sea de todo punto inadmisibles la alegación que pretende situar el régimen del contrato en el ámbito de los bilaterales o recíprocos y con ello argumentar la existencia de la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil".

En todo caso, la posible revocación de la donación modal tiene "un papel disuasorio, para evitar que se produzca el incumplimiento y si no lo logra, es un medio que tiene aquél para sancionar tal incumplimiento" (STS 3 julio 2009²⁴).

2. ¿Ejercicio judicial o extrajudicial de la revocación?

En el supuesto de hecho de la sentencia comentada, se afirma que la donante había revocado la donación extrajudicialmente, mediante requerimiento notarial, oportunamente rechazado por el donatario. Ante dicha negativa, la donante interpuso demanda judicial. Quizá por no resultar imprescindible, la Sentencia no se pronuncia sobre una interesante cuestión: si es posible que el donante revoque la donación extrajudicialmente, o si por el contrario la revocación debe ejercitarse necesariamente en sede judicial.

20 STS 3 julio 2009 (RJ 2009,5491).

21 "Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título".

22 STS 16 diciembre 1992 (RJ 1992,10499).

23 STS 6 abril 1999 (RJ 1999,2656).

24 STS 3 julio 2009 (RJ 2009,5491).

La doctrina está dividida; hay autores que defienden la validez de la revocación extrajudicial²⁵, mientras que otros sostienen que el donante que pretenda revocar la donación debe recabar siempre y en todo caso un pronunciamiento del Juez²⁶.

Quizá sea útil adoptar una postura más pragmática, en función de la actitud del donatario: si acepta la revocación, no sería necesario recabar un pronunciamiento judicial; pero si la rechaza, es obvio que el donante deberá solicitar que se declare judicialmente la revocación de la donación. En este sentido, la STS 21 octubre 2011²⁷ sostiene que la revocación debe ejercitarse en sede judicial, siempre y cuando el donatario no se aquiete a la revocación unilateral del donante realizada en sede extrajudicial: "se trataba de una donación perfecta y definitiva con imposición, no obstante, al donatario de un "modo" en virtud del cual el donante podía dejarla sin efecto en caso de incumplimiento, pero no por su actuación unilateral en virtud de la cual afirmara la existencia de incumplimiento, sino acreditando el mismo mediante el ejercicio de la correspondiente acción ante los tribunales, lo que se deriva de la propia dicción del artículo 647 del Código Civil, según el cual "la donación será revocada a instancia del donante", lo que implica que no puede dar lugar a dicha "revocación" por su sola voluntad, como ocurre igualmente en los demás supuestos de auténtica revocación, como son los previstos por razón de superveniencia o supervivencia de hijos o por ingratitud; ello, lógicamente, en los casos, como el presente, en que el donatario no se muestra conforme con la revocación".

3. Necesaria acreditación de un incumplimiento imputable al donatario.

La sentencia comentada señala con acierto que "la causa que permite la revocación de la donación en el art. 647 CC es el incumplimiento de la obligación, es decir, la inobservancia de la conducta impuesta al donatario y que este aceptó". Añade que "a la hora de valorar el incumplimiento modal debe estarse a lo acordado por las partes en la donación", lo que obliga a analizar qué modo, carga o gravamen asumió el donatario, y si se ha incumplido o no.

En todo caso, como ha señalado la doctrina²⁸, para que la revocación pueda prosperar, debe tratarse de un incumplimiento imputable al donatario, lo que se

25 ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "Artículo 647", *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (dir. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4942-4943.

26 ALBALADEJO GARCÍA, M., *La donación*, cit., p. 721.

27 STS 21 octubre 2011 (RJ 2012.427).

28 Por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La donación", cit., pp. 145-146; y ORDÁS ALONSO, M.: «Revocación por incumplimiento de cargas», *Tratado de las liberalidades* (dir. M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA y C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 570-571.

puede fundamentar no solo en las reglas generales de las obligaciones, sino también, por analogía, en lo dispuesto en el art. 798 CC²⁹ para el modo testamentario.

Pues bien, la sentencia afirma que, a la vista de los hechos probados, inamovibles en casación, no consta acreditado que la donante se encontrase en una situación de necesidad económica y que el donatario debiese prestarle dinero para alimentos o proporcionárselos de manera directa. La donante mantiene su autonomía, puede valerse por sí misma, no necesita de terceras personas para realizar las actividades diarias de cuidado personal, aseo o toma de medicamentos, y no consta que esté desasistida, o que no pueda vivir sola y necesite a una tercera persona. La clave radica en que “no ha llegado el día en que la actora no pueda valerse por sí misma, pues este sería el caso en que el donatario estaría obligado a cuidar a su madre”. Frente al argumento de la donante, que defendía en su recurso que la carga asumida por el donatario era mucho más amplia que la prestación de alimentos, y que la actora sufre la soledad, la Sentencia pone énfasis en que en la donación no se incluyó una condición resolutoria expresa ante las dificultades de convivencia o malas relaciones que pudiesen existir en el caserío, a diferencia del caso analizado en la STS de 3 de julio de 2009³⁰; y que además, a pesar de constar la existencia de enfrentamientos diarios, estos no son imputables al donatario.

IV. LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INGRATITUD DEL DONATARIO.

I. Inicio del plazo de ejercicio de la acción.

Para la revocación de las donaciones por ingratitud, el art. 652 CC establece el plazo de un año, “contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción”. La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial había declarado prescrita la acción de revocación de la donación fundamentada en la ingratitud del donatario. Como esta causa de revocación no requiere la existencia de condena penal, en el recurso de casación se cuestionó el *dies a quo* de la acción.

La sentencia comentada trae a colación la STS de 19 de febrero de 2003³¹, que en un supuesto de delito por impago de alimentos, dijo que se trataba de una conducta continuada, y que por tanto la acción podía ejercitarse en el plazo de un

29 “Cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad. Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición”.

30 STS 3 julio 2009 (RJ 2009,5491). En la donación se había pactado que “en caso de discordia que hiciese forzosa la separación de la vida en común entre el donatario y sus padres, se disolverá la sociedad familiar constituida y quedará resuelta y sin efecto esta donación”.

31 STS 19 de febrero de 2003 (RJ 2003,1021).

año a contar mientras subsistiese el impago. En el caso que nos ocupa, en el que la revocación se había fundamentado en maltrato psicológico, la Sentencia concluye que también “cabría apreciar la persistencia en el acto lesivo y la subsistencia de la posibilidad de ejercitar la acción revocatoria, incluso a pesar del desistimiento de la acción penal”. Por tanto, el Tribunal Supremo estima que el Tribunal de apelación erró cuando apreció la prescripción de la acción de revocación por ingratitud del donatario.

2. Acreditación de las conductas que fundamentan la revocación por ingratitud.

A pesar de considerar que la acción no estaba prescrita, el recurso casación fue desestimado, sencillamente porque la donante no acreditó las conductas en las que se pretendía fundamentar la revocación de la donación.

En efecto, la demandante había instado la revocación por ingratitud, con fundamento en un supuesto maltrato psicológico del donatario hacia la donante. Dicha conducta, de ser cierta, podría integrarse en la causa de revocación del art. 648.1º CC (“si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante”), a la vista de la doctrina sentada por la STS 20 julio 2015³², que consideró que “el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante (...) su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración”.

La sentencia comentada reconoce que, conforme a reiterada jurisprudencia³³, no es preciso que se haya dictado una Sentencia penal condenatoria, siendo suficiente que el donatario haya realizado una conducta reprobable y ofensiva que pueda constituir delito.

32 STS 20 julio 2015 (RJ 2015,4460).

33 La STS 23 octubre 1983 (RJ 1983,5338) considera que la palabra “delito” del art. 648.1º CC debe entenderse “en el lato sentido, de conductas penalmente sancionables y, como tales, ostensiblemente reveladoras de ofensa e ingratitud del donatario para con el donante”. La STS 19 noviembre 1987 (RJ 1987,8408) insiste en la misma idea: “se refiere como causa de revocación de donaciones al hecho de «cometer el donatario algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante», expresiones que por su literalidad no hay que reconducir a títulos del Código Penal en concreto, pues no existen con esas palabras más que el título de «delitos contra las personas», de ahí que la norma haya de interpretarse, como hace gran parte de la doctrina científica, en el sentido de que no es preciso para que se produzca el efecto revocatorio que se trate de uno de los delitos catalogados en el Código Penal contra las personas, la honestidad o la propiedad, sino que el precepto se refiere a todos aquellos por los cuales resulte ofendido el donante que revelen ingratitud. (...) Se deduce que no sólo cuando haya delito declarado, y frente al sujeto pasivo del mismo, actúa esta causa de revocación de donaciones por ingratitud, sino también aunque otro de los donantes no sea a la sazón sujeto pasivo y para el que la acción delictiva sobre el otro repercute solamente como conducta socialmente reprobable o condenable, que es suficiente para la revocación sin necesidad de que formalmente haya sido declarado delito”.

A continuación, analiza los casos más recientes en los que el Tribunal Supremo estimó la revocación de donaciones por ingratitud. En la STS 5 diciembre 2006³⁴, se estimó la revocación por haber quedado acreditado que los donatarios se habían apoderado de unas cantidades de dinero. Y en la referida STS 20 julio 2015³⁵, se acreditó la existencia de una bofetada al padre, así como insultos e injurias graves a la madre.

Sin embargo, a la luz de los hechos probados declarados en apelación, la sentencia analizada constata que el maltrato psicológico en que se pretendía fundamentar la revocación de la donación no quedó acreditado. No se identificó ningún hecho que, aunque no existiese condena penal, pudiese ser subsumido en alguna actuación delictiva. La demandante había aludido a las denuncias presentadas ante los Juzgados de Instrucción y la Policía, así como por las comunicaciones dirigidas por el Letrado de la donante al Letrado del donatario. En cuanto a los procedimientos penales, no finalizaron con ninguna Sentencia condenatoria. En tales circunstancias, resultaba impropio la revocación de la donación.

V. REFLEXIONES FINALES.

La lectura de la sentencia deja un regusto amargo, pues a pesar de que hay que coincidir con el Tribunal Supremo en que la revocación de la donación no estaba justificada con arreglo a la normativa aplicable, no puede negarse que el conflicto familiar no era algo que formase parte de las expectativas de la madre cuando donó el caserío a su hijo con reserva de usufructo, conduciendo a una convivencia ciertamente tormentosa. A la vista de ello, considero conveniente realizar unas pocas reflexiones.

En primer lugar, llama la atención que la donante no solicitase la revocación de la donación por indebida denegación de alimentos, supuesto reconocido en el art. 648.3° CC. A tal efecto, conviene recordar que los alimentos indebidamente denegados pueden tener origen legal o convencional, incluso derivados de la propia donación³⁶. En todo caso, por las razones que han quedado apuntadas al analizar el pretendido incumplimiento de la carga impuesta al donatario, tampoco habría triunfado esta causa de revocación.

En segundo lugar, desde un punto de vista preventivo, y dado que el emponzoñamiento de las relaciones personales entre donante y donatario es una posibilidad que evidentemente nadie desea, pero que lamentablemente puede llegar a existir, habría resultado útil que la donación, además de imponer una

34 STS 5 diciembre 2006 (RJ 2007,231).

35 STS 20 julio 2015 (RJ 2015, 4460).

36 Así lo señalan las SSTS 28 julio 1997 (RJ 1997,5809) y 20 mayo 2011 (RJ 2011,3983).

carga al donatario, hubiese contemplado una condición resolutoria expresa, para el supuesto de que la convivencia entre la donante y el donatario y su familia se rompiera o deteriorase, que operaría de manera automática y al margen del cumplimiento o incumplimiento del gravamen³⁷, de modo análogo al caso resuelto por la STS 3 julio 2009³⁸.

En tercer y último lugar, hay que destacar que, a pesar de la desestimación del recurso, la sentencia analizada sugiere a las partes litigantes “la conveniencia de acudir a un mediador o persona que pudiese ayudar a las partes a solucionar sus diferencias”. Parece evidente que la invitación a hacer uso de la mediación es acertada en casos como el que nos ocupa, pues todo hace suponer que la sustanciación del procedimiento judicial analizado en nada debió contribuir a mejorar una relación personal y familiar extraordinariamente deteriorada.

37 Sobre las diferencias entre la donación modal y la donación sometida a condición resolutoria, resulta interesante la RDGRN 16 abril 2002 (RJ 2002,8098).

38 STS 3 julio 2009 (RJ 2009,5491).

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "Artículo 647", *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ANDERSON, M.: *Las donaciones onerosas*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.

DOMÍNGUEZ RODRIGO, M. L.: "La revocación de donación modal", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1983.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: "La donación", *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Volumen 2º* (dir. V. GARRIDO DE PALMA), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor, 2016.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La donación", *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos y cuasicontratos*, Bosch, 2ª ed., 1986.

MARÍN CASTÁN, F.: "Artículo 647", *Comentario del Código Civil. Tomo 4. Arts. 609 al 857* (coordinador I. GIL SIERRA DE LA CUESTA), Bosch, 2ª ed., Barcelona, 2006.

ORDÁS ALONSO, M.: "Revocación por incumplimiento de cargas", *Tratado de las liberalidades* (dir. M.Á. EGUSQUIZA BALMASEDA y C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E.: *Código Civil Comentado. Volumen II. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F. J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ CALERO-ARRIBAS, B.: "Artículo 647", *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.



LA LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL DEL COMUNERO.
COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM 198/2023, DE 9
DE FEBRERO (ROJ: STS 331/2023 - ECLI:ES:TS:2023:331)

*THE INDIVIDUAL LEGITIMATION OF THE COMMONER.
COMMENTARY TO THE STS OF SPAIN, NUMBER 198/2023, OF
FEBRUARY (ROJ: STS 331/2023 - ECLI:ES:TS:2023:331)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 424-439

José Arturo
PÉREZ
MIRALLES

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de marzo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo da sentido a la doctrina jurisprudencial que niega la presunción *iuris tantum* de actuar en beneficio de la comunidad al comunero que individualmente ejerce acción afirmando hacerlo en interés de la comunidad, pero existiendo oposición de otros comuneros. Dicha conclusión invita a comentar la legitimación individual del comunero en las comunidades de propietarios.

PALABRAS CLAVE: Comunero; legitimación individual; acción; beneficio de la comunidad; presunción *iuris tantum*; comunidad de bienes; propiedad horizontal.

ABSTRACT: *The judgment of the Supreme Court gives meaning to the jurisprudential doctrine that denies the iuris tantum presumption of acting for the benefit of the community to the community member who individually brings action claiming to do so in the interest of the community, but there is opposition from other community members. Said conclusion invites to comment on the individual legitimacy of the community member in the communities of owners.*

KEY WORDS: *Community member; individual legitimation; action; benefit of the community; iuris tantum presumption; community property; horizontal property.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA COMUNIDAD DE BIENES ORDINARIA. 1. La defensa del interés comunitario en la comunidad de bienes ordinaria mediante el acuerdo mayoritario de los partícipes.- 2. La legitimación individual del comunero para la defensa del interés comunitario consecuencia de la pasividad de la comunidad. Carácter excepcional. Presunción de actuación beneficiosa para la comunidad salvo oposición de alguno de los comuneros. Defensa conjunta del interés común y del interés privativo.- 3. La STS 9 febrero 2023. Oposición de parte de los comuneros. inexistencia de acuerdos comunitarios previos. El beneficio objetivo de la comunidad como objeto de prueba y fundamento de la legitimación individual del comunero frente a terceros. III. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.- 1. El acuerdo mayoritario de la comunidad de propietarios en el régimen especial de la Propiedad Horizontal para la defensa del interés común. La representación orgánica del presidente. 2. El carácter excepcional de la legitimación del comunero en supuestos de pasividad. La posible omisión negligente de los órganos de gobierno de la comunidad en el cumplimiento de sus obligaciones. La legitimación del propietario en defensa conjunta de intereses comunitarios y privativos.- 3. El beneficio objetivo como fundamento de la demanda individual, aun con existencia de acuerdo mayoritario en contra. Impugnación de acuerdos gravemente lesivos para la comunidad. 4. El ejercicio por el comunero de acciones propias de la Comunidad en interés privativo, y en supuestos de pasividad u oposición de la comunidad.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia del Alto Tribunal examina la demanda de juicio verbal de desahucio por precario presentada por los titulares dominicales del 50% de las cuotas frente a la usuaria precarista del inmueble a fin de posibilitar la división de la cosa común conforme al art. 404 CC. El problema planteado al resolver sobre la legitimación activa de los demandantes reside en la falta de presunción de actuación en beneficio de la comunidad al no contar con la mayoría de los partícipes del art. 398 CC, y ser patente la oposición expresa de la titular de la otra mitad indivisa del pleno dominio, y que en su día había cedido gratuitamente el uso del inmueble a la ahora demandada.

Siendo desestimada la demanda en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia nº 38, de los de Madrid, con condena en costas a los demandantes, fue recurrida por los actores y revocada por la Sección 9ª, de la Audiencia Provincial de Madrid, declarando haber lugar al desahucio por precario de los demandados de la vivienda, y condenando a estos a su desalojo, así como al pago de las costas causadas. Contra dicha sentencia los demandados-apelados interpusieron recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, cuya sentencia lo desestima, con condena en costas a los recurrentes.

• **José Arturo Pérez Miralles**

Abogado. Doctor en Derecho, Profesor Asociado de Derecho Civil UV, Profesor-Tutor UNED. Correo electrónico: joarpmi@uv.es.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Existe una doctrina jurisprudencial consolidada ya desde los años 60 que admite la defensa del interés colectivo a cualquier comunero, presumiéndose *iuris tantum* que actúa en beneficio de la comunidad cuando no exista oposición del resto de los copropietarios. Tal doctrina es recogida, entre otras muchas, en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2000 (Roj: STS 8408/2000 - ECLI:ES:TS:2000:8408).

Conforme recoge la sentencia del Tribunal Supremo comentada de 9 de febrero de 2023 el presupuesto de dicha doctrina descansa en que previamente existió un acuerdo o acto de la comunidad relacionado con la posterior acción individual del propietario. De manera que, si el resto de los copropietarios que también intervinieron en su formación se muestran pasivos ante el ejercicio de la acción individual, es lógico deducir de esa omisión que el comunero actúa en beneficio de la comunidad.

No así cuando el uso de la cosa por el tercero demandado individualmente por el comunero trae causa, no de un acto comunitario, sino tan solo de la actuación de parte de los copropietarios. En tal caso, no por la sola circunstancia de tal oposición de parte de los comuneros habrá de rechazarse la legitimación del comunero que dice actuar en interés de la comunidad, y la existencia de un beneficio para la comunidad derivado de la demanda. Lo que sí acaece es la desaparición de la presunción *iuris tantum* a favor del demandante, y, por tanto, la necesidad o carga para este de probar tal beneficio objetivo cuando demande al tercero.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

Analizamos a continuación brevemente las formas posibles de defensa del interés comunitario en la comunidad de bienes ordinaria, tanto de forma colectiva como excepcionalmente de forma individual, y, en este último supuesto, el sentido dado por la sentencia de 9 de febrero de 2023 a la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo respecto a la presunción *iuris tantum* de la existencia de beneficio o interés para la comunidad cuando la acción se interpone por alguno de ellos, y derivada de la falta de oposición del resto de los comuneros. Y la conclusión, o concepto del beneficio objetivo precisado de prueba, cuando el resto que creó el acto o contrato que pretende dejarse sin efecto, no muestran esa actitud pasiva.

Y, por extensión, analizaremos igualmente la particular situación que se reproduce en el régimen especial de la propiedad horizontal.

Tanto el acuerdo de la mayoría simple en defensa del interés común, como las situaciones de pasividad de sus órganos de gobierno que puede habilitar la legitimación individual del copropietario. Y no sólo frente a terceros sino también frente a la propia comunidad en defensa de intereses comunes y privativos del demandante, en cuanto directamente perjudicado por la dejación de los deberes comunitarios.

Y, en particular, la existencia de procedimientos especiales en materia de propiedad horizontal relacionados con la cuestión. Como la regulación en la Ley de Propiedad Horizontal como supuesto de impugnación de aquellos acuerdos adoptados por las juntas de propietarios que puedan considerarse gravemente lesivos para la propia comunidad, y que legitima al comunero que votó en contra para accionar en defensa del beneficio común, o del no perjuicio a la comunidad. Y la posibilidad, otorgada también vía interpretación jurisprudencial, de que el comunero afectado pueda ejercitar en interés privativo acciones inicialmente previstas para su ejercicio por la comunidad, como son las de cesación de actividades dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

II. LA COMUNIDAD DE BIENES ORDINARIA.

I. La defensa del interés comunitario en la comunidad de bienes ordinaria mediante el acuerdo mayoritario de los partícipes.

La denominada comunidad de bienes ordinaria, romana o por cuotas, se encuentra regulada en los arts. 392 y siguientes del Código Civil. Y nada impide como siempre ha puesto de relieve la doctrina (PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil Español*, t. II, Ediciones Nauta, S.A., Barcelona, 1966, p. 347) que todos los condominios actúen de común acuerdo, administrando en buena armonía los intereses comunitarios.

El problema se presenta cuando esa unanimidad no se pueda alcanzar. Y será en este supuesto cuando habrá que aplicar las reglas del Código Civil, siempre de forma supletoria a las que los mismos copropietarios puedan haberse otorgado según previene el art. 392, párrafo segundo, y al tratarse de un precepto de Derecho dispositivo. Por ejemplo, pactar que sea necesario el voto favorable de partícipes, que representen 2/3 de las cuotas o, incluso, exigirse la unanimidad [DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La comunidad de bienes", en AA.VV.: *Derecho Civil III. Derechos Reales* (coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE y A. Serra Rodríguez), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 180].

Tal regla, de forma un tanto concisa, es la contenida en el art. 398, apartado primero, del Código Civil, que contempla el régimen de la mayoría de los partícipes

para la adopción de acuerdos relativos a actos de administración de la comunidad, y para su mejor disfrute. Siempre y cuando los actos o contratos aprobados no afecten a la sustancia de la cosa ya que, en tal caso, se necesitaría la unanimidad como se desprende del art. 397 CC.

De forma que se presume que los copropietarios que mayoritariamente representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad (párrafo segundo del art. 394 CC) están actuando en beneficio de la comunidad. Y en el supuesto de que se considere por los minoritarios que los mayoritarios perjudican gravemente ese interés superior de la comunidad, habrá de ser el Juez el que proveerá lo que corresponda (art. 398, párrafo tercero, CC). Respecto a qué debe entenderse por acuerdo gravemente perjudicial, y sin ánimo exhaustivo, la doctrina cita la destrucción, modificación o alteración de la cosa común; el impedir el uso a uno o varios partícipes; traspasar los límites de la administración; invadir las facultades dominicales de los propietarios; contratar sin las debidas garantías o con exposición a riesgos o graves peligros para los interesados; no remover a los administradores que malversan las rentas o productos de la cosa; etcétera (MORA ALARCÓN, J.A.: *Sociedad civil y comunidad de bienes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 175).

Aunque es discutible en algunos casos si se está ante un acto de mera administración, o ante un acto de disposición, parece claro que, entre los actos de administración se encuadrarían, entre otros, aquellos acuerdos cuyo objeto es la defensa del interés comunitario a través del ejercicio de acciones judiciales frente a otros comuneros minoritarios, o terceros, respecto de los que la indicada mayoría considere que perjudican el interés común.

2. La legitimación individual del comunero para la defensa del interés comunitario consecuencia de la pasividad de la comunidad. Carácter excepcional. Presunción de actuación beneficiosa para la comunidad salvo oposición de alguno de los comuneros. Defensa conjunta del interés común y del interés privativo.

Sin embargo, la ausencia de acuerdo mayoritario no impide el ejercicio de acciones por cualquier comunero en defensa del interés comunitario, existiendo al respecto una extensa doctrina jurisprudencial sobre la legitimación individual de los comuneros en defensa del interés comunitario.

Dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que “nuestra jurisprudencia ha admitido que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, siempre que lo haga en beneficio de todos”. Comuneros, por tanto, que se verán favorecidos por el resultado del ejercicio de las acciones judiciales en aquello que les sea favorable. Y señalan como la jurisprudencia (Ss. de 5 de marzo de 1982

y 18 de noviembre de 2000) fundamenta la legitimación de un comunero para ejercitar la acción resolutoria de un contrato de arrendamiento en esta doctrina (DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, t. I, *Derechos Reales en general. Posesión. Propiedad. El Registro de la Propiedad*, Novena Edición, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 72-73).

La STS 18 noviembre 2000 (Roj: STS 8408/2000 - ECLI:ES:TS:2000:8408) ya señalaba como “según jurisprudencia consolidada de esta Sala, un comunero puede demandar en beneficio de la comunidad, de modo que a todos los partícipes alcancen los efectos de la sentencia favorable (SSTS 3-3-1998 y 8-4-1992 , entre otras muchas)”.

Forma de obrar del comunero que puede tener su justificación no sólo en la imposibilidad del resto de atender la situación, por ausencia o cualquier otra circunstancia impeditiva, sino también en una omisión culposa o negligente en la defensa del interés común que precisaba de iniciativas urgentes. Situaciones estas de omisiones culposas en las que el comunero no solo estará legitimado para actuar y accionar judicialmente contra el tercero en defensa del interés común sino contra el resto de los comuneros cuya pasividad irroga daños y perjuicios a la cosa común, y, en consecuencia, en defensa de su cuota.

Como también, el comunero, esta vez frente a terceros, podrá ejercitar acumuladamente acciones en defensa del interés común, y en defensa de su interés privativo, como sería el supuesto recogido en la STS 16 abril 1996 (Recogida por MORA ALARCÓN, J.A.: *Sociedad civil*, cit., p. 212) en el que se ejercita una acción de reparación de daños en una finca por obras en la colindante, y en la que se aplica la jurisprudencia de que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asunto que afecte a la comunidad, debiendo estimar su posición como accionante. Legitimación en beneficio de la comunidad a la que se sumaría la indemnización de daños y perjuicios para el comunero derivados de las obras, y al ser el ocupante de la casa que se ve obligado a desalojar.

Ahora bien, la doctrina incide en el criterio restrictivo mantenido desde los años 60 por el Tribunal Supremo [SSTS 8 abril 1965; 17 junio 1961 y 19 febrero 1964 (PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema*, cit. p. 73)] al aplicar la meritada doctrina de la legitimación individual del comunero para la defensa del interés común, que reflejan como límite o condición a esa actuación del copropietario la inexistencia de oposición por parte de alguno o algunos de los partícipes. Y ello, por cuanto significaría la existencia de posiciones encontradas. Concluyendo de conformidad con dicha doctrina en que mientras esas diferencias permanezcan no se puede considerar legitimado al comunero ya que: “no podrá conocerse con certeza cuál es el criterio más beneficioso para la comunidad”.

De forma que doctrina mayoritaria y jurisprudencia parecen estar de acuerdo en que cabe presumir la actuación del comunero en beneficio de la comunidad en la medida en que, aun no existiendo un acuerdo mayoritario, no exista tampoco oposición por parte de alguno, o varios, de los otros partícipes.

Como recoge la SAP Valencia 13 febrero 2019 (Roj: SAP V 1017/2019 - ECLI:ES:APV:2019:1017) referido a la sociedad de gananciales donde demanda uno de los dos cónyuges en relación con un inmueble de titularidad ganancial, recogiendo abundante doctrina jurisprudencial, el comunero está legitimado para actuar en beneficio de la comunidad aun cuando no se dijera expresamente en la demanda, pero se deduzca de ella, siempre que persiga un resultado objetivamente beneficioso para la comunidad (por tanto no actúe en su exclusivo beneficio), y no exista constancia de oposición por parte de otros comuneros.

En tales casos de falta de oposición se presume el beneficio de la acción para la comunidad. Presunción que, no obstante, admite prueba en contrario. Como dice la ya mencionada SAP Valencia 13 febrero 2019: "Es suficiente con que ese potencial beneficio se deduzca con claridad de los términos de la demanda, sin que sea preciso consignar de una manera expresa que se está actuando en nombre e interés de la comunidad, pero se perderá la legitimación activa cuando se acredite que el demandante actúa en su exclusivo beneficio. La legitimación del comunero se sustenta sobre la presunción del beneficio que la acción puede reportar a la comunidad, si bien dicha presunción admite prueba en contrario".

Por su parte, la SAP Valencia 9 noviembre 2016 (ROJ: SAP V 5730/2016 - ECLI:ES:APV:2016:5730) advierte en relación a la legitimación activa del comunero y al beneficio para la comunidad como "el Tribunal Supremo ha reiterado en la sentencia dictada en fecha 13 de julio de 2012, que cualquiera de los condóminos puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, precisando, no obstante, que la sentencia que resulte desfavorable para ésta no afecta negativamente al resto de los comuneros no litigantes, lo que limita decisivamente los efectos de la cosa juzgada. Y que el reconocimiento de tal legitimación excepcional se fundamenta en una presunción de aceptación y conformidad del resto de los comuneros que lógicamente se asienta en la previsión de una sentencia favorable a los intereses comunes"

3. La STS 9 febrero 2023. Oposición de parte de los comuneros. Inexistencia de acuerdos comunitarios previos. El beneficio objetivo de la comunidad como objeto de prueba y fundamento de la legitimación individual del comunero frente a terceros.

De lo hasta aquí visto, cabría concluir que el comunero, o comuneros que no alcanzaran la mayoría de participaciones en la comunidad de bienes, existiendo

además un enfrentamiento con el resto, no gozarían de esa presunción de actuación del propietario individual en beneficio de la comunidad basada en el silencio subjetivo del resto. Con la consecuencia de que dicho beneficio deberá probarse, recayendo la carga de la prueba en el comunero accionante.

Estaremos pues en estos casos ante el beneficio objetivo. Beneficio entendido como utilidad, provecho o mejora. O, como veremos más adelante al examinar determinadas acciones de los comuneros en el régimen especial de la propiedad horizontal, beneficio en el sentido de evitación de un daño, lesión o perjuicio, o de una minoración del patrimonio o fondos comunitarios.

Ejemplo de ese beneficio objetivo, y de la posibilidad de que pueda prosperar una demanda frente a tercero de los comuneros que no alcanzan la mayoría de cuotas al oponerse el resto, es la STS 9 febrero 2023 objeto de comentario y del análisis de la legitimación individual de los comuneros. En dicho supuesto, no existe a priori presunción alguna de actuar en beneficio de los intereses comunes, ya que, de un lado, no hay acuerdo mayoritario de cuotas, y, de otro lado, concurre y es patente la oposición del resto. A pesar de lo cual, y probado el beneficio objetivo para la comunidad por los accionantes, la demanda es estimada.

Dicha sentencia del Alto Tribunal examina la demanda presentada por los titulares dominicales del 50% de las cuotas frente a la usuaria precarista del inmueble con pretensión de desahucio a fin de posibilitar la división de la cosa común conforme al art. 404 CC. El problema planteado al resolver sobre la legitimación activa de los demandantes reside en la falta de presunción de actuación en beneficio de la comunidad al no contar con la mayoría de los partícipes del art. 398 CC, y ser patente la oposición expresa de la titular de la otra mitad indivisa del pleno dominio, y que en su día había cedido gratuitamente el uso del inmueble a la ahora demandada.

Y es ante esta tesitura, cuando el Tribunal Supremo da sentido a la doctrina que niega la presunción de actuar en beneficio de la comunidad al comunero individual que, con la oposición del resto, pretende revocar o resolver acuerdos o contratos que previamente habían sido concertados por acuerdo de la comunidad, y sin ser parte en el proceso quienes podrían verse afectados por el pronunciamiento judicial.

Así, entre esos acuerdos o contratos, el Tribunal Supremo refiere un contrato de arrendamiento (sentencias de 20 de diciembre de 1989 y 460/2012, de 13 de julio), cuya extinción priva a los copropietarios de la renta del alquiler; un contrato de compraventa (sentencias de 8 de abril de 1965 y 26/2000, de 20 de enero), cuya resolución o incumplimiento lleva aparejadas consecuencias restitutorias o indemnizatorias.

No, como sucede en el objeto del litigio analizado por el Alto Tribunal, una cesión gratuita y unilateral del uso del inmueble tiempo atrás, sin poder de disposición de la cedente del uso, propietaria del 50%, que no contaba con el acuerdo o consentimiento del resto de los copropietarios. Y esto es lo que los demandantes, propietarios de la otra mitad indivisa, pretenden corregir.

Concluye el Tribunal Supremo en la existencia de un beneficio objetivo y probado para la comunidad, y en que la acción ejercitada individualmente por los demandantes es la correcta conforme además procede actuar según el art. 398.3 CC en los supuestos en que no hay mayoría: "Ello a pesar de que, como razona la Audiencia, en criterio plenamente compatible, la acción ejercitada por los demandantes redundaría de forma objetiva en beneficio de la comunidad, pues la ocupación de la vivienda podría apreciarse como una carga tanto por los copropietarios como por terceros y ello redundaría en el beneficio económico que se podría obtener en la venta. Este control judicial de que, por su finalidad, el ejercicio de la acción no se desvía del beneficio común, permite concluir afirmando la falta de justificación de la pretensión de la demandada, que pretende mantener, en claro perjuicio de los demás copropietarios, el uso de la vivienda que le fue cedida en precario por una copropietaria. En definitiva, ante la inexistencia de mayoría y el bloqueo de las posiciones, lo que han hecho los demandantes es acudir al juez, como autoriza la primera parte del art. 398.III CC".

III. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

Como pone de manifiesto la doctrina (GARRIGA ARIÑO, F.: *Actuación en juicio de las comunidades de propietarios en Propiedad Horizontal*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, pp. 236- 37) la jurisprudencia considera que existen evidentes semejanzas en las comunidades de bienes de tipo romano vistas hasta ahora, y la propiedad o copropiedad en régimen de propiedad horizontal, lo que conlleva la aplicación a este último régimen de toda la doctrina vista en relación a la comunidad de bienes ordinaria y, en consecuencia, entender legitimado a cualquiera de los copropietarios de la propiedad horizontal para la defensa de los intereses comunes, siempre y cuando acredite que lo hace en defensa del interés comunitario.

Ahora bien, ello siempre debe ser entendido como una excepción a la regla general que establece que los acuerdos en la comunidad de propietarios regida por la Ley especial deben adoptarse en el seno de las Juntas de Propietarios. Y que la representación de la Comunidad, en juicio y fuera de él, corresponde al Presidente (art. 13.3 LPH).

I. El acuerdo mayoritario de la comunidad de propietarios en el régimen especial de la Propiedad Horizontal para la defensa del interés común. La representación orgánica del presidente.

Los acuerdos de las comunidades de propietarios sometidas al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal o al Código Civil Catalán (Libro V del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales) para su validez precisan ser adoptados por la junta de propietarios cumpliendo los requisitos que la ley especial al efecto indica.

Entre ellos, respetar el régimen de mayoría simple, cualificada o la unanimidad, exigible en cada caso. Y a salvo se trate de actuaciones (art. 10.1 LPH) en las que el legislador exime de la necesidad de acuerdo pretendiendo con ello facilitar que estas se lleven directamente a efecto por su carácter obligatorio. Otra cosa, es la conveniencia de que se tomen acuerdos en todo caso, y no solo por la responsabilidad que, en caso contrario, se puede generar al resto de órganos de gobierno (presidente y administrador) sino por la necesidad de hacer siempre partícipes de los problemas, y de las decisiones, al conjunto de los propietarios.

No respetar los requisitos precisos para que un acuerdo sea válido conlleva la posibilidad de su impugnación conforme a la Ley de Propiedad Horizontal que se inspiró en la normativa mercantil en materia de sociedades (arts. 204 a 208 del Capítulo IX, Título V, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

La Ley de Propiedad Horizontal contempla actualmente, tras reforma por Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria (BOE nº 142 de 15/6/2022) cinco distintos tipos de regímenes posibles al adoptar un acuerdo. Entre ellos, la mayoría simple de propietarios y cuotas asistentes en segunda convocatoria que se aplica en particular a modo de cajón de sastre para todo acuerdo que no tenga señalado una mayoría especial. Mayoría simple que será suficiente para acuerdos en los que se trate de defender el interés comunitario. Por ejemplo, la autorización al presidente de la comunidad para el ejercicio de acciones judiciales frente a los comuneros que no respeten las normas de comunidad, alteren los elementos comunes, no cumplan con sus obligaciones económicas, etcétera. O frente a terceros a los que la comunidad exija el cumplimiento de sus obligaciones, o la correspondiente responsabilidad por su incumplimiento.

La naturaleza jurídica de la representación que ostenta el presidente de la comunidad es de carácter orgánico como recoge la doctrina (GARCÍA GARCÍA, J. M.: *La Propiedad Horizontal. En la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra, 2017, cit., p. 1600). Y es la solución encontrada a la carencia de

personalidad jurídica de las comunidades de propietarios, calificadas como entes sin personalidad jurídica que no persiguen ánimo de lucro.

Por su parte, la jurisprudencia en la materia sienta como doctrina jurisprudencial “la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que autorice expresamente al presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales en defensa de esta” [STS 10 octubre 2011 (Roj: STS 6992/2011)], entendiéndose no obstante el requisito cumplido sin necesidad del empleo de fórmulas sacramentales o superfluas, pudiendo extraerse esa autorización del propio orden del día de la junta y del contenido de los acuerdos adoptados [STS 24 junio 2016 (Roj: STS 2959/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2959)].

2. El carácter excepcional de la legitimación del comunero en supuestos de pasividad. La posible omisión negligente de los órganos de gobierno de la comunidad en el cumplimiento de sus obligaciones. La legitimación del propietario en defensa conjunta de intereses comunitarios y privativos.

Cuando la junta de propietarios no toma los acuerdos precisos, y al igual que sucede con la comunidad de bienes ordinaria, en Propiedad Horizontal se admite por doctrina jurisprudencial consolidada la legitimación individual del comunero. Ya las SS del TS 9 febrero 1991, 28 octubre 1991 y 15 julio 1992 afirmaron que cualquiera de los dueños en propiedad horizontal está legitimado procesalmente para ejercitar acciones en beneficio de todos los comuneros. Esta última [STS 15 julio 1992 (Roj: STS 5996/1992 - ECLI:ES:TS:1992:5996)] dice literalmente: “No es preciso que los copropietarios sometan, previamente al ejercicio de las acciones que les correspondan, la cuestión a la junta de propietarios, pues ningún precepto lo establece así y no puede imponérseles tal limitación, cuanto más cuando ningún perjuicio puede seguirse a la comunidad de que se entable un litigio en beneficio de los intereses generales de los copropietarios”.

En consecuencia, y aun con ciertas reticencias doctrinales que entienden que el único legitimado es el presidente (GARRIGA ARIÑO, F.: *Actuación*, cit., p. 237), se debe admitir el carácter excepcional de la legitimación individual del comunero en la defensa del interés comunitario con fundamento en la presunción del beneficio de la comunidad extraída de la inexistencia de criterios discrepantes [(SAP Valencia 15 julio 2014 (Roj: SAP V 3280/2014 - ECLI:ES:APV:2014:3280)], siendo preciso consultar previamente en junta de propietarios la intención de demandar. Y con el deber de acreditar en juicio la inactividad de la comunidad. Así, por ejemplo, cuando se estacionan vehículos fuera de las zonas permitidas en el garaje comunitario, sobre viales públicos o estando prohibido, sin que la comunidad tome medida alguna, etcétera. Y la falta de enfrentamiento entre esta y el demandante [SAP de Valencia 21 febrero 2014 (Roj: SAP V 1067/2014 - ECLI:ES:APV:2014:1067)].

En propiedad horizontal, aun con alguna reticencia que entiende no puede trasponerse la doctrina jurisprudencial operada en torno al art. 392 CC al ámbito de la Ley de Propiedad Horizontal, afirmando que, no sólo la pasividad sino también la oposición de la organización comunitaria, legitiman subsidiariamente al propietario frente a terceros [GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: "Artículo 13", en AAVV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (coord. por R. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 411-412] se abunda mayoritariamente en la idea de que los comuneros no actúan en ningún caso en beneficio de la comunidad cuando consta de forma expresa la oposición de la comunidad mediante acuerdo adoptado en la junta de propietarios, como órgano de gobierno (art. 13.1.a LPH). Esto es, ya no se trataría de la simple inexistencia de un acuerdo, o de la desidia o pasividad del Presidente en ejercitar acciones. Habría una oposición clara y contundente. Por ejemplo, en el caso de existir un acuerdo comunitario explícito en el sentido de retirar la denuncia que se había presentado previamente por la comunidad contra los comuneros, y no ejercitar acciones judiciales contra los mismos. Comuneros que después serían los demandados individualmente por el propietario.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la legitimación *ad causam* de los propietarios en el ejercicio de acciones en defensa de la comunidad, y del requisito de la no oposición, está contenida en sentencias como la de 14 mayo 2007 y 23 diciembre 2005, combinada con la doctrina jurisprudencial sobre el abuso de derecho a la que, entre otras, se refieren las SSTS 15 noviembre 2010 y 17 noviembre 2011 respecto a la falta de beneficio para el comunero que acciona. Todas ellas referidas en la STS 13 5 2016 (Roj: STS 2779/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2779).

Y también se exige que la acción individual de los comuneros ejercitando frente al copropietario que ha realizado una alteración en elementos comunes infringiendo los límites establecidos en el art. 7 LPH, pretensionando la restitución del elemento alterado a su primitivo estado, y al igual que si tal acción fuera ejercida por la comunidad, no resulte discriminatoria respecto de otros copropietarios [SAP de Valencia 18 II 2020 (Roj: SAP V 4512/2020 - ECLI:ES:APV:2020:4512)].

Por tanto, es la pasividad, sin oposición, la que legitima al comunero individualmente. Pasividad que podrá calificarse de omisión culposa de los órganos de gobierno de la comunidad en el cumplimiento de sus obligaciones que puede habilitar individualmente al comunero no sólo frente a terceros, sino también frente a la propia comunidad, y con petición de responsabilidades por los daños y perjuicios ocasionados cuando fuera calificable de negligente.

En particular, la omisión de obligaciones comunitarias de mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble, y de sus servicios e

instalaciones comunes, incluyendo en todo caso las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal (art. 10.1.a LPH). En tales casos, el comunero en nombre propio no sólo estaría actuando en beneficio o interés de la comunidad, sino también en base a un interés privativo al resultar directamente perjudicado, por ejemplo, por ocasionarle goteras en su vivienda ubicada en la última planta la falta de reparación de la cubierta del edificio.

Actuación individual del comunero frente a terceros en asuntos que afectan a la comunidad para la defensa de los elementos comunes que tendrá como presupuesto la pasividad de la comunidad, y que puede hacerlo a través de acciones de muy variada índole, ya protegiendo la posesión a través de acciones interdictales, ya la propiedad mediante las reivindicatorias, etcétera.

3. El beneficio objetivo como fundamento de la demanda individual, aun con existencia de acuerdo mayoritario en contra. Impugnación de acuerdos gravemente lesivos para la comunidad.

A pesar de la afirmación mayoritaria de que el comunero no puede actuar individualmente en beneficio de la comunidad con oposición del acuerdo mayoritario de esta, es lo cierto que el propio legislador habilita en el art. 18 LPH al propietario que votó en contra, o se encuentre en alguna de las situaciones que señala su apartado 2, para impugnar judicialmente los acuerdos cuando los considere perjudiciales para la comunidad.

Consecuentemente, vemos como la propia Ley especial contiene la posibilidad de que el propietario discrepante actúe supuestamente en beneficio de la comunidad, con oposición de su mayoría, y con un acuerdo en contra que es el impugnado. Estaremos pues ante otro supuesto como el que es objeto de la sentencia comentada. En este caso, en el ámbito de la propiedad horizontal, y previsto legalmente, en que, como aquel, habrá de probarse por el demandante el beneficio objetivo para la comunidad consistente en este caso en evitar esa lesión grave para sus intereses.

Ejemplos de acuerdos que darían cobijo a tal motivo de impugnación podrían ser aquéllos en los que la comunidad, sin un debido asesoramiento, y en la idea de aminorar gastos de comunidad para aliviar la carga económica de los comuneros con mayores dificultades económicas, pretendiera resolver contratos o relaciones jurídicas con empleados, como los porteros o conserjes, o con proveedores o empresas de mantenimiento de servicios e instalaciones, tales como seguros, ascensores, etcétera, en el ánimo de sustituir a tales prestadores por otros que ofrecen mayores ventajas económicas o descuentos, y que pueden conllevar, sin haberse valorado o estudiado oportunamente, las correspondientes reclamaciones e indemnizaciones por daños y perjuicios por parte de dichos

empleados o empresas. O aprobando la realización de obras o actuaciones sin los correspondientes estudios técnicos o proyectos, etcétera.

4. El ejercicio por el comunero de acciones propias de la Comunidad en interés privativo, y en supuestos de pasividad u oposición de la comunidad.

Incluso en propiedad horizontal se da un paso más, al aplicar la STS 18 mayo 2016 [STS 18 5 2016 (Roj: STS 2130/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2130)] siguiendo la doctrina jurisprudencial vista en materia de legitimación individual del comunero para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, no ya que el comunero accione individualmente en beneficio de la comunidad frente a terceros, tenga o no la carga de la prueba del beneficio, sino que, en interés privativo y al resultar directamente afectado, haga uso en caso de pasividad u oposición del resto de los comuneros de las acciones inicialmente diseñadas por el legislador para ser ejercitadas por la comunidad a través de su presidente, y frente a terceros.

Nos referimos al art. 7.2 LPH que recoge una de las acciones propias del régimen de la propiedad horizontal a ejercitar por el presidente. La denominada acción de cesación que la comunidad cumpliendo los requisitos estrictos de procedibilidad puede emprender frente al propietario o usuario que desarrolle en su local o vivienda o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

Doctrina jurisprudencial que cita en este sentido la STC 14 junio 1999 [STC, Sala 1ª, de 14 6 1999 (n.º 115/1999)], indicando que también comparte esta doctrina al decir: “aunque en la práctica y como licencia del lenguaje, las comunidades de propietarios de un edificio constituido bajo el régimen de la propiedad horizontal dicen actuar como demandantes y como demandados a través de su presidente, en virtud de la llamada ‘representación orgánica’ que le reconoce el actual art. 13.3 LPH (antiguo art. 12 LPH), en rigor son los propietarios del edificio, en cuanto propietarios constituidos bajo el régimen de la propiedad horizontal, los que actúan a través de la figura del presidente de la Junta de propietarios que ostenta ‘ex lege’ la representación de dichos propietarios en los asuntos que afectan a la Comunidad”; a lo que añade “así lo ha reconocido, por lo demás, la jurisprudencia civil, que, asimismo, ha declarado que cada propietario, pese a la representación orgánica que ostenta el presidente de la Comunidad de Propietarios, está legitimado para actuar en defensa de sus derechos en los casos de pasividad o incluso de oposición de la comunidad, por cuanto que la situación de propiedad horizontal no es propiamente una situación de comunidad, sino un régimen jurídico-real al que se sujeta la llamada ‘propiedad separada’ (art. 396 CC) de los diferentes pisos o locales en que se divide el edificio o conjunto inmobiliario al que se aplica, y del que derivan los derechos, cargas, obligaciones y responsabilidades

que la ley establece. Por ello, cada propietario debe estar facultado, en principio, para el ejercicio y defensa de sus derechos con independencia de los restantes propietarios, en términos y condiciones que no corresponde a este Tribunal precisar”.

Pues bien, afirma el Tribunal Supremo en dicha sentencia citada más arriba de 18 de mayo de 2016 que dicho art. 7.2 LPH que contempla la actuación del presidente de la comunidad “no lo impone como exclusivo y excluyente”.

Y concluye el Alto Tribunal: “Así, si el presidente o la junta de propietarios, no toma ninguna iniciativa, el propietario individual que sufre en su persona o familia las actividades ilícitas de un copropietario y tras los requerimientos oportunos (como en el caso presente) no puede quedar indefenso y privado de la defensa judicial efectiva, por lo cual tiene la acción de cesación que contempla dicha norma y ante la inactividad del presidente o de la junta (o de ambos) está legitimado para ejercer esta acción en interés propio (no en el de la comunidad) y en defensa de su derecho, que no ha ejercido la comunidad”.

HACIA UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ACOSO
SEXUAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DE CHILE DE 9 DE OCTUBRE DE 2020 (ROL N°
AD-508-2020)

*TOWARDS A CORRECT INTERPRETATION OF SEXUAL
HARASSMENT. COMMENTARY TO A DECISION DELIVERED BY
THE SUPREME COURT OF CHILE IN 09 OF OCTOBER 2020 (ROL
N° AD-508-2020)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 440-455

Javier
MARTÍNEZ
MORALES

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de enero de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: El presente comentario tiene por objeto analizar la sentencia de la Corte Suprema de Chile del año 2020 que, amparándose en una interpretación literal del art. 1 del Acta 103-2018, rechaza la idea de que la conducta del denunciado sea constitutiva de acoso sexual. Lo anterior, permitirá defender la predominancia de la interpretación sistemática de la norma en conjunto con la aplicación conceptual de organismos internacionales, la doctrina y las normas de otros ordenamientos jurídicos, a efectos de obtener un razonamiento acorde al uso y comprensión habitual que se tiene del término.

PALABRAS CLAVE: Tenor literal; interpretación sistemática; requerimiento; finalidad de la norma.

ABSTRACT: *The purpose of this commentary is to analyze the sentence of the Supreme Court of Chile of the year 2020 which, based on a literal interpretation of art. 1 of Act 103-2018, rejects the idea that the conduct of the accused constitutes sexual harassment. This will make it possible to defend the predominance of the systematic interpretation of the norm in conjunction with the conceptual application of international organizations, the doctrine and the norms of other legal systems, in order to obtain a reasoning according to the usual use and understanding of sexual harassment.*

KEY WORDS: *Literal tenor; systematic interpretation; requirement; purpose of the law.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO. I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL.- III. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA NORMA VS INTERPRETACIÓN LITERAL.- IV. CONCLUSIONES.

SUPUESTO DE HECHO

El caso objeto de estudio se refiere a un supuesto acoso sexual sufrido por varias mujeres de parte de un superior laboral jerárquico de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Zona de Copiapó. Las conductas realizadas por este último consistían en saludos de besos y abrazos apretados, acercando su cuerpo y tocando sus espaldas de manera inapropiada; besos en la frente; requerir el saludo de una tercera, tirándole del brazo. Asimismo, en diversos contextos, ofreció nalgadas debido a presuntas inconductas; sumado a comentarios inapropiados de carácter sexualizado referidas al cuerpo de las mujeres junto con jactarse de sus miradas lascivas, vulnerando la dignidad de las víctimas y generando un ambiente hostil.

En virtud de las conductas relatadas, se efectúa denuncia en sede disciplinaria en contra del mencionado superior jerárquico involucrado. En dicha instancia, se estimó que los hechos imputados al denunciado califican como propios de acoso sexual, estipulando una sanción consistente en la remoción del cargo, de acuerdo con lo prescrito en el art. 135 del Reglamento del Personal de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y al art. 21 letra e) del Reglamento sobre Investigaciones Disciplinarias de la citada corporación.

La Corte Suprema de Chile, conociendo del recurso de apelación, confirma la sentencia apelada, con declaración reduciendo la sanción impuesta, en concreto, reemplaza la sanción de remoción del cargo de administrador zonal en Copiapó de la Corporación Administrativa del Poder Judicial por una suspensión de las funciones durante un mes con goce de media remuneración, pues considera que los actos imputados no son constitutivos de acoso sexual.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En ese contexto, conociendo la apelación deducida en contra de la sentencia de primera instancia la Corte Suprema de Chile confirma con declaración la sentencia impugnada, considerando, en sus motivos más relevantes:

• **Javier Martínez Morales**

Abogado, Universidad de Valparaíso, Chile. Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas por la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: j.martinezmorales95@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-4082-9932>.

“Que el mérito de los antecedentes y lo alegado en estrados permite a esta Corte concluir que el conjunto de expresiones y comportamientos establecidos, en lo sustancial, no fueron suficientemente controvertidos; los que por su carácter resultan inequívocamente impropios e inadecuados para el contexto laboral en que fueron proferidos, la jerarquía de sus destinatarias y de su autor y, por su carácter, indudablemente lesionaron la dignidad de las primeras, provocando su razonable molestia y la afectación del clima laboral de la unidad correspondiente [considerando tercero].

Que, sin embargo, de acuerdo la definición de acoso sexual recogida en el Acta 103-2018, el núcleo del comportamiento que interesa proscribir y evitar radica en un concepto rector, como es la formulación de “requerimientos de carácter sexual no consentidos”, y que producen los efectos que describe el art. 1º del Acta citada, esto es, amenazar o perjudicar la situación laboral del destinatario o destinataria, sus oportunidades en el empleo o generan un ambiente de trabajo intimidante, hostil, abusivo u ofensivo; por lo que para emitir decisión sobre el primer cargo formulado, resulta indispensable esclarecer el citado aspecto [considerando cuarto].

Que, en todo caso, aunque resulte evidente, es necesario dejar constancia que son múltiples las inconductas que pueden generar los efectos consignados en el motivo que precede (“amenazar o perjudicar la situación laboral del destinatario o destinataria, sus oportunidades en el empleo o generan un ambiente de trabajo intimidante, hostil, abusivo u ofensivo”), y no todas tendrán *per se* el carácter de acoso sexual, ya que el elemento distintivo, de acuerdo a la descripción de la norma citada, es el requerimiento sexual no consentido, por lo que su ausencia no implica la absolución del responsable, sino -en caso de ser procedente- su sanción a título de infracción de otros deberes funcionarios [considerando quinto].

Que, de acuerdo al mérito de los antecedentes, la concurrencia del elemento “requerimiento de carácter sexual” debe ser descartado, atendido el tenor de los testimonios consignados en autos, conforme a los cuales todas las denunciadas, al responder la consulta expresa del investigador, negaron su existencia a su respecto, señalando que el denunciado nunca formuló exigencia en tal sentido [considerando sexto].”

En definitiva, la Corte confirma la sentencia apelada, con declaración que don A.M.P queda sancionado únicamente con el cargo 3º, esto es, haber vulnerado las obligaciones especiales a que está sujeto en su condición de personal directivo de la Corporación Administrativa del Poder Judicial contenidas en el art. 56 letras d) y e) del Reglamento de Personal de la señalada entidad, conductas realizadas en diciembre de 2017 y durante 2018, imponiéndosele la medida disciplinaria

de suspensión de funciones por el término de un mes, con goce de media remuneración.

En palabras sencillas, la Corte Suprema de Chile, conociendo del recurso de apelación, estima que el conjunto de expresiones y comportamientos establecidos resultan inequívocamente impropios e inadecuados para el contexto laboral en que fueron proferidos, la jerarquía de sus destinatarias y de su autor y, por su carácter, indudablemente lesionaron la dignidad de las primeras, provocando su razonable molestia y la afectación del clima laboral de la unidad correspondiente. Sin embargo, haciendo una interpretación en base al tenor literal de la definición de acoso sexual recogida en el Acta 103-2018, la Corte considera que el elemento distintivo para estar ante esa figura es el "requerimiento de carácter sexual no consentidos" que produzca los efectos de amenazar o perjudicar la situación laboral del destinatario o destinataria, sus oportunidades en el empleo o generan un ambiente de trabajo intimidante, hostil, abusivo u ofensivo. En ese sentido, el máximo tribunal descarta la presencia del elemento distintivo mencionado amparándose en el tenor de los testimonios consignados en autos, conforme a los cuales todas las denunciadas negaron la existencia de tal requerimiento.

No obstante lo anterior, el máximo tribunal encuentra acreditada la existencia de los hechos ya referidos, con los efectos consignados de lesión de la dignidad de las ofendidas y de afectación del ambiente laboral, por lo que se estima que el denunciado realizó comportamientos que significaron el incumplimiento de obligaciones especiales del personal directivo consignadas en el art. 56 del Reglamento del Personal de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, y, por ende, se le impone la medida disciplinaria de suspensión de funciones por el término de un mes, con goce de media remuneración, imputando el tiempo que estuvo en suspensión cautelar.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años las organizaciones feministas se han encargado de ubicar en la papeleta política la preocupación en torno a la tipificación y correcta conceptualización de aquellas figuras que atenten contra la libertad sexual, dignidad y honra de la mujer, siendo el acoso sexual una de las conductas más recurrentes en nuestra sociedad. A pesar de tan ardua labor, aún resulta difícil determinar, en el caso concreto, si un acto es meramente impropio o inadecuado o, ciertamente, es un acoso sexual. Durante este complejo trabajo es que la Corte Suprema de Chile opta por una interpretación literal del Acta 103-2018 que recoge la figura del acoso sexual en el contexto laboral del caso en estudio, en concreto, considera que el elemento distintivo es el "requerimiento de carácter sexual no consentidos",

destacando la palabra “requerimiento” con miras a sustentar la negativa de que la conducta constituya acoso sexual.

En ese contexto, el presente trabajo tiene por objeto acreditar que la interpretación literal y restrictiva que realiza la Corte Suprema es insuficiente a efectos de cumplir con el deber judicial de realizar un ejercicio cognitivo completo. Deber que no se puede cumplir si no es con una interpretación sistemática de la norma, esto es, basada en el contexto en que se dicta el precepto, la finalidad o el objeto de la misma y la especial referencia a concepciones internacionales en la materia. Lo mencionado, permitirá, a su vez, determinar si las actuaciones empleadas por el actor se enmarcan en la figura ya mencionada.

II. CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL.

Pues bien, para comenzar nuestra crítica al razonamiento de la Corte Suprema, debemos conceptualizar el acoso sexual, tarea que se llevará a cabo mediante las referencias conceptuales que proporciona el Acta 103-2018; la doctrina; organismos internacionales; y las normas de otros ordenamientos jurídicos. Lo anterior permitirá evaluar la interpretación formalista de la Corte Suprema junto con analizar la correcta conceptualización que debe detentar esta figura.

El art. I del Acta ya señalada establece que: “Se entiende por acoso sexual el que una persona realice por cualquier medio (verbal, no verbal, físico) uno o más requerimientos de carácter sexual no consentidos por quien los recibe, que tienen el efecto de amenazar o perjudicar su situación laboral, sus oportunidades en el empleo o generan un ambiente de trabajo intimidante, hostil, abusivo u ofensivo” (art. I Acta 103-2018).

Asimismo el mencionado precepto contempla una serie de conductas que, a modo de ejemplo, podrán constituir acoso sexual, a saber: los gestos y piropos lascivos; llamadas telefónicas, correos electrónicos, mensajes, cartas y/o cualquier otro medio de comunicación, con intenciones sexuales; presiones para aceptar obsequios y/o invitaciones a salir; acercamientos o contactos físicos innecesarios; presiones tanto físicas como síquicas para tener contactos íntimos; exhibición de pornografía, por mencionar algunas, las cuales deben servir como elementos orientativos para la labor interpretativa del juez.

Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo conceptualiza el acoso sexual como un “comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre”¹. También, la Recomendación General

¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: “Hostigamiento o acoso sexual. Género, salud y seguridad en el trabajo, Hoja Informativa”, 21 de octubre de 2013, p. 1. Para mayor comprensión se recomienda revisar el Convenio N°190 de la Organización Internacional del Trabajo de 2019.

N°19 de las Naciones Unidas relativa a la violencia contra la mujer lo define como “un comportamiento de tono sexual tal como: contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho”². Es decir, el acoso sexual implica una afectación a la dignidad propiciando un ambiente ingrato, humillante y ofensivo.

El art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2007 de España para la igualdad efectiva de mujeres y hombres lo define como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

Para la normativa estadounidense, por ejemplo, las proposiciones sexuales indeseadas, requerimientos para concesiones de tipo sexual y otras conductas físicas o verbales constituyen acoso sexual cuando:

1. Su cumplimiento se hace de manera explícita o implícita en términos o como condición para obtener el empleo,
2. Su cumplimiento o la negación de su cumplimiento por un individuo es la base para tomar decisiones que afecten el empleo de dicho individuo,
3. Tales conductas tienen el propósito o efecto de interferir sin razón en la eficiencia del trabajo de un individuo; o creando un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil y ofensivo³.

Cabe señalar que este último concepto no estipula el requerimiento explícito como el elemento distintivo del tipo, sino que es una de las posibilidades mediante la cual se está en presencia de un acoso sexual.

Por otra parte, los autores Nicholson, Ussher y Compling lo entienden como cualquier indeseada e inaceptada insinuación sexual, petición de favores de tipo sexual, contacto físico o de palabra, cuando ese contacto tiene el propósito o efecto de interferir irrazonablemente en el trabajo de un individuo, en su actuación académica o intenta crear un ambiente laboral o académico intimidatorio, hostil u ofensivo⁴.

2 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER: “Recomendación General N°19, la violencia contra la mujer”, 1992, art. 11, pár. 18.

3 UNITED STATES GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE: “Code of Federal Regulations”, 2016, pár. 1604.11.

4 Citado en PÉREZ GUARDO, R. y RODRÍGUEZ SUMAZA, C.: “Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 31, núm. 1, 2013, p. 199.

La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, califica de acoso sexual laboral a toda situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (art. 2).

El art. 184.I Código Penal Español, establece que hay acoso sexual cuando se solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

La citada definición es la que más se asemeja al concepto estipulado en el acta chilena, toda vez que el elemento fundamental es la solicitud de favores sexuales.

Por último, el Convenio Europeo de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del año 2011, estipula como acoso sexual: “toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo” (art. 40).

III. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA NORMA VS INTEPRETACIÓN LITERAL.

Una vez expuesta la diversidad que existe en la conceptualización del acoso sexual, se puede concluir que la problemática radica en la interpretación y aplicación de la palabra “requerimiento” contemplada en el acta citada, en base a la cual la Corte rechaza la presencia de un acoso sexual. Lo anterior en circunstancias donde la mayoría de las definiciones citadas no contienen dicho elemento, siendo, por ende, dable colegir que frente a tal ausencia resulta incorrecto dotarlo de carácter distintivo, siempre y cuando defendamos la preferencia de la interpretación sistemática de la norma.

En este escenario, no podemos olvidar que la interpretación jurídica es un trabajo que presupone un medio, esto es, un cuerpo de materiales jurídicos que son considerados relevantes para establecer el significado de la norma como aplicable a los hechos. Esto incluirá el diccionario, con sus definiciones, el diccionario jurídico, con las suyas, y la doctrina, y todo el cuerpo de normas jurídicas válidas, tal vez derechos y principios más abstractos, tal vez debates legislativos, tal vez precedentes⁵. En resumen, la labor interpretativa del juez no

5 KENNEDY, D.: *Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2013, p. 92.

se agota en la simple aplicación de la norma considerada correcta, e interpretar los preceptos solamente basados en su tenor literal, más bien se debe optar por una interpretación sistemática, amplia y completa que acredite un trabajo anterior basado en un ejercicio cognitivo proveniente de múltiples fuentes. Una interpretación tan estricta y formalista deja entrever la labor simplista de la Corte Suprema.

Se pudo apreciar que la Corte opta por el camino de la interpretación estrictamente literal, habida cuenta de que considera la palabra requerimiento, en base a un único significado, como el elemento bisagra para estar frente a la figura señalada, lo cual produce una desvalorización del resultado de las conductas descritas, es decir, aquellas que atentaron contra la dignidad, intimidad y libertad sexual de las denunciadas. Así, una interpretación amplia basada en concepciones internacionales junto con un trabajo interpretativo sistemático debería concluir en que: cualquier conducta intrusiva e indeseada de índole sexual practicada contra los sujetos que la norma protege debería considerarse acoso sexual⁶. Dicho de otra manera, es acoso tanto la existencia de una solicitud sexual explícita como aquellos comportamientos en virtud de los cuales la intención de dañar la dignidad de un sujeto se fundamenta en elementos sexuales sin necesidad de explicitud.

La interpretación que hace la Corte es del todo formalista al considerar la palabra requerimiento como eje sustancial. En suma, los ministros se sintieron, en este caso, vinculados únicamente con el texto de la norma jurídica vigente, negando vinculación con las razones en las que ella se fundamenta⁷. En ese sentido, prefieren una interpretación literal de la norma en lugar de atender al contexto y razones que subyacen a la misma⁸, lo cual implica sostener que los ministros violan los deberes del rol judicial, pues es incomprensible que decidan sobre la base del significado inicialmente obvio de la norma, esto es, sin requerimiento no hay acoso. En definitiva, no pueden tomarla como “verdadera” tan sólo porque es inicialmente obvia en términos jurídicos⁹. Por consiguiente, la mencionada sentencia conlleva una problemática en la relación entre el texto literal y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir¹⁰, esto es, la protección a la libertad sexual, dignidad, intimidad, integridad física y moral, el honor, la propia imagen y la igualdad¹¹.

6 PÉREZ GUARDO, R. y RODRÍGUEZ SUMAZA, C.: “Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social”, cit., p. 209.

7 ATIENZA, M.: *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 50.

8 ATIENZA, M.: *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 50.

9 KENNEDY, D.: *Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*, cit., pp. 94-95.

10 ATIENZA, M.: *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 50.

11 PÉREZ GUARDO, R. y RODRÍGUEZ SUMAZA, C.: “Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social”, cit., p. 201.

A mayor abundamiento, se podría decir que la sentencia no cumple con todos los elementos de interpretación planteados por Savigny, el cual señala que el cumplimiento de las cuatro operaciones distintas en tanto reunión es indispensable para interpretar la ley¹². En ese sentido, el elemento gramatical se refiere al lenguaje de las leyes, las palabras empleadas por el legislador; el elemento lógico se refiere a la descomposición del pensamiento o a las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes; el histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley fue dada; y por último, el elemento que más nos debe interesar para el presente caso, el sistemático, tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad, en otras palabras, es imprescindible considerar la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en el sistema¹³. En ese orden de ideas, el elemento más ausente en la sentencia es el sistemático, toda vez que en ninguna parte de la argumentación se hace alusión al precepto con relación al sistema general. Esto último significa, en palabras sencillas, que la conducta encuadrada en la norma tenga armonía argumental sobre el sistema en su conjunto, teniendo en cuenta la finalidad de la norma, esto es, proteger la dignidad, intimidad, libertad sexual, entre otras. Asimismo, existe una ausencia del elemento gramatical, puesto que existe una insuficiencia en la argumentación de la Corte al solo manifestar, como supuesto cumplimiento de este factor, la referencia al tenor literal y, en concreto, considerar como elemento distintivo de la acción el requerimiento sin hacer referencia al lenguaje empleado por el legislador en estricta vinculación con la finalidad de protección, afirmando que aquello es un elemento distintivo sin argumentar por qué y sin hacer mención alguna al significado mismo de la palabra requerimiento en su aplicación.

A su vez, existe un problema de semántica, en tanto considerada como la disciplina que se ocupa de los significados de las expresiones lingüísticas. Para ser más claros comparémoslo, guardando las claras diferencias, con el caso *Nix vs Hedden* resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos. En dicho caso, el problema era descubrir si los tomates son verduras o frutos a la hora de aplicarles un impuesto que gravaba la compraventa de verduras en los Estados Unidos. En ese orden de ideas, resulta indiscutible que botánicamente los tomates son un tipo de fruto, sin embargo, también se les acostumbra a servir junto a otras verduras, además de encontrarse en el sector de verduras en el mercado alimenticio. En ese marco, conforme a la teoría causal de la referencia, deberíamos concluir que los tomates son frutos y, por consiguiente, no se le debe aplicar el impuesto. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos realiza una interpretación basada en el uso habitual de los términos, en donde el tomate es considerado verdura. En definitiva, se debe privilegiar el lenguaje común de la sociedad a la

12 ATIENZA, M.: *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 515.

13 ATIENZA, M.: *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 514-515.

hora de interpretar la norma, considerando, por ejemplo, que los tomates son servidos como verduras en la cena y no, como los frutos, en el postre¹⁴.

Para el caso en comento, una interpretación estricta de la palabra “requerimiento” equivaldría, comparándolo con el caso citado, a considerar los tomates como frutas a efectos de aplicar la legislación mencionada. Sin embargo, aquello supone excluir el uso habitual de los términos como elemento determinante de la interpretación, toda vez que las conductas descritas apuntan a acciones de índole sexual conforme al uso o comprensión habitual que tiene la sociedad en nuestros tiempos, por lo que claramente las tocaciones y los comentarios o conductas intrusivas e indeseadas sobre el cuerpo de las mujeres satisfacen el tipo consagrado en el acta. A lo anterior se puede sumar que la Corte realiza una interpretación tan estricta que no toma en consideración el momento, contexto y entendimiento que la sociedad emplea al término acoso sexual y, en concreto, al requerimiento como elemento distintivo. En ese sentido, requerimiento conforme a la Real Académica Española, es la “acción y efecto de requerir”, vale decir, solicitar, pretender, explicar su deseo o pasión amorosa, por lo que, el requerimiento, en la forma interpretada por la Corte, cae en la característica de ser indeterminado o ambiguo, habida cuenta de que tal palabra puede tener diversas concepciones a la hora de tratar de encuadrar la conducta en la norma, por ejemplo, por un lado, la Corte lo considera como elemento distintivo a través del cual el denunciado debe emitir una solicitud manifiesta o explícita de carácter sexual a las denunciadas y, por otro, una interpretación sistemática y amplia da lugar a considerar el requerimiento como la explicación del deseo o pasión sexual emitida por el denunciado a través de conductas, actos o comentarios de índole sexual hacia las denunciadas de manera tal que atente contra la dignidad y libertad sexual de las mismas, provocando un ambiente laboral hostil, abusivo u ofensivo.

Otro caso que nos permite evidenciar las falencias interpretativas de la Corte Suprema es el caso *United States vs Kirby*, caso donde el sheriff Kirby fue acusado por el delito de obstruir el paso del correo, en circunstancias que lo realizó con la intención de arrestar a un cartero acusado de un delito de homicidio. La Corte Suprema de Estados Unidos absolvió a Kirby, por considerar que la acción no era una obstrucción del correo. Argumenta que la razón de la ley debe prevalecer sobre su tenor literal en el caso de que las interpretaciones exclusivamente literales puedan llevar a la injusticia, opresión o absurdas consecuencias¹⁵. En ese marco, si en la sentencia analizada se acreditaron las conductas, comentarios y acciones lascivas de índole sexual hacia las denunciadas, parece una consecuencia absurda reducir la sanción a una mera suspensión con la excusa de una interpretación literal

14 *NIX vs HEDDEN*, U.S., 137 (1893).

15 *UNITED STATES vs KIRBY*, 74 U.S. 482 (1869).

por ausencia de requerimiento, en circunstancias en que la razón o finalidad de la norma es proteger la libertad sexual, dignidad e intimidad de las afectadas, aspecto que la misma Corte afirma que ocurrió. Por consiguiente, no se comprende cómo la mera ausencia del requerimiento permite prescindir de la figura de acoso sexual, más aun teniendo en cuenta que la mayoría de los conceptos “internacionales” que se otorgan a dicha figura se refieren a “comportamientos” ya sea físico o verbal, por lo que parecería que el elemento distintivo no es el requerimiento, sino más bien un comportamiento de índole sexual que afecte la dignidad, intimidad o libertad sexual de las denunciantes, cumpliendo, de esta manera, con la finalidad de la norma.

Por último, la postura planteada en párrafos anteriores se ve reforzado por el voto en contra de los ministros Muñoz, Sandoval, Muñoz S. y Repetto, quienes consideran que existió acoso sexual, argumentando que la conducta a proscribir puede ser realizada por cualquier medio, esto es, verbal, no verbal o físico. Consideran que debe primar un análisis sistemático de la norma, que permite desprender su verdadero alcance, esto es, de que se trata de “actos o comportamientos” de naturaleza sexual, no aceptados por las personas a las que van dirigidos y que atentan contra su libertad, en la medida que les impide decidir libremente el ejercicio de su sexualidad y que afectan su dignidad como personas, provocando daño o sufrimiento, humillación, y un ambiente abusivo u ofensivo. En ese entendimiento, resulta evidente que el concepto de requerimiento debe ser interpretado en términos amplios, desde que las conductas descritas apuntan, precisamente, a acciones de índole sexual.

De esta forma, estiman acreditado que el denunciado profirió gestos y piropos lascivos, y desplegó acercamientos o contactos físicos innecesarios respecto de las funcionarias denunciantes, resultando evidente que en su relación con ellas se trasluce su consideración como objeto de carácter sexual, circunstancias en las que el respeto por su integridad o dignidad estaba ausente, por lo que consideran correcto confirmar la medida de expulsión del cargo.

IV. CONCLUSIONES.

La Corte Suprema ha dictado una sentencia cuyo resultado y razones son incorrectos. De seguirse el razonamiento de la Excelentísima Corte en casos futuros, la interpretación literal de la norma prevalecería ante una interpretación sistemática y amplia de la misma, en circunstancias en que esta última es la mejor herramienta para llegar a un resultado justo, pues considera no sólo las palabras literales empleadas por el legislador, sino que, además, recoge el contexto en que fue dictada la norma y las razones que subyacen a la misma.

Lo expuesto, dentro de otras razones, evidencia los problemas interpretativos de la Corte Suprema, en concreto, en lo relativo a la semántica argumentativa y la ausencia de los elementos sistemático y gramatical de interpretación.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, M: *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER: *Recomendación General N°19, la violencia contra la mujer*, 1992. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.

CONSEJO DE EUROPA: *Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*. Estambul, 2011. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>.

CORTE SUPREMA DE CHILE: *Acta N°103-2018 que fija el procedimiento de actuación para la prevención, denuncia y tratamiento y del acoso sexual en el poder judicial chileno*, Secretaría de Género del Poder Judicial, Santiago, 2018. Disponible en: http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/103-2018_ProcedimientoAcoso%20Sexual.pdf.

JEFATURA DEL ESTADO DE ESPAÑA: *Ley 10/1995 del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

JEFATURA DEL ESTADO DE ESPAÑA: *Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007.

KENNEDY, D: *Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2013.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: "Hostigamiento o acoso sexual". *Género, salud y seguridad en el trabajo, Hoja Informativa*, 2013. Disponible en: https://www.ilo.org/sanjose/publicaciones/WCMS_227404/lang--es/index.htm.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE EUROPA: *Directiva 2002/73/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2002. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-81758>.

PÉREZ GUARDO, R. y RODRÍGUEZ SUMAZA, C: "Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 31 núm. 1, 2013. Disponible en: https://doi.org/10.5209/rev_CRLA.2013.v31.n1.41647.

UNITED STATES GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE: *Code of Federal Regulations*, 2016.
Disponibile en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CFR-2016-title29-vol4/xml/CFR-2016-title29-vol4-part1604.xml>.

UNITED STATES SUPREME COURT: *United States vs Kirby*, 74 U.S. 482, 1869.
Disponibile en: <https://www.loc.gov/item/usrep074482/>.

UNITED STATES SUPREME COURT: *Nix vs Hedden*, U.S., 137, 1893. Disponible en:
<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/149/304.html>.



PANORAMA



CONSTRUYENDO LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS DE
LA PERSONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
BOLIVIANO

*CONTRIBUTING TO THE CONSTRUCTION OF PERSONALITY
RIGHTS IN THE BOLIVIAN LEGAL SYSTEM*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 458-495

José Ramón DE
VERDA y Álvaro
BUENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de enero de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: En el presente trabajo se trata de realizar una contribución a la construcción de los derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico de Bolivia, partiendo de la realidad normativa del país y teniendo en cuenta la experiencia jurídica de otros ordenamientos.

PALABRAS CLAVE: Derechos de la personalidad; derechos fundamentales; derecho a la imagen; derecho al honor; derecho a la intimidad.

ABSTRACT: *This paper attempts to make a contribution to the construction of personality rights in the Bolivian legal system, starting from the normative reality of the country and taking into account the legal experience of other systems.*

KEY WORDS: Personality rights; fundamental rights; right to image; right to honour; right to privacy.

SUMARIO.- I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.- I. Derechos de la personalidad y derechos fundamentales. 2. Derechos de la personalidad y autonomía privada.- II. TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.- 1. La tutela inhibitoria: la acción de cesación.- 2. La tutela resarcitoria.- A) *La presunción del daño moral.*- B) *La cuantificación del daño.*- C) *Plazo de prescripción de la acción.*- D) *Responsabilidad solidaria de los sujetos participantes en la intromisión ilegítima.*- III. EL DERECHO A LA IMAGEN.- 1. Autonomía del derecho a la propia imagen (respecto de los derechos al honor y a la intimidad).- 2. El derecho a la propia imagen.- 3. El consentimiento del titular a las intromisiones en su propia imagen.- A) *La especificidad del consentimiento respecto de cada concreto acto de intromisión.*- B) *Posibilidad y alcance de la revocación.*- C) *El caso de los menores de edad.*- 4. INTROMISIONES LEGÍTIMAS POR RAZÓN DE UN INTERÉS CONSTITUCIONAL PREVALENTE.- A) *Predominancia de un interés histórico o cultural relevante.*- B) *Imágenes de personas con proyección social captadas en lugares públicos.*- C) *Uso accesorio de imágenes de personas sin relevancia pública.*- D) *Las caricaturas de personajes públicos.*- 5. LA PROTECCIÓN POST MORTEM DEL DERECHO A LA IMAGEN.- A) *La tutela civil.*- B) *La tutela constitucional.*- 6. EL DERECHO A LA PROPIA VOZ.- A) *Autonomía del derecho a la propia voz (respecto del derecho a la imagen).*- B) *Conflicto entre el derecho a la voz y las libertades de información y de expresión.*- IV. EL DERECHO AL HONOR.- 1. El derecho al honor.- A) *Aspecto subjetivo y objetivo del honor.*- B) *El prestigio profesional.*- 2. Intromisiones ilegítimas en el derecho al honor.- A) *Autonomía de la tutela civil respecto de la penal.*- B) *Veracidad e intromisión ilegítima.*- C) *Intromisión ilegítima y daño moral.*- 3. Titularidad del derecho al honor (la posición de las personas jurídicas).- 4. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información.- A) *Deber de veracidad y doctrina del reportaje neutral.*- B) *El interés público de la noticia.*- 5. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión.- A) *El juicio de proporcionalidad.*- B) *Crítica política en un contexto satírico.*- 6. *La protección de la denominada memoria póstuma.*- 7. La publicación del fallo condenatorio como forma de reparación.- 8. Derecho de rectificación. V. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.- I. La noción de intimidad.- 2. El derecho a la intimidad.- 3. La titularidad del derecho a la intimidad.- 4. El derecho a la intimidad familiar.- 5. El consentimiento del titular a las intromisiones en su derecho a la intimidad.- 6. Conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de información.- A) *La menor protección del derecho a la intimidad de los personajes públicos.*- B) *Interés público de la información.*- C) *El juicio de proporcionalidad.*- 7. Cartas misivas confidenciales.

I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Los derechos de la personalidad son derechos que recaen sobre una realidad que no es externa al propio titular, sino sobre bienes o atributos del mismo, esto es, los denominados bienes de la personalidad.

Sus principales rasgos caracterizadores son los siguientes: a) son derechos que afectan a la propia esfera de la persona, tanto física (vida o integridad física) como psíquica (honor, intimidad personal y familiar o propia imagen); b) son derechos

• José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Director del Grupo de Investigación Permanente de la Universidad de Valencia "Research Group Person and Family" (GIUV2013-101). Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es.

• Álvaro Bueno Biot

Investigador predoctoral "Atracción del Talento" en el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València. Doctorando en Derecho Civil en la Universitat de València y en Diritto Privato en el Alma Mater Studiorum-Università di Bologna. Correo electrónico: alvaro.bueno@uv.es.

absolutos, existiendo un deber de respeto de todos los particulares, al igual que sucede respecto de los derechos reales; y c) son derechos que entroncan con la propia dignidad de la persona y, en consecuencia, como dice el art. 21 CC: "son inherentes al ser humano y se hallan fuera del comercio".

I. Derechos de la personalidad y derechos fundamentales.

Uno de los problemas dogmáticos recurrentes es explicar de modo adecuado la relación entre la categoría de los "derechos fundamentales", reconocidos en las constituciones, y la de los "derechos de la personalidad", regulados en códigos civiles (en Bolivia) o en leyes especiales (en otros países, por ejemplo, España).

Las dificultades nacen por el diverso origen de ambas: los derechos fundamentales se conciben inicialmente como reductos de inmunidad frente a las injerencias de los poderes públicos; los derechos de la personalidad como una técnica del Derecho civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho privado en ámbitos de la propia esfera personal (física o psíquica) de los seres humanos, justificando la puesta en marcha de la tutela inhibitoria (para hacer cesar la intromisión) y resarcitoria (para obtener la reparación del subsiguiente daño moral).

Este diverso origen de las categorías y las distintas finalidades con las que surgieron ambas explica la dificultad del "diálogo" entre ellas, haciendo que los constitucionalistas hablen usualmente de derechos fundamentales "a secas", considerando innecesaria la arraigada terminología, cara a los civilistas, de derechos de la personalidad; y, por su parte, que los privatistas, a veces, se aferren a la categoría dogmática de los derechos de la personalidad, refiriéndose a la protección constitucional de los mismos, como una especie de forma de tutela de los mismos, que resulta un simple "añadido molesto", al que no hay más remedio que integrar en el marco de las enseñanzas tradicionales.

A nuestro parecer debe proponerse una categoría única y transversal, la de los "derechos fundamentales de la personalidad", en la que confluyan las dos visiones clásicas del fenómeno, convencido de que, en realidad, ambas hacen referencia a la misma realidad, evidenciando técnicas de protección distintas.

Es evidente que la dicotomía entre derechos fundamentales/derechos de la personalidad no puede ya mantenerse como un trasunto de la distinción entre Derecho público/Derecho privado, entendidos estos como categorías aisladas o compartimentos estancos, pues no cabe la menor duda de que los derechos fundamentales (o, al menos, algunos de ellos, entre los que se encuentran los de la personalidad), tienen eficacia entre los particulares, pues no solo suponen mandatos de protección y límites de actuación dirigidos a los poderes públicos,

sino que tienen también como destinatarios a los ciudadanos (art. 109.I CPE), por lo que cabe la acción de amparo constitucional contra actos de personas individuales o colectivas que los vulneren (art. 128 CPE).

Como entra otras, observan las SC 0292/2012, de 8 de junio, 1567/2013, de 16 de septiembre, y 0309/2019-S3, de 18 de julio, “los particulares tienen el deber de respetar los derechos de terceros y, en consecuencia, de abstenerse de realizar acciones que obstaculicen el ejercicio de los mismos; pues en su caso, es posible su demanda, sea en la vía ordinaria, a través de los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, o a través de las acciones de defensa reconocidas en nuestra Constitución Política del Estado”; y, como explica la SC 1048/2017-S1, de 11 de septiembre, “La acción de amparo constitucional es un mecanismo constitucional por el que la Norma Suprema, establece un procedimiento de protección cuyo objeto es el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, a través de un procedimiento judicial sencillo, rápido y expedito, frente a situaciones de lesión provenientes de la acción u omisión de servidores públicos o particulares; siempre que el ordenamiento jurídico ordinario no prevea un medio idóneo para reparar la lesión producida”.

Podría pensarse que, una vez predicada la eficacia privada de los derechos fundamentales la categoría de los derechos de la personalidad sería superflua, siendo su única función la de adjetivar ciertos derechos fundamentales con una finalidad puramente descriptiva de su objeto, esto es, identificar los que recaen sobre bienes o atributos intrínsecos del ser humano. Sin embargo, procediendo así, se desperdiciaría toda la “finura” de la depurada construcción dogmática de los derechos de la personalidad elaborada por la doctrina civilista, reflejada en la regulación legal contenida en el Código civil de Bolivia, que, en la actualidad, no es ya una pura opción del legislador, sino una exigencia constitucional, pues la tutela inhibitoria y resarcitoria que en ella se consagra supone un mínimo de protección irrenunciable en orden a garantizar la efectividad de dichos derechos fundamentales en las relaciones sociales y jurídicas entre particulares.

El “diálogo” entre la regulación constitucional y civil ha de ser fluido, pues, también, desde la perspectiva del Derecho civil, se ha de afirmar que el contenido de los derechos de la personalidad es complejo, pues no sólo incluye facultades negativas (de exclusión y reacción contra intromisiones ajenas), sino, además (y esto es, a nuestro parecer, prioritario desde un punto de vista axiológico), facultades positivas, que permiten la actuación del principio de autonomía privada, atribuyendo al titular de los mismos un poder jurídico sobre su propia esfera personal que puede ejercer libremente, sin bien (dentro de ciertos límites, en atención al concreto tipo de derecho de que se trate), con lo que se produce

una coincidencia sustancial en el contenido de los “derechos fundamentales de la personalidad”, regulados, tanto en la Constitución, como en el Código civil.

2. Derechos de la personalidad y autonomía privada.

Al ser los derechos de la personalidad “inherentes al ser humano” son indisponibles o, como dice el precepto comentado, “se hallan fuera del comercio”. Ahora bien, ello no quiere decir que sean inmunes a la actuación de la autonomía privada, pues, en general, tienen un contenido positivo, que permite a su titular consentir intromisiones ajenas.

El consentimiento del titular, autorizando, por ejemplo, una intromisión en su derecho al honor, intimidad personal o familiar o propia imagen, es ciertamente, un acto de autonomía de la persona, pero no es un consentimiento contractual. Se trata de un acto que convierte en legítima la intromisión de un tercero, que, de no concurrir dicha autorización, sería ilícita y, por ende, daría lugar a la correspondiente reparación. Es, en definitiva, una causa de exclusión de la antijuridicidad de la intromisión de un tercero en un derecho ajeno.

El titular del derecho de la personalidad no tiene, pues, propiamente un poder de disposición sobre él, sino la facultad de autorizar con su consentimiento intromisiones, que, de no mediar aquel, sería ilegítimas: por lo tanto, cuando el art. 7 CC habla de “Actos de disposiciones sobre el propio cuerpo”, utiliza la expresión “disposiciones” en un sentido impropio, no técnico

Esta facultad de autorización tiene distinto alcance según el tipo de derecho de que se trate.

Su eficacia es mínima respecto del derecho a la vida, ya que la autorización de una persona a un tercero para acabar con su vida no exime a dicho tercero de responsabilidad penal, si bien el Código penal contempla una reducción de pena y, excepcionalmente, el perdón judicial en el caso del homicidio piadoso, que presupone la voluntad de una persona, gravemente enferma, de morir (art. 257 CP).

La facultad de autorización del titular juega limitadamente respecto del derecho a la integridad física. No se pueden, así, “donar” órganos que comprometan la supervivencia del “donante”, “ocasionando una lesión grave y definitiva a su integridad física” (art. 7.I CC); es inadmisibles que la autorización se realice a cambio de recibir una retribución económica (art. 43 CPE), pues está prohibida la comercialización de órganos (art. 90 del Código de Salud), por ser la misma contraria “al orden público o a las buenas costumbres” (de las que habla el precepto comentado); y es siempre revocable (art. 7.II CC y art. 92 del Código de

Salud), como consecuencia de la inherencia del derecho de la personalidad, sin que por dicha revocación deba soportarse “ninguna consecuencia legal ni económica” (art. 16 de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos, 5 de noviembre de 1996).

Es muy explícito el art. 17 CC y comercial argentino, según el cual “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”.

La facultad de autorizar injerencias en la propia esfera personal tiene, en cambio, mayor amplitud respecto de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, pudiendo darse a cambio de recibir una compensación. La autorización que ha de ser específica (esto es, para cada concreto acto de intromisión) es revocable en cualquier momento (siendo inherente el derecho de la personalidad, ha de mediar siempre un consentimiento *actual* del titular); y ello, aunque nada diga a este respecto el Código civil boliviano, a diferencia de lo que hace el art. 2.3 de la Ley Orgánica española 1/1982, que, sin embargo, prevé que quien revoque su autorización queda sujeto a indemnizar daños y perjuicios, incluyendo las expectativas justificadas: por ejemplo, si se revoca el consentimiento dado para publicar en una revista determinadas fotografías de una persona famosa, el importe de los ejemplares de la misma que se hayan dejado de vender, por no poder publicarlas.

No es exigible ningún documento especial para la revocación, pero evidentemente deberá ser realizada mediante una declaración de voluntad recepticia, dirigida a aquel a quien, en un principio, se concedió la autorización, siendo aconsejable que se haga por escrito y, más concretamente, mediante un requerimiento notarial o burofax, a fin de que quede constancia de que la revocación llegó al conocimiento del destinatario de la declaración de voluntad, con el fin de poder acreditar dicha circunstancia, en una eventual reclamación de daños y perjuicios, si, a pesar de la revocación, el destinatario realizó la intromisión.

El efecto de la revocación es hacer desaparecer el carácter legítimo, que inicialmente tenía la intromisión, como consecuencia del consentimiento prestado por el titular del derecho. En particular, por cuanto concierne al derecho a la propia imagen, la revocación es eficaz, no sólo frente a quien se hubiera concedido la facultad de captar, reproducir o publicarla, sino también frente a los eventuales cesionarios, a quienes aquel hubiera cedido esta facultad, por permitírsele, así, la autorización inicialmente recibida; y ello, porque esta autorización no surge de un contrato, respecto del cual el cesionario pueda invocar la condición de tercero, con el fin de evitar que le sea opuesto, sino que deriva de un acto de

autonomía privada, que, en ningún caso, implica disposición del derecho a la propia imagen, el cual es inalienable, razón por la cual cabe siempre la revocación de la autorización, que producirá sus efectos (hacer desaparecer el carácter legitimador que inicialmente tenía la intromisión) *erga omnes* (frente a todos).

II. TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

A tenor del art. 23 CC, “Los derechos de la personalidad son inviolables y cualquier hecho contra ellos confiere al damnificado la facultad de demandar el cese de ese hecho, aparte del resarcimiento por el daño material o moral”.

El precepto consagra la tutela inhibitoria y la resarcitoria, en los casos de intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad, que, sin embargo, no son los únicos modos a través de los cuales el ofendido puede encontrar satisfacción, pues, como se ha dicho a propósito del art. 17 CC, la lesión del derecho del honor se puede también lograr mediante la publicación del encabezamiento y fallo de la sentencia condenatoria.

I. La tutela inhibitoria: la acción de cesación.

La previsión del primer inciso del art. 23 CC tiene dificultades de ejercicio práctico. Teóricamente, la acción de cesación podría encauzarse a través de un juicio ordinario (art. 362.I CPC), pero tal solución no resulta práctica, por la previsible tardanza en dictarse la sentencia que pusiera fin al procedimiento. Por ello, parece más adecuado pedir la tutela inhibitoria tendente a la mera remoción del ilícito a través del poder cautelar genérico del art. 324 CPC para evitar la persistencia de la intromisión y la causación de daños futuros.

Además, en el caso de que concurrieran razones de urgencia, sería posible acudir a la acción de amparo constitucional en virtud del art. 54.II del Código Procesal Constitucional y, en su caso, a la acción de protección de privacidad del art. 58 de dicho Código, como sucedió en el caso de unos videos e imágenes íntimas de una mujer, almacenadas por esta en su teléfono celular con fines estrictamente personales, que, sin embargo, acabaron en la base de datos informática de una productora y fueron divulgados en un programa televisivo (“Divinas y Famosos”), con lesión de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. El caso fue resuelto por la SC 0524/2018-S2, de 14 de septiembre, que ordenó que las demandadas eliminaran de su base de datos todas las publicaciones o imágenes emitidas.

2. La tutela resarcitoria.

El precepto prevé la tutela del daño moral y material subsiguiente a la intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad, previsión reforzada por el art. 113.I

CPE, que, en caso de vulneración de los derechos en ella reconocidos, entre ellos, los de la personalidad, “concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna”.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que no toda intromisión ilegítima provocará un daño resarcible. Sería el caso de la indebida inclusión en una persona en un fichero de morosos, no consultado por nadie: en este caso, existirá una intromisión ilegítima, que dará lugar a la acción de cesación, pero no habrá un daño moral resarcible por lesión del derecho al honor; y lo mismo sucederá, respecto del derecho a la imagen, cuando se coloque indebidamente un dispositivo óptico para la grabación de momentos íntimos de la vida una persona, que, sin embargo, no haya llegado a utilizarse.

A) La presunción del daño moral.

No obstante lo dicho, constatada la existencia de una intromisión ilegítima, debe presumirse con carácter *iuris tantum* (admitiendo prueba en contrario) la causación de un daño moral; y ello, porque, dada la dificultad de probar este tipo de daños, establecer la carga de la prueba sobre el ofendido supondría dificultar extraordinariamente la posibilidad de obtener el resarcimiento, al que, según el art. 113.1 CPE tiene derecho: corresponderá, así, al gestor del fichero de morosos demostrar que el mismo no ha sido consultado o a quien colocó el dispositivo óptico que este no fue usado.

Esta es la solución del Derecho español, donde el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de dice que “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima” (si bien la jurisprudencia entiende que la presunción es *iuris et de iure* (sin ser posible la prueba en contrario).

La presunción que se propone juega solo respecto de los daños morales, no respecto de los daños materiales, cuyo resarcimiento solo tendrá lugar, si se prueban, conforme a la regla general del artículo 984 CC. Por ejemplo, piénsese, si como consecuencia de la indebida inclusión del nombre de una persona en un registro de morosos, se le deniega un crédito, lo que puede ser particularmente grave, cuando se trate de un comerciante.

B) La cuantificación del daño.

El daño moral plantea, no solo problemas de prueba de su existencia, sino también de cuantificación.

Diversos fallos del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia constatan que “el valor y la cuantificación indemnizatoria resulta un problema extremadamente

complejo y delicado” y, ante la inexistencia de “parámetros de orden legal para su cuantificación”, puede acudir a “a las pruebas de presunciones y el prudente criterio del juzgador; debiendo ponderarse entre otros aspectos, la gravedad del hecho, la naturaleza de la ofensa, el prestigio de la víctima, la finalidad perseguida, etc., “sin que la indemnización permita enriquecer de manera desmedida al reclamante, ni tampoco debe ser ínfima; pues de ser excesiva se convierte en lucrativa y se fomenta la industria del escándalo; el carácter reparador recae en la idea central de que la suma a concederse debe resarcir de alguna manera el daño ocasionado, pero sin crear una fuente de indebido lucro” (AAS 0487/2015, de 1 de julio; 0784/2017, de 25 de julio; o 0237/2018, de 4 de abril).

Parece prudente la solución adoptada por el artículo 9.3 de la ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de España, que proporciona pautas para valorar el daño moral, refiriéndose a la gravedad de la lesión y a la difusión del medio en que esta se haya producido.

Como criterio para valorar la gravedad, habrá que tener en cuenta si la intromisión ilegítima ha causado una lesión múltiple en los derechos de la personalidad, por ejemplo, si la lesión del derecho a la imagen comporta también una lesión del derecho al honor o a la intimidad de la persona afectada, ya que, en estos casos, el daño será mayor y, por consiguiente, también lo será la indemnización.

En relación específica con el derecho al honor, habrá que considerar el grado de desvalor y de reproche social que merezcan los hechos imputados al ofendido (en especial, si se trata de delitos y estos son especialmente odiosos, como el maltrato o la pederastia), entendiendo la jurisprudencia española que el uso de una expresión, en abstracto injuriosa, que, sin embargo, no añade un plus ofensivo a la falsa imputación de comportamientos deshonorosos, por los que ya se ha sido condenado, no aumenta la gravedad de la imputación y, por lo tanto, no determina una mayor cuantía de la indemnización; y, en relación con el derecho a la intimidad, habrá que ponderar el grado de sensibilidad del dato que se difunda (por ejemplo, si afecta a la orientación social o, si se relatan burlas sufridas, siendo niño, por este motivo).

Respecto a la difusión del medio en que se haya producido la intromisión, si es escrito, habrá que tener presente su tirada de ejemplares; si es televisivo, la cuota de pantalla en que aquella haya tenido lugar; y, tratándose de una página web, blog o red social, su público potencial y el número de consultas: no es lo mismo que la intromisión se haya producido en un blog con escasos usuarios que en una cuenta de red social con un elevado número de seguidores.

En España, entre los criterios de valoración del daño moral, el originario art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, se refería al beneficio económico obtenido por el autor de la lesión, criterio este último, el cual suscitó algunos reparos, en la medida en que es extrínseco al daño mismo, pero que, indudablemente, permite aumentar la cuantía de la indemnización, evitando, así, que el infractor pueda sacar provecho de la lesión de un bien de la personalidad ajeno. Tras la reforma del precepto por la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se ha suprimido dicho criterio de valoración del daño, previendo el nuevo art. 9.2.d) de la Ley Orgánica 1/1982, quizás, con mayor corrección “La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos”, como un mecanismo específico de tutela, distinto de la reparación.

C) Plazo de prescripción de la acción.

Como regla general, la reparación del daño moral derivado de la lesión de un derecho de la personalidad tendrá lugar por vía de la responsabilidad extracontractual, por lo que la acción para hacerla efectiva prescribirá a los tres años, “contados desde que el hecho se verificó”, a no ser que nos encontremos ante un hecho tipificado como delito penal, en cuyo caso “el derecho a la reparación prescribe al mismo tiempo que la acción penal o que la pena” (art. 1508 CC).

En orden al cómputo del plazo de prescripción, habrá que distinguir, según que se trate, simplemente, de “daños permanentes”, esto es, mantenidos en el tiempo, o, por el contrario, de “daños continuados”, es decir, que no solo se mantengan en el tiempo, sino que, además, se vayan agravando por su transcurso, por no cesar la causa que los origina.

La jurisprudencia española ha considerado que son daños continuados los que resultan de la indebida inclusión en un registro de morosos, porque la potencialidad lesiva del ilícito es consustancial a la permanencia de los datos en el fichero automatizado, cesando su causa solamente cuando se cancela dicha inclusión, momento este, en el que, por lo tanto, se inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción.

Por el contrario, entiende que son daños meramente permanentes los que derivan de la lesión del derecho al honor a través de imputación de hechos deshonorosos o del uso de expresiones injuriosas a través de redes sociales o páginas web, porque, en este caso, no existe una finalidad de intercambio permanente de información, como sucede en los registros de morosos, ni tampoco hay un “dominio del hecho” (en los términos en que lo tienen la empresa asociada, suministradora de los datos, y la empresa responsable del fichero de solvencia patrimonial), pues en internet los hechos o expresiones pueden difundirse sin la

intervención de quien los ha publicado por primera vez en la red. En consecuencia, el plazo para el ejercicio de la acción comienza a contarse desde el momento de la publicación del hecho o de la expresión en internet (del mismo modo en que acontece respecto a las intromisiones que tienen lugar en papel), sin perjuicio -esto sí- de que la mayor difusión que puedan alcanzar por dicho medio pueda tenerse en cuenta a efectos de la cuantificación del daño, que, obviamente, será más grave.

D) Responsabilidad solidaria de los sujetos participantes en la intromisión ilegítima.

La intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad sujeta a responsabilidad civil al autor material de la misma, por ejemplo, el autor del reportaje (en el que se difunden hechos deshonrosos o aspectos de la vida íntima de una persona o en el que se usan indebidamente la imagen de esta), pero también al director y al propietario del medio en que haya tenido lugar la intromisión.

Todos ellos deben responder solidariamente frente a la víctima, como es propio de un supuesto de pluralidad de deudores, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, en el cual debe quedar excluida la regla general del art. 435 CC (esta es, desde luego, la posición de la jurisprudencia que excepciona, en este supuesto, la idéntica regla general del art. 1137 CC español, expresamente prevista en el párrafo segundo del art. 17 CC peruano).

No obstante, la jurisprudencia española se ha decantado por la inexistencia de responsabilidad solidaria de un medio de comunicación por noticias injuriosas relativas a los mismos hechos, publicadas en otro medio, incluso aunque el autor de las mismas fuese el mismo periodista. La responsabilidad solidaria del periodista y del medio de comunicación se circunscribe, pues, a los daños y perjuicios causados por la información publicada en dicho medio, no en los demás.

III. EL DERECHO A LA IMAGEN.

Según el art. 16.I CC, “Cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada y, en su defecto, su cónyuge, descendientes o ascendientes pueden pedir, salvo los casos justificados por la ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo”. En el art. 16.II CC se añade que “Se comprende en la regla anterior la reproducción de la voz de una persona”.

I. Autonomía del derecho a la propia imagen (respecto de los derechos al honor y a la intimidad).

El art. 16.I CC, tal y como hace el art. 10 CC italiano, que le sirvió de inspiración, no contempla un derecho de la personalidad de carácter autónomo (otra cosa

acontece en la actual jurisprudencia de Italia), sino que únicamente tipifica como intromisión ilegítima el uso de la imagen como medio para vulnerar la reputación o decoro de una persona, en cuyo caso prevé una acción de cesación en favor del ofendido (o de sus familiares, si hubiese fallecido), compatible –claro está– con el derecho de resarcimiento previsto con carácter general en los supuestos de lesión de los derechos de la personalidad en el art. 23 CC.

Sin embargo, este planteamiento ha quedado superado por el art. 21.2 CPE, que sí reconoce, explícitamente, el derecho a la imagen, junto al derecho a la intimidad y al honor. Lo subrayan las SSC 1376/2004-R de 25 de agosto de 2004 y 228/2005-R de 16 de marzo de 2005, que afirman que la imagen “tiene su ámbito de protección en forma autónoma, con elementos propios de los que pudieran tener los derechos a la intimidad, al honor o a la identidad con quienes guarda cierta aproximación, de modo que no puede ser confundido con ninguno de estos derechos, pues el derecho a la imagen es un derecho humano que comprende la facultad de proteger la imagen propia a fin de que aquella no se reproduzca, total o parcialmente en forma íntegra o deformada, sin consentimiento del titular”.

Si tenemos en cuenta que el art. 109.I CPE afirma que “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables”, y que, según el artículo 113.I CPE, su vulneración “concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna”, es evidente que en el ordenamiento jurídico boliviano se reconoce un derecho de la personalidad sobre la propia imagen, esto es, la figura humana, entendida como el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal, lo que constituye un bien de la personalidad, que es objeto de una protección constitucional autónoma (se le tutela en sí mismo, con independencia, pues, de que la reproducción de la imagen comporte, o no, una vulneración del buen nombre o de la intimidad de la persona).

2. El derecho a la propia imagen.

La imagen ha de ser protegida, concediendo a la persona el derecho a determinar la representación gráfica generada por sus rasgos físicos personales, y ello, en un doble sentido: por un lado, permitiéndole que consienta la captación, reproducción o difusión de su figura (contenido positivo del derecho a la propia imagen); y, por otro lado, concediéndole la facultad de impedir las, en modo tal, que sea posible su identificación o reconocimiento (contenido negativo del derecho a la propia imagen).

Ciertamente, el art. 16.I CC no se refiere a la mera captación de la imagen, al describir la intromisión ilegítima. Sin embargo, esta posición pudiera explicarse porque el precepto no reconoce una protección autónoma del derecho a la propia

imagen, sino que, exclusivamente, la protege en la medida en que su utilización suponga una lesión del derecho al honor, lo que parece que no puede tener lugar, si no existe una divulgación de la imagen. Ahora bien, la solución es diversa, si se considera que, por imperativo constitucional, la figura humana debe protegerse autónomamente, es decir, con independencia de la reputación de la persona.

A nuestro parecer, tal y como sucede en la legislación española (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), hay que considerar una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen la mera captación de la misma, sin el consentimiento de la persona, a no ser que concurren circunstancias de interés general que autoricen a llegar a otra conclusión. Hay que tener en cuenta que una cosa es que la captación no consentida sea considerada como ilícita y otra cosa distinta es que deba dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, la cual, en mi opinión, solo procederá, si se produce la divulgación de la imagen, ya que, en caso contrario, no se producirá un daño moral. Creemos, en definitiva, que la captación ilícita, en principio, sólo autoriza a ejercitar la acción de cesación, para evitar la persistencia en esa conducta, así como la posibilidad de exigir la destrucción del soporte físico en que se haya realizado la captación o reproducción.

Las SSC 1376/2004-R de 25 de agosto de 2004 y 228/2005-R de 16 de marzo de 2005 precisan que "los instrumentos técnicos para provocar una lesión en el mismo, serán la fotografía, un dibujo o retrato, una caricatura, video, película, libro o un artículo periodístico, siendo importante que la reproducción que se haga de esta imagen sea tal que sirva para identificar e individualizar en concreto a la persona representada y por medio de ellos pueda reconocérsela". Por ello, para que pueda hablarse de intromisión en la imagen de una persona, es necesario que esta resulte objetivamente reconocible, a partir de la propia representación gráfica, sin necesidad de acudir a criterios subjetivos de asociación, extrínsecos a ella misma, para identificarla.

3. El consentimiento del titular a las intromisiones en su propia imagen.

El consentimiento del titular opera como causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión, que, de no darse aquel, sería antijurídica y, en consecuencia, generaría una obligación de resarcir el daño moral causado. No se trata de un consentimiento contractual, pues, el derecho a la propia imagen se halla fuera del comercio (art. 21 CC).

A) La especificidad del consentimiento respecto de cada concreto acto de intromisión.

El consentimiento no tiene por qué ser expreso, pudiendo ser tácito y deducirse de hechos concluyentes (por ejemplo, la percepción de una cantidad de dinero por parte de quien publica una fotografía), entre los cuales no puede incluirse, obviamente, la mera circunstancia de haber incluido una persona una fotografía suya en un perfil público de una cuenta de una red social, pues no es racional presumir que ello implique una voluntad de permitir su publicación en otros ámbitos.

El consentimiento -eso sí- ha de ser específico, debiendo prestarse para cada concreto acto de intromisión. Por ello, la autorización para captar una imagen no significa, necesariamente, conceder el permiso para divulgarla. Igualmente, el consentimiento para publicar una fotografía en un concreto medio de comunicación no implica que se preste el consentimiento para que la misma sea publicada en medios distintos (no existe un derecho de *redivulgación* de la imagen). Tampoco el medio de comunicación autorizado para publicar una imagen no puede utilizarla en reportajes distintos o para fines diversos a los acordados con el titular del derecho: por ejemplo, aquél, a quien se concede autorización para publicar una fotografía para ilustrar un reportaje periodístico no puede utilizar dicha fotografía para insertarla en un anuncio publicitario; e, igualmente, el consentimiento dado a un fotógrafo para que exponga un retrato en un escaparate no autoriza para que pueda reproducirlo en postales.

B) Posibilidad y alcance de la revocación.

El consentimiento -como ya hemos dicho- no es contractual: no da lugar a un acto de disposición del derecho a la propia imagen, que es siempre conservado por su titular, por lo que puede revocarlo antes de que se consume la intromisión que autorizó. La revocación constituye un acto de libertad, que no requiere ser justificado o motivado: basta el mero cambio de voluntad del titular; y ello, aunque dicha revocación cause daño, que, sin embargo, deberá ser indemnizado, a quien, en principio, fue autorizado a captar, reproducir o difundir la imagen (en este sentido se pronuncia, en el Derecho español, el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo).

C) El caso de los menores de edad.

En el caso del menor de edad, parece que habrá que distinguir (tal y como hace en España el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), según que el mismo tenga, o no, condiciones de madurez suficientes para apreciar la trascendencia de la intromisión: en el primer caso, será él mismo quien preste el consentimiento; en

el segundo, sus padres, en su condición de representantes legales. Nos parece que esta solución, que favorece el libre desarrollo de la personalidad de los menores, es conforme al art. 103 CNNA, según el cual “El niño, niña o adolescente que esté en condiciones de emitir un juicio propio, tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, por los medios que elija y a que se tomen en cuenta sus opiniones”.

Ahora bien, el carácter legitimador del consentimiento prestado por el menor o por sus progenitores (según los casos) está subordinado a que la intromisión no sea contraria al interés superior de aquel, cuya defensa es deber del Estado, la sociedad y la familia (art. 60 CPE). Por ello, debe predicarse el carácter ilegítimo de aquellas intromisiones, que, aun siendo consentidas, objetivamente, sean contraria a su interés (como expresamente prevé el art. 4.3 de la Ley Orgánica española 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor), por atentar contra su integridad moral o ser negativa para su formación.

4. Intromisiones legítimas por razón de un interés constitucional prevalente.

La tutela de los derechos de la personalidad no es, desde luego, absoluta, por lo que la protección del derecho a la imagen debe ceder en aquellos casos en que, desde una óptica constitucional, exista un interés general superior, que justifique una intromisión, ya sea por parte de los poderes públicos, en el ejercicio de sus funciones, ya sea por parte de terceros, en el desempeño de una labor socialmente valiosa. En estos casos, la intromisión será legítima, aun no habiendo sido autorizada por el titular.

La intromisión por parte de los poderes públicos deberá ser prevista legalmente en orden a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, respetando el criterio de la proporcionalidad, que exige la utilización de los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental.

Respecto de las intromisiones por parte de terceros, cabe considerar a una serie de supuestos (no aplicables a menores, respecto de los cuales la tutela de sus derechos de la personalidad alcanza una eficacia máxima), con apoyo en el art. 8 de la Ley Orgánica Española 1/1982, en los que la intromisión, aun no consentida, será legítima.

A) Predominancia de un interés histórico o cultural relevante.

Será lícito el uso de una imagen de una persona con proyección pública con una finalidad predominantemente histórica o cultural, que sea relevante desde el punto de vista social y, siempre respetando el requisito de la proporcionalidad (art. 8.1 de la Ley Orgánica española 1/1982 y art. 53.1 b CC y comercial argentino).

Por ejemplo (usando casos resueltos por la jurisprudencia española o francesa), la utilización de carteles antiguos, con imágenes de cantantes, con motivo de reposición de obras líricas; la inclusión de fotografías de personas con proyección social en la portada de libros de carácter científico; la reedición de discos antiguos con fotografías de los cantantes en la carátula; o el uso de fotografías para ilustrar la portada de biografías de personas famosas.

B) Imágenes de personas con proyección social captadas en lugares públicos.

Es posible la captación, reproducción o publicación por parte de los medios de comunicación de la imagen de una persona con proyección social, siempre que la misma sea tomada en actos o lugares públicos (por ejemplo, un político en una intervención parlamentaria o paseando por la calle); y ello, en aras del ejercicio de la libertad de información, lo que excluye la posibilidad de usar tal tipo de imágenes con una finalidad puramente comercial o para ilustrar reportajes o programas de televisión que carezcan de interés general en orden a formar una opinión pública libre. Naturalmente, no será lícito el uso de las fotografías hechas en momentos o lugares de la vida privada, por ejemplo, en el domicilio del afectado.

C) Uso accesorio de imágenes de personas sin relevancia pública.

No constituye intromisión ilegítima el uso “meramente accesorio” de la imagen de personas carentes de proyección social, para ilustrar gráficamente un suceso o acontecimiento público, digno de ser narrado desde el punto de vista del ejercicio del derecho a la libertad de información, consagrado en el art. 21.6 CPE (por ejemplo, una manifestación ciudadana o la retransmisión de un partido de fútbol). El carácter accesorio de la imagen significa que esta debe estar siempre en relación de subordinación, con el suceso o acontecimiento público que ilustra, el cual debe ser el objeto principal de la noticia o reportaje. Por lo tanto, la representación gráfica debe ser realizada de tal modo, que no acabe convirtiendo a una persona, que no tiene proyección social en el objeto principal de la información. Así sucederá, por ejemplo, cuando el tamaño de la imagen es desmesurado en relación con el de la página en la que aparece publicada, tratándose de medios de comunicación impresos, o en relación con el de la pantalla, si aparece reproducida en televisión, así como, en este último caso, si el uso de la imagen de una persona no es fugaz, sino repetitivo.

D) Las caricaturas de personajes públicos.

No merece reproche la utilización de caricaturas de personas con notoriedad pública, con finalidad artística o de ejercicio de la libertad de expresión, que, en su modalidad de humorismo gráfico, tiene que ser combinado con la protección del derecho al honor. Por lo tanto, no se puede justificar el empleo de caricaturas,

inequívocamente vejatorias o injuriosas, que objetivamente provoquen el descrédito de la persona a quien se refieren, ya que no existe *un derecho al insulto*. Tampoco cuando su utilización responde a un interés esencialmente crematístico, centrado en la explotación mercantil de la notoriedad de un personaje público (propaganda de productos).

5. La protección *post mortem* del derecho a la imagen.

El art. 16.I CC contempla la tutela *post mortem* (posterior a la muerte) del derecho de la personalidad, lo que parece acertado. Ciertamente, la muerte extingue la personalidad, por lo que un muerto no puede tener, en rigor, ningún derecho, en este caso, a la propia imagen. Sin embargo, el más elemental sentido común dicta que la misma no pueda utilizarse, sin el consentimiento de los familiares próximos, que no tienen por qué soportar su divulgación y de ahí que el precepto reconozca legitimación para ejercitar la acción de cesación al cónyuge, descendientes o ascendientes del fallecido.

A) La tutela civil.

A diferencia de lo que sucede en el párrafo primero del art. 15 CC peruano, que establece un orden entre las personas que han de autorizar el uso de la imagen de una persona fallecida (“su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”), el precepto comentado, explícitamente, no contiene prelación alguna respecto a las personas legitimada para el ejercicio de la acción de cesación.

Por su parte, el art. 5.I de la Ley Orgánica española 1/1982 legitima para el ejercicio de las acciones de cesación y reparación a cualquiera de los parientes enumerados en el art. 4.2 de la misma, esto es, “el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento”, habiendo declarado la jurisprudencia que la circunstancia de que exista una pluralidad de legitimados se debe a la posibilidad de que exista entre ellos una discrepancia respecto de la oportunidad de iniciar un proceso y que, incluso, es posible que la acción pueda ejercerse entre sí, cuando uno entienda que otro del grupo de legitimados ha lesionado la memoria de la persona difunta.

A nuestro parecer, hay que interpretar que, en principio, la legitimación para ejercitar la acción de cesación correspondiente a cada uno de los grupos de parientes contemplado en el art. 16.I CC, en defecto de los anteriores: sí, por ejemplo, el cónyuge viudo autoriza la publicación de la imagen del difunto, no parece razonable que puedan oponerse sus descendientes o ascendientes. Ahora bien, creemos que ello es así en los casos en los que el uso de la imagen sea inocuo, pero no cuando la publicación de la misma, por su naturaleza o por las

circunstancias en que se realice, ofenda objetivamente la memoria del fallecido, causando un daño moral a los parientes, en cuyo caso, cualquiera de ellos podrá ejercitar, tanto la acción de cesación, como la de resarcimiento del daño, que les es propio.

B) La tutela constitucional.

Junto a la protección civil, prevista en el art. 16.I CC, la jurisprudencia boliviana ha reconocido una discutible protección constitucional *post mortem* del derecho a la imagen; y digo discutible, porque resulta extraño que pueda ejercitarse una acción de amparo en defensa de un derecho fundamental de la personalidad de una persona fallecida.

La SC 0085/2007-R, de 26 de febrero, ratificada por la SC 140/2007, de 14 de marzo, afirma que “la titularidad de los derechos fundamentales y las garantías en el caso de las personas naturales, se extingue en principio con la muerte de la persona y, de acuerdo con ello, una vez que ha muerto el titular del derecho lesionado, desaparece el objeto del recurso de amparo, reconociendo sin embargo la doctrina una excepción a esa regla, como son el derecho a la dignidad y a la imagen, a los que se le asigna eficacia *post mortem*; a cuyos supuestos se le asigna a los familiares legitimación para acudir al amparo en procura del reconocimiento del derecho violado”.

Es distinta la posición expresada por la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de España (caso “Paquirri”) 231/1988, de 2 de diciembre, que negó la posibilidad de interponer un recurso de amparo en defensa del derecho a la imagen de un torero fallecido, por estar ante “derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad” y “ligados a la misma existencia del individuo”; en consecuencia: “una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad”, “lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional”; y reitera que “una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales” .

6. El derecho a la propia voz.

A la vista del art. 16.II CC es discutible la cuestión de si debe, o no, regularse un derecho a la voz como un derecho de la personalidad autónomo o, por el contrario, debe de subsumirse en el derecho a la propia imagen, como una variante de la misma.

A) Autonomía del derecho a la propia voz (respecto del derecho a la imagen).

El precepto, que lleva por rúbrica "Derecho a la imagen" (art. 16 CC), en su párrafo segundo, contiene una mención a "la reproducción de la voz de una persona", para decir que se comprende en la regla anterior, esto es, en que se reconoce la acción de cesación "cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro", salvo los casos justificados por la ley. Por otra parte, así como en la Constitución boliviana, si bien se consagra un derecho a la propia imagen, en cambio, no se regula un derecho a la voz.

A nuestro entender, esto no es un obstáculo insalvable para poder realizar una construcción civil de un derecho de la personalidad a la propia voz, cuya vulneración pueda dar lugar al resarcimiento del daño moral subsiguiente. Prueba de ello es que en la Constitución española tampoco se regula un derecho fundamental a la voz y, sin embargo, un autorizado sector de la doctrina científica entiende que cabe hablar de un derecho de la personalidad (no fundamental) a la voz; y lo mismo sucede, con mayor unanimidad de los autores respecto del derecho al nombre, cuyo carácter de derecho de la personalidad no se discute, a pesar de que la Constitución española tampoco lo reconozca como derecho fundamental.

La tesis que proponemos se manifiesta claramente en el Código civil de Perú de 1984, que pasa por ser el que contiene una de las mejores regulaciones técnicas de los derechos de la personalidad. En su art. 15, se diferencia claramente, en su rúbrica, entre el "Derecho a la imagen y voz", dentro del título II del Libro Primero, dedicado a los "Derechos de las personas". Dice, así, que "La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden". Es, por ello, que en la doctrina científica peruana el concepto de imagen se reduce jurídicamente a la semblanza física del individuo, mientras que, por el contrario, la voz es una nota característica de la identidad de la persona (es por ello que se impediría que se le atribuya a una persona una voz distinta, o que se tutele efectivamente que se reproduzca la voz de una persona sin alteraciones). Y se añade que ello no impide que la voz merezca una protección autónoma, cuya trascendencia jurídica se traduce, principalmente, en el derecho que tiene el individuo de disponer de la misma, permitir su reproducción (sea a título gratuito u oneroso), entre otras facultades. En definitiva, se concluye, aunque la voz es tratada jurídicamente con la imagen, no obstante, no debe ser confundida (ni absorbida) por la misma.

Proponemos, en definitiva, una consideración autónoma del derecho a la propia voz. Bien entendido que no se trata del derecho de propiedad intelectual sobre las obras del ingenio, que son una creación del espíritu, de la cual la voz

puede ser un soporte, sino de un verdadero derecho de la personalidad, que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz (así como a su captación, aunque el precepto no lo diga expresamente), entendida ésta como un atributo de su personalidad, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable. En particular, hay que tener en cuenta que la captación o reproducción de la voz no consentida, que frecuentemente (aunque, no siempre), comportará una lesión simultánea del derecho a la intimidad, que deberá ser tenida en cuenta a efectos de la valoración del daño moral.

No ha llegado a tanto el art. 53 CC y comercial argentino, que, al tener por rúbrica, la del “Derecho a la imagen”, parece considerar la voz como una manifestación de la misma (una especie de “versión sonora” de ella). En cualquier caso, es claro su protección autónoma, al establecer que “Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento” (salvo que concurren los supuestos de interés general previstos en el precepto).

B) Conflicto entre el derecho a la voz y las libertades de información y de expresión.

El derecho a la propia voz, al igual que el derecho a la propia imagen, debe ser coordinado con las exigencias derivadas de las libertades de información y de expresión, así como de otros intereses generales dignos de protección.

a) Por ello, no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, siempre que se revele como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho a la voz.

b) Tampoco será necesario el consentimiento del titular del derecho para la captación, o reproducción de su voz, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la voz se capte durante un acto público o en un lugar abierto al público.

El art. 15 CC peruano, que distingue, conceptualmente, el derecho a la propia imagen y a la propia voz, como derechos de la personalidad autónomos, no obstante, establece un idéntico régimen, respecto a las autorizaciones legales a la intromisión en ambos. Dice, así, “que el asentimiento del titular del derecho no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés

público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público”.

c) De modo semejante a lo que hemos dicho respecto de la caricatura, deben ser toleradas las imitaciones de la voz de personajes públicos, realizadas por artistas mediante parodias, en las que no se induzca a ningún tipo de confusión sobre quien habla, siempre que no lesionen su derecho al honor, ni tengan un carácter puramente comercial o crematístico.

d) Por último, de modo análogo a lo defendido en relación con el derecho a la propia imagen será posible la utilización de la voz de una persona carente de proyección pública en una información radiofónica o televisiva, sobre un suceso o acontecimiento público, cuando aquélla “aparezca como meramente accesoria” de esta.

IV. EL DERECHO AL HONOR.

Conforme al art. 17 CC, “Toda persona tiene derecho a que sea respetado su buen nombre. La protección al honor se efectúa por este Código y demás leyes pertinentes”.

I. El derecho al honor.

El art. 17 CC identifica el “honor” con el “buen nombre” y el art. 21.2 CPE con la “honra”, expresiones estas, que denotan un mismo concepto, que, claramente, no tiene un puro carácter subjetivo, sino que se remite a criterios objetivos de valoración social.

A) Aspecto subjetivo y objetivo del honor.

La doctrina y jurisprudencia españolas definen el honor como la dignidad personal reflejada en el sentimiento de la propia persona y en la consideración de los demás, entendiendo que en él confluyen dos aspectos: uno interno o subjetivo (inmanencia), esto es, el sentimiento de dignidad que cada uno tiene de sí; y otro, externo u objetivo (trascendencia), que consiste en la valoración que de uno mismo tienen los demás.

Esta consideración es perfectamente trasladable al Derecho boliviano, como confirma la SC 127/2010-R, de 10 de mayo, que sigue la previa SC 686/2004-R de 6 de mayo, la cual afirma que “el derecho a la honra, es la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida y tratada por los demás miembros de la colectividad que le conocen; es el derecho que tiene toda persona a que el Estado y las demás personas reconozcan y respeten la trascendencia social de su honor”.

De lo dicho se desprende que, para que se produzca un atentado en el derecho al honor, no basta con que la imputación de un hecho o el uso de una expresión sea considerada, subjetivamente, como deshonrosa por la persona afectada, sino que es, además, necesario que, objetivamente, comporte una desvalorización de la misma desde el punto de vista de los valores imperantes en la sociedad.

B) El prestigio profesional.

El prestigio profesional, en sí mismo, no es objeto de protección autónoma por los arts. 21.2 CPE y 17 CC, sino, tan solo en la medida en que la crítica acerca de la conducta laboral o profesional de una persona, por su naturaleza, características o forma en que se realice, la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona, es decir, constituya una conducta en la que se den los requisitos necesarios para poder ser considerada una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

En particular, tal y como afirma la jurisprudencia española, ha de partirse de la prevalencia de la libertad de expresión del abogado en ejercicio del derecho de defensa, cuando los hechos probados demuestran la existencia de conexión funcional o instrumental entre sus palabras y el fin de defensa. La libertad de expresión del abogado en sus intervenciones en un proceso judicial no es, sin embargo, ilimitada, pues la utilización de expresiones ofensivas desconectadas de la defensa de su cliente y la reiteración y abundancia de expresiones ofensivas en los escritos procesales determina una desproporción que hace ilegítima la intromisión en el honor del abogado contrario.

2. Intromisiones ilegítimas en el derecho al honor.

Según el art. 17 CC, la protección del honor tiene lugar a través de “este Código y demás leyes pertinentes”, de donde resulta que la tutela civil de este derecho de la personalidad, prevista en el art. 23 CC, tiene lugar con independencia de la establecida en otras leyes, en particular, las penales.

A) Autonomía de la tutela civil respecto de la penal.

Por lo tanto, una intromisión ilegítima en el derecho al honor debe dar lugar a la reparación del daño moral que efectivamente ocasione, aunque la misma no constituya un ilícito penal, esto es, un delito de injurias o calumnias. Esta solución (discutida en la doctrina científica boliviana) es conforme al mandato contenido en el art. 113.I CPE, de acuerdo con el cual la vulneración de los derechos reconocidos en ella, entre ellos el derecho al honor, “concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna”.

Limitar la reparación del daño moral causado por una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a los casos en que concurra un delito de injurias o calumnias supondría una restricción injustificada del precepto constitucional, que podría hacer ilusorio el mandato en él contenido, si se tiene en cuenta que la actual tendencia a restringir la aplicación de las normas penales en la materia que nos ocupa, como consecuencia del carácter preferencial que en las sociedades democráticas se reconoce a las libertades de expresión y de información y, porque, como ha sido observado, la propia sensibilidad social hace que hoy en día la protección primaria de los bienes de la personalidad se realice a través del Derecho civil.

Debe considerarse intromisión ilegítima la imputación, divulgación o publicación de hechos, en forma oral o escrita, así como la expresión de juicios de valor, concernientes a una persona, identificada o fácilmente identificable, que la difamen o hagan desmerecer en la consideración ajena o que afecten negativamente a su reputación y buen nombre.

B) Veracidad e intromisión ilegítima.

Hay que tener en cuenta que, desde un punto de vista estrictamente civil, la veracidad del hecho que se imputa o divulga no excluye, en todo caso, la ilicitud de la intromisión. Dicho de otro modo, si bien la imputación o divulgación de un hecho falso que hace desmerecer en la consideración social supone siempre una intromisión ilegítima en el derecho al honor, no se puede afirmar que, por la mera circunstancia de que el hecho sea verdadero haya que excluir el carácter ilícito de la intromisión; en particular, si no afecta a una persona que carece de proyección o social o no existe un interés general, digno de protección y proporcionado, a su conocimiento. Por otro lado, la jurisprudencia española ha considerado contrarias al derecho al honor las conductas coactivas seguidas para el cobro de créditos, a través de las cuales se da conocer la situación de morosidad del afectado en su entorno laboral o vecinal; y ello, con independencia de que las deudas que se reclamen existan realmente.

C) Intromisión ilegítima y daño moral.

Una "imputación" de un hecho deshonroso, puede, en sí misma, constituir una intromisión ilegítima, aunque, al no divulgarse, no provoque ningún daño moral resarcible en el derecho al honor.

Ciertamente, no cabe considerar un ilícito civil una pura conducta privada que carezca de todo tipo proyección social, como pudiera ser escribir una nota, donde se injurie a una persona, sin que esta, ni nadie más, llegue a conocerla. Ahora bien, hay imputaciones, que, en sí mismas, tienen potencialidad para ser divulgadas y, en consecuencia, ser susceptibles de conocimiento ajeno. Pensemos en el caso

de la inclusión, por error, en un registro de morosos del nombre de una persona. Es evidente que esta inclusión, en sí misma, ha de ser considerada ilícita, pero también parece evidente que, si no se difunde, porque, por ejemplo, a las pocas horas, se retira, sin que dé tiempo a consultarla, no habrá ningún daño.

A nuestro parecer, no toda intromisión ilegítima implica una reparación de daños y perjuicios: la segunda presupone siempre la primera, pero no sucede lo mismo a la inversa. En el ejemplo propuesto, es claro que la inclusión por error del nombre de una persona en un registro de morosos es una intromisión ilegítima en el derecho al honor de aquella; y, por ello, debe reconocerse la acción de cesación, con el fin de que deje de aparecer en el registro. Sin embargo, si la supresión de la información falsa se produce antes de que haya habido ocasión de consultarla o de que efectivamente lo haya sido, no se ocasiona ningún daño moral resarcible desde la perspectiva del derecho al honor.

Debe, en definitiva, distinguirse claramente, entre la acción de cesación, que, conforme al art. 23 CC, se dará ante cualquier intromisión ilegítima, incluida la imputación de un hecho falso, que, por la forma en que se realice, sea susceptible de alcanzar repercusión social; y la acción de reparación del daño, cuya viabilidad exige que este se produzca, pareciéndonos prudente presumirlo solamente, en el caso de divulgación o publicación de la falsedad o expresión injuriosa.

3. Titularidad del derecho al honor (la posición de las personas jurídicas).

Se discute si las personas jurídicas tienen derecho al honor. Lo afirma la jurisprudencia española, respecto de las de carácter privado, en particular, respecto de las sociedades mercantiles, cuando se les imputa hechos deshonorosos que les hagan desmerecer en la consideración social (por ejemplo, la comisión de delitos o mala praxis profesional), si bien advirtiendo de que, en este caso, falta el elemento interno o subjetivo del honor (sentimiento de dignidad que cada uno tiene de sí), razón por la cual la protección alcanza menor intensidad que cuando se vulnera el honor de una persona física.

A nuestro parecer, es incorrecto atribuir a una persona jurídica un derecho de la personalidad, como es el honor, cuyo fundamento radica en la dignidad del individuo; y de ahí que el art. 21 CC afirme que “Los derechos de la personalidad son inherentes al ser humano (...)”.

Es posible que la imputación de un hecho pueda afectar a todos los miembros de una asociación, pero creemos que, en este caso, lo vulnerado será el honor de los socios, y no, el de la persona jurídica, pues, al ser una mera personificación por razones de conveniencia social, no se le puede asignar atributos esenciales del ser humano, como son los derechos de la personalidad. Cuestión distinta es

que se reconozca legitimación activa a la asociación, en sustitución procesal de sus miembros, con el fin de evitar una pluralidad de demandas individuales de aquéllos.

Cabe también, por ejemplo, un ataque injusto contra el prestigio comercial de sociedad mercantil, que dé lugar a un daño resarcible, pero la vía del resarcimiento no será el artículo 994.II CC (en relación con el art. 21 del mismo CC), conforme al cual “El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley”; sino el art. 984 CC, que contiene la regla general de responsabilidad extracontractual, según la cual “Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento”.

En definitiva, estimamos prudente proponer el reconocimiento de la titularidad del derecho al honor, exclusivamente, a las personas físicas. Esta es, por lo demás, la posición expresada por la SC 127-2010-R, de 10 de mayo, según la cual “Corresponde aclarar que [...] en el caso de las personas colectivas [no podría denunciarse vulneración] de la honra, debido a que el derecho a la honra es de índole estrictamente personal, es decir, entra dentro de la esfera de la personalidad y es concebido doctrinalmente como la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como reconocimiento de su dignidad frente a la sociedad”.

4. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información.

La protección del derecho al honor no es absoluta, sino que la misma ha de realizarse con el debido respeto a la libertad de información consagrada en el artículo 21.6 CPE, que reconoce el derecho “a acceder a la información, interpretarla, analizarla y comunicarla libremente, de manera individual o colectiva”.

Como observa la SC 0524/2018-S2, de 14 de septiembre, la libertad de información “en una sociedad democrática, es sustento y efecto de ésta, constituyendo un instrumento para su ejercicio y garantía para su desempeño; siendo innegable que, el orden público, exige que en una sociedad democrática se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”.

Es más, en el conflicto entre ambos derechos ha de reconocerse una inicial preferencia a la libertad de información, cuando la misma sea veraz y se refiera a hechos de interés público; y ello, porque dicha libertad es imprescindible en orden a la creación de una opinión pública, sin la cual no puede existir un pluralismo político, que resulta esencial en un Estado democrático.

A) Deber de veracidad y doctrina del reportaje neutral.

El requisito de la veracidad de la información es consagrado por el art. 107. II CPE, según el cual “La información y las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad”.

La veracidad no exige, sin embargo, la total exactitud de lo que se transmite, so pena de incurrir, en caso contrario, en responsabilidad civil, pues tal carga, en la práctica, haría inoperante el reconocimiento de la libertad de información. Lo que el deber de veracidad impone es la obligación de desplegar la diligencia propia de un correcto profesional de los medios de comunicación en la averiguación de la verdad, en definitiva, que la información transmitida esté contrastada con datos objetivos o fuentes fidedignas. así como con el aludido por la noticia, cuando ello sea posible.

A efectos de enjuiciar el cumplimiento del deber de veracidad, es irrelevante la intención del informador; el hecho de que posteriormente pudiese rectificar las informaciones falsas que ya hubiera dado, así como la circunstancia de que las mismas hubieran sido extraídas de sumarios en tramitación, sin perjuicio de las responsabilidades penales que se puedan originar en este último caso.

El informador no podrá eximirse de responsabilidad mediante la remisión a fuentes genéricas o indeterminadas, ni mediante la simple alegación del secreto profesional. No obstante, el comunicador queda exonerado de responsabilidad, cuando él mismo no es autor de la información, sino un puro transmisor de la misma, siempre que cite una fuente digna de solvencia: si se limita a dar noticia de dicha información, indicando de dónde procede, sin hacer juicios de valor sobre la misma, ni asumirla como propia, no incurrirá en responsabilidad, aunque luego se demuestre su falta de veracidad (doctrina del reportaje neutral).

B) El interés público de la noticia.

El requisito del interés público de la noticia viene exigido por la razón misma que justifica la inicial preferencia de la libertad de información sobre el derecho al honor: si el hecho de que se informa no tiene interés público, su conocimiento no contribuirá a la formación de esa opinión pública libre y, en consecuencia, carecerá de justificación el sacrificio del derecho al honor.

La relevancia pública de la información puede derivar, bien de la persona a la que se refiere, bien de la materia a la que afecta. En este punto, hay que recordar que los personajes con proyección pública han de soportar un mayor sacrificio

de sus derechos de la personalidad, en particular, si se trata de personas con responsabilidad política.

5. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión.

El derecho al honor puede también entrar en colisión con la libertad de expresión, garantizada por el art. 106.II CPE, a la cual, al igual que sucede con la libertad de información (y por las mismas razones), ha de concederse una inicial preferencia cuando los pensamientos, ideas o juicios de valor que se emitan tengan interés general.

A) *El juicio de proporcionalidad.*

Por la propia naturaleza del derecho en conflicto, no se exige el requisito de la veracidad, pero sí el de la proporcionalidad, del que resulta que la prevalencia de la libertad de expresión, en asuntos de interés público, se supedita a que las manifestaciones que se realicen en ejercicio de la misma, no sean absolutamente injuriosas o manifiestamente vejatorias o sin relación con la opinión o juicio de valor que se emite. A este respecto, hay que distinguir entre el insulto, propiamente dicho, y las meras expresiones de mal gusto o carácter hiriente.

El juicio de proporcionalidad habrá, además, de tener en cuenta el carácter público o privado de la persona afectada y el contexto: así, en un debate público entre políticos, la protección del derecho al honor se debilita respecto de tutela de la libertad de expresión.

La SC 0524/2018-S2, de 14 de septiembre, distingue, así, “la crítica legítima y admisible, que rige en el caso de los funcionarios públicos o, en general, de las personas que ejercen o aspiran a ejercer funciones de interés público, y la generalidad de las personas, que no se hallan en esa situación”, lo que incide sobre el denominado “umbral de protección”, pues quienes se encuentran en la primera de las hipótesis “están sujetos a un escrutinio público mayor que el correspondiente a otras personas”.

B) *Crítica política en un contexto satírico.*

Especial consideración merece la sátira como legítimo medio para llevar a cabo una crítica política. La sátira supone un tipo de discurso crítico, caracterizado por la exageración, en la que, de modo burlesco, se deforma la realidad, suscitándose la sonrisa del público. Esta exageración de la realidad hace que lo que se narra no sea percibido como totalmente exacto por el receptor del mensaje. Por otro lado, el tono irónico crea un contexto que justifica el uso de expresiones alejadas de

los habituales parámetros de corrección, las cuales han de enjuiciarse con mayor grado de tolerancia.

No obstante, el carácter satírico de los comentarios no es una especie de patente de corso, que justifique cualquier tipo de intromisión en los bienes de la personalidad ajena, carente de consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil. Una cosa es conceder mayor margen de libertad para la crítica realizada en el marco de un tono jocoso o burlón y otra, muy distinta, que el personaje público objeto de la sátira haya de soportar cualquier tipo de intromisión, porque toda persona, sea pública o privada, tiene derecho a un ámbito de respeto y estimación social, que constituye un núcleo irreductible necesario para garantizar su dignidad como ser humano.

6. La protección de la denominada memoria póstuma.

La muerte extingue la personalidad y, en consecuencia, el derecho al honor. Sin embargo, creemos que, por aplicación analógica del art. 16.1 CC, debe reconocerse la protección de la llamada “memoria póstuma”, es decir, la posibilidad de ejercitar la acción de cesación a los familiares próximos del fallecido en los casos de imputación, difusión o publicación de hechos que supongan una falta de respeto de la memoria del difunto, así como cuando se manifestaran expresiones injuriosas contra el mismo.

Cabe también que, en los casos en que el ataque al buen nombre del difunto ocasione un daño moral a los familiares del difunto, estos puedan ejercitar una acción para obtener la reparación del mismo y, si son varios los que la que la ejercitan, la indemnización se repartirá entre ellos, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados, tal y como prevé en España el art. 9.4 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.

La jurisprudencia española ha precisado, sin embargo, que la legitimación para la defensa de la memoria de una persona fallecida concedida a los familiares presupone que quien actúa como “guardián de la memoria del causante” haya tenido siempre una conducta clara y tajante que no deje lugar a dudas sobre su reacción frente al insulto al recuerdo del difunto.

7. La publicación del fallo condenatorio como forma de reparación.

Tratándose del derecho al honor, existe una forma de reparación del daño, que puede ser muy efectiva, como es la publicación de la sentencia de condena, medida expresamente prevista en España por el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982,

de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La publicación ha de ser a costa del condenado y proporcionada a la entidad del daño causado por las consecuencias económicas que acarrea. No es, así, necesario, por desproporcionado, que el condenado se vea obligado a publicar la totalidad de la sentencia, sino que basta con que se publique su encabezamiento y fallo condenatorio en el mismo medio en el que se produjo la intromisión y, de no ser posible, en un medio análogo elegido por el ofendido.

8. Derecho de rectificación.

El artículo 106.II CPE garantiza el derecho “a la rectificación y a la réplica”, es decir, la posibilidad de cualquier persona de “rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio” (tal y como dice en España la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo). Por lo tanto, el derecho de rectificación es un mecanismo que trata de tutelar el derecho al honor de una persona, preventivamente y de manera rápida, es decir, sin necesidad de esperar a una eventual sentencia de condena ante el riesgo de que la divulgación de un hecho que considera falso pueda perjudicar su buen nombre; y ello, con independencia de que efectivamente lo sea; y sin perjuicio de que, posterior o simultáneamente, pueda accionar para reclamar el daño moral que se le hubiera podido causar.

La legislación boliviana no ha establecido un procedimiento para hacer efectivo este derecho, que, sin embargo, en cuanto constitucionalmente consagrado, es directamente aplicable en las relaciones entre particulares (art. 109.I CPE) y, por lo tanto, vincula al medio de comunicación en el que se contenga la información que se considera inexacta, por lo que corresponde al intérprete establecer pautas para su correcto ejercicio.

Siguiendo la experiencia jurídica española, podemos decir que la persona afectada deberá dirigirse mediante un escrito al director del medio, en el que ofrezca su versión de los hechos, sin incluir juicios de valor ni descalificaciones hacia dicho medio o hacia el autor de las informaciones que considere inexactas, sin que su extensión pueda superar la de estas.

La rectificación deberá publicarse gratuitamente por el medio de comunicación, sin comentarios, ni apostillas, de manera semejante a la que tuvo lugar la de los hechos que se quieren rectificar (por ejemplo, en el mismo espacio televisivo y franja horaria, o en la misma página del periódico impreso) y de manera rápida, estableciendo el art. 3 de la Ley Orgánica española 2/1984 el plazo de tres días a

contar, desde la recepción del escrito de la persona que se siente aludida por la información.

Para el caso de que rectificación no sea publicada o no se haga de acuerdo con las condiciones expresadas, la persona afectada deberá poder dirigirse a los Tribunales para hacer efectivo su derecho en el plazo más breve posible y, no existiendo en la legislación procesal boliviana un procedimiento sumario específico con tal finalidad, parece que el cauce adecuado será el de la acción de amparo, en virtud del art. 54 del Código Procesal Constitucional. La sentencia podrá acordar la publicación parcial de la rectificación, excluyendo las opiniones o juicios de valor formuladas en el escrito (superación de la vieja tesis del “todo o nada”).

V. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

A tenor del art. 18 CC, “Nadie puede perturbar ni divulgar la vida íntima de una persona. Se tendrá en cuenta la condición de ella. Se salva los casos previstos por la ley”.

I. La noción de intimidad.

El art. 18 CC no contiene un concepto de “intimidad”, como tampoco el art. 21.2 CPE. Sin embargo, es indicativo que el precepto constitucional hable de “intimidad” y de “privacidad”, recogiendo, así, lo que, en puridad son dos conceptos distintos, equivaliendo este último a la “vida privada”.

La SC 917/2006-R, de 18 de septiembre, ha interpretado que “el núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto”.

Por “intimidad”, hay que entender aquella esfera personalísima integrada por las convicciones, los sentimientos y recuerdos, las relaciones sexuales y familiares, el propio cuerpo, la salud o la información genética. Por el contrario, en la “vida privada” hay datos, que los demás no tienen por qué conocer, pero que objetivamente, no parece que puedan ser considerados como parte de ese “reducto de inmunidad”, del que habla la jurisprudencia constitucional española, sin cuya preservación no es realizable la existencia en dignidad.

Hay, así, datos, que no son “íntimos”, pero que sí pertenecen a la “vida privada”, como, por ejemplo, el hecho de tener, o no, un automóvil, ser cliente de una determinada entidad bancaria o tener una tarjeta de crédito; e igualmente la profesión que conocidamente se ejerce. No se trata de que la persona no deba

tener control sobre la captación, utilización o difusión de estos datos de carácter personal, sino que lo que sucede es que esta protección debe de tener lugar por un derecho distinto, que no es el de la intimidad, sino el de la autodeterminación informativa o de protección de los datos de carácter personal (del que es manifestación privilegiada la denominada libertad informática).

La distinción entre el “derecho a la intimidad” y el “derecho a la autodeterminación informativa” puede apoyarse en el ya mencionado art. 21.2 CPE, que distingue, entre “derecho a la intimidad” y “derecho a la privacidad”, expresión, esta última, que constituye un anglicismo, pero que parece referirse a ese derecho a la autodeterminación informática, si nos atenemos al tenor del art. 130 CPE, que prevé la denominada acción de protección de privacidad.

Así lo han entendido las SSC 0819/2015-S3, de 10 de agosto, y 0524/2018-S2, de 14 de septiembre, que conciben “el derecho a la intimidad como esa esfera que protege la vida más privada del individuo frente a injerencias ajenas, salvo excepciones muy concretas contenidas en la Ley, por lo tanto, dicha esfera protege elementos físicos e instrumentales (art. 25 de la CPE) como elementos sustanciales que suponen determinados datos sensibles sobre la persona (ideología, religión creencias, vida sexual o salud)”; y añaden: “Bajo ese contexto la diferenciación con el derecho a la privacidad radica principalmente en la amplitud y alcance del mismo, es así que el derecho a la privacidad es mucho más amplio que el de la propia intimidad, que contiene datos vinculados a la persona, sean estos sensibles o no, que deben ser protegidos a razón del mal uso que se le pueda dar”.

Trataremos primero del derecho a la intimidad, para después referirnos al derecho de protección de datos de carácter personal.

2. El derecho a la intimidad.

Como observa la jurisprudencia constitucional española, el reconocimiento del derecho a la intimidad significa admitir un campo de actuación a la autonomía privada en orden a la determinación de los datos y circunstancias que determinan ese “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”, necesario “para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

Por lo tanto, no se trata de una mera facultad de impedir el conocimiento de hechos personales o familiares íntimos por parte de terceros, sino que también integra una facultad positiva, de autorizar dicho conocimiento. En consecuencia, siguiendo también la jurisprudencia constitucional española, podemos decir que el derecho a la intimidad posee un doble aspecto, positivo y negativo:

a) En su aspecto positivo, significa que el individuo dispone “de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia”.

b) En su aspecto negativo, supone “el poder de resguardar ese ámbito reservado frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida”, y, en consecuencia, “puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”, por ejemplo, muy señaladamente, la libertad de información sobre asuntos de interés público.

3. La titularidad del derecho a la intimidad.

Siendo el fundamento de los derechos de la personalidad la dignidad humana, a nuestro parecer, no cabe su reconocimiento a las personas jurídicas, las cuales carecen de la dignidad que tiene el ser humano, porque evidentemente no lo son, siendo meros entes a quienes, por razones de utilidad o conveniencia social se les reconoce capacidad jurídica y de obrar en el tráfico jurídico.

En particular, nos parece objetivamente imposible que, respecto de las personas jurídicas, pueda hablarse de un “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”, necesario “para mantener una calidad mínima de la vida humana”; ello, sin perjuicio de que pueda haber intromisiones ilegítimas en la intimidad de las personas físicas que integren la persona jurídica. Hay que observar que, así como la jurisprudencia española ha reconocido el derecho al honor a las personas jurídicas, no ha sucedido lo mismo respecto del derecho a la intimidad.

4. El derecho a la intimidad familiar.

Los arts. 21.2 CPE y 18 CC reconocen el derecho a la intimidad, mientras que el art. 18 de la Constitución española y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, hablan del derecho a la intimidad, personal y familiar. La doctrina española ha descartado una lectura de esas normas en el sentido de interpretar que la titularidad del derecho a la intimidad corresponde a la familia: lo que sucede es que dicho derecho se extiende, no solo a circunstancias de la propia vida personal, sino también a la de aquellas personas con las que se tiene una estrecha relación de parentesco o afectividad semejante a la conyugal, consideraciones estas, perfectamente trasladables al Derecho boliviano.

5. El consentimiento del titular a las intromisiones en su derecho a la intimidad.

En virtud de la facultad positiva que integra el derecho a la intimidad, el titular puede consentir intromisiones en la misma y, del mismo modo que se dijo respecto del derecho a la propia imagen, dicho consentimiento deberá ser específico para cada concreto acto de intromisión.

Por lo tanto, por el mero hecho de haberse permitido la divulgación o publicación de algún aspecto íntimo de la propia vida o de la de los familiares, no se pierde el total control de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana, en que consiste la intimidad, por lo que los terceros no pueden entrometerse en otros aspectos de la intimidad no revelados por el titular del derecho.

Ahora bien, los datos que ha desvelado (por ejemplo, divulgándolos en un programa de televisión), objetivamente, dejan de ser íntimos, perdiendo el poder de control sobre los mismos: no puede, en consecuencia, impedir que lo que voluntariamente ha divulgado sea después reproducido o comentado en otros medios de comunicación sin su consentimiento, porque, utilizando una expresión usada por la jurisprudencia española, respecto de esos datos, “el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado”; o dicho en otras palabras, no existe un derecho a controlar su “redivulgación”.

Por otro lado, no parece que puede excluirse de manera absoluta la aplicación en la materia la doctrina de la prohibición de ir contra los actos propios, del que es expresión el art. 2.1 de la Ley Orgánica española 1/1982, de 5 de mayo, según el cual la protección de la intimidad se realizará “atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Con apoyo en dicho precepto, la jurisprudencia ha relativizado la protección del derecho a la intimidad de la persona que, voluntariamente, no se ha sometido a una auto-exposición pública, por ejemplo, mediante una autobiografía, en la que se mencionaban todo tipo de avatares de su vida personal y profesional, algunos de ellos ciertamente escabrosos, o de la que en diversos programas de televisión había “aireado” su vida íntima, llevando a cabo una notoria exposición pública de aspectos de la misma.

6. Conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de información.

De igual modo que sucede respecto del derecho al honor, se debe reconocer a la libertad de información un carácter preferente, en relación con el derecho a la intimidad, en tanto que aquella es la garantía de una formación de una opinión pública libre y plural, sin la cual no puede existir una sociedad democrática.

Dicha preferencia se supedita a la circunstancia de que la información recaiga sobre asuntos de interés público, pero, a diferencia de lo que acontece en relación con el derecho al honor, es indiferente la veracidad o falsedad de los hechos de los que se informa.

A) La menor protección del derecho a la intimidad de los personajes públicos.

Los personajes públicos, en particular, los de carácter político, están expuestos a un mayor riesgo de lesión de su derecho a la intimidad, por lo que deben soportar mayores intromisiones por parte de los medios de comunicación, en relación con las personas carentes de proyección social. Como observa la SC 0524/2018-S2, de 14 de septiembre, su “umbral de protección” es menor, por lo que “están sujetos a un escrutinio público mayor que el correspondiente a otras personas”.

B) Interés público de la información.

Es necesario, sin embargo, distinguir el “interés público” de la simple satisfacción de la curiosidad ajena: lo que justifica la prevalencia de la libertad de información es el interés público al conocimiento de asuntos de interés general; y no, la mera curiosidad morbosa por saber aspectos de la vida íntima de los demás, la cual, lógicamente, no merece ninguna protección (por ejemplo, las relaciones afectivas mantenidas discretamente por un político).

Es interesante el caso resuelto por la SC 0524/2018-S2, de 14 de septiembre, que consideró ilegítima la divulgación en un programa televisivo de unos videos e imágenes íntimas de una mujer con proyección social, que habían sido almacenadas por esta en su teléfono celular con fines estrictamente personales y que, no obstante, llegaron a manos de la productora. Con buen criterio, afirma “que los medios de comunicación social sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, las condiciones de su funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad; siendo fundamental que cumplan la función para la que se halla destinada su profesión, de información a la sociedad, fortaleciendo el debate público, pero sin incurrir en las restricciones instituidas en el marco del respeto del derecho de los demás y del orden público”.

C) El juicio de proporcionalidad.

Por último, habrá siempre que tener presente la proporcionalidad entre el fin que pretende alcanzar la libertad de información y los medios empleados para ello, idea, esta que deberá ser considerada en general para valorar la constitucionalidad de las limitaciones que legalmente pueden establecerse en el derecho a la intimidad, en virtud de lo previsto en el art. 18, *in fine*, CC.

7. Cartas misivas confidenciales.

El art. 20.I CC prevé que “El destinatario de una carta misiva de carácter confidencial no puede divulgar su contenido sin el asentimiento expreso del autor o de sus herederos forzosos, pero puede presentarla en juicio si tiene un interés personal serio y legítimo”. En su número II añade que “Si fallece el destinatario, el autor o sus herederos forzosos pueden pedir al juez ordene se restituya, o sea destruida, o se deposite la carta misiva en poder de persona calificada, u otras medidas apropiadas”.

Que el art. 20 CC regule la divulgación del contenido de las cartas misivas confidenciales, en principio, no debería parecer extraño, pues, es algo que, sin duda, afecta al derecho a la intimidad. Pero cabe preguntarse, porque el Código civil contempla este concreto aspecto de la intimidad; y no otros.

No parece aventurado pensar en una influencia de la legislación italiana. Es cierto que el Código civil italiano, que tan decisivamente influyó en la redacción del boliviano no regula la publicación de las cartas misivas confidenciales, como tampoco regula el derecho a la intimidad. Sin embargo, sí lo hace la Ley de 22 de abril de 1941 Núm. 633 (Italia), sobre protección del derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio, en sus artículos 93 a 95, bajo la rúbrica, “Derechos relativos a la correspondencia epistolar”, que precisamente anteceden a los arts. 96 a 98, los cuales tratan de los “Derechos relativos al retrato”.

Resulta sorprendente que el art. 20 CC exija para la divulgación del contenido de una carta misiva confidencial el consentimiento del autor de la misma, pero no, el del destinatario. Dicho de otro modo, ¿por qué merece más protección el derecho a la intimidad de quien escribe la carta que el de la que la recibe? Creemos que la única explicación posible se encuentra en el origen de la norma que parcialmente es posible que inspirara la redacción del precepto, a saber, el artículo 93.I de la Ley de 22 de abril de 1941 Núm. 633 (Italia), que es una norma destinada a regular los derechos de autor.

Nos parece que el legislador boliviano ha sido coherente con esta idea y en la regulación de las cartas misivas confidenciales ha primado, sobre todo, la consideración de estas como una obra intelectual, cuya divulgación puede realizarse a través de su publicación, yendo, así, más lejos que la norma italiana, la cual, en una redacción un tanto complicada, afirma que: “La correspondencia epistolar, las memorias personales y familiares y los escritos de la misma naturaleza, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida privada, no pueden ser reproducidos o publicados o puestos en conocimiento del público sin el consentimiento del autor”. Pero, a continuación, añade que, “tratándose de correspondencia epistolar, se requiere, además, el consentimiento

del destinatario” de la misma, sin duda, porque se quiere proteger también su derecho a la intimidad.

En realidad, respecto de los epistolarios, pueden concurrir una pluralidad de derechos:

a) Eventualmente, el derecho de propiedad intelectual sobre la carta, entendida esta como bien inmaterial (si, por su originalidad o carácter literario, alcanza este carácter), en cuya virtud su autor (o herederos) pueden decidir su publicación, con derecho a percibir los rendimientos derivados de su explotación económica.

b) En cualquier caso, el derecho de propiedad material sobre la carta, en cuanto bien corporal, que corresponde al destinatario de la misma, quien, lo adquiere, como consecuencia de su entrega, pudiendo transmitirlo *inter vivos* (entre vivos) (por ejemplo, cediéndolo a instituciones públicas, de carácter cultural) o *mortis causa* (por causa de muerte) así como destruir el documento.

Por ello, no se entiende la desmesurada previsión del art. 20.II CC, según el cual, “Si fallece el destinatario, el autor o sus herederos forzosos pueden pedir al juez ordene se restituya, o sea destruida, o se deposite la carta misiva en poder de persona calificada, u otras medidas apropiadas”. Sin duda, esta petición deberá ser apreciada, a la luz del principio de prohibición de abuso de derecho.

Así mismo, el destinatario, aunque no pueda autorizar la publicación de la carta, ya que esta facultad corresponde, en su caso, al titular del derecho de propiedad intelectual, sin embargo, sí podrá permitir su consulta a personas interesadas en conocer su contenido (por ejemplo, a críticos literarios o investigadores) o divulgarlo, ella misma, a quien tenga por conveniente (por ejemplo, a personas de su círculo familiar o social).

c) El derecho a la intimidad, tanto del autor como del destinatario de la carta, que actúa como límite de la propiedad intelectual y material sobre la misma y, en consecuencia, sobre la facultad de autorizar la publicación o consultar la correspondencia epistolar, que, respectivamente, les corresponde, así como de divulgar a extraños su contenido.

Por lo tanto, aunque el art. 20 CC no lo diga, la facultad del autor de las cartas para decidir su publicación requiere la autorización de su destinatario, cuando en ellas haya hecho referencia a sentimientos u opiniones del mismo o a hechos que lo conciernen directamente, desvelando aspectos de su vida íntima o de la de ambos (por ejemplo, en una correspondencia epistolar, de carácter amoroso), tal y como exige la legislación italiana.



LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA Y SUS LÍMITES
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL HISTÓRICO ESPAÑOL

*FREEDOM OF EXPRESSION AND OF THE PRESS AND ITS LIMITS
IN THE SPANISH HISTORICAL CONSTITUTIONAL SYSTEM*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 496-533



Irene RUFO
RUBIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de marzo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: El derecho fundamental a la libertad de expresión aparece proclamado en el artículo 20 de la vigente Constitución española de 1978. El presente trabajo tiene como objeto analizar cuál ha sido el reconocimiento y las garantías que dicho derecho ha recibido en el sistema constitucional histórico español para comprender la protección que en la actualidad le otorga nuestro Poder Constituyente y el reflejo que la misma tiene en nuestra legislación y jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión; libertad de imprenta; Constitución; ley de imprenta; medios de comunicación; límites; delitos de imprenta.

ABSTRACT: *The fundamental right to freedom of expression is proclaimed in article 20 of the current Spanish Constitution of 1978. The purpose of this paper is to analyze what has been the recognition and guarantees that said right has received in the Spanish historical constitutional system in order to understand the protection currently granted by our Constituent Power and the reflection that it has in our legislation and jurisprudence.*

KEY WORDS: *Freedom of expression; freedom of the press; Constitution; press law; the media; limits; press offenses.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. LAS PROMESAS INCUMPLIDAS DEL ESTATUTO DE BAYONA DE 1808 Y LA (DES)PROTECCIÓN DE LA JUNTA SENATORIA DE LIBERTAD DE LA IMPRENTA.- III. LA LIBERTAD POLÍTICA DE LA IMPRENTA DE LAS CORTES DE CÁDIZ Y LA CONSTITUCIÓN DE 1812.- IV. ¿TODO VALE?: EL RESTABLECIMIENTO DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA CON LA CONSTITUCIÓN DE 1837 Y LOS ABUSOS PERIODÍSTICOS.- V. LA ESTOCADA FINAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA POR LA CONSTITUCIÓN DE 1845 Y LA NORMATIVA INFRA-CONSTITUCIONAL.- VI. LA CONSTITUCIÓN DE 1869 Y EL DERECHO A EMITIR LIBREMENTE IDEAS Y OPINIONES, POLÍTICAS O RELIGIOSAS, DE PALABRA O POR ESCRITO.- VII. LA CONSTITUCIÓN DE 1876 Y LAS LEYES DE IMPRENTA DE 1879 Y 1883.- VIII. LA CONSTITUCIÓN DE 1931, LA LEY DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA Y LA AUSENCIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- IX. LAS LEYES FUNDAMENTALES DEL REINO Y LA AUSENCIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- X. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Si atendemos a los orígenes del constitucionalismo español¹, podemos advertir que no será hasta la Constitución de 1837² cuando se lleve a cabo una verdadera

- 1 Si bien la mayoría de los autores lo identifican con la promulgación de la Constitución de 1812, existe una corriente minoritaria que lo sitúa en un momento anterior. Es por todos ya conocida la histórica controversia doctrinal, aún no resuelta, sobre si es posible catalogar al Estatuto de Bayona de 1808 como una auténtica Constitución española. Los primeros coinciden en la idea de que es la propia naturaleza de la Constitución napoleónica -carta otorgada por un monarca extranjero invasor- la que lo hace desmerecedor de tal consideración. Dentro del segundo grupo, destacamos la opinión de ASTARLOA VILLENA, F.: "Los derechos y libertades en las Constituciones históricas españolas", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 92, abril-junio 1996, p. 208, para quien el Estatuto de Bayona, pese a sus "vicios de origen innegables", "se trata del primer Texto Constitucional aplicado, de modo muy limitado debido a las circunstancias, en España, que se incorporaba al incipiente movimiento constitucionalista y en la que se daba por concluido el Antiguo Régimen". En una posición intermedia, y, a nuestro entender, la más acertada, se encuentran MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: "El Estatuto de Bayona: originalidad e imitación en la primera Constitución española", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 58/59, 2007, pp.103-104 y 107-108, según el cual: "¿Es el estatuto una carta otorgada? Desde una perspectiva material es claro que lo es. La Carta de Bayona es un texto constitucional elaborado en origen por los servicios del Emperador, sometido a consultas primero informales, y luego a la formal de la Junta, que incorpora los cambios sugeridos por los junteros que el Monarca tiene a bien aceptar y que se impone por fiat del César. Desde una perspectiva formal hay que decir que no, la Carta se diferencia de la Constitución de Westfalia, de la napolitana o de la reforma monárquica de la holandesa de 1805, en que no se basa explícitamente en el principio monárquico, sino en la doctrina pactista de la soberanía compartida"; y VERA SANTOS, J.M.: "Con perdón: algunos argumentos "políticamente incorrectos" que explican la bondad del estudio del primer texto constitucional de España (o de la naturaleza jurídica, contenido e influencia napoleónica en el Estatuto de Bayona)", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución de Bayona*, ÁLVAREZ CONDE, E., y VERA SANTOS, J.M., (dirs.), La Ley, Madrid, 2008, p. 8, que prefiere referirse al Estatuto de Bayona como una "Constitución pactada asimétrica" al considerar realmente difícil asimilar el principio imperial napoleónico al de representación nacional.
- 2 PALACIO ATARD, V.: en *La España del siglo XIX. 1808-1898*, Madrid, 1978, p. 74, afirma que "en la Constitución de 1812 no hay una declaración orgánica de los derechos políticos de los ciudadanos (libertad de expresión, petición, etc.) como lo habrá posteriormente en las Constituciones de 1837 y siguientes". En el mismo sentido, debemos destacar las palabras de COMELLAS, J.L.: *Historia de España Moderna y Contemporánea*, Ediciones Rialp, Madrid, p. 259, según el cual la Constitución de Cádiz "perfecta desde un punto de vista constitucional como pieza teórica, recuerda en muchos aspectos a la francesa de 1791, a la que supera en complejión y lógica, excepto en el escaso interés que dedica a los derechos humanos". Por

• Irene Rufo Rubio

Contratada predoctoral en el Departamento de Derecho Público I y Ciencia Política, con perfil en Derecho Constitucional, de la Universidad Rey Juan Carlos (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas). Asimismo, obtuvo, por concurso nacional de méritos, una de las becas del Programa Santa Catalina de Bolonia del Real Colegio de España en Bolonia, realizando por dicho motivo sus estudios de doctorado en régimen de cotutela con la Universidad de Bolonia (Italia). Correo electrónico: irene.rufo.rubio@urjc.es.

ordenación de los derechos y libertades de los españoles. No obstante esto, aunque con distinto grado de concreción y dispersión, lo cierto es que sí que podemos encontrar con anterioridad a dicha fecha referencia a los mismos en nuestros textos constitucionales. Pues bien, de entre todos ellos, la libertad de expresión ha recibido un tratamiento muy singular. De esta forma, antes de gozar del estándar de protección propio de un derecho “de aplicación preferente” y “de dimensión institucional”³ del que disfruta en la actualidad, su reconocimiento y salvaguarda ha dependido de la situación social y política que atravesara el país.

Así las cosas, creemos que un mejor entendimiento del peso que la libertad de expresión tiene hoy en el sistema jurídico español, exige hacer un repaso por nuestras Constituciones y por la principal legislación que ha venido desarrollando sus preceptos. Téngase en cuenta que las primeras no siempre han ejercido de ley suprema y vertebradora del resto de fuentes que integran el ordenamiento. Desde este punto de vista, va a ser el estudio de las normas infra-constitucionales el que, en gran parte de los casos, revele la realidad de la libertad de expresión en cada periodo histórico. Algunas veces muy restrictivas, otras en cambio más aperturistas, revistiendo una forma u otra en función de la costumbre de legislar de cada época, la libertad de imprenta va a tener en todas ellas especial protagonismo. Circunstancia que encuentra explicación en el hecho de que, hasta principios del siglo XX, los folletos, los libros y la prensa escrita, se erigen como el vehículo transmisor de ideas por excelencia.

Hechas estas breves reflexiones introductorias, vayamos ya a por el análisis histórico-normativo de la libertad de expresión y sus límites.

II. LAS PROMESAS INCLUMPLIDAS DEL ESTATUTO DE BAYONA DE 1808 Y LA (DES)PROTECCIÓN DE LA JUNTA SENATORIA DE LIBERTAD DE LA IMPRENTA.

Tal y como ya adelantábamos⁴, la naturaleza jurídica del Estatuto de Bayona de 1808 es una cuestión no pacífica entre historiadores y constitucionalistas. Sin

su parte, ASTARLOA VILLENA, F.: “Los derechos”, cit., p. 207, mantiene que “si el gran problema de nuestro constitucionalismo es el de su escaso o nulo arraigo, dentro de nuestros textos constitucionales, a su vez, ha sido la regulación de los derechos y libertades la parte que más ha resultado damnificada por esa falta de arraigo de nuestras Constituciones. España va a carecer de regulación de los derechos y libertades hasta 1869. Nuestros primeros textos constitucionales no los regularán sistemáticamente, como, por otra parte, va a pasar en Francia o Estados Unidos”.

3 Entre las primeras sentencias que atribuyeron tal condición a las libertades que proclama el artículo 20 de la Constitución de 1978, destacamos la STC 159/1986, de 16 de diciembre (RTC 1986, 159). En la misma, el Alto Tribunal, después de recordar que el derecho a la libertad de expresión y a la información “no solo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública”, resuelve a favor de su posición preferencial en caso de colisión con otros derechos fundamentales. Así, “las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado”.

4 Vid., nota núm. I.

embargo, ni ello, ni su corto periodo de vigencia⁵, son razones suficientes para sustraerlo del estudio de los textos constitucionales españoles. Tratándose de un ensayo constitucional, si se quiere ver así, de corte autoritario, reconocería algunas libertades. Catálogo incompleto de derechos que, sin embargo, va a suponer “un importantísimo paso adelante que los constituyentes doceañistas van a tener que superar en su obra”⁶. Por ello, y por la atención que expresamente presta a la libertad de imprenta, resulta necesario dedicarle las siguientes líneas.

El artículo 145⁷ del Texto de Bayona promete a los súbditos⁸ del reino de España el desarrollo y organización del derecho de imprenta mediante una ley hecha en Cortes dentro del plazo de dos años a contar desde la ejecución de la

- 5 Si bien algunos autores sostienen que el Estatuto de Bayona nunca llegó a aplicarse (LOPEZ DE LERMA GALÁN, J.: “Fundamentos jurídicos y antecedentes históricos en el desarrollo de la libertad de expresión e imprenta. Los intentos constitucionales en España”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 16, 2014, p. 256), FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: “La primera constitución española: El Estatuto de Bayona”, *Revista de Derecho*, núm. 26, diciembre 2006, p. 93, señala que en al menos dos ocasiones se invocó el texto como Derecho vigente: el 3 de mayo de 1809, en la toma de posesión del cargo de los Consejeros de Estado; y, desplegando una “eficacia política”, cuando el propio Monarca José I apelaba a la vigencia de la misma para hacer valer su derecho legítimo a gobernar frente a las intrusiones militares de Napoleón en la política española. Sin embargo, el propio autor reconoce que se trató de una vigencia en todo caso incidental de acuerdo con la situación extraordinaria de conflicto bélico.
- 6 VERA SANTOS, J.M.: *Las Constituciones de España. Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 40. Al margen de dicha función estimuladora, a la que FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: “La primera”, cit., p. 106, también alude cuando establece que la principal aportación del Estatuto a la historia del constitucionalismo español se hizo por una vía negativa al servir de “revulsivo” para la elaboración de la Constitución de 1812, debe asumirse, como hacen BEL MALLÉN, J.I.: en “La libertad de expresión en los textos constitucionales españoles”, *Documentación de las Ciencias de la Información*, núm. 13, 1990, p. 24; o FERNÁNDEZ SEGADO, F.: en “La libertad de imprenta en el periodo inmediato anterior a su legalización por las Cortes de Cádiz (1808-1810)”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 17, 2012, p. 127, la escasa influencia de la Carta de Bayona en los textos constitucionales ulteriores.
- 7 Aunque no estamos acostumbrados al empleo de dicha fórmula constitucional, así se establece de forma literal en el precepto: “Dos años después de haber ejecutado enteramente esta Constitución, se establecerá la libertad de imprenta. Para organizarla se publicará una ley hecha en Cortes”.
- 8 El todavía cuasi absoluto poder del Emperador y de su hermano José I impedirán que hoy en día pueda afirmarse con rotundidad que el Estatuto de Bayona fue fruto del ejercicio de una cosoberanía compartida entre aquellos y el pueblo español encarnado en una Asamblea Constituyente. Esta misma idea nos ayuda a comprender por qué en el mismo tan solo encontramos un catálogo invertebrado de libertades sobre el que el pueblo carece de poder suficiente para exigir su acatamiento. Ejemplo de ello es que la ley sobre la libertad de imprenta a la que se refiere el mentado artículo 145 nunca viera la luz. El Rey es el que, por su propia voluntad, decide limitar sus prerrogativas regias en aras de conceder a sus todavía súbditos una serie de derechos. El concepto de súbdito lleva implícito las notas de servidumbre y acatamiento que del ciudadano no se desprenden. Lo que debemos tener claro es que lo que implanta Napoleón en nuestro país por vía del Estatuto sigue siendo un régimen autoritario, amén de la superación de ciertos arquetipos característicos de todo sistema absolutista con la introducción de un catálogo básico de derechos. Sin embargo, no será hasta la Constitución gaditana cuando podamos hablar de ciudadanos y ya no de súbditos. Sin ánimo de profundizar demasiado sobre esta cuestión, el Capítulo IV de la misma alude expresamente a la condición de ciudadano español como titular de derechos. Según la Real Academia Española, “súbdito” se dice de aquel que está “sujeto a la autoridad de un superior con obligación de obedecerlo”; sin embargo, el ciudadano es la “persona considerada como miembro activo de un Estado, titular de derechos políticos y sometidos a leyes”. A esta cuestión hace referencia TORRES DEL MORAL, A.: en “La soberanía nacional en la Constitución de Cádiz”, *UNED., Revista de Derecho Político*, núm. 82, septiembre-diciembre 2011, pp.73-75, en el que advierte el incorrecto uso indistinto en el que parecen incurrir algunos autores como JAUCOURT, en sus obras “Ciudadano”, “Súbdito”, y “Legislador”, o el mismo HOBBS, cuando se refieren al súbdito y al ciudadano. Para dicho autor, “*la fuerza real*” solo puede predicarse del ciudadano, pero no del súbdito. Así, “*Ciudadanos* son los miembros de la comunidad que pueden ser elegidos, o, al menos, elegir [...] *Súbditos* son los demás, los que no son más que gobernados” (la cursiva es del autor).

Constitución. Dicha previsión, junto con la del artículo 143⁹, desvelan que hasta el año 1815 la libertad de expresión no alcanzaría la protección normativa esperada. Tal construcción constitucional *ad calendas grecas* ha recibido multitud de críticas por parte de la doctrina en la medida en que “este plazo de carencia [...] convertía en letra muerta a los preceptos que consagraban la nueva libertad”¹⁰, como de hecho así acabaría sucediendo.

Al hilo de lo anterior, resulta de interés hablar de un órgano estatal cuyas funciones no encontrarán parangón en ninguna de nuestras normas fundamentales: el Senado. Entre sus muchas atribuciones, el artículo 39 del Estatuto de Bayona le encomienda la labor de “velar sobre la conservación de la libertad individual y de la libertad de la imprenta, luego que esta última se establezca por ley, como se previene después, título XIII, artículo 145”. Más concretamente, el artículo 45 del mismo cuerpo legal especifica que de ello se encargará la “Junta Senatoria de Libertad de la Imprenta”, compuesta por cinco senadores nombrados directamente por el Monarca¹¹.

Resulta conveniente hacer un par de puntualizaciones en relación, por una parte, con el margen de actuación de dicha junta; y, por otro, con el mecanismo de actuación establecido para cumplir con la misión que constitucionalmente se le atribuye:

- En primer lugar, los “papeles periódicos” estaban excluidos de la capacidad de acción de aquella junta creada *ad hoc* para garantizar el respeto de la libertad de expresión. Sobra decir que siendo por aquel entonces la prensa periódica el principal medio de comunicación de masas escrito, dicha reserva por sí sola vaciaba de contenido la garantía.

- En un segundo orden de cosas, el artículo 46 facultaba a los autores, impresores y libreros que considerasen tener un motivo para quejarse de que se les había impedido la impresión o la venta de una obra para recurrir directamente por medio de una petición a la Junta Senatoria de Libertad de la Imprenta. Ahora bien, renglón seguido, el artículo 47 puntualiza que si, y *solo si*, la Junta entendiera que la publicación de la obra “no perjudicaba al Estado”, se requeriría al ministro que hubiera dado la orden de secuestro para que la revocase. Activado el

9 El artículo 143 del Estatuto de Bayona instaura un desarrollo sucesivo y gradual del texto constitucional mediante la aprobación de decretos y edictos por el Rey, estableciendo como plazo final para su ejecución total el 1 de enero de 1813.

10 FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La libertad”, cit., p. 126, el cual se remite igualmente a las opiniones de ROMERO MORENO, J.M.: *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 57 y FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: “Una Constitución para España: el Estatuto de Bayona”, Estudio preliminar a la obra del propio autor *La Constitución de Bayona (1808)*, (Colección “Las Constituciones españolas”), Iustel, Madrid, 2007, p. 83.

11 ALMUIÑA FERNÁNDEZ, C.J.: “Opinión pública y revolución liberal”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, núm. 24, 2002, pp. 87-88.

procedimiento descrito, si después de elevar hasta tres requisitorias en el plazo de un mes al ministro censor correspondiente, éste hiciera caso omiso a la Junta, la misma se limitaría a convocar al Senado. Así bien, ciñéndonos a lo dispuesto en el artículo 48 del Estatuto, si el órgano advertía la existencia de méritos para ello, declararía haber “vehementes presunciones de que la libertad de expresión [había] sido quebrantada”, dando su presidente cuenta de la deliberación al Monarca. Con todo, la resolución sería examinada, en virtud de orden del Rey, por otra junta compuesta de los presidentes de sección del Consejo de Estado y de cinco individuos del Consejo Real (artículo 44, por remisión expresa del artículo 49).

De este modo, Napoleón consiguió diseñar un “sistema de garantías” para la libertad de imprenta sobre el papel, ya que, en la práctica, no conllevaría pérdida de control alguna del aparato estatal sobre la misma. A pesar de las promesas realizadas, ni habría ley que la regulara, ni tampoco órgano que la tutelara. La prueba más evidente de ello lo supone el hecho de recurrir a un concepto tan indeterminado -y fácilmente determinable según qué intereses- como es la necesidad de no apreciar en el contenido de la publicación algún tipo de *perjuicio* al Estado para que pudieran iniciarse las actuaciones. Por no hablar de que el proceso para recurrir, tan largo como complejo, culminaba con la decisión, al menos de forma indirecta, del Rey francés. En un régimen en el que cualquier cuestión debía obtener la aprobación del Soberano (basta con observar el Título XI del Estatuto de Bayona y el sistema de nombramiento y remoción de los jueces establecido), la libertad de expresión e información tendrían el mismo sino.

Lo que no puede negársele al Estatuto de Bayona, en relación con la libertad de expresión religiosa, es el mérito de acabar con la Inquisición. Así, en virtud de su artículo 98, se suprimía la existencia de tribunales “con atribuciones especiales”¹².

III. LA LIBERTAD POLÍTICA DE LA IMPRENTA DE LAS CORTES DE CÁDIZ Y LA CONSTITUCIÓN DE 1812.

En la otra cara de la invasión francesa se encuentra el pueblo español, que no va a contemplar de brazos cruzados la ocupación de su territorio y la imposición del despotismo francés. El estallido de la Guerra de la Independencia y el levantamiento popular del 2 de mayo de 1808 va a inaugurar en España una etapa de desarrollo de la prensa como arma propagandística, y, en fin, un cambio de paradigma en la concepción de los medios de comunicación. A partir de dicho momento, “[e]l pueblo actúa ahora como soberano y es a él a quien le dirigen los innumerables escritos que tratan de ilustrarle, adoctrinarle y prevenirle”¹³.

12 “Pero esta abolición fue tan discreta que nadie (salvo el Rey y [su Ministro del Interior]) pareció enterarse de ella” (DUFOUR, G.: “¿Cuándo fue abolida la Inquisición en España?”, *Cuadernos de Ilustración y Romanticismo: Revista del Grupo de Estudios del S.XVIII*, núm. 13, 2005, p. 97).

13 LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J.: “Fundamentos jurídicos”, cit., p. 256.

Muy consciente del poder de la opinión pública fue precisamente Napoleón, quien llevó a cabo una auténtica campaña política por medio de la prensa tanto dentro, como fuera del país. Curiosamente, utilizaría como principal elemento propagandístico su *decisión personal* –enfaticando él mismo este extremo– de acabar definitivamente con el Santo Oficio¹⁴ “como atentatorio de la Soberanía y a la Autoridad Civil”. Aunque su hermano José I tampoco se quedaría atrás. Así, una vez que consiguiera el monopolio de la *Gazeta de Madrid*, haría publicar en el número de fecha 25 de enero del 1809 de la misma un decreto por el que “queriendo que nuestros pueblos se hallen instruidos, así de los actos del gobierno, como de los sucesos de España”, y “siendo verdadero medio para ello que reciban la gaceta de oficio”, dejaba la redacción del periódico “a cargo del ministro de la Policía que la inspeccionaría por sí mismo” (artículo VI)¹⁵.

De forma paralela a la divulgación por los canales oficiales del ideario francés, el bando sublevado va a promover un modelo de libertad de imprenta, que, además de canalizar la lucha expresiva contra el enemigo y el fervor patriótico, buscará la superación del sistema napoleónico expresado en la Carta de Bayona en aras de permitir la formación y difusión libre de ideas. Así, especialmente después de la victoria española en la Batalla de Bailén de julio de 1808, la conciencia de los liberales de la “importancia táctica” de la prensa, va a desembocar en un incremento exponencial, sin aparente control, de pasquines, folletos y periódicos que “conducirán de modo irreversible a la más plena libertad de imprenta”¹⁶.

El esplendor del liberalismo español va a alcanzar su punto más alto con la promulgación de dos normativas de trascendental calado para el asentamiento de la que parecía ser la nueva situación de aquella libertad: el Decreto IX sobre la Libertad política de la Imprenta (de 10 de noviembre de 1810) y la Constitución de 1812. Veámoslas.

14 Si bien la supresión de la Inquisición se había hecho mediante el Estatuto de Bayona, debido a que éste quedaría en suspenso tras el levantamiento popular y al filón reputacional que tenía la medida, el Emperador por decreto de diciembre de 1808, como bien refleja la *Gazeta de Madrid* de 16 de diciembre de 1808, dirá: “He abolido ese tribunal”. Esta decisión le serviría para, incluso mediante su escenificación en obras de teatro, lanzar al mundo el mensaje de que lejos de haber “invadido” España, la había liberado.

15 La *Gazeta de Madrid*, del miércoles 25 de enero de 1809, puede consultarse en <https://www.cervantesvirtual.com/obra/num-25-25-de-enero-de-1809/>. A este respecto, indican ESTALA, P., y LARRIBA, E.: en *El imparcial o Gazeta política y literaria (21 de marzo de 1809-4 de agosto de 1809)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC, Madrid, 2010, pp. 19-20, que: “Con el objetivo de disimular su dimensión propagandística, la *Gazeta de Madrid* venía pues presentada como un periódico «de oficio» meramente informativo. Pero, como era de esperar, su principal norte estribó, mientras estuvo en manos de los afrancesados, en ensalzar la imagen de Napoleón y de José I que, identificado con su nación (como subrayaron en más de una ocasión los gaceteros), aspiraba a ser un «Rey filósofo» y no intruso”. Idea a la que se le debe unir el hecho de que el Monarca francés, consciente igualmente de la importancia que en la difusión de ideas tenía el sermón religioso, ordena la remisión de un ejemplar de la *Gazeta* diaria a los Arzobispos, Obispos y curas (artículo I del Decreto). De este modo, como reconocen los referidos autores, “[quedaba] pues muy claro que una información no era sino «una noticia autorizada»”.

16 FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 124, 2004, pp. 35-36.

La importancia que para los revolucionarios españoles tenía la libertad de expresión, y, más concretamente, la urgencia de acabar con su represión, llevaría a unas Cortes de Cádiz recién formadas a alumbrar el Decreto IX sobre la Libertad política de la Imprenta¹⁷. Así, en lo que hoy tendríamos como preámbulo de la norma, se establece que: “[...] la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas es no solo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la Nación en general, y el único camino para conocer la verdadera opinión pública”.

De acuerdo con dichas pretensiones, el artículo I del Decreto IX proclama que: “todos los cuerpos y personas particulares, de cualquier condición y estado que sea, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, de revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación”, al mismo tiempo que su artículo 2 abole expresamente los juzgados de imprenta, y, lo que es más importante, la censura de las obras políticas precedente a su impresión.

No obstante lo anterior, no se trata del reconocimiento de un derecho absoluto. Para empezar, el artículo 3 previene del abuso de dicha libertad estableciendo que los autores e impresores serán responsables respectivamente del ejercicio ilegítimo del mismo. Siendo más preciso, el artículo 4 condena los libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la Monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres; cuya averiguación, calificación y castigo se encomienda a los jueces y Tribunales (artículo 5)¹⁸.

Conforme con dichas ideas, se crea un órgano especial “para asegurar la libertad de imprenta y contener al mismo tiempo su abuso” (artículo 13): La denominada Junta suprema de Censura, junto con sus homólogas Juntas de provincia, tenían por cometido revisar las obras que se hubieran denunciado ante cualquier instancia gubernativa o judicial. La forma de proceder era la siguiente: si, realizado un primer examen de las mismas, la Junta censoria de provincia entendía que existían motivos para que fueran detenidas, los jueces, cual mano ejecutora, recogerían los ejemplares vendidos. Ahora bien, y aquí es donde reside la gran novedad, el secuestro de las publicaciones debía cumplir ciertas cautelas: en primer lugar, la Junta estaba obligada en todo caso fundar a la decisión requisitoria (artículo 15). Con esta nueva exigencia de motivación, se daba oportunidad al censurado de recurrir el dictamen; y, si la Junta de provincia confirmaba su primera censura, se abría un procedimiento de doble instancia, pudiendo el interesado

17 Celebrando las Cortes de Cádiz su primera sesión el 24 de septiembre de 1810, el Decreto IX se aprobaría ni tan si quiera dos meses después (para ser exactos, el 10 de noviembre del mismo año).

18 Llama la atención que, en este nuevo sistema de responsabilidades, se protege incluso el anonimato de los autores, pues “no estarán obligados a poner sus nombres en los escritos que publiquen” (artículo 7); obligación de la que sin embargo no se dispensa al impresor (artículo 8).

solicitar hasta dos revisiones a la Junta suprema, siendo ésta la que va a conocer y decidir en último término¹⁹ (artículo 17).

Con todo, dicha disposición tiene una “importancia decisiva en nuestra legislación, puesto que representa un puente entre un sistema basado en la rígida censura previa y el nuevo que solo recurre en segundo término al sistema represivo”²⁰. Sin embargo, si decíamos que la libertad de imprenta no se reconocía en términos absolutos, es también porque la cuestión religiosa no va a correr la misma suerte que la política; pues, a diferencia de esta última, seguirá sometida al yugo de la autorización²¹. Así las cosas, el artículo 6 del Decreto IX faculta a los Ordinarios eclesiásticos para ejercer la censura previa sobre los libros de religión según lo establecido en el Concilio de Trento. Y aunque también se introducirán en este ámbito algunas precauciones, éstas eran igualmente mucho más débiles: el Ordinario no podría negar la licencia sin declarar previamente su censura y celebrar una audiencia con el interesado (artículo 19); hecho esto, y si el Ordinario no cambiaba de parecer, estaba permitido acudir con copia de la censura a la Junta suprema para que, si hallaba digna de aprobación la obra censurada, remitiera su dictamen al Ordinario censor “para que *más ilustrado sobre la materia*, concediera la licencia, *si le pareciere*, a fin de excusar recursos ulteriores” (artículo 20)²².

Al margen de esta última cuestión, nos adherimos al aplauso colectivo que la doctrina dedica a dicha norma. No solo por tratar de imponerse a las fuerzas imperantes (sobre todo, a los aún defensores del Antiguo Régimen); sino, también, por la prioridad con que las Cortes de Cádiz trataron la materia²³, que pasaría de

19 Hasta ahí llegaría la competencia de las Juntas. Así, de la lectura conjunta de los artículos 5 y 19, si aquellas declarasen que la obra contenía, por ejemplo, injurias personales, su juicio se seguiría ante el tribunal competente.

20 ALMUIÑA FERNÁNDEZ, C.J.: “Opinión pública”, cit., p. 90; autor que se muestra con dicha obra excesivamente entusiasta, refiriéndose en varias ocasiones al reglamento de 1810 como la “pieza angular en nuestra legislación sobre esta materia”, que “respira libertad desde el primer precepto” (p. 92), llegando a afirmar que, a partir de dicho momento, “la libertad es total” (p. 93).

21 Ahora bien, si *a priori* resulta indudable que nos encontramos ante una restricción importante en materia de libertad de expresión, no podemos caer en el error de verlo con los ojos de hoy. Esta conquista del sector conservador sobre el liberal, que encontrará también reflejo en la Constitución de 1812, responde a que, como bien explica GARCÍA TROBAT, P.: en *Constitución de 1812 y educación política, Cortes Generales*, Madrid, 2010, pp. 301 y 319, “los liberales sabían que si se quería atraer a la mayor parte de la población, o por lo menos no tenerla en contra, tenían que convencer de la protección que la carta magna aseguraba a sus creencias”; ya que “no se quería o no se podía romper con la religión ni con la jerarquía eclesiástica, porque la mayor parte del pueblo español era católico”.

22 Adviértase, como así hemos querido resaltar con el empleo de la cursiva, el carácter no vinculante de las indicaciones que la Junta Suprema pudiera hacer al Ordinario eclesiástico. Sin libertad de culto y estando aún la cuestión religiosa sometida de manera exclusiva a la jurisdicción eclesiástica, cualquier regulación u observación que sobre la misma hiciera la autoridad civil tenía un valor similar al de una norma, como diríamos hoy en día, de *soft law*.

23 Irónicamente, influenciadas por los revolucionarios franceses. Así, en la elaboración del Decreto IX y de la Constitución de 1812, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 11: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede por lo tanto hablar, escribir e imprimir libremente, a condición de responder a los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley”) y la Constitución monárquica francesa de 1791 (en la que se garantiza como derechos naturales y civiles “[l]a libertad a todo hombre de hablar, escribir, suprimir y publicar sus pensamientos, sin que sus escritos puedan ser sometidos a censura

este modo a encabezar el listado de las reformas políticas que llevarán a cabo hasta 1812. Ello con conocimiento de causa de sus múltiples flaquezas, pues la idílica separación de poderes no terminaría de llevarse a efecto²⁴. Por demás que las Cortes no mostraron recelos para inmiscuirse en la labor de las juntas²⁵; o que la intervención de la Iglesia como cuarto poder latente, imposibilitó el reconocimiento de una libertad de imprenta plena, así como la implantación de un sistema completamente depurado²⁶.

El Decreto IX, fue elevado a rango de ley por las Cortes el 19 de marzo de 1812, convirtiéndose así en la primera Ley de Imprenta española²⁷.

En la misma fecha, nace, ahora sí, la otra gran obra del liberalismo español, la Constitución de 1812, proclamando la soberanía nacional en su artículo 3 y estableciendo el deber de la Nación española en el artículo 4 de “conservar y proteger las leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”. En lo relativo a la libertad de imprenta, el artículo 371 reproduce el explicado artículo I del Decreto IX en su literalidad (al que sin más nos remitimos), pero elevándolo ahora a la categoría de derecho constitucional. Dentro de la tendencia liberal hacia el reconocimiento individualista de las libertades, su incardinación en el Título IX de la Constitución, dedicada a la instrucción pública, revela “el entendimiento de dicho derecho no

alguna ni inspección antes de su publicación, y ejercer el culto religioso al que está vinculado”) harán de musas del constituyente gaditano. Sobre la influencia en nuestro constitucionalismo democrático actual de los textos constitucionales franceses, *vid.*, la excelente compilación y estudio que de los mismos ha realizado VERA SANTOS, J.M.: en su obra *Las Constituciones de Francia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 (en especial: pp. 34 y ss., y 49 y ss.).

- 24 DE ARGÜELLES, A., figura esencial del cambio, además de ser un férreo defensor de la libertad de imprenta (*vid.*, ALCALÁ GALIANO, A.: *Memorias I*, Madrid, 1886, p. 276; o DE CASTRO, A.: *Cortes de Cádiz*, I, Madrid, 1913, pp. 193 y ss., que se refieren a un total de catorce discursos iniciales pronunciados por el político con tal fin), también abogaba por la necesaria descentralización del poder. A ello hizo alusión en su brillante “Discurso preliminar”, que encontramos en *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Cuadernos y debates, Bicentenario de las Cortes de Cádiz, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, p. 98, con las siguientes palabras: “Para que la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares no pueda convertirse jamás en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones de juez de cualquiera otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Cortes ni el Rey ejercerlas bajo ningún pretexto. Tal vez podría convenir en circunstancias de grande apuro reunir por tiempo limitado la potestad legislativa y ejecutiva; pero en el momento en el que ambas autoridades o alguna de ellas reasumiese la autoridad judicial, desaparecería para siempre no solo la libertad política y civil, sino hasta aquella sombra de seguridad personal los mismos tiranos si quieren conservarse sus Estados”.
- 25 Así lo critica FERNÁNDEZ SEGADO, F.: en “La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz”, *cit.*, p. 48, según el cual “las Cortes intervinieron activamente en distintas ocasiones en asuntos relacionados con la libertad de imprenta de los que, en puridad, debiera haber conocido la jurisdicción especial creada en el Decreto [...] el recurso a las Cortes respondió en buen número de casos, de un lado, a la ausencia en la sociedad y particularmente en las clases gobernantes, de un talento adecuado en orden al ejercicio de la libertad de expresión con la subsiguiente aceptación de la crítica [...] y de otro lado, a las maquinaciones de los absolutistas, opuestos a esta libertad”.
- 26 Ejemplo de ello lo encontramos en que, siguiendo lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto IX, parte de los miembros que componían las Juntas debían ser eclesiásticos (tres en la Junta suprema de Censura y dos de los cinco que integraban las Juntas provinciales). Sin olvidarnos de lo que hemos señalado anteriormente en la nota nº 21 en relación con el poder de decisión de los Ordinarios eclesiásticos.
- 27 GÓMEZ REINO, E.: *Aproximación histórica al Derecho de la Imprenta y de la Prensa en España (1480-1966)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 95.

solo como tal, sino como elemento esencial para el desenvolvimiento del sistema democrático²⁸.

Asimismo, fruto del paralelismo existente entre ambas disposiciones, los escritos religiosos quedan de nuevo excluidos de la libertad de imprenta, pues, ex artículo 12, la religión católica es declarada la “única verdadera”, prohibiéndose expresamente el ejercicio de cualquier otra²⁹.

Por otro lado, el artículo 131, apartado vigesimocuarto, atribuye a las Cortes la facultad de “proteger la libertad política de imprenta”.

Para terminar, el 10 de junio de 1813, en aras de aclarar, completar y subsanar algunas deficiencias de las disposiciones en vigor, se promulgan el Decreto CCLXIV, de adiciones a la Ley de Libertad de Imprenta; y el Decreto CCLXV, de Reglamento de las Juntas de Censura.

Desgraciadamente, los avances conseguidos en materia de libertad de imprenta durarán poco. La firma del *Tratado de Valençay*, en diciembre de 1813, supuso el fin de la Guerra de la Independencia y la salida de las tropas francesas de la península. El trono vacío sería de nuevo ocupado por Fernando VII (“El Deseado”), aunque no de la forma esperada. Así, en mayo de 1814, el Monarca protagonizaría un golpe de Estado, restaurando el régimen absolutista. Toda la obra de las Cortes de Cádiz, incluida la Constitución de 1812, quedaría así derogada³⁰. En su lugar,

28 VERA SANTOS, J.M.: *Las Constituciones*, cit., p. 51, nota nº 109.

29 El 8 de diciembre de 1812 las Cortes de Cádiz inauguraron el debate sobre la compatibilidad entre la Inquisición y la nueva letra constitucional y su declaración de la libertad de expresión. Discusión que se extendería hasta febrero de 1813, cuando, por Decreto CCXXIII, se aprobaría una cuestionable abolición del Santo Oficio. Así, cumpliendo con lo establecido en el artículo 12 de la Constitución de Cádiz, el Tribunal de la Inquisición pasaría simplemente a sustituirse por los “tribunales protectores de la fe”, atribuyéndoles la competencia para enjuiciar los delitos expresivos contra la fe (entre los que seguía estando el delito de herejía), quedando igualmente instaurada la censura eclesiástica de libros.

30 El Real Decreto de 4 de mayo de 1814 puede consultarse en <https://www.cervantesvirtual.com/obra/real-decreto-de-fernando-vii-derogando-la-constitucion-valencia-4-mayo-1814/>, en virtud del cual el Monarca absolutista se presenta al pueblo español como su salvador ante los males del Estado constitucional: “Por manera que estas bases pueden servir de seguro anuncio de mis reales intenciones en el gobierno de que me voy a encargar, y harán conocer a todos no un déspota ni un tirano, sino un Rey y un padre de sus vasallos. Por tanto, habiendo oído lo que unánimemente me han informado personas respetables por su celo y conocimientos, y lo que acerca de cuanto aquí se contiene se me ha expuesto en representaciones, que de varias partes del reino se me han dirigido, en las cuales se expresa la repugnancia y disgusto con que así la constitución formada en las Cortes generales y extraordinarias, como los demás establecimientos políticos de nuevo introducidos, son mirados en las provincias; los perjuicios y males que han venido de ellos, y se aumentarían si yo autorizase con mi consentimiento, y jurase aquella constitución; conformándome con tan decididas y generales demostraciones de la voluntad de mis pueblos, y por ser ellas justas y fundadas, declaro que mi real ánimo es no solamente no jurar ni acceder a dicha constitución ni a decreto alguno de las Cortes generales y extraordinarias, a saber, los que sean depresivos de los derechos y prerrogativas de mi soberanía, establecidas por la constitución y las leyes en que de largo tiempo la nación ha vivido, sino el de declarar aquella constitución y tales decretos nulos y de ningún valor y efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubieran pasado jamás tales actos, y se quitasen de en medio del tiempo alguno, y sin obligación en mis pueblos y súbditos, de cualquiera clase y condición, a cumplirlos ni guardarlos...” La reacción ante la vuelta a la censura y la prohibición de la libertad de imprenta no tardaría en llegar. Así, por ejemplo, *La Abeja Madrileña*, publica un suplemento de 7 de mayo de 1814, para, después hacer una serie de reflexiones críticas (“[...] Examine V.M., quiénes son los verdaderos realistas; si lo son los que adulan al

se aprueba el decreto de 2 de mayo de 1815, en virtud del cual se prohíbe la publicación de cualquier periódico o folleto, con las excepciones de la *Gaceta Oficial* y del *Diario de Madrid*³¹; sumiéndose a partir de dicho momento nuestro país en una etapa de retrotracción de derechos, que incluiría el restablecimiento del Tribunal de la Inquisición por decreto de 21 de julio de 1814³².

Antes de finalizar con este epígrafe, debemos referirnos, aunque sea brevemente, a la segunda etapa de vigencia de la Constitución gaditana. El 1 de enero de 1820, el pronunciamiento de Rafael de Riego obliga a Fernando VII a restablecer el texto constitucional de 1812, inaugurándose con ello el periodo histórico denominado *Trienio Constitucional*, que irá desde 1820 hasta 1823. Durante estos tres años, rebrotarían de un modo nunca visto las ansias de opinar, de explicar, de reivindicar, de informar...; “todo aquel que quería decir algo, aunque no tuviese nada que decir, fundaba inevitablemente un periódico”³³. De nuevo surge el problema de evitar el abuso de una libertad de expresión desbocada, dictándose en consecuencia tres importantes leyes de contención: el Decreto de 22 de octubre de 1820 (al que sucede el Decreto de 12 de febrero de 1822); y, constituyéndose como la primera ley penal española, el Código Penal de 1822. En relación con la represión de los delitos de imprenta, es importante señalar que dichas normas nacieron para complementarse³⁴.

Muy *grasso modo* destacaremos del Decreto de 1822, la consideración como “subversivos” los escritos por los que se injuriase “la sagrada é inviolable persona del Rey” o por los que se difundieran máximas contrarias a alguno de los preceptos fundamentales de la Constitución (artículo 1); así como el hostigamiento a la libertad artística, de la que se ocupan cinco preceptos de su articulado (artículos 2-6). El Código Penal de 1822, por su parte, si bien protegía a la libertad de

rey, dándole más de lo que toca; ó si lo son con título honorífico, y razón los que defienden como deben sus derechos [...]), despedirse de sus lectores en un más que evidente tono sarcástico: “Aviso al pueblo de Madrid y al de todas partes donde haya llegado este *mal andante* y *mal-andado* papel, llamado la *Abeja Madrileña*. Los redactores de éste periódico están imposibilitados de proseguir en su publicación; porque se encuentran atacados de *perlesía* resultas de cierto *ayre seco*, que sopla de *Levante*; viéndose precisados a *mudar de ayres* y *tomar aguas termales* [...]”.

- 31 PEREIRA CASTAÑARES, J.C., y PELAYO GALINDO, O.: “La prensa en tiempos de Fernando VII (1814-1833)”, *Cuadernos de investigación histórica*, núm. 12, 1989, p. 84.
- 32 “Fruto de estas disposiciones, así como la situación política general, es la dificultad de aparición de nuevas publicaciones que necesitaban de unos requisitos de muy difícil cumplimiento, y por ello la ausencia de las mismas” (BEL MALLÉN, J.I.: “La libertad”, cit., p. 26).
- 33 GÓMEZ APARICIO, P.: *Historia del periodismo español (I) desde la Gaceta de Madrid (1661) hasta el destronamiento de Isabel II*, Editorial Nacional, Madrid, 1967, p. 136.
- 34 MIRA BENAVENT, J.: en *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 114-115, defiende que no puede hablarse de una duplicidad legislativa, en tanto en cuanto el Decreto de 1820 y el Código Penal de 1822 se complementaban. En este sentido, el autor pone de relevancia que las Comisiones legislativas que se encargaban de la elaboración de los mismos, se simultanearon en el tiempo, hasta el punto de suspenderse algunas sesiones parlamentarias para evitar solapamientos o antinomias jurídicas en el articulado.

expresión en su artículo 242³⁵, también muestra un gran interés por contener los ataques expresivos.

No obstante ello, llega la *Década Ominosa* (1823-1833): Gracias al episodio de los *Cien Mil Hijos de San Luis*, Fernando VII pondrá fin al Estado constitucional reestablecido por la revolución liberal de 1820. Y, de nuevo, como hizo a su vuelta del exilio allá por 1814, dejaría sin efecto toda la legislación dictada en el marco de la Constitución de 1812, esta vez en virtud del Decreto de 1 de octubre de 1823: "Son nulos y de ningún valor todos los actos del gobierno llamado constitucional (de cualquiera clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el día 7 de marzo de 1820 hasta hoy día 1 de octubre de 1823, declarando, como declaro, que en toda esta época he carecido de libertad, obligado a sancionar las leyes y a expedir órdenes, decretos y reglamentos que en contra mi voluntad se meditaban y expedían por el mismo gobierno".

IV. ¿TODO VALE?: EL RESTABLECIMIENTO DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA CON LA CONSTITUCIÓN DE 1837 Y LOS ABUSOS PERIODÍSTICOS

Haciendo un pequeño salto en el tiempo³⁶, fue el voto de censura presentado por el bando progresista frente al gobierno del moderado Francisco Javier de Istúriz y la celebración de elecciones en julio de 1836 lo que terminaría por dinamitar el clima de crispación política que se vivió durante la Regencia de María Cristina de Borbón-Dos Sicilias. El 12 de agosto de ese mismo año, tuvo lugar el motín de La Granja, en el que, bajo el grito "¡Viva la Constitución!", un grupo de Sargentos de la guarnición y de la Guardia Real constriñeron a la Reina Gobernadora a restaurar el régimen liberal de 1812.

El fin del absolutismo dio alas a los españoles para recuperar todas las libertades que durante tanto tiempo les habían sido arrebatadas. Sin embargo, el cambio tan abrupto hacia un régimen mucho más permisivo, haría que la libertad de expresión

35 El artículo 242 del Código Penal de 1822, encabezando el listado de delitos cometidos contra la libertad individual de los españoles (Capítulo IV), como delitos cometidos en contra de la Constitución (Título I), establece: "El que impidiere ó coartare á algun español el ejercicio de la facultad legitima que tiene para *hablar*, escribir y hacer libremente todo aquello que no esté prohibido ó se prohibiere por las leyes ó por legitima autoridad con arreglo á ellas, y que no ceda en perjuicio de otra persona, ó que aunque ceda esté autorizado por la ley, es violador de la libertad individual, y sufrirá un arresto de dos dias á dos meses. Si el violador empleare para ello alguna fuerza ó violencia, ó abusare de autoridad pública que esté ejerciendo, será castigado con arreglo al capitulo cuarto, título primero de la segunda parte." Véase que mientras que en el artículo 371 de la Constitución de Cádiz el reconocimiento de la libertad de expresión parece quedar reducido a su manifestación escrita (esto es, a la libertad de imprenta), la legislación penal protege directamente el derecho a expresarse libremente mediante el uso de la palabra.

36 Fernando VII, que había recuperado sus plenos poderes desde 1830, muere en septiembre de 1833. Este hecho dará lugar, además de a otros hitos históricos que ahora, por razones de espacio y tiempo, debemos omitir, a la aprobación del Estatuto Real (1834-1836) durante la Regencia de María Cristina y la minoría de edad de su hija Isabel II. Sin embargo, el objeto del presente trabajo nos impide detenernos en su estudio. Así, tenido a *regañadientes* como una de las Constituciones de nuestro país (sobre su naturaleza jurídica, *vid.*, TOMÁS VILLARROYA, J.: *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Capítulo Tercero), guarda silencio absoluto sobre los derechos y libertades de los españoles (y, por ende, sobre la libertad de expresión).

no fuera acogida de la manera debida. Muchos son los que denuncian los abusos periodísticos que se cometieron en aquella época³⁷. Para reconducir esta situación, se aprueba en marzo de 1837 una nueva ley de imprenta³⁸, que introducirá por primera vez en la historia de la prensa escrita española la definición legal de periódico³⁹. Igual de singular fue la creación de una nueva obligación para los editores de dejar un depósito-fianza⁴⁰, la inclusión de ciertos requisitos a cumplir para poder ser editor⁴¹; y, sobre todo, el establecimiento de una responsabilidad subsidiaria o en cadena de los autores, editores e impresores (en dicho orden) en los artículos 5 y 6.

Con la aprobación escasos meses más tarde del texto constitucional de 1837, estaremos ante la primera declaración sistematizada de derechos de toda nuestra historia constitucional. Concretamente, su artículo segundo reconoce el derecho de todos los españoles de imprimir y publicar libremente sus ideas, sin más límites que los establecidos por ley (como los que acabamos de comentar). Desaparece pues la censura previa, la tradicional dicotomía escritos religiosos-políticos y el enjuiciamiento de los delitos de imprenta se atribuye en exclusiva a los Jurados (los cuales vendrían a suplir a las antiguas juntas doceañistas). Hay que tener en cuenta que dicha actitud ante la libertad religiosa ya venía tomando forma desde que el Decreto dado por la Regente el 15 de junio de 1834 acabase ya, de una vez por todas⁴², con la Inquisición en España.

-
- 37 Aunque pueda resultar paradójico, todos los periódicos de la época propugnaron la necesidad de restringir la tan anhelada libertad. A modo de ejemplo, PÉREZ JUAN, J.A.: en “La aplicación de la ley de imprenta de 15 de marzo de 1837”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 76, 2006, nota al pie n° 138, muestra las declaraciones que en tal sentido hicieron *El Constitucional*, *El Español* y *El Eco del Comercio*. Asimismo, el autor, en las pp. 693-694 de la citada obra, relata como “la práctica periodística había demostrado la ineficacia de la legislación vigente para atajar los excesos comentados en materia de imprenta” y que “la citada normativa no establecía ninguna traba para la creación de un nuevo periódico, pudiendo «cualquiera fundar un diario, y predicar cotidianamente las ideas de su imaginación o de su interés, sin que la sociedad le pida garantías para el uso de un arma tan poderosa». Fue tal el caos en el que se vio inmersa la prensa periódica, que surgieron situaciones tan disparatadas como el hecho de que reclusos e indigentes tuvieran por costumbre firmar artículos o rubricar noticias a cambio de unas cuantas monedas o copas de vino.
- 38 Algunos autores se refieren a la misma como “Ley de Prensa”, otros como “Ley de Imprenta”; unos la datan en el 15 de marzo de 1837, aunque también se habla de la Ley del 22 de marzo de 1837. Sin embargo, todos ellos están refiriéndose a la misma normativa. Lo que ocurre es que trascurren siete días desde que es aprobada por las Cortes hasta que recibe el refrendo de la Reina Regente, de ahí la confusión creada.
- 39 GÓMEZ APARICIO, P.: *Historia del*, cit., , p. 235; entendiéndose por tal, ex artículo 2, “todo impreso que se publique en épocas ó plazos determinados ó inciertos, siempre que sea bajo un título adoptado previamente, y que no exceda de seis pliegos de impresión”.
- 40 Si bien esta obligación se establece en el artículo 1 de la Ley de Imprenta de 1837, su artículo 8 exceptúa del deber de dejar depósito tanto a los boletines oficiales que no trataran de otros asuntos que los que anunciaran en sus títulos, así como a los periódicos que no tocaran temas religiosos o políticos.
- 41 El artículo 3 de la ley de imprenta establece que solo podía ser editor el ciudadano en el pleno ejercicio de sus derechos y cabeza de familia con casa abierta en el pueblo en el que se publica el periódico y haber realizado el depósito exigido. Por su parte, sería la autoridad política la que decidiría sobre la aptitud del potencial editor, pudiendo éste en todo caso recurrir la decisión ante el “jurado de acusación”.
- 42 Si decíamos que Fernando VII en 1814 anularía todas las disposiciones aprobadas por las Cortes de Cádiz (vid., punto n° III: “La libertad de imprenta...”, *in fine*), el decreto de abolición de la Inquisición doceañista volvía a estar en vigor durante el *Trienio Constitucional* (1820-1823) y de nuevo a quedar sin efecto al inicio de la *Década Ominosa*. En rigor, lo que se establecería durante esta última etapa del reinado de Fernando VII fueron las denominadas “juntas de fe”, que “nacieron con el propósito declarado de sustituir a la no restablecida Inquisición”, aunque “sus funciones fueron las mismas que las del histórico Santo Oficio” (La

Ahora bien, la promulgación del Reglamento de 17 de octubre y de la Real Orden de 5 de junio de 1839, estableciendo reglas para el uso de la libertad de imprenta, supondrán un nuevo varapalo para la libertad de expresión. En esta última, la Reina Gobernadora, tratando de ensalzar la labor realizada para proteger “constantemente el uso de tan importante derecho”, lamenta que “este uso [había] degenerado en un desenfreno tan funesto y lastimoso, que hiere y mata a la misma libertad”. Así, “a fin de que en lo posible se ponga coto a tan deplorables abusos”, entre otras, la regla tercera autoriza al jefe político a suspender inmediatamente los ejemplares en los que apreciare artículos capaces de herir “la tranquilidad pública, que ataquen la religión u ofendan la moral, las costumbres o el pudor”.

V. LA ESTOCADA FINAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1845 Y LA NORMATIVA INFRA-CONSTITUCIONAL.

En 1843, Isabel II dará comienzo a su reinado efectivo⁴³. Tras el triunfo del bando moderado liderado por Ramón María Narváez, se aprueba la Constitución de 1845⁴⁴, que tendrá como objetivo primordial recuperar los postulados tradicionales que se habían perdido con el gobierno progresista.

En particular, la libertad de imprenta será uno de los derechos fundamentales que más se vieron afectados por los cambios que introduce la Constitución isabelina. De la lectura de su segundo precepto, extraemos cuales van a ser las

PARRA LÓPEZ, E.: “Ni restaurada, ni abolida. Los últimos años de la Inquisición española” (1823-1834), *Ayer*, núm. 108, 2017, p. 159).

- 43 Aún menor de edad, después de que la “Revolución de 1840” obligara a su madre, la Reina Gobernadora, a renunciar a la Regencia y del posterior exilio a Inglaterra en julio de 1843 del general Espartero, quien había ejercido de regente después de aquella.
- 44 Como ocurría con el Estatuto de Bayona, la naturaleza jurídica de la Constitución de 1845 es harto discutida. ¿Estamos tan solo ante una reforma de la Constitución de 1837, o, al contrario, ante la introducción de un nuevo orden constitucional? Si bien la mejor doctrina (VERA SANTOS, J.M.: *Las Constituciones*, cit., p. 209; SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 287-292; TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, 2004, p. 84; TOMÁS VILLARROYA, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 68; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones Históricas Españolas (Un análisis histórico-jurídico)*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1986, pp. 226-227; DE ESTEBAN, J., GARCÍA FERNÁNDEZ, J., y ESPÍN, E.: *Esquemas del constitucionalismo español (1808-1976)*, Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1976, pp. 52-53; y MEDINA MUÑOZ, M.A.: “La reforma constitucional de 1845”, *Revista de estudios políticos*, núm. 203, 1975, pp. 75-106) se inclina por la primera alternativa, no creemos desdeñable la segunda. Nos explicamos. Acogiéndonos a las tesis desarrolladas en torno a la existencia de límites implícitos a la reforma constitucional, entendemos que una modificación sobre el papel tan sustancial como es un cambio en la titularidad de la soberanía (si en la Constitución de 1837 el poder regio emplea la siguiente fórmula: “Que las Cortes generales han decretado y sancionado, y Nos de conformidad aceptado, lo siguiente [...] Siendo la voluntad de la Nación revisar, en uso de su soberanía, la Constitución política promulgada en Cádiz el 19 de Marzo de 1812, las Cortes generales, congregadas a este fin, decretan y sancionan la siguiente...”, en la de 1845 encontramos otra bien diferente: “Hemos venido, en unión y de acuerdo con las Cortes actualmente reunidas, en decretar y sancionar la siguiente...”) supondría, *per se*, la destrucción de la Carta Magna (sobre el cambio en la titularidad de la soberanía como límite material implícito *vid.*, VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 289; y sobre la destrucción constitucional, *vid.*, FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M.: en “Orden constitucional, la rebelión y la violencia”, *LEFEBVRE*, 16 de abril del 2018, <https://elderecho.com/el-orden-constitucional-la-rebelion-y-la-violencia>). Por mucho que se pretenda edulcorar, el poder de unas Cortes que deciden de forma mancomunada junto con el poder regio imperante, nunca será tan fuerte como el de aquellas que lo hacen en solitario. Y así creemos que ha quedado reflejado en la Constitución isabelina.

notas características de la misma durante este nuevo régimen constitucional: por una parte, se proclama de nuevo la capacidad para imprimir y publicar las ideas sin previa censura; mientras que, por otra, desaparece la referencia al Jurado⁴⁵ como órgano supervisor y sancionador de los abusos expresivos.

Además, el último inciso del precepto constitucional delega en las leyes de regulación las especificidades que rodean a la prerrogativa⁴⁶. Ello propició la sucesión de toda una serie de disposiciones que, poco a poco, irán empobreciendo dicha libertad.

En tal sentido, debemos destacar, por la importancia que tuvo, el Real Decreto de 6 de julio de 1845 (que desarrollaba y modificaba al anterior Real Decreto de 10 de abril de 1844). En el mismo, se inserta la clasificación de los escritos en “subversivos” (artículo 1)⁴⁷ y “sediciosos” (artículo 2)⁴⁸ y se prohíbe la venta o exposición al público de cualquier “dibujo, grabado, litografía, estampa ni medalla de cualquier clase y especie” sin previa autorización del jefe político de provincia (artículo 3). Además, a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1848, nos encontraremos con que determinados delitos de expresión quedarán sometidos a

45 En el Real Decreto de 2 de enero de 1853 se detalla el recorrido normativo seguido en la configuración del Jurado como órgano enjuiciador de los delitos de imprenta. Desapareciendo dicha institución en 1845 de la Ley Fundamental “porque las Cortes y Y. M. la consideraron en desacuerdo con nuestras costumbres y con el modo de enjuiciar de nuestros Tribunales”, así como de la ley de imprenta, será finalmente en 1853 cuando se decida sustituir de manera definitiva por un Tribunal judicial colegiado por “inspirar más confianza en el acierto de sus providencias un Tribunal de Jueces inamovibles e independientes que tienen por oficio administrar justicia y fundan en administrarla bien su crédito, su reputación, y su porvenir, que jueces eventuales á quienes repugna abandonar sus ordinarias ocupaciones para contraer compromisos que juzgan graves y molestos”.

46 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F.: en *La vuelta de tuerca moderada: el proyecto de constitución y leyes fundamentales de don Juan Bravo Murillo (año 1852)*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019, p. 265, alerta sobre esta des-constitucionalización: “Se pone el foco en la ley y se considera que es ésta la exclusiva medida de garantía de la citada libertad. Habrá que confiar en la misma, en el instrumento legal en sí mismo considerado, y depositar el desarrollo de ese derecho en el ámbito de la ley, ya como trabajo parlamentario estricto, ya como obra del Ejecutivo. Hay una exigencia de buena fe de todo el arco político para que, de este modo, se pueda construir ese derecho, si bien no se asegura su nacimiento. La protección constitucional, su reflejo expreso en el texto constitucional, ni añadiría, ni quitaría nada a la esencia de la libertad referida”. Las sensibilidades que la libertad de expresión generó durante el reinado de Isabel II, nos impiden hacer ahora un análisis pormenorizado de toda la normativa promulgada entonces en lo tocante a la imprenta. Para hacernos una idea, solo en la “Década Moderada”, los conservadores aprobarían hasta cinco disposiciones generales por la vía del Real Decreto. En este sentido, MARCUELLO BENEDICTO, J.I.: en *Los proyectos de reforma política de Bravo Murillo en perspectiva. Conservadurismo autoritario y antiparlamentarismo en la Monarquía de Isabel II*, In Itiniere, Oviedo, 2016, pp. 75-76, denuncia la forma en la que el Ejecutivo burló la “reserva de ley” que la Constitución de 1845 contenía en materia de prensa, de forma que “[e]n dicha Década no se llegaría a formar en Cortes ninguna ley regulatoria de esta neurálgica libertad política”.

47 Dentro de los escritos “subversivos”, encontramos: “los impresos contrarios al principio y la forma de Gobierno [...] cuando tengan por objeto excitar la destrucción o mudanza de la forma de Gobierno” y “los que contengan manifestaciones de adhesión a otra forma diferente de Gobierno [...] manifestando de cualquier manera el deseo, la esperanza o la amenaza de destruir la monarquía constitucional y la legítima autoridad de la Reina”.

48 Se consideraban “sediciosos” los impresos que: 1) Elogiaran o defendieran hechos punibles por las leyes; 2) los que incitasen a su comisión; 3) los que tratasen de hacer ilusorias las penas; y, 4) los que, con amenazas, trataran de coartar la libertad de los jueces y tribunales en la aplicación de las leyes.

la referida legislación especial de imprenta, y otros en cambio lo estarán a la nueva legislación penal ordinaria⁴⁹.

La Constitución de 1845 estuvo vigente hasta la promulgación de la Carta de 1869, habiéndose entre tanto intentado su modificación en varias ocasiones: En 1852, bajo el mandato de Bravo Murillo, se gestó la primera de las cuatro reformas constitucionales que finalmente no llegarían a término. Dicho proyecto de cambio no dotaba a la Constitución de una parte dogmática, por lo que no encontramos referencia alguna a la libertad de imprenta⁵⁰. El segundo, en 1853, sin que el Gabinete Roncali aporte nada nuevo en materia de derechos⁵¹. No obstante, sí queremos poner de relevancia la denominada Constitución “Non Nata”⁵², de 1856, pues trató de superar los dogmas conservadores que se venían arrastrando; y, con ello, dejaría sentadas las bases del texto constitucional que se aprobará trece años más tarde. En este sentido, destacaremos su artículo 3, que pretendía devolver a los españoles la libertad de imprimir y publicar libremente sus ideas sin censura previa, “sin que pudiera secuestrarse ningún texto hasta después de haber empezado a circular”. Asimismo, buscaba restaurar a los Jurados como órganos encargados de calificar los delitos de imprenta. Poniendo fin al bienio progresista, O’Donnell restablecerá el 15 de septiembre de ese mismo año la Constitución de 1845 y dictará un Acta Adicional, cuyo artículo 1 asevera

49 El artículo 7 del Código Penal excluye de la aplicación de sus disposiciones a los “delitos de imprenta”. En este sentido, MIRA BENAVENT, J.: cit., p.190, siguiendo las tesis de J.F., PACHECO, determina qué delitos cometidos a través de la imprenta quedan o no sometidos a la regulación penal de 1848: “las leyes especiales, dado su carácter esencialmente político, debían ocuparse de aquellos delitos cometidos a través de la imprenta consistentes en enunciar máximas o doctrinas políticas. Y los delitos de esa clase estaban constituidos, según la doctrina de la época, sólo por aquellos impresos que contuvieron escritos subversivos, sediciosos, obscenos e inmorales, que eran los únicos a los que los artículos 34 y siguientes del Decreto de 10 de abril de 1844, a la sazón vigente, otorgaba la calificación de «delitos de imprentas» (la cursiva es del autor). Además de esto, es claro que mientras las calumnias e injurias cometidas contra particulares, como delitos privados, eran únicamente juzgables de acuerdo con la legislación y Tribunales ordinarios (así lo establece el artículo 97 del Real Decreto de 1844), las dirigidas al Rey y otras autoridades públicas podían ser sometidas al régimen especial de prensa (SÁNCHEZ, R.: “Derechos en conflicto. Honor, libertad de expresión y vida cotidiana en la España del siglo XIX”, *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº 21, 2020, (pp. 510-532), pp. 515 (nota nº 16) y 516.

50 Juan Bravo Murillo sustituye en la Presidencia del Consejo de Ministros a Ramón María Narváez en enero de 1851. Su proyecto de reforma constitucional buscará a toda costa reforzar el poder regio y el brazo ejecutivo del Estado. En consonancia con dichas metas, se recortarán las potestades de las Cortes -incluida la autonomía parlamentaria-, se restringirá la capacidad de legitimación activa y pasiva política y se establecerá un sistema elitista de senadores “natos”, “hereditarios” y “vitalicios”. Todo ello, junto con la recuperación del principio de confesionalidad estatal, podría explicar que tanto el proyecto constitucional propiamente como las ocho leyes que lo complementan guarden silencio respecto a la libertad de prensa. VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., en el Prólogo que escribe en la monografía de MARCUELLO BENEDICTO, J.I., *Los proyectos de reforma política de Bravo Murillo en perspectiva...*, cit., p. XII, la considera que “la reforma constitucional propugnada por Bravo Murillo, quien no podía sustraerse del ejemplo dado por Napoleón III al otro lado de los Pirineos, suponía una rectificación muy profunda del liberalismo. Era, en rigor, y lo seguirá siendo, la más conservadora (la más reaccionaria, para decirlo con más exactitud) de toda la historia constitucional española del siglo XIX”.

51 De hecho, lo que hace Federico Roncali es mantener el sistema de 1845, introduciendo ciertas novedades en relación con el Senado (la mayoría sacadas del programa de Bravo Murillo, otras por iniciativa propia).

52 Ni el proyecto de Bravo Murillo de 1852 ni el de Roncali de 1853 prosperaron por no recibir el debido respaldo parlamentario. No ocurrirá lo mismo con la Constitución “Non Nata”. Aprobada por las Cortes Constituyentes en diciembre de 1855, el golpe de Estado de Leopoldo O’Donnell impidió su promulgación, de ahí su apelativo.

lo sentado en el proyecto de Sartorius en relación con el Jurado. No fracasará en este empeño Ramón María Narváez, quien derogaría el Acta Adicional (que nunca llegaría a aplicarse) para introducir una serie de enmiendas a la Constitución de 1845 que estuvieron vigentes desde 1857 hasta que fueron eliminadas por Alejandro Mon en 1864⁵³.

Paralelamente a estos proyectos, la normativa de prensa infra-constitucional también buscará constreñir dicha libertad. Al Real Decreto de 2 de abril de 1852 de Bravo Murillo y a la ley de 21 de diciembre de 1855, le sucederá la Ley de 13 de julio de 1857 (también conocida como “Ley Nocedal”). Sin embargo, la disposición más represiva dictada hasta el momento fue el Real Decreto de 7 de marzo de 1867⁵⁴. A tales conclusiones llegamos sin gran esfuerzo tras una primera lectura de su articulado: además de disponer qué se entendería como impresos “clandestinos” (entre otros, los carteles que se fijasen sin haber sido dados a conocer previamente a las autoridades gubernativas y los escritos sujetos a la autoridad eclesiástica que vieran la luz omitiendo tal requisito), llama nuestra atención la necesidad de obtener autorización gubernativa como requisito *sine qua non* para publicar *cualquier tipo de escrito* (artículo 4). Por su parte, el Título IV dedica hasta dieciséis artículos a la regulación de los delitos de imprenta; mientras que el Título V se encarga del establecimiento de las penas, imponiendo a las conductas consideradas más graves (“los delitos cometidos por medio de la imprenta contra la Religión, contra la persona o dignidad del Rey y contra la seguridad del Estado”) una pena de prisión de hasta 6 años.

VI. LA CONSTITUCIÓN DE 1869 Y EL DERECHO A EMITIR LIBREMENTE IDEAS Y OPINIONES, POLÍTICAS O RELIGIOSAS, DE PALABRA O POR ESCRITO.

La Revolución de 1868, conocida como “La Gloriosa”, supuso a la vez el fin del reinado de Isabel II y el comienzo del denominado *Sexenio democrático* (1868-1972). Así las cosas, y rompiendo con todo lo anterior, se alumbró la Constitución de 1 de junio de 1869. Con su Título I (artículos 1 al 31), “por primera vez se garantizan eficazmente en España los derechos individuales; por primera vez se reconoce la más plena libertad para todos los españoles”⁵⁵. Precisamente, de entre

53 La regulación de los derechos que lleva a cabo la Constitución de 1845 se mantiene inalterada tras la reforma de Narváez. Lo mismo ocurre con la “Ley Mon” que, en su artículo único, dispone “queda derogada la Ley de reforma de Julio de 1857, restableciéndose en su integridad la Constitución del Estado” (Gaceta de Madrid de 22 de abril de 1864, <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1864/113/A00001-00001.pdf>).

54 Sostienen tales consideraciones MARQUELO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta y su marco legal en la España liberal”, *Ayer*, núm., 34, 1999, p. 75; y GÓMEZ REINO, E.: *Aproximación histórica*, cit., p. 144 (extraído de BEL MALLÉN, J.I.: “La libertad”, cit., p. 32). Su contenido íntegro aparece publicado en la Gaceta de Madrid de 8 de marzo 1867 (pudiéndose consultar en <https://www.boe.es/gazeta/dias/1867/03/08/pdfs/GMD-1867-67.pdf>).

55 La mayoría de los autores coinciden en la idea de que la Constitución de 1869 puede considerarse el primer texto democrático de nuestra historia constitucional. Para CARRO MARTÍNEZ, A.: “Dos notas a la

todos los derechos que de manera tan singular aparecen reconocidos, la libertad de expresión saldrá reforzada. Permítasenos citar textualmente su artículo 17, inciso primero, para resaltar los cambios que se introducen:

“Tampoco podrá ser privado ningún español: del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, *ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante*”.

Este precepto supondrá un antes y un después en la comprensión de la libertad de expresión. A partir de dicho momento, los españoles podrán escribir y *hablar* libremente. Algo que, si bien ahora puede parecernos una obviedad, ha necesitado de 60 años de historia constitucional para aparecer reflejado en la Norma Suprema de nuestro país⁵⁶. A más a más, la cláusula abierta “o de otro procedimiento semejante” pone de manifiesto que el constituyente del 69 lo que estaba buscando era su reconocimiento en términos absolutos⁵⁷. Esta va a ser la redacción que más se acerca a la que tenemos en la actualidad.

También como algo inédito se va a prohibir explícitamente al Legislador y al Ejecutivo que puedan limitar preventivamente o censurar el ejercicio de la libertad de expresión en general y de la libertad de imprenta en particular. Veamos lo que dice el artículo 22:

“No se establecerá ni por las leyes, ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título. [/] Tampoco podrán establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable para los periódicos”.

Constitución de 1869”, *Revista de estudios políticos*, núm. 58, 1951, p. 88: “El acto de decisión que dio vigencia a la Constitución fue evidentemente democrático. Así lo acreditan su preámbulo y el propio presidente de la Asamblea, que, en el momento de promulgar la Constitución, y excediéndose sin duda a sus atribuciones, añade a la fórmula de ritual la palabra «democrática». Este sentir popular, que no había podido manifestarse aún en España, a diferencia de los demás países que habían acusado la revolución de 1848, va a dar lugar a una Declaración de Derechos que es sin duda la nota más característica y nueva de la Constitución”. ASTARLOA VILLENA, F.: en “Los derechos”, cit., p. 231, de forma más tajante, sostiene que: “No supone el texto de 1869 ninguna revisión de la idea liberal, pero desde entonces ese liberalismo puede calificarse de democrático”. A *contrario sensu*, SÁEZ MIGUEL, P.: “La Constitución de 1869, ¿democrática o progresista?”, en AA.VV., *El lenguaje político y retórico de las Constituciones Españolas. Proyecto ideológico e impacto mediático en el S.XIX*, CABALLERO LÓPEZ, J.A., DELGADO IDARRETA, J.M., y VIGUERA RUIZ, R., (Edits.), In Itinere (Edición Digital), Oviedo, 2015, p. 199, considera que: “Si centramos nuestra vista en la serie de libertades y derechos aprobados, vemos que todos ellos habían sido defendidos de forma más o menos clara por el progresismo de épocas anteriores. La defensa de la libertad personal, de imprenta, de movimiento, la inviolabilidad del domicilio, el juicio por jurados... eran todos puntos reclamados históricamente por los progresistas. [...] Atendiendo a lo expuesto, y a modo de conclusión, creo que lo que en muchas ocasiones ha sido considerada como una victoria del sector democrático no fue sino la plasmación del ideal progresista en toda su amplitud”.

56 No así fuera de nuestras fronteras. *Vid.*, la nota al pie nº 23 en la que se indicó que la Constitución monárquica francesa de 1791 se refería ya expresamente al derecho de *hablar* libremente.

57 CARRO MARTÍNEZ, A.: *La Constitución española de 1869*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, p. 214.

Atendiendo al primer inciso del precepto, no podemos olvidar que se hizo habitual la fórmula constitucional por la que se proclamaba sin más las libertades para luego dejar en manos de los poderes constituidos su regulación (que, en materia de libertad de expresión, rara vez no iba encaminada a restringirla). Así, las Cortes Constituyentes del 69 buscarán frenar dicha forma de actuar en atención a unos derechos que pasan a ser considerados “naturales”, y, de acuerdo con dicho entendimiento, “ilegislables”⁵⁸.

El segundo apartado es una concreción del primero, pero referido esta vez exclusivamente a la libertad de prensa (por ser, como se ha visto, el derecho que más había sufrido la acción arbitraria y abusiva de las autoridades). Tanto el depósito previo como la figura del editor responsable fueron dos construcciones que, además de cumplir con un fin *retributivo*, ejercían en la población una clara *coacción preventiva*. Por tanto, con el artículo 22.2 lo que se busca es erradicar la censura previa en todas sus posibles manifestaciones.

A mayor abundamiento, este precepto constitucional⁵⁹ servirá de basamento para que los delitos de imprenta pasaran de estar recogidos en las leyes especiales de imprenta a estarlo en el nuevo Código Penal de 1870⁶⁰; abriéndose la puerta, asimismo, al regreso de la institución del Jurado⁶¹. Hay que tener en cuenta que dicho Código es alumbrado durante un periodo en el que los derechos de expresión e imprenta se ensanchan considerablemente⁶². Si con carácter general

58 Este es el razonamiento seguido por MARCELLO BENEDICTO, J.I.: en “La libertad”, cit., pp. 82-83. Sin embargo, CARRO MARTÍNEZ, A., en “Dos notas a la Constitución de 1869”, cit., pp. 90-91, califica tal cambio una “exageración democrática”, apuntando, además, que los artículos 22 y 29 (listado *numerus apertus*) son “dos preceptos completamente innecesarios”.

59 Sostiene PÉREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: en “La prensa y el código penal de 1870”, *Anales de la Facultad de derecho*, núm. 8, 1970, pp. 573-574, que del artículo 22 de la Constitución se deriva la prohibición expresa a la aplicación de leyes especiales a la imprenta, apoyándose, para ello, en el debate constituyente (p. 567): “En torno a la ley especial se rechaza categóricamente, tanto en el orden represivo como en el preventivo [...] porque desde el instante que hay especialidad...en el sistema penal...se reconoce que el derecho de escribir es legible, que el delito que se pueda cometer en uso de ese derecho es un delito, no cometido por medio de la imprenta, sino un delito de imprenta (y) ... lo que nosotros negamos es que haya delito de imprenta” (intervención de MARTOS, C.).

60 El sometimiento de todos los delitos susceptibles de ser cometidos por medio de la imprenta al Código Penal de forma exclusiva y excluyente, trajo consigo la introducción de tipos penales que respondieran a las nuevas circunstancias. En tal sentido, son de destacar el artículo 10. 5° (por considerar como agravante o atenuante la circunstancia de cometer los delitos por medio de imprenta); los artículos 12 y 14 (por establecer la responsabilidad en cadena de los delincuentes); el artículo 203 (por perseguir penalmente los responsables de las publicaciones clandestinas); los artículos 582 y 583 (por castigar la provocación por medio de la imprenta); y el Capítulo Primero del Libro Tercero, rubricado “De las faltas de imprenta”.

61 Lo que se infiere de una lectura conjunta de los artículos 23 (“Los delitos que se cometan con ocasión del ejercicio de los derechos consignados en este título [entre ellos, la libertad de expresión] serán penados por los Tribunales con arreglo a las leyes comunes”) y 93 (“Se establecerá el juicio por jurados para todos los delitos políticos, y para los comunes que determine la ley”). Estas intenciones quedaron finalmente materializadas en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, cuyo artículo 661, apartado 4°, atribuye al Jurado el conocimiento “de las causas por delitos cometidos por medio de la imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación”, con la salvedad de los juicios sobre injurias y calumnias cometidas por los mismos medios contra particulares.

62 Así lo señala SÁNCHEZ, R.: “Derechos en conflicto”, cit., p. 517, para quien el Código Penal de 1870: “refleja con más claridad que los anteriores [Códigos Penales] la realidad de un mundo periodístico en crecimiento”.

no se van a observar grandes cambios respecto a la regulación de los delitos de expresión examinados en el Código Penal de 1848-1850, como gran novedad va a despenalizarse la difusión de máximas o doctrinas contrarias a la religión católica como consecuencia de la proclamación de la libertad de culto en el precepto constitucional número 21⁶³.

En otro orden de cosas, y ya para terminar con dicho periodo de nuestra historia constitucional, únicamente va a permitirse la suspensión temporal de la libertad de expresión en circunstancias extraordinarias y por ley⁶⁴.

El 11 de febrero de 1873 tiene lugar la abdicación de Amadeo de Saboya. Sin embargo, la Constitución monárquica de 1869 seguirá vigente hasta la promulgación de la Carta de 1876 (a excepción de su artículo 33, en tanto en cuanto la nueva forma de gobierno de la Nación española pasa a ser la República). Lo cierto es que sí que hubo un intento de dotar a la Primera República española de su propio texto constitucional: el Proyecto de Constitución Federal de 17 de julio de 1873, el cual hace suya la carta de derechos de 1869 incorporando en su Título II la secularización del Estado y la consiguiente declaración de la libertad de culto⁶⁵. En el ámbito de la libertad de expresión, el Preliminar 2º reconoce el derecho de toda persona de ejercer de manera libre su pensamiento y de expresar libremente su conciencia. Por lo demás, el artículo 19.1 es un calco del artículo 17.1 de la Constitución de 1869, así como el 21 lo es del precepto 22 de aquella⁶⁶. Finalmente, aunque no encontramos referencia alguna a las garantías

63 No solo eso, sino que, por vez primera, se va a proteger penalmente el libre ejercicio de todos los cultos. En relación con ello y como límites a la libertad de expresión, destaca el artículo 240, que castiga los ultrajes por medio de hechos, palabras o gestos a los ministros de cualquier culto (apartado 1º); el “escarnio” público de los dogmas o ceremonias de cualquier religión (apartado 3º); o la “profanación” pública de las imágenes y objetos sagrados (apartado 4º).

64 El artículo 31, igualmente con el fin de frenar la acción desproporcionada del Ejecutivo, solo permite la suspensión de ciertas libertades individuales (entre ellas, la que se consagra en el párrafo primero del artículo 17) bajo la observancia de las siguientes garantías: (1) solo temporalmente, (2) por medio de una ley y (3) cuando así lo exigiera la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias. Sin embargo, pronto se produce la desnaturalización de dicho recurso pues “[l]os levantamientos republicano-federales, desde el mismo año de 1869, y el inicio de la nueva guerra carlista en 1872 pusieron sobre el tapete la suspensión de las garantías constitucionales” (MARCUELLO BENEDICTO, J. I.: «La libertad», cit., p. 84). Este contexto histórico dio lugar a la promulgación de la Ley de Orden Público de abril de 1870, cuyo artículo 6 capacita a la autoridad civil a suspender las publicaciones que “preparen, exciten o auxilien” la comisión de delitos contra la Constitución del Estado, la seguridad interior y exterior del mismo y contra el orden público.

65 Estos cambios introducidos en materia de derechos aparecen justificados en el preámbulo del proyecto: “A fin de conservar la libertad y la democracia, hemos admitido y consagrado el título I de la vigente Constitución en todo aquello que era compatible con nuestras ideas republicanas. [...] Quizá hubiéramos podido dividir más científicamente los derechos individuales y agruparlos con más delicado arte; pero lo hemos sacrificado todo a la idea de mostrar cómo la República se enlaza con todo el movimiento liberal de nuestra época. A pesar de estas consideraciones, el título admite todos aquellos principios democráticos que había proscrito ó que había negado la anterior Constitución. La libertad de culto, allí tímida y aun vergonzantemente apuntada, es aquí un principio claro y concreto. La Iglesia queda en nuestra Constitución definitivamente separada del Estado. Un artículo constitucional prohíbe a los poderes públicos en todos sus grados subvencionar ningún género de culto.” Estas ideas quedaron reflejadas en los artículos 34 y 35.

66 Para no repetirnos, nos remitimos a las explicaciones dadas *ut supra*. Por añadidura, el Título Preliminar recalca la idea de que tanto la libertad de expresión como el resto de siete derechos que se consagran en

para la suspensión de los derechos, no se pierde la mención a los Jurados⁶⁷. Sin embargo, con el golpe de Estado del general Pavía en enero de 1874, y el pronunciamiento militar del general Martínez Campos en diciembre del mismo año, la dinastía borbónica regresaría a España. Así, con la intención de reforzar la figura de Alfonso XII, Antonio Cánovas del Castillo nombra una “Comisión de Notables”, de la que nacerá el 20 de junio de 1876 una nueva Constitución.

VII. LA CONSTITUCIÓN DE 1876 Y LAS LEYES DE IMPRENTA DE 1879 Y 1883.

La Constitución de 1876 tampoco introducirá grandes cambios al reconocimiento constitucional del discurso libre. Su artículo 13.1 completará el contenido del artículo 17.1 de la Constitución de 1869 con la precisión *in fine* “sin sujeción a la censura previa”. Considerada un conglomerado de las Constituciones anteriores, cogerá de la de 1837-1845 la posibilidad de restringir los derechos constitucionales por ley (artículo 14) y de la de 1869 los requisitos que se debían cumplir para suspender determinados derechos (artículo 17, con remisión expresa al párrafo I del precepto 13), pudiendo el Gobierno acordar la suspensión con el sometimiento del acuerdo a la aprobación de las Cortes lo más pronto posible⁶⁸.

Habiendo perdido la libertad de expresión la condición de “ilegislable” que le confería el texto constitucional de 1869, asistiremos de nuevo a un periodo histórico en el que resultará prácticamente imposible estar al día de las disposiciones que se dictan sobre la misma (con la consiguiente inseguridad jurídica que ello implicó). Por dicho motivo, solo nos detendremos en el estudio de las dos leyes de imprenta que emanan de la Constitución de 1876 y que la doctrina ha tenido por más relevantes:

En primer lugar, de la Ley de Imprenta de 7 de enero de 1879⁶⁹ destacamos en relación con la libertad periodística *stricto sensu*: la prohibición de publicarse periódico político sin acudir previamente a la autoridad gubernativa (artículo 4) y la exigencia de dirigirse al gobernador de la provincia y al alcalde para la publicación de periódicos que no fueran políticos (artículo 13); el Título III dedicado a los

el mismo son “derechos naturales”, “anteriores y superiores a toda legislación positiva”, “sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos”.

67 Con algunas precisiones: el Preliminar 8º consagra el derecho natural “a ser juzgado por los Jurados” mientras que el Título X, apartado 4º, amplía ya sin género de dudas el conocimiento de los Jurados a “toda clase de delitos”.

68 Entre 1876 y 1917 hubo un total de diecinueve suspensiones, normalizándose a partir de dicho momento la declaración del estado de excepción (MARHUENDA GARCÍA, F.: “La libertad de prensa: de la restauración a la actualidad (1874-2022)”, *Real Academia de Doctores de España*, 16 de marzo de 2022, p. 23).

69 Dicha ley, “larga, casuística y compleja” (DESANTES GUANTER, J.M.: *Fundamentos del derecho a la información*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, España, imp. 1977, p. 67), puede consultarse en la Gaceta de Madrid de fecha 8 de enero de 1879 (<https://personasjuridicas.es/wp-content/uploads/2019/08/Ley-imprensa-1879.pdf>).

delitos de imprenta (con un total, ni más ni menos, que trece artículos⁷⁰); el Título IV referido a las penas que llevan aparejados los delitos de imprenta (en función de la gravedad, las mismas oscilaban entre la suspensión de las publicaciones durante quince días como pena más leve hasta la posibilidad la supresión *in aeternum* del periódico como pena más grave); la restitución de los Tribunales de imprenta en virtud del Título VI y la instauración de los “Fiscales de imprenta”⁷¹ en el Título VII así como el carácter irrecurrible por regla general de los fallos condenatorios (artículo 56, salvo en los casos previstos en el artículo 57).

Además, la Ley dedica el resto de sus apartados para condenar otros delitos de expresión que pudieran cometerse por medios distintos al periódico: el Título IX está dedicado a los “libros y folletos”; el Título X a las “hojas sueltas y carteles”; el Título XI a las “infracciones de policía” y el Título XII a los “dibujos, grabados, litografías”, haciendo uso de un “etc.” y de la fórmula “y cualquiera otra producción de la misma índole” a modo de cajón de sastre. Finalmente, el artículo 94 autoriza al Gobierno para prohibir la introducción y circulación de cualquier impreso extranjero que incumpla con los mandatos que se exponen en la ley⁷².

La situación descrita mejorará⁷³ a partir de la Ley de Policía de Imprenta de 26 de julio de 1883 (más conocida como “Ley Gullón”). Respecto a la regulación

70 Entre otros, se consideraban delitos de imprenta: atacar directamente o ridiculizar los dogmas de la religión del Estado o la moral cristiana; ofender, fuera de los casos previstos en el Código Penal, la inviolable figura del Rey; atacar directa o indirectamente la forma de gobierno; injuriar o ridiculizar a los Cuerpos Colegisladores; poner en duda la legitimidad de unas elecciones generales; desfigurar maliciosamente las sesiones o discursos de Diputados y Senadores; atribuir a un Senador o Diputado palabras o conceptos que no consten en los Diarios de Sesiones o publicar noticias que puedan favorecer las operaciones del enemigo en tiempos de guerra.

71 Tal y como se detalla en el artículo 45 de la ley de prensa de 1879, esta nueva categoría de funcionarios tenía encomendada la interposición de la acción penal para la persecución de los delitos de imprenta ante los Tribunales. Así, el Fiscal de imprenta debía denunciar el periódico que, siguiendo su criterio, incumplía las disposiciones de la ley de prensa (pudiendo ordenar el secuestro de los ejemplares).

72 En palabras de DESANTES GUANTER, J.M.: *Fundamentos del derecho a la información*, cit., p.67, “proclama la libertad de prensa, pero la empeció con todo tipo de trabas”.

73 Para algunos tímidamente o de forma discutida, para otros lo hace de manera más clara y contundente. De la primera opinión destacamos a GÓMEZ-REINO, E.: que si bien en su obra *Aproximación histórica*, cit., 171, la tendrá como “la más liberal de todas las dictadas en nuestro país hasta la época presente”, en “La libertad de expresión en la II República”, *Revista de Derecho Político*, núm. 12, 1981-1982, p. 164, advierte que la Ley de Prensa de 26 de julio de 1883 será considerada sin más como “acceptable y aplicable” (este autor se refiere a las palabras de Recaséns Siches, diputado del grupo parlamentario de Unión Republicana, quien, en 1935, señaló que “el legislador de las Cortes Constituyentes... al tratar del problema de la libertad de Prensa no señala ninguna ley especial, seguramente porque consideró que la Ley de Prensa de 1883, sino perfecta, por lo menos cumplía sus funciones” al mismo tiempo que la catalogaba como “suficiente” [Diario de Sesiones, 15 de mayo de 1835, núm. 86, p.32]. Asimismo, para el Senador Terrero y Perinat, si la ley de 1883 tenía en sí importancia “la [tenía] principalmente porque viene a derogar la anterior, pero no por las disposiciones especiales de cada uno de sus artículos” (extraído de SORIA, C.: “La ley española de Policía de Imprenta del 1883”, *Documentación de las ciencias de la información*, núm. 6, 1982, p.21 [Senado, 5 de julio de 1883. Diario de Sesiones, Legislatura de 1882-1883, t. VII, 2921]). Más crítico con la misma es DEL VALLE, J.A.: en “La censura gubernativa de prensa en España (1914-1931)”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 21, 1981, p.77: “Si los puntos más regresivos de la Ley de 1879 no los apreciamos en la de 1883 no es porque hayan desaparecido, sino porque se encuentran reelaborados en otras normas jurídicas”. De la segunda posición encontramos a DESANTES GUANTER, J.M.: *Fundamentos del derecho*, cit., p.68, según el cual “es la de más perfecta técnica y la más consecuente con el principio de libertad que enuncia”, así como a MARHUENDA GARCÍA, F.: “La libertad de prensa”, cit., p. 26, el que aduce que “fue una Ley que permitiría, a

anterior, los aspectos más reseñables, además de la eliminación de la exigencia de licencia y depósito previos, se recogen en los artículos 19 y 21. El primero conviene la posibilidad de apelar ante el juez de instrucción las multas impuestas por la autoridad administrativa. En virtud del segundo, se pondrá fin de manera definitiva a la jurisdicción especial que conocía de la comisión de los delitos de imprenta. La consecuencia principal de que los Tribunales ordinarios, por medio del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, asumieran la competencia, es clara: el control de la prensa deja de ser ejercida por el Gobierno, produciéndose una separación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial más nítida⁷⁴.

VIII. LA CONSTITUCIÓN DE 1931, LA LEY DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA Y LA AUSENCIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El fracaso del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929 por falta de apoyos llevó al dictador Primo de Rivera a dimitir como Presidente del Gobierno⁷⁵. El 14 de abril de 1931 se proclama la Segunda República española. Antes de que terminara el año (para ser más exactos, el 9 de diciembre) las Cortes Constituyentes republicanas ya habrían aprobado un texto constitucional acorde a las nuevas consignas del régimen. Su Título III, dedicado a los derechos y libertades de los españoles, hace una distinción entre las garantías individuales y políticas (Capítulo I, artículos 25 al 42) y las garantías vinculadas a la familia,

pesar de las trabas, un gran avance en la Prensa y dio lugar a que se recuperara y creciera de una forma notable". Rescatamos igualmente la opinión de SEOANE, M.C., y SAIZ, M.D.: *Historia del periodismo en España*, Vol. 2, Alianza, Madrid, 1996, p. 253: "Bajo el benéfico influjo de esta ley, la prensa española se transforma, desarrolla y consolida extraordinariamente en los últimos del siglo".

74 En el mismo sentido, pero con mayor profundidad, *vid.*, las conclusiones de LÓPEZ DE RAMÓN, M.: en *La construcción*, *cit.*, pp. 87-91.

75 Miguel Primo de Rivera llegó al poder mediante un pronunciamiento militar el 13 de septiembre de 1923, lo que supuso el inicio de un periodo de dictadura que abarcaría siete años (1923-1930). Respecto al tratamiento que recibió la prensa durante el gobierno del dictador, autores como COSTA FERNÁNDEZ, L.: "Comunicación y propaganda durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)", *Historia y comunicación social*, Vol. 18, diciembre del 2013, p. 386, ponen de relevancia que nada nuevo se aportó al sistema poco perfeccionado heredado de la Restauración. Y lo que se legisló, se hizo a través de la improvisación (a golpe de Reales Decretos, órdenes y notas oficiosas), la censura y la arbitrariedad. Así, por ejemplo, con la suspensión de la Constitución de 1876, se promulgó el Real Decreto de 15 de septiembre de 1923 por el que se dejaron sin efecto todas las garantías constitucionales (incluida la libertad de expresión) [puede consultarse en <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5047/5101>]. Igual de ilustrativo resulta el Decreto Ley de 18 de septiembre de 1923, dictado para acabar con el separatismo provocado por los nacionalismos, cuyo artículo primero dice así: "serán juzgados por los tribunales militares [...] los delitos contra la seguridad y unidad de la patria, y cuanto tienda a disgregarla, restarle fortaleza, y rebajar su concepto, ya sea por la palabra, por escrito, por la imprenta o por otro medio mecánico o gráfico de publicidad y difusión, o por cualquier clase de actos o manifestaciones. No se podrá izar ni ostenta otra bandera que la nacional en buques o edificios [...]"; castigando dichas conductas con la prisión correccional de seis meses y un día hasta un año, y una multa de 500 a 5.000 pesetas. Brevemente señalar que, en este contexto, hubo un intento de sacar adelante un nuevo texto constitucional (*rectius* es una carta otorgada): la Constitución de 1929. En él, la religión católica recuperaba su posición de confesión oficial del Estado (artículo 11). Por su lado, se recogió un gran listado de derechos (Título III, refiriéndose el artículo 29.1 a la libertad de expresión) que necesitaban de un posterior desarrollo legislativo (artículo 31), contemplándose la posibilidad de suspensión de estos por parte del Gobierno sin necesidad de autorización de las Cortes en situaciones de riesgo exterior para la seguridad del Estado o grave perturbación de la paz general (artículo 72). Tras la caída del régimen, el Gobierno provisional de la República dicta el mismo 14 de abril de 1931 un Decreto concediendo amnistía general a todos los delitos políticos, sociales y de imprenta (a excepción, como es lógico, de los de injurias y calumnias cometidos entre particulares).

economía y cultura (Capítulo II, artículos 43 al 50). Dentro del primer grupo de derechos, el artículo 34 dedica tres párrafos a la libertad de expresión. Como veremos a continuación, el primero reproduce las palabras del precepto 17.1 de la Constitución de 1869, mientras que con los otros dos se buscó que los posibles excesos expresivos solo pudieran ser refrenados por orden del Poder Judicial:

“Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura. [/] En ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos sino en virtud de mandamiento de juez competente. [/] No podrá decretarse la suspensión de ningún periódico, sino por sentencia firme”.

Igualmente, debemos hablar del reconocimiento constitucional de otro tipo de garantías: las jurisdiccionales. En virtud del artículo 105 se introduce un procedimiento ordinario sumario⁷⁶, y, agotada esta vía, cuando la reclamación por vulneración del artículo 34 hubiera resultado ineficaz, el artículo 121 b) contemplaba la posibilidad de acudir ante un Tribunal de Garantías Constitucionales.

Ahora bien, estas promesas constitucionales⁷⁷ venían hipotecadas por la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre del 1931⁷⁸, que mantenía su vigencia después de la entrada en vigor de la Carta Magna republicana (ex Disposición

76 El precepto 105 de la Constitución de 1931 reza: “la ley organizará Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales”. La lectura del mismo junto con la de los preceptos 44 y 45.2º de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, sirven a GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: para apuntar la existencia de una especie de recurso de amparo ordinario para la salvaguarda de la libertad de expresión. Así, en “La libertad de expresión en la II República”, cit., pp.181-183, apunta que “la tutela primaria de estos derechos, entre los que se encuentra la libertad de expresión a través de cualquier medio, se remitía, pues, a unos tribunales ordinarios, si bien especializados, a través, es de suponer, de un procedimiento sumario dado que lo que se pretendía con este nuevo precepto era “hacer efectivo el derecho”. Sin embargo, “la verdad fue que nunca se llevó a cabo su organización, con lo cual el Tribunal de Garantías Constitucionales de convirtió en la única vía jurisdiccional de amparo de las libertades públicas”.

77 *Ibid.*, p.12, reproduce el discurso pronunciado por el profesor Jiménez de Asúa en calidad de presidente de la Comisión redactora del proyecto constitucional (SAINZ DE VARANDA, R.: en *Colección de Leyes Fundamentales*, Acribia, 1957, p. 651): “Nosotros creemos que esa parte (se refería a la tabla de derechos) es tan importante o más que la orgánica, y por eso la llamamos Constitución... Lo que pretendemos es que no sean declamaciones, sino verdaderas declaraciones, y por ello no basta con ensanchar los derechos, sino que les demos garantías seguras: de una parte, la regulación concreta y normativa; de otra, los recursos de amparo y las jurisdicciones propias para poderlas hacer eficaces. Esto es lo que trataremos de hacer: ensanchar este territorio, que ya no es parte dogmática, que ya no es, como era antaño, una ley secundaria y garantizadora, una declaración de derechos sagrados en aquella tesis arrumbada al fin, del concepto supraestatal de los derechos del hombre, que provenían de un derecho natural huido para siempre. Es preciso dar garantías a los ciudadanos contra los ataques del poder ejecutivo, y esas garantías se hallan en nuestra Constitución”. De esta declaración de intenciones, el autor pone el énfasis en la superación de la concepción de los derechos como meras cláusulas programáticas.

78 Coincidimos con ASTARLOA VILLENA, F.: en “Los derechos”, cit., p. 241, en que “independientemente de la gravedad de los hechos que provocaron la aparición de la Ley, e incluso, justificaron su genérica necesidad, existe una cierta unanimidad a la hora de enjuiciar muy negativamente su contenido. Con todo, la gravedad mayor -de que la Ley de Defensa de la República siguiera aplicándose- estriba en que sirvió de lastre a la efectiva vigencia de los derechos y libertades consagrados posteriormente en la Constitución de diciembre de 1931”. Asimismo, con GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: quien, en “La libertad”, cit., p.175, entiende que “por su rango constitucional suponía una grave limitación de determinados derechos garantizados en la Constitución”.

Transitoria Segunda). Esta norma preconstitucional puso algunos límites categóricos a la libertad de expresión e información. Así, su primer precepto recoge un total de once “actos de agresión a la República”, entre los que nos interesa destacar aquellos que la doctrina ha catalogado como “actos de desprestigio a la República”⁷⁹:

“III. La difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público. [...] V. Toda acción o expresión que redunde en menosprecio de las Instituciones u organismos del Estado. [/] VI. La apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación, y el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos a unos u otras”.

Como no es difícil de extrañar, estas restricciones impuestas por una clase política que se había abierto camino llevando la libertad por bandera recibieron fuertes críticas⁸⁰. En relación con la prohibición que se contiene en el apartado III, “de hecho significaba que en lo sucesivo el ministro de la Gobernación podía suspender libremente el periódico que quisiera”. Del apartado V, los problemas vinieron por la forma en la que se había redactado en tanto en cuanto no se distinguía entre las manifestaciones de expresión que se hacían de manera pública de aquellas otras que tenían lugar en el entorno privado. Y, finalmente, la imposibilidad de ensalzar un régimen distinto al de la república (apartado VI), supone la negación en sí misma de la esperada democracia pues “es incuestionable que en un sistema democrático cabe hacer, dentro del respeto a las leyes, la apología de sistemas distintos al que prevalece”⁸¹.

En relación con lo anterior, los autores o inductores de estas conductas, siguiendo con la lectura del artículo 2, podían ser castigados mediante penas de confinamiento o de expulsión del territorio nacional (es a lo que la Ley se refiere con “extrañamiento”) *sine día*⁸² o multados hasta la cuantía máxima de 10.000 pesetas. Además, se podrían ocupar o suspender los medios que se hubieran empleado para la realización del ilícito. A todo esto, se le sumaba la ausencia de garantías de los ciudadanos para reclamar las sanciones y que la imposición de las mismas de nuevo recaía sobre las autoridades gubernativas⁸³.

79 FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La defensa extraordinaria de la República”, cit., p. 114.

80 *Ibid.*, p. 115.

81 Esta prescripción legal-constitucional amparó algunos episodios tan inconciliables con un Estado plural y democrático de derecho como el hecho de no se pudiera ni tan si quiera tararear la Marcha Real (sustituido por el himno de Riego y luego por la Internacional). *Vid.*, OEHLING DE LOS REYES, A.: “La ley de defensa de la república de 21 de octubre de 1931: Introducción a su contexto político-jurídico, a su normativa conexas y breve comparativa con su homónima alemana, la Gesetz Zum Schutze der Republik”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, núm. 2, 2016, p. 139.

82 Estas condenas que restringían la libertad ambulatoria no tenían configurado un techo legal de cumplimiento, pues el artículo 2º tan solo establece que se impondrán “por un período no superior al de vigencia de esta ley”.

83 El artículo 4 de la Ley de Defensa de la República Española encomienda al Ministro de la Gobernación la aplicación de la misma. Para ello, el Gobierno podría nombrar Delegados especiales, cuya jurisdicción alcanzaba dos o más provincias. Algunos diputados como Ossorio y Gallardo y Alba se posicionaron

Tiempo después se promulga la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 con el objetivo de reforzar el poder del Estado. A tal efecto, su artículo 2.º consagra por “actos que afectan al orden público”, los realizados con ocasión del ejercicio de los derechos consagrados, entre otros, en el artículo 34 de la Constitución. Yendo un poco más lejos, el artículo 3.º utiliza una cláusula abierta para condenar como actos contrarios al orden público todas aquellas actuaciones que, sin encajar de pleno en ninguno de los supuestos de hecho anteriores, “alteren materialmente la paz pública”. Esta estipulación fue la que más se invocó para coartar a la prensa⁸⁴, pudiendo la autoridad gubernativa sancionar dichos actos con multas de 10 a 5.000 pesetas (artículo 18). Junto a estas facultades gubernativas ordinarias, y haciendo los honores al artículo 42 de la Constitución, la Ley de Orden Público introdujo la posibilidad de declarar tres tipos de estados de emergencia⁸⁵ (endureciendo paulatinamente las condiciones para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 34). Su importancia recae en que, concebidos como mecanismos de excepción, el uso continuado que se hizo de los mismos acabó por desvirtuarlos. Ello tuvo como fatal consecuencia que, hasta prácticamente el estallido de la Guerra Civil española, las garantías constitucionales quedaran en suspenso y la censura gubernativa previa cobrara más fuerza que nunca⁸⁶.

abiertamente en contra de estas medidas: “lo más grave del procedimiento es que materia tan delicada -refiriéndose a la prensa- la dejamos entregada al arbitrio del Ministerio de la Gobernación exclusivamente, sin otra garantía, y el ministro puede equivocarse o estar influido por sus subordinados en la apreciación del caso de que se trate. No hay garantía para el ciudadano, y el daño que, acaso por error, puede imponerse es, tal como se presunta aquí, de carácter irreparable” (Diario de Sesiones de 20 de octubre de 1931, núm. 59, p. 33).

- 84 Sin mencionar expresamente dentro de los actos que se reputan contrarios al Orden Público a la libertad de expresión, de una forma subrepticia se consigue que aquella no escape de la garra del Estado. Así, “al afectar el orden público a la libertad de expresión este concepto suponía una restricción al ejercicio de aquella libertad y dado que el párrafo sexto establecía una cláusula abierta, las posibilidades de sanción gubernativa eran muy grandes” (GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: en “La libertad de expresión en la II República”, cit., p. 179). Y, por si lo anterior pudiera llevar a interpretación distinta, el artículo 5º deja claro que “los hechos realizados por medio de la imprenta o de otro procedimiento mecánico de difusión del pensamiento se regirán por las prescripciones de la ley de Policía de imprenta, salvo lo previsto en esta Ley”.
- 85 En el “Estado de prevención” las Autoridades gubernativas podían ordenar que todos los impresos, a excepción de los libros, que sirvieran para la defensa de una determinada ideología u opinión político y/o social, fueran presentados a sellar dos horas antes de ser publicados (artículo 28.3º); en el “Estado de alarma”, la Autoridad civil podía someter a previa censura todos los impresos y en caso urgente suspender las publicaciones que incitaran o auxiliaran la comisión de determinados delitos contrarios al orden público (artículo 39); finalmente, con la declaración del “Estado de guerra”, la Autoridad militar podría adoptar las mismas medidas que se recogen para los otros dos estados además de “cuantas sean necesarias para el restablecimiento del orden” (artículo 58).
- 86 “Se puede afirmar que no hay ley excepcional que se haya aplicado más intensa y frecuentemente que la Ley de Orden Público de 1933. Es más, se podría llegar a afirmar, que con la promulgación de esta Ley, España vivió bajo un casi constante estado de anomalía constitucional” (ABAD AMORÓS, M. R., *La libertad de expresión del pensamiento en la II República española*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, España, 1988, p. 274, visto en MARTÍNEZ PINEDA, C.: “La política informativa del I Bienio republicano y sus efectos en la prensa literaria”, *Revista de Estudios Literarios*, 2007). La autora concluye con las siguientes líneas: “La censura previa mutilaba artículos, suprimía noticias y prohibía la publicación de aquellos impresos considerados insidiosos. Tras la entrada en vigor de la Ley de Orden Público, y hasta el estallido de la guerra civil, la libertad de imprenta se anuló de golpe. De la vigilancia todavía algo relajada del I Bienio se desembocó en una situación de asedio absoluto en la que ningún gobierno dejaría nada al azar”.

El estudio de estas dos leyes nos obliga a preguntarnos en qué situación quedaron las garantías jurisdiccionales que la Constitución reconocía para la salvaguarda de los derechos fundamentales. Dicho con otras palabras, ¿el recurso de amparo tuvo operatividad práctica? La respuesta ha de ser negativa. O, al menos, no tuvo la que debería haber tenido. El propio Tribunal de Garantías Constitucionales declaró en su sentencia de 13 de noviembre de 1934 no tener competencia para enjuiciar determinadas situaciones y estados, y una de ellas era la aplicación de la Ley de Defensa de la República⁸⁷.

No podemos cerrar este epígrafe sin referirnos, aunque de una forma sucinta, al otro gran medio de comunicación de masas: la radio. Si bien su entrada en escena se remonta al Real Decreto de 24 de enero de 1908, por el que el Estado asumió el monopolio de la radiotelegrafía, cable, teléfonos y “los demás procedimientos similares ya inventados o por inventar” (entre ellos, la radiodifusión), y las emisiones regulares en España tuvieron lugar a partir 1924, no será hasta la II República española cuando adquiera un papel protagonista. El 26 de julio de 1934 se aprueba la Ley de Radiodifusión, primera norma con rango de ley que entra a regular sobre esta materia, cuyo artículo 1 describe el servicio de radiodifusión nacional como una “función esencial” y privativa del Estado. El gran objetivo (y la gran novedad) de dicha norma fue asegurar la “neutralidad ideológica”, para cuya consecución el artículo 5 establece el arriendo del servicio público de radiodifusión, previo pago de la tarifa correspondiente y por un tiempo diario, a entidades confesionales o políticas para que hicieran propaganda de acuerdo con las leyes⁸⁸.

IX. LAS LEYES FUNDAMENTALES DEL REINO Y LA AUSENCIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

La Ley de Prensa de 22 de abril de 1938 irrumpe en el panorama legislativo español en plena Guerra Civil, y, aunque publicada como transitoria, permanecerá en vigor veintiocho años.

El Preámbulo de esta nos presenta a la libertad de expresión como un derecho malentendido por los profesionales de la información que se habían mostrado

87 GÓMEZ REINO, E.: *Aproximación histórica*, cit., p. 183. También HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, G.: “La situación real de la libertad de prensa en España durante la II República: los límites a la aplicación de la libertad de prensa”, *Comunicación y pluralismo*, núm. 4, 2007, p.130, advierte que la praxis judicial se adultera a través de la Ley de Defensa de la República y la Ley de Orden Público, pues “permiten controlar, sancionar y suspender la prensa, sin tener en cuenta la vía legal y jurídica, que es la judicial. A través de dicha vía administrativa, que supone un atentado o violación de los preceptos constitucionales en este sentido, se controlará el contenido y el influjo de la prensa”.

88 Si hacemos una interpretación finalista de la ley, y siguiendo a GÓMEZ-REINO y CARNOTA, E.: en “La libertad de expresión en la II República”, cit., p. 174, llegamos a la conclusión de que lo que el artículo 5 buscaba era consagrar el principio de igualdad de acceso al servicio, única forma en la que se puede alcanzar la “neutralidad” ideológica de los medios de comunicación y, en definitiva, la creación de una opinión pública libre y diversa. Este “derecho de antena” se convierte en el primer antecedente del artículo 20.3 de la Constitución de 1978.

contrarios a los ideales del Movimiento Nacional⁸⁹. Para corregir dicha situación, se encomienda al Ministro encargado del Servicio Nacional de Prensa la labor de organizar, vigilar y controlar la “institución nacional de la prensa periódica” (artículo 1). En el desempeño de tan importante tarea, el Gobierno, entre las distintas funciones que se enumeran en el artículo 2, ostenta la competencia exclusiva para ejercer la censura (artículos 2. 5 y 6, apartado a). Por otro lado, se crea, en virtud del artículo 15, un Registro Oficial de Periodistas del que debía formar parte todo aquel que quisiera ser director de un periódico, además de ser aceptado para el cargo por el Ministro (artículo 8), quien podía, asimismo, removerle “si estimare que su permanencia al frente del periódico [era] nociva para la conveniencia del Estado” (artículo 13). Ambas decisiones eran recurribles ante el Jefe del Gobierno; es decir, ante el general Francisco Franco Bahamonde, cuya decisión no podía ser apelada ante ninguna instancia judicial (artículo 12 y 13, inciso segundo).

El artículo 18 condena, además de los delitos tipificados en la legislación penal, “todo escrito que directa o indirectamente tienda a mermar el prestigio de la Nación o del Régimen, entorpezca la labor del gobierno en el Nuevo Estado o siembre ideas perniciosas entre los -atención a la forma de referirse al pueblo-intelectualmente débiles”. Estas conductas, junto a las del artículo 19, son castigadas por el Ministerio encargado del Servicio Nacional de Prensa (artículo 18). En función de la gravedad de los hechos, el artículo 20 establece la posibilidad de multar, destituir al director y/o, en el peor de los casos, incautar el periódico infractor. A modo de cierre, los artículos 21 y 22 recogen *una suerte de sistema de cautelas*⁹⁰: la destitución del director del periódico exigía de previa audiencia con el interesado, pudiéndose interponer contra la resolución que la acordase un recurso de alzada ante el Jefe del Gobierno. En lo que respecta al secuestro de los artículos de prensa, tal sanción solo podía acordarse por falta grave y reiterada contra el régimen por el Jefe de Gobierno, que debía hacerlo de forma motivada.

89 Refiriéndose en la Ley de 22 de abril de 1938 a la prensa como “el cuarto poder”, el Ministro del Interior, Ramón Serrano Suñer, dirige su discurso a la reconducción de la misma, para que “no continuara viviendo al margen del Estado”: “Tan urgente como derribar los principios que pretendían presentar a la Prensa como poder intangible -poseedora de todos los derechos y carente de todos los deberes- es el de acometer la reforma de un estado de cosas que hacía vivir en la dificultad, cuando no en la penuria, todo el material humano agrupado en torno del periodismo, olvidado de antiguo por quienes, preocupados en garantizar el libertinaje de los periódicos, negaron su atención a los hombres que vivir de una profesión a la que habrá de ser devuelta su significación y su prestigio, solo defendido antes por un grupo de periódicos tan reducido como ejemplar [...] Así, redimido el periodismo de la servidumbre capitalista de las clientelas reaccionarias o marxistas, es hoy cuando auténtica y solemnemente puede declararse la libertad de la Prensa. Libertad integrada por derechos y deberes que ya nunca podrá desembocar en aquel libertinaje democrático, por virtud del cual pudo discutirse a la Patria y al Estado, atentar contra ellos y proclamar el derecho a la mentira, a la insidia y a la difamación como sistema metódico de destrucción de España decidido por el rencor de poderes ocultos”.

90 Hacemos uso de dicha expresión por cuestiones obvias: en un régimen en el que es el Gobierno es el que decide quien puede o no puede ejercer la profesión de periodista con base en criterios que lejos quedan de la meritocracia; en el que, ahora la prensa, pero también el resto de medios y formas de expresión quedaban sometidos a la decisión de los dirigentes; en el que las sanciones que se imponen por el Poder Ejecutivo y que bien en primera y única instancia, bien en segunda, son decididas por el Jefe del Gobierno, creemos que difícilmente puede hablarse de garantizar algo cuando ese algo no existe, y más si los mecanismos que se articulan para que así sea se encuentran viciados en todos sus elementos.

Siguiendo con el orden cronológico, el 17 de julio de 1945 se aprueba el Fuero de los Españoles⁹¹. Su Título Preliminar proclama como principios rectores del Estado español la dignidad, la integridad y la libertad. Sobre dicha base, el Título Primero recoge un elenco de derechos y deberes de los ciudadanos. Entre ellos, el artículo 12 reconoce el derecho de los españoles a expresar libremente sus ideas con la coletilla final “mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado”. Dicha redacción concuerda con la forma en la que se reconocen las *garantías*⁹² de estos derechos en el Título II. Y es que, el ejercicio de los mismos, artículo 33, “no [podía] atentar contra la unidad espiritual, nacional, y social de España”, acabando así de un plumazo con la libertad religiosa, política y socio-cultural.

Por lo que respecta a la consideración de aquellos derechos como “superiores y anteriores a toda Ley humana positiva” (artículo 22), y, por lo tanto, ilimitables, difícilmente puede casar con dos realidades que afectaban directamente a la libertad de expresión: primeramente, que tras la promulgación del Fuero de los Españoles, siguiera en vigor una norma de rango inferior que vaciaba de contenido al artículo 12 (la ya mentada “mordaza ley de prensa”⁹³) y, en segundo lugar, que posteriormente la Ley Fundamental de los Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958 pusiera nombre y apellidos a los “principios rectores del Estado” a los que se refiere el artículo 12 *in fine* como límite expreso de dicha libertad.

El nombramiento como Ministro de Información y Turismo de Manuel Fraga y la aprobación de la Ley de Prensa de 1966 (también conocida como “Ley Fraga”)

91 Para organizar el funcionamiento del Estado Español, el Gobierno de Franco fue aprobando de manera paulatina un total de ocho Leyes Fundamentales: El Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; la Ley de Cortes, de 17 de julio de 1942; el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; la Ley de Referéndum, de 22 de octubre del mismo año; la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, de 27 de julio de 1947; la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958; y, por último, la Ley orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967. Como sucede con cualquier Constitución, unas van encaminadas a regular el debido funcionamiento de las instituciones del Estado mientras que las demás dedicarán sus esfuerzos a ordenar los derechos y deberes de los españoles. Nosotros vamos a referirnos únicamente en aquellas que tienen algo que decir sobre la libertad de expresión; estos son, el Fuero de los Españoles, los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional y la Ley Orgánica del Estado (en la medida en que modifica y completa a la primera).

92 El Título II (artículos 33 al 36) del Fuero de los Españoles tiene por rúbrica “Del ejercicio y garantía de los derechos”. De nuevo se recurre al término *garantía* en vano (de ahí el uso de la cursiva). El artículo 33 impone un límite general al ejercicio de los mismos; el artículo 35 contempla la posibilidad de suspender determinados derechos por el Gobierno sin ningún tipo de control parlamentario y, en la misma línea, los artículos 34 y 36 convierten los preceptos del Título I en simples formulaciones programáticas. Por todo lo anterior, somos de la opinión de VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: “Los derechos fundamentales en la España del siglo XX”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 486y 487, según el cual “[a]unque el Fuero de los Españoles (1945), aprobado cuando la derrota del Eje era evidente, reconocía a los españoles un conjunto de derechos civiles y políticos, tal reconocimiento fue meramente retórico, al no vincular a los poderes públicos, más que a través del complicado e inaplicable recurso de contrafuero, ni ser exigibles directamente ante los tribunales ordinarios, cuyas competencias se vieron cercenadas de forma muy sensible por parte de la jurisdicción militar y por los tribunales especiales [...]”.

93 En dichos términos se refiere VERA SANTOS, J.M.: en *Las Constituciones*, cit., p. 520, a la Ley de Prensa de 22 de abril de 1938, añadiendo “realidad de una dictadura que chocan —refiriéndose también a la ley de asociaciones— con las proclamas escritas”.

supuso una pequeña victoria para los españoles en la batalla que el Estado venía librando contra la libertad de expresión.⁹⁴ Entre las conquistas de esta ley, que sobrevivirá a la muerte del dictador; se encuentra la abolición de la censura previa y la consulta obligatoria (artículo 3), la libertad de las “Empresas periodísticas” (artículo 16) o la posibilidad que se le da a los periodistas de recurrir las sanciones ante la jurisdicción contencioso-administrativo (artículo 72). Sin embargo, y como ha puesto de relevancia la doctrina, esta norma aún presentaba importantes defectos. El más grave fue la delimitación en el artículo 2 de la “extensión del derecho” por el carácter de algunos de los límites que ahí se incluyeron -“el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales; las exigencias de la defensa Nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a la Instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los Tribunales, y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar”-. Otros como la exigencia de depósito previo de ejemplares (artículo 12), la intervención de la Administración en el secuestro de las publicaciones (artículo 64) y el régimen implantado de responsabilidades y sanciones en el Capítulo X responden a los mecanismos-tipo empleados en la mayoría de sistemas autoritarios.

A diferencia de la prensa escrita, la radiodifusión y la televisión (que inició su actividad en España el 28 de octubre de 1956) permanecerán en un *impasse* durante todo el periodo franquista. Habrá que esperar a la Constitución de 1978, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad y el pluralismo político, para que el derecho a expresarse libremente se reconozca y proteja de forma plena.

X. CONCLUSIONES.

De lo hasta aquí expuesto podemos extraer que, con anterioridad a la Constitución de 1978, la libertad de expresión en nuestro país ha estado muy constreñida.

El Estatuto de Bayona de 1808 implantaría una aparente libertad de imprenta. Al margen de su falta de eficacia en una España que luchaba contra el invasor francés, los mecanismos que en el mismo se establecieron ya mostraban graves carencias difíciles de suplir con un desarrollo normativo posterior. Lo que sí sabemos con total seguridad es que, durante la Guerra de la Independencia entre

⁹⁴ En la exposición de motivos se arguye que “el principio inspirador de esta Ley lo constituye la idea de lograr el máximo desarrollo y el máximo despliegue posible de la libertad de la persona para la expresión de su pensamiento, consagrada en el artículo doce del Fuero de los Españoles, conjugando adecuadamente el ejercicio de aquella libertad con las exigencias inexcusables del bien común, de la paz social y de un recto orden de convivencia para todos los españoles”.

Francia y España, ambos bandos hicieron al pueblo titular de un potente poder, el de la opinión pública, al que ya nunca renunciarían. Así, los textos constitucionales posteriores se encargaron, con más o menos firmeza, de reconocer tal derecho. En este escenario, la Constitución de Cádiz de 1812 ocupa, sin lugar a duda, un puesto de honor. Más que por su contenido, por la observancia que se le dio en la práctica. Valentía que sin embargo se echa en falta en relación con la libertad de imprenta religiosa, que no corrió la misma suerte que la política. Por su parte, la Constitución de 1837 también supuso una época de plata, que no de oro, para dicha libertad. Y decimos esto último porque a la pregunta que encabeza el epígrafe en cuestión, ¿todo vale?, se debe responder sin titubeos que no. La libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental, tiene unos contornos precisos. De tal manera que, si nos salimos de ellos, ya no estaremos ante el ejercicio legítimo de dicho derecho, sino de otra realidad que le es ajena. El abuso. Situación que bien reflejó aquella época, como resultado, es de justicia decirlo, del clima de contención y censura vivido durante el reinado de Fernando VII. Necesidad de límites que, sin embargo, por exceso, se impusieron durante el Reinado de Isabel II y los años en los que estuvo vigente la Constitución de 1845. Y, así, habiendo sufrido una estocada de muerte, este derecho revivirá con la promulgación de la Constitución de 1869; cuya regulación marca, a nuestro entender, el momento a partir del cual se va a poder hablar de un derecho constitucional a la libertad de expresión en el sentido amplio del término (y no limitado únicamente a la libertad de imprenta). Sin grandes cambios que destacar en relación con la regulación llevada a cabo por la Constitución de 1876, tanto la Ley de Defensa de la República de 1931, como las Leyes Fundamentales del Reino, impiden hablar de la existencia de dicha libertad durante los años que conservaron su vigencia. Así pues, la Constitución de 1978, y, sobre todo, la interpretación que de su artículo 20 ha hecho nuestro Tribunal Constitucional, nos lleva a sostener que actualmente disfrutamos de una libertad de expresión infinitamente más plena que en cualquier periodo constitucional anterior.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD AMORÓS, M^a. R.: *La libertad de expresión del pensamiento en la II República española*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, España, 1988.

ALCALÁ GALIANO, A.: *Memorias I*, Madrid, 1886.

ALMUIÑA FERNÁNDEZ, C.J.: "Opinión pública y revolución liberal", *Cuadernos de Historia Contemporánea*, núm. 24, 2002.

ASTARLOA VILLENNA, F.: "Los derechos y libertades en las Constituciones históricas españolas", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 92, abril-junio 1996.

BEL MALLÉN, J.I.: "La libertad de expresión en los textos constitucionales españoles", *Documentación de las Ciencias de la Información*, núm. 13, 1990.

CARRO MARTÍNEZ, A.:

- "Dos notas a la Constitución de 1869", *Revista de estudios políticos*, núm. 58, 1951.

- *La Constitución española de 1869*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952.

COMELLAS, J.L.: *Historia de España Moderna y Contemporánea*, Ediciones Rialp, Madrid, 1988.

COSTA FERNÁNDEZ, L.: "Comunicación y propaganda durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)", *Historia y comunicación social*, Vol. 18, diciembre del 2013.

DE ARGÜELLES, A.: *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Cuadernos y debates, Bicentenario de las Cortes de Cádiz, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.

DE CASTRO, A.: *Cortes de Cádiz I*, Madrid, 1913.

DE ESTEBAN, J., GARCÍA FERNÁNDEZ, J., y ESPÍN, E.: *Esquemas del constitucionalismo español (1808-1976)*, Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1976.

DEL VALLE, J.A.: "La censura gubernativa de prensa en España (1914-1931)", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 21, 1981.

DESANTES GUANTER, J.M.: *Fundamentos del derecho a la información*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, España, imp. 1977.

DUFOUR, G.: “¿Cuándo fue abolida la Inquisición en España?”, *Cuadernos de Ilustración y Romanticismo: Revista del Grupo de Estudios del S.XVIII*, núm. 13, 2005.

ESTALA, P., y LARRIBA, E.: *El imparcial o Gazeta política y literaria (21 de marzo de 1809-4 de agosto de 1809)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M.: “Orden constitucional, la rebelión y la violencia”, *LEFEBVRE*, 16 de abril del 2018, <https://elderecho.com/el-orden-constitucional-la-rebelion-y-la-violencia>.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: “La primera constitución española: El Estatuto de Bayona”, *Revista de Derecho*, núm. 26, diciembre 2006.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La defensa extraordinaria de la República”, *Revista de Derecho Político*, Núm.12, Invierno 1981-1982.

- *Las Constituciones Históricas Españolas (Un análisis histórico-jurídico)*, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1986.
- “La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 124, 2004.
- “La libertad de imprenta en el periodo inmediato anterior a su legalización por las Cortes de Cádiz (1808-1810)”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 17, 2012.

GARCÍA TROBAT, P.: *Constitución de 1812 y educación política, Cortes Generales*, Madrid, 2010.

GÓMEZ APARICIO, P.: *Historia del periodismo español (I) desde la Gaceta de Madrid (1661) hasta el destronamiento de Isabel II*, Editorial Nacional, Madrid, 1967.

GÓMEZ REINO, E.: *Aproximación histórica al Derecho de la Imprenta y de la Prensa en España (1480-1966)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.

- “La libertad de expresión en la II República”, *Revista de Derecho Político*, núm. 12, 1981-1982.

HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, G.: “La situación real de la libertad de prensa en España durante la II República: los límites a la aplicación de la libertad de prensa”, *Comunicación y pluralismo*, núm. 4, 2007.

LA PARRA LÓPEZ, E.: "Ni restaurada, ni abolida. Los últimos años de la Inquisición española" (1823-1834), *Ayer*, núm. 108, 2017.

LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J.: "Fundamentos jurídicos y antecedentes históricos en el desarrollo de la libertad de expresión e imprenta. Los intentos constitucionales en España", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 16, 2014.

MARCUELLO BENEDICTO, J.I.:

- "La libertad de imprenta y su marco legal en la España liberal", *Ayer*, núm. 34, 1999.
- *Los proyectos de reforma política de Bravo Murillo en perspectiva. Conservadurismo autoritario y antiparlamentarismo en la Monarquía de Isabel II*, In Itiniere, Oviedo, 2016.

MARHUENDA GARCÍA, F.: "La libertad de prensa: de la restauración a la actualidad (1874-2022)", *Real Academia de Doctores de España*, Discurso realizado en el acto de su toma de posesión como Académico de Número el día 16 de marzo de 2022.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F.: *La vuelta de tuerca moderada: el proyecto de constitución y leyes fundamentales de don Juan Bravo Murillo (año 1852)*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019.

MARTÍNEZ PINEDA, C.: "La política informativa del I Bienio republicano y sus efectos en la prensa literaria", *Revista de Estudios Literarios*, 2007.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: "El Estatuto de Bayona: originalidad e imitación en la primera Constitución española", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 58/59, 2007.

MEDINA MUÑOZ, M.A.: "La reforma constitucional de 1845", *Revista de estudios políticos*, núm. 203, 1975.

MIRA BENAVENT, J.: *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

OEHLING DE LOS REYES, A., "La ley de defensa de la república de 21 de octubre de 1931: Introducción a su contexto político-jurídico, a su normativa conexas y breve comparativa con su homónima alemana, la Gesetz Zum Schutze der Republik", *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, núm. 2, 2016.

PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX. 1808-1898*, Madrid, 1978.

PEREIRA CASTAÑARES, J.C., y PELAYO GALINDO, O.: "La prensa en tiempos de Fernando VII (1814-1833)", *Cuadernos de investigación histórica*, núm. 12, 1989.

PÉREZ PRENDES y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: "La prensa y el código penal de 1870", *Anales de la Facultad de derecho*, núm. 8, 1970.

PÉREZ JUAN, J.A.: "La aplicación de la ley de imprenta de 15 de marzo de 1837", *Anuario de historia del derecho español*, núm. 76, 2006.

SÁEZ MIGUEL, P.: "La Constitución de 1869, ¿democrática o progresista?", en AA.VV., *El lenguaje político y retórico de las Constituciones Españolas. Proyecto ideológico e impacto mediático en el S.XIX*, CABALLERO LÓPEZ, J.A., DELGADO IDARRETA, J.M., y VIGUERA RUIZ, R., (Edits.), In Itinere (Edición Digital), Oviedo, 2015.

SAINZ DE VARANDA, R.: *Colección de Leyes Fundamentales*, Acribia, 1957.

SÁNCHEZ AGESTA. L.: *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

SÁNCHEZ, R.: "Derechos en conflicto. Honor, libertad de expresión y vida cotidiana en la España del siglo XIX", *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 21, 2020.

SEOANE, M.C., y SÁIZ, M.D.: *Historia del periodismo en España*, Vol. 2, Alianza, Madrid, 1996.

SORIA, C.: "La ley española de Policía de Imprenta de 1883", *Documentación de las ciencias de la información*, núm. 6, 1982.

TOMÁS VILLARROYA, J.: *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

- *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, Madrid, 2004.

- "La soberanía nacional en la Constitución de Cádiz", UNED, *Revista de Derecho Político*, núm. 82, septiembre-diciembre 2011.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: "Los derechos fundamentales en la España del siglo XX", UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

- Prólogo a la obra de MARQUELLO BENEDICTO, J.I.: *Los proyectos de reforma política de Bravo Murillo en perspectiva. Conservadurismo autoritario y antiparlamentarismo en la Monarquía de Isabel II*, In Itiniere, Oviedo, 2016.

VEGA GARCÍA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 2000.

VERA SANTOS, J.M.: *Las Constituciones de Francia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- “Con perdón: algunos argumentos “políticamente incorrectos” que explican la bondad del estudio del primer texto constitucional de España (o de la naturaleza jurídica, contenido e influencia napoleónica en el Estatuto de Bayona”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución de Bayona*, ÁLVAREZ CONDE, E., y VERA SANTOS, J.M., (dirs.), La Ley, Madrid, 2008.
- *Las Constituciones de España. Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

LA TORAH: DERECHO POSITIVO Y RELACIONES CON EL
DERECHO DE OCCIDENTE

*THE TORAH: POSITIVE LAW AND RELATIONS WITH WESTERN
LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 534-559



Sergio ZAPATA
ROMERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de marzo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: En el presente artículo identificamos la dimensión jurídica de la Torah judía, su carácter de fuente formal y material del Derecho. Para lograr lo anterior se combinaron la investigación filosófico-jurídica, socio-jurídica y jurídica, bajo un enfoque hermenéutico, que nos permitió concluir sobre la vigencia y eficacia de la Torah como derecho, pero también como fuente de valores y principios conectados a nuestros ordenamientos jurídicos occidentales.

PALABRAS CLAVE: Fuentes del Derecho; derecho sinaítico; *tikún olam*.

ABSTRACT: *In this article we identify the legal dimension of the Jewish Torah, its character as a formal and material source of law. To achieve this, philosophical-juridical, socio-juridical and juridical research was combined, under a hermeneutic approach, which allowed us to conclude on the validity and effectiveness of the Torah as law, but also as a source of values and principles connected to our western legal systems.*

KEY WORDS: *sources of law; sinaitic law; tikún olam.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ASPECTOS PRELIMINARES.- III. LA TORAH COMO DERECHO POSITIVO.- IV. LA TORAH: NORMAS JURÍDICAS Y PRINCIPIOS (EQUIDAD).- I. La Torah y el Derecho Internacional Humanitario.- 2. La Torah y la esclavitud (Derechos Humanos).- 3. La Torah y el derecho privado.- A) Contratos.- B) El principio de buena fe.- C) La formalidad de los contratos.- D) Contrato unilateral.- E) Sucesión por causa de muerte.- 4. La Torah y la equidad.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En la cultura occidental estamos ligados de manera especial al cristianismo, el cual cuenta con una teología y apología singular que a pesar de los cismas internos conserva características comunes que lo diferencian de otras confesiones religiosas; lo anterior hace que en el mundo occidental desconozcamos los fundamentos de otras religiones o formas de entender lo espiritual y nos sintamos distanciados de estas, incluso con la religión o forma de vida de la cual surgió el cristianismo: el judaísmo.

La fe judía al igual que la cristiana, considera sagrados los cinco textos que componen “el antiguo testamento” -denominados Torah en el judaísmo-, pero el cristianismo ha tendido a restarles valor en relación “al nuevo testamento”, el cual considera ha superado e incluso abrogado a las viejas escrituras¹, y esto hace que los cinco primeros libros de la Biblia, -Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio-, sean mirados por muchos de nosotros como simples textos literarios que contienen mitos, leyendas y expresiones de barbarismo, o en el mejor de los casos se les tiene como documentos sagrados de inferior jerarquía.

En este artículo expondremos resultados parciales de la investigación “Estudio sobre la relación del Derecho talmúdico con los ordenamientos jurídicos contemporáneos y su función integradora de los Derechos Humanos en el Derecho de los pueblos”; y revisaremos la Biblia desde una óptica judía para extraer de ella contenidos jurídicos, para lo cual responderemos preguntas como: ¿La Torah son sólo textos de literatura sagrada o puede esta comportar una dimensión jurídica? Y si llegaren a comportar una dimensión jurídica ¿esta se expresa como derecho positivo o como fuente del mismo? ¿Tendría vigencia y eficacia actual? ¿Se podría vincular a ordenamientos jurídicos distintos a los que rigen para el pueblo de Israel?

1 COHEN, A.: El judaísmo y el surgimiento del cristianismo: *La bifurcación de los caminos*, Departamento cultural del Congreso Judío Mundial, Buenos Aires, 1956, p. 130.

• Sergio Zapata Romero

Abogado de la Universidad Popular del Cesar (Colombia); docente de la misma Universidad en categoría asistente; especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Colombia) y maestrante en Investigaciones Jurídicas y Sociojurídicas de la Universidad del Atlántico (Colombia). Litigante y consultor para instituciones tanto públicas como privadas. Miembro del Grupo de Investigación Sierra Nevada de Santa Marta. Correo electrónico: sergiozapata@unicesar.edu.co.

II. ASPECTOS PRELIMINARES.

Inicialmente nos enfocaremos en dos aspectos antes de adentrarnos en el objetivo del presente artículo; el primero es determinar qué es la Torah, y el segundo, es establecer en qué consisten las fuentes formales y materiales del Derecho para facilitar la comprensión del tema a los legos en materia jurídica; además, nos servirá para entrelazar a la Torah con los principios y normas jurídicas.

Torah es el nombre hebreo dado a los primeros cinco libros de la Biblia, denominados como bien apunta el maestro Francisco Varo: “*Bereshit, Shemot, Wayiqra, Bemidbar y Debarim*, más conocidos entre los cristianos como Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio, respectivamente”².

Los nombres cristianos de estos textos sagrados cuando son traducidos no corresponden con los dados en la cultura hebrea³, y este fenómeno ocurre también con la traducción de la palabra “Torah”; no existe un equivalente en castellano de esa palabra que comporte su real significado, en algunas traducciones se le denomina “Ley”, lo cual es inexacto, por cuanto la Ley o leyes, son una parte de ella y no su todo; en otras traducciones la encontramos como “instrucción”, que es una mejor traducción, pero aun así está lejos de su sentido real.

La compilación de los textos que componen lo que se conoce en el cristianismo como “antiguo testamento”, en el mundo hebrero se llama *TaNaKh*, que se integra por la Torah (Pentateuco), el libro de *Nevi'im* (Profetas) y los textos de *K'tuvim* (Escrituras)⁴; con esto queremos indicar que los libros de Profetas y Escrituras no hacen parte de la Torah.

El segundo aspecto preliminar a dilucidar concierne a las fuentes del derecho, un tema que muchos consideran básico o elemental de la Teoría General del Derecho, pero que en la práctica genera controversia académica. Por ejemplo, el ilustre jurista mexicano García Máynez clasifica las fuentes del derecho en formales, reales e históricas⁵; por su parte, Luis Martínez y Jesús Aquilino Fernández diferencian entre fuentes escritas y no escritas, internas y externas, estatales y no estatales⁶; mientras que Martínez de Pisón lo hace entre formales y materiales⁷. Y aun así hay quienes piensan que este es un asunto de poca monta.

2 VARO, F.: “El espacio sagrado en la Tora”, *Revisiones: revista de crítica cultural*, núm. 2, 2006, p. 5.

3 Los nombres hebreos de los libros que componen el pentateuco traducirían al castellano lo siguiente: *Bereshit* (en el principio), *Shemot* (nombres), *Wayikra* (y llamó), *Bamidbar* (en el desierto) y *Devarim* (estas son las palabras).

4 El libro de Profetas (*Nevi'im*), contiene libros como Amos, Ezequiel, Isaías, y Jonás; y los Escritos (*K'tuvim*), incluyen jueces, crónicas, reyes, salmos, etc.

5 GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 51.

6 MARTÍNEZ ROLDAN, L. y FERNÁNDEZ SUAREZ, J.: *Curso de teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 155-164.

7 MARTÍNEZ, J.: *Curso de Teoría del Derecho*, Universidad de La Rioja, España, 2013, p. 150.

Concordamos con Hernández Díaz, en que no es realizable forjar una doctrina sobre las fuentes del derecho que tenga aplicación en todos los ordenamientos jurídicos⁸, pero, aún con este impase, echando mano del realismo jurídico clásico⁹, nos acogemos a la clasificación en fuentes formales y materiales.

La idea de las fuentes formales planteada por la Escuela de la Exegesis, “La Ley es la fuente del Derecho”¹⁰, comprende a estas como las normas positivas vigentes¹¹; por otra parte, las fuentes materiales que debemos a François GénY¹², no son Derecho desde el punto de vista normativo, si no factores y circunstancias que dan origen a las normas jurídicas y prescriben su contenido¹³, como la costumbre, la analogía, los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina.

Finalmente, para efectos de este artículo debemos auscultar un poco más en dos de las anteriormente citadas fuentes materiales: Los principios generales del derecho y la equidad; muchos doctrinantes nos han explicado sus puntos de vista sobre los principios generales del Derecho, y en estos momentos parafrasearemos la definición de Ángel Latorre: Máximas o proposiciones admitidas en el ámbito del Derecho como válidas, reconocidas en los ordenamientos jurídicos, o deducidas de estos¹⁴.

Por otra parte, la equidad es un concepto abstracto y complejo, vinculado con la justicia; dice Aristóteles en “Ética a Nicómaco”: “Luego justo y equitativo son lo mismo y, siendo buenos los dos, resulta superior lo equitativo”¹⁵; la equidad está relacionada con la “epiqueya”: Acción hermenéutica por medio de la cual los hombres se apartan la exegesis del Derecho, “de la justicia”, en favor la equidad, para aplicar verdadera justicia a un caso concreto¹⁶.

8 HERNÁNDEZ DÍAZ, C.: “La costumbre como fuente del Derecho”, *Criterio jurídico garantista*, vol. 2, núm. 2, 2010, p. 144.

9 ROJAS GONZÁLEZ, G.: *Filosofía del Derecho*, Editorial Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018, p. 48.

10 De conformidad con Jean-Louis Halpérin, traducido por Andrés Botero, el término “Escuela de la Exegesis” fue acuñado por Julien Bonnetcase, para referirse a los autores franceses del siglo XIX y principios del siglo XX, que se dedicaron al análisis e interpretación del código civil napoleónico; estos tratadistas adoptaron lo que se denominó como el método exegético para interpretar el derecho, lo cual implicaba apearse a la literalidad de la Ley, la cual consideraron el paradigma del derecho, de ahí la máxima: La Ley es la fuente del Derecho. HALPÉRIN, J.: “Exegesis (Escuela)”, *Revista de derecho*, núm. 48, 2017, p. 264.

11 SUÁREZ, E.: *Introducción al Derecho*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa fe, 2020, p. 49.

12 GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Olejnik, Buenos Aires, 2018, pp. 210 y ss.

13 ROJAS GONZÁLEZ, G.: *Filosofía del Derecho*, cit., p. 52.

14 LATORRE SEGURA, Á.: *Introducción al derecho*, Ariel, Barcelona, 2004, p. 120.

15 ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 177.

16 GONZÁLEZ, A.: “Dos visiones del derecho. La epiqueya en Aristóteles y Kant”, *Persona y Derecho*, vol. 46, 2002, P. 264.

En los países latinoamericanos la equidad se ha asimilado a justicia social, y no esta descabellada esa posición, el reconocimiento de la necesidad de la igualdad material es una reivindicación de la equidad como rectora de las relaciones humanas. Por ejemplo, Roberto Toledano, predica que la igualdad de oportunidades está íntimamente aparejada con las dimensiones del concepto de equidad¹⁷.

Con lo anterior agotamos los aspectos preliminares propuestos y procederemos a analizar cómo la Torah se constituye en derecho positivo¹⁸, pero también cómo se erige en pauta para dar soluciones a casos concretos, con indefinidas aplicaciones, -en calidad de principio-, y su relación con la equidad.

III. LA TORAH COMO DERECHO POSITIVO.

¿Cómo la Torah, dada por una deidad puede llegar a ser derecho positivo en los términos previamente establecidos? es decir, cómo una revelación divina se constituye en norma vigente de la voluntad humana; lo anterior es en sí mismo un contrasentido, pero sólo en apariencia, como entraremos a explicar.

En el mundo existe un sólo Estado en el cual los cinco libros de la Torah tienen categoría de norma jurídica¹⁹, y no de cualquier norma, son norma fundamental: El Estado de Israel; este nace en el año de 1948, un año después del Plan de las Naciones Unidas para la partición de Palestina, y uno de los temas a abordar en ese momento fue el de darse una constitución, lo cual fue postergado por tres principales razones, según indican Gitlin y Lipschitz: La inmigración masiva a Israel, la pretensión de algunos sectores de vincular la religión judía a la constitución y un posible control judicial de constitucionalidad, fueron vistos como inconvenientes para el desarrollo del naciente Estado²⁰.

Lo anterior llevó a que Israel se balanceara entre el derecho escrito y el derecho consuetudinario, y adoptara un ordenamiento jurídico mixto. En efecto, en Israel tuvieron que dejar vigentes normas jurídicas como el "Mejelle"²¹ y el Código de Tierras Otomano, actualmente sustituidos; el *Civil Wrongs Ordinances* ó la *Comon*

17 TOLEDANO MORALES, R.: "La equidad como principio y política social. Análisis de sus implicaciones en educación básica", *Tiempo de Educar*, vol. 10, núm. 20, 2009, p. 321.

18 Fuente formal del derecho en el sentido previamente explicado en este artículo.

19 Debemos observar que fuera de Israel, hemos evidenciado que existe al menos un Estado islámico que permite a las comunidades judías regirse en materia civil por Tribunales Rabínicos, y es el Reino de Marruecos (GINER ALEGRIA, C.: "La libertad religiosa en el mundo islámico", *Anales De Derecho*, vol. 28, 2012, p. 170); en reporte de la Agencia EFE, se informa que en Casablanca se encuentra el que parece ser el último Tribunal Rabínico del mundo islámico; este Tribunal se encuentra vinculado al sistema judicial marroquí, y en cuando sus jueces son rabinos, consideramos que algunas de sus decisiones judiciales en algún sentido y en algún momento, deben basarse en la Torah, pero esto no ha quedado explícito. AGENCIA EFE.: *Los últimos jueces del último tribunal judío en Marruecos*, 2021.

20 GITLIN, H. y LIPSCHITZ, J.: "Formación política y constitucional del estado de Israel", *Lecciones y Ensayos*, núm. 21/22, 1961, p. 148.

21 Código Civil Otomano.

Law inglesas²², y progresivamente se fueron estableciendo Leyes fundamentales o *Basic Laws*²³; pero también se incorporó al ordenamiento jurídico la *Torah* de Moisés, entre otras fuentes religiosas: la tradición, la *Guemará*, la *Mishná Torah* de Maimonides, el *Sulján Aruj* de Yosef Caro²⁴.

Entonces podemos darnos cuenta que en Israel se reconoce la existencia de un derecho confesional al cual en lo que se refiere a la *Torah*, se le conoce como derecho mosaico o sinaítico, -dado que fue entregado en el Monte Sinaí-, y es la prueba fehaciente de que el Estado israelí establece a la teología judía como derecho viviente, en el marco de un proceso de voluntad estatal de reconocer tales tradiciones como derecho: La *Torah* es derecho positivo.

El Licenciado Miguel Villorro, expone al respecto que para el judío la *Torah* sigue “siendo una legislación viva, guía de las futuras generaciones (...) el código legislativo divinamente sancionado en lo civil y en lo religioso”²⁵; este derecho sinaítico es eminentemente religioso, y a pesar del tiempo se mantiene prácticamente inmutable y sus principios generales se pueden aplicar a circunstancias nuevas y diversas, por su fácil adaptabilidad²⁶, para regular todos los aspectos de la vida en sociedad²⁷.

IV. LA TORAH: NORMAS JURÍDICAS Y PRINCIPIOS (EQUIDAD).

En la *Torah* encontramos diversidad de disposiciones que nosotros podemos relacionar con derecho laboral, civil, comercial, penal, ecológico y hasta con derecho internacional humanitario; Castañeda, Morales y Palomino, argumentan que estos textos hebreos consagran los elementos jurídicos que fundan el derecho agrario, comercial industrial, familiar y penal del mundo hebreo²⁸, por lo que haremos un análisis desde algunas de estas diferentes aristas, y no todas, en pro de la necesidad de síntesis de estas pocas páginas.

22 GITLIN, H. y LIPSCHITZ, J.: “Formación política”, cit., pp. 149-150.

23 La primera Ley Fundamental de Israel se promulgó el 20 de febrero de 1958, y versó sobre el *Knesset*, que es el Parlamento israelí; desde entonces se han promulgado otras doce leyes fundamentales, siendo la última la polémica Ley del Estado-nación, que en 2018 definió a Israel como el Estado nacional del pueblo judío, lo que para muchos dejó por fuera a la población israelita no judía.

24 ALBA, A.: “Derecho Judío”, *Ilu*, vol. 9, núm. 11, 2004, pp. 11-23.

25 VILLORRO TORANZO, M.: “El derecho hebreo según el antiguo testamento”, *Jurídica. Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, vol. 1, núm. 1, 1969, p. 199.

26 GOLDSTEIN, M.: *Derecho Hebreo, a través de la Biblia y el Talmud*, Atalaya, Buenos Aires, 1947, p. 42.

27 ALBA, A.: “Derecho Judío”, cit., p. 16.

28 CASTAÑEDA RIVAS, N., MORALES CHAINE, Á. y PALOMINO GUERRERO, M.: “Derecho hebreo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 213/214, 1997, pp. 219-246.

I. La Torah y el Derecho Internacional Humanitario.

En *Bereshit* (Génesis), versículo 49-5 en adelante, encontramos lo siguiente: “Shimeon y Lewi son hermanos, instrumentos de violencia hay en sus habitaciones. Oh, que mi alma no entre en su secreto, ni mi honor se adhiera a su *kahal* [congregación], porque en su ira ellos mataron hombres, y en su pasión desjarretaron un buey. Maldecida [*arar*] sea su ira, porque ha sido fiera; su furia, porque ha sido cruel. Yo los dividiré en Yaakov y los esparciré en Yisrael”²⁹.

El anterior aparte se encuentra en las bendiciones-maldiciones del patriarca Jacob a sus hijos en el lecho de muerte, y en él se refiere a la masacre en la ciudad de Siquem, ejecutada por sus hijos Simeón y Levi, en venganza a la violación de su hermana Dina; los habitantes de la ciudad se encontraban en estado de vulnerabilidad, puesto que se habían circuncidado como parte de las exigencias de Jacob para que el violador, -el príncipe de Siquem-, pudiera casarse con Dina.

Es de resaltar que Jacob rechaza el comportamiento de sus hijos quienes tomaron venganza armada sobre personas que no estaban en condiciones de defenderse, y esto nos lleva a mirar el caso a través de las normas fundamentales del Derecho Internacional Humanitario -DIH-.

Vinculamos el pasaje bíblico citado con el DIH, en un proceso de contraste con las reglas del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario compiladas por Henckaerts, Doswald-Beck, Alvermann, Dörmann y Rolle, en Henckaerts y Doswald-Beck³⁰: “Respect for International Humanitarian Law. Rule 139. Each party to the conflict must respect and ensure respect for international humanitarian law by its armed forces and other persons or groups acting in fact on its instructions, or under its direction or control”³¹.

En la cita en comentario dice Jacob: “Maldecida sea su ira, porque ha sido fiera; su furia, porque ha sido cruel”; como vemos, la reprensión se fija de manera especial en la sevicia con la que actuaron sus hijos, lo que contrastamos con las normas del DIH contra los actos crueles y las represalias bélicas: “Rule 90. Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment. Rule 90. Torture, cruel or inhuman treatment and outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading

29 Los apartes de la *Torah* que se transcriben en este artículo son tomados de la biblia hebrea “Las escrituras de restauración edición del nombre verdadero, con un contenido tanto de la *Tanaj* y el *Brit* renovado”, de la editorial Sus Brazos A *Yisrael*, publicada en el 2010.

30 Jean-Marie Henckaerts, súbdito del Reino de Bélgica, es un asesor jurídico de la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR-, y a la vez ejerce como jefe del proyecto para actualizar los comentarios sobre los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977; ejerció como director del proyecto del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario que sirvió de base para la publicación del libro citado.

31 HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L.: *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 495.

treatment, are prohibited. (...) Rule 145. Reprisals. Where not prohibited by international law, belligerent reprisals are subject to stringent conditions. (...) Rule 148. Reprisals in Non-International Armed Conflicts. Parties to non-international armed conflicts do not have the right to resort to belligerent reprisals. Other countermeasures against persons who do not or who have ceased to take a direct part in hostilities are prohibited”³²

También podemos concatenar esta maldición-advertencia, con las normas relacionadas a los métodos específicos de guerra, teniendo en cuenta que el ataque en contra de las personas de Siquem se produjo en un momento de convalecencia, por haber sido objetos de circuncisión: “Rule 47. Attacks against Persons Hors de Combat. Attacking persons who are recognized as hors de combat is prohibited. A person hors de combat is: (...) (b) anyone who is defenceless because of unconsciousness, shipwreck, wounds or sickness”³³

Para seguir relacionando a la Torah con el DIH, pasaremos a Deuteronomio 20:10, en el cual encontramos un mandato que se relaciona con las normas de precauciones en el ataque y de advertencia anticipada: “Cuando avancen sobre un pueblo para atacarlo, primero le ofrecerán *Shalom*”³⁴.

La Torah ordena que antes de emprender un ataque en contra una población enemiga se debe ofrecer la paz, con lo que se busca evitar el conflicto y sus consecuencias destructoras, pero en el peor de los casos el aviso salvaguardaría las vidas de la población no combatiente, quienes podrán tomar las medidas pertinentes para protegerse: “Rule 17. Choice of Means and Methods of Warfare. Each party to the conflict must take all feasible precautions in the choice of means and methods of warfare with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects. (...) Rule 20. Advance Warning. Each party to the conflict must give effective advance warning of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit”³⁵.

En Deuteronomio 20:19, encontramos una ordenanza muy interesante dado que la Torah fue dada hace más de tres mil años, momentos en que se podría creer que los humanos tendrían poca preocupación por la ecología: “Cuando ustedes sitien un pueblo para hacer guerra contra ellos y tomarlo, no destruirán los arboles cortándolos con hacha. Porque ustedes pueden comer su fruto; así que

32 HENCKAERTS y DOSWALD-BECK.: *Customary*, cit., pp. 319-529.

33 HENCKAERTS y DOSWALD-BECK.: *Customary*, cit., pp. 164-167.

34 Una aceptable traducción al castellano del término hebreo *shalom* es la palabra “paz”.

35 HENCKAERTS y DOSWALD-BECK.: *Customary*, cit., pp. 56-57.

no los corten. Porque los arboles del campo son *chayim*³⁶ para el hombre, para usarlos en su sitio”.

Esta disposición busca la protección del medio ambiente en el marco de las acciones bélicas, por lo que se encuentra íntimamente vinculada a los principios generales sobre la conducción de las hostilidades que se aplican al medio ambiente: “Rule 43. The general principles on the conduct of hostilities apply to the natural environment: (...) B. Destruction of any part of the natural environment is prohibited, unless required by imperative military necessity”³⁷.

Para finalizar con el DIH, revisaremos Deuteronomio 21: 10-14, en dónde encontramos una alusión a las garantías fundamentales que nos llama la atención por tratarse de un mandato que busca proteger la dignidad de la mujer en un escenario tan oscuro como es la guerra, en el cual de conformidad con Amnistía Internacional, la violencia de género es sistemática y generalizada³⁸; leamos: “Cuando salgas a la guerra contra tus enemigos, y יהיה tu *Elohim* los entregue en tu mano, y tomes prisioneros, y veas entre los prisioneros una mujer que luce bien para ti, y te sientas atraído a ella y la quieres como tu mujer; La traerás a tu casa, donde ella se rapará su cabeza y se recortará las uñas³⁹ y se quitará su ropa de prisión. Ella se quedará allí en tu casa, y hará duelo por su *abba* y su *eema* por un luna completo⁴⁰; después de lo cual puedes entrar y tener relaciones con ella y ser su esposo, y ella será tu mujer. En el evento que tú pierdas el interés en ella, la dejarás ir donde ella quiera; pero no puedes venderla por dinero o tratarla como una esclava, porque tú la humillaste”⁴¹.

Es dable observar que la Torah no proscribe de forma absoluta a la esclavitud, lo cual creemos se debe a su aceptación social en la edad antigua como un medio de producción económico⁴²; pero a pesar de lo anterior, se rescata del pasaje anotado un trato humanitario en favor de la mujer cautiva, que lleva implícita la

36 La palabra hebrea *chayim* puede ser traducida como vida o sustento.

37 HENCKAERTS y DOSWALD-BECK.: *Customary*, cit., pp. 143-147.

38 AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Hacer los derechos realidad: La violencia contra las mujeres en los conflictos armados*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2005, p. 16.

39 El acto de raparse la cabeza y recortarse las uñas está ligado al duelo por la muerte de alguien querido. OVIEDO, PARRA y MARQUINA (2009) p. 4; pero la Torah prohíbe tajantemente a los judíos tales conductas a causa de luto, como se puede leer en Deuteronomio, 14: 1-2, por lo que aquí vemos un acto de misericordia en favor de la mujer cautiva que será tomada como esposa, permitiéndole expresar su duelo bajo las costumbres paganas, por última vez,

40 MARTÍN ESCUDERO, F.: “*Calendario judío e islámico ¿dataciones exóticas en la península?*”, X Jornadas Científicas sobre Documentación: El calendario y la datación histórica. Madrid, 2011, p. 234. En esta conferencia se pone de presente que el calendario hebreo es “lunisolar”, ya que el año se calcula en atención al movimiento de traslación de la Tierra, mientras que el mes corresponde al ciclo de la luna alrededor de nuestro planeta; por tanto, la expresión “un luna” se refiere a un mes.

41 DEUTERONOMIO, 21: 10-14.

42 WELTON, M.: “International Law and Slavery”, *Military Review*, vol. 88, núm. 1, 2008, pp. 57-58.

prohibición de la violación dado que debe mediar una relación sexual lícita para la época.

Debemos indicar también que en el momento en que es dada la Torah, la libertad sexual de la mujer era prácticamente nula; en el mundo antiguo la elección de la mujer era reducida al mínimo y en términos de Ardesi: "legalmente, eran propiedad de un hombre"⁴³. Más a pesar de esta realidad, Deuteronomio 21: 10-14, conlleva un trato favorable para la mujer cautiva que la protege de la revictimización, lo cual relacionamos con la Norma 90 del DIH: "Rule 90. Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment. Torture, cruel or inhuman treatment and outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, are prohibited"⁴⁴.

2. La Torah y la esclavitud (Derechos Humanos).

En la Torah existen diversos pasajes que vinculamos con las normas internacionales sobre derechos humanos -DDHH-, lo cual por lo denso del contenido sería objeto de otro artículo, por lo que hemos decidido abreviar lo relativo a los derechos humanos y profundizar un poco más en lo relacionado con la esclavitud.

Más para evidenciar la veracidad de lo previamente expuesto nos limitaremos a citar algunos pocos apartes de la Torah afines con el Artículo I de la Resolución 217 A (III) Carta Internacional de los Derechos del Hombre⁴⁵, el cual reza: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Desde el principio de la Torah podemos hallar información relacionada con el citado artículo, como en Génesis 1: 26-27, donde se nos enseña que todos somos iguales, pues tanto varón como hembra fueron hechos a imagen y semejanza de su creador; esto lo confirmamos en Job 33: 6, cuando Eliú le dice a Job, que ante Dios, ambos son iguales: "yo también estoy hecho de barro".

Por otra parte, Levítico 19: 18, ordena amar al prójimo como a sí mismo; mientras que en Levítico 19: 34, se estipula la misma cosa pero respecto del extranjero. La Torah impone el tratar a los demás con amor, lo que implica

43 ARDESI DE TARANTUVIEZ, B.: "La discriminación jurídica sobre la mujer: el caso de la Antigua Atenas", *Revista Melíbea*, vol. 3, 2009, p. 36.

44 HENCKAERTS y DOSWALD-BECK.: *Customary*, cit., p. 319.

45 CENTÉSIMA OCTOGÉSIMA TERCERA SESIÓN PLENARIA DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: "Resolución 217 A (III) Carta Internacional de los Derechos del Hombre. Declaración Universal de Derechos del Hombre" (Paris, 10 de diciembre de 1948).

el comportarse fraternalmente los unos con los otros. Hecho este pequeño paréntesis, proseguiremos con lo concerniente a la esclavitud.

Si bien la esclavitud fue una institución socioeconómica aceptada durante muchos siglos, vemos como la Torah intenta aminorar la tragedia que esta comporta, como pudimos evidenciar en Deuteronomio 21: 10-14; Levítico 25: 39, nos trae otro ejemplo de lo anterior: "Si un hermano de tu pueblo se ha empobrecido entre ustedes y se vende a sí a ti, no le hagas hacer el trabajo de un esclavo".

Ahora, la esclavitud por deudas entre israelitas era redimible por el paso del tiempo como condición resolutoria; Deuteronomio 15:12, lo establece cuando dice: "Si tu hermano, un hombre Hebreo, o una mujer Hebrea, se venden a usted, y le sirven a usted por seis años; entonces en el séptimo año usted les permitirá ser libres de usted".

Vemos una clara condición resolutoria de la esclavitud y de extinción de la deuda, pero la Torah no se queda ahí, pues sigue diciendo: "Y además, cuando usted los libere, no los dejarás irse con las manos vacías; Debes suplirlo generosamente de tu rebaño, tu era, de tu vino; Recuerda que tú fuiste esclavo en la tierra de *Mitzrayim*; por esto te estoy ordenando, esto este día".

El texto manda tal cosa bajo la lógica de que es justo compartir de lo que ha sido dado, pero ¿por qué dar al esclavo además de la libertad unos bienes adicionales? Está claro que no es un pago por la prestación directa de un servicio, por lo consiguiente es una prestación tal como las primas o gratificaciones extraordinarias en los contratos laborales que se reconocen en muchas legislaciones⁴⁶ y que no son propiamente una contraprestación salarial, sino una participación del trabajador en las utilidades de su empleador; reconocidas en razón a la plusvalía⁴⁷ y a la equidad, para compensar su esfuerzo en la generación de riqueza.

Habrà quien observará que este trato humanitario consignado en la Torah hacia los esclavos era exclusivo para los israelitas y tendría razón si en Deuteronomio

46 Este tipo de prestaciones están normativizadas en algunos ordenamientos jurídicos, por ejemplo: En Portugal el *Código do Trabalho* en su artículo 263 las denomina *subsídio de Natal*; en España el artículo 31 del Real Decreto Legislativo 2 de 2015, se refiere a ellas como pagas extraordinarias; la Ley General del Trabajo de Bolivia en su artículo 57 las llama prima anual; en el Perú, la Ley 27.735 de 2002, las contempla como gratificaciones; la Ley Federal del Trabajo de México en el artículo 87 las denomina aguinaldos; en Ecuador el Código del Trabajo en los artículos 111 y 113 las trae como décima tercera (bono navideño) y décimo cuarta remuneraciones, respectivamente. *CÓDIGO DO TRABALHO*, Portugal; REAL DECRETO LEGISLATIVO No 2 de 2015, España; DECRETO SUPREMO de 1939, Bolivia; LEY No 27.735 de 2002, Perú; LEY FEDERAL DEL TRABAJO, México; CÓDIGO DEL TRABAJO, Ecuador.

47 El Diccionario de economía aplicada de Galindo, define la plusvalía como la diferencia entre el valor del producto y el valor de los medios de producción más la fuerza de trabajo, lo que genera la ganancia empresarial por un lado, y la explotación del trabajador por otro lado, pues éste último genera mucha más riqueza de la que recibe como paga. GALINDO MARTÍN, M.: *Diccionario de economía aplicada: política económica, economía mundial y estructura económica*, Ecobook-Editorial del Economista, Madrid, 2008, p. 363.

23: 15, no encontramos lo siguiente: “Si un esclavo se ha escapado de su amo y ha tomado refugio contigo, no lo entregarás de regreso a su amo. Permítele quedarse contigo en cualquier lugar que le venga bien entre tus asentamientos; no lo maltrates”.

Este aparte muestra que la Torah no se complace en la esclavitud, ni con la inhumanidad que le acompaña, y ordena proteger al esclavo sin distingo de nacionalidad, proscribiendo su maltrato, reconociendo su humanidad y dignidad; estas garantías fundamentales a la dignidad no podemos entenderlas separadas de uno de los mandatos más importantes de la Torah: amarse los unos a los otros como así mismos (Levítico 19:18). Cuando amas al otro no le dañas, ni maltratas, no le robas, ni le perjudicas o humillas: El amor es la base del trato digno.

3. La Torah y el derecho privado.

A) Contratos.

En lo que respecta al derecho privado vamos a comenzar por Génesis 15: 1-21, en dónde encontraremos una referencia a lo contractual; se narra la promesa de Dios al patriarca Abraham, en cuanto a que de éste saldrían naciones a las cuales se les entregaría una gigantesca porción de tierra en lo que hoy es medio oriente.

Narra la escritura que el patriarca creyó en la palabra de la deidad y se le acreditó como justicia, pero Abraham pide certeza de esta promesa y Dios inicia un pacto: “Él le respondió: Tome una novilla de tres años, una cordera de tres años, y un macho cabrío de tres años, una paloma y un pichón. Él le trajo todo esto, cortó los animales en dos y puso los pedazos opuestos uno del otro; pero él no cortó las criaturas que vuelan a la mitad”.

Posteriormente Abraham queda dormido y en sueños le es reafirmada la promesa de Génesis 15: 1-21, y cuando este despierta observa lo siguiente; dice el texto: “Y cuando el sol se estaba poniendo, hubo una llama y contempló, se veía un *tannud* [horno] humeando y una antorcha flameante, que pasaron entre estas partes divididas. En aquel día cortó *בְּרִית* un *Brit* [*Brit*]⁴⁸ con *Et-Avram*, diciendo: Yo daré esta tierra a tu *zera*⁴⁹, desde el *Vadi* [Arroyo] de *Mitzrayim* hasta el río grande, el Río *perat* [Eufrates]”⁵⁰.

De todo lo anterior identificamos tres aspectos relevantes:

48 El termino hebreo «*brit*» significa «partir» y es traducido como «pacto».

49 La palabra hebrea «*zera*» se traduce como «semilla», por lo que en el contexto del versículo citado hace alusión a descendencia.

50 GÉNESIS, 15: 17-18.

B) El principio de buena fe.

Abraham cree en la palabra de su Dios, y por esto la deidad lo contó como justo por su fe; de buena fe, sin que mediara inicialmente una garantía, el patriarca confía en la promesa, lo que da inicio a toda una relación entre el promitente y su adorador. La buena fe es un principio cardinal del derecho privado⁵¹, que inspira diversos ordenamientos jurídicos, por ejemplo el Código Civil de Brasil, dice al respecto: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”⁵².

Por otra parte, el Código Civil Chileno, reza en su artículo 1546: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”⁵³.

Para finalizar este ejercicio de derecho comparado, revisaremos el artículo 157 del *Bürgerliches Gesetzbuch*⁵⁴, sobre la interpretación de los contratos: “157. Auslegung von Verträgen. Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”⁵⁵.

El principio de buena fe da cuenta de que los negocios jurídicos se rigen por la lealtad y honestidad, por lo tanto, los contratantes se reputan leales y honestos⁵⁶, y por esto es que Dios cuenta a Abraham como justo, como una persona de excelentes condiciones éticas que lo hacen acreedor a una extensión u ampliación de la promesa, pues ahora no sólo su descendencia será numerosa, sino que poseerá una extensión de tierra amplia y rica.

Y para certificar esta situación, se hace algo interesante, un *brit*, un pacto a través de una ceremonia o ritualidad consistente en partir por la mitad a unos animales y caminar entre ellos; obviamente “El Eterno” no usa sus pies, sino una columna de fuego, la cual cruza de entre las partes de los animales previamente cortados por el patriarca, lo que nos lleva al segundo aspecto relevante.

51 SCHOPF OLEA, A.: “La buena fe contractual como norma jurídica”, *Revista chilena de derecho privado*, núm. 31, 2018, pp. 110-111.

52 CÓDIGO CIVIL, Brasil.

53 CODIGO CIVIL, Chile.

54 La expresión se traduce del alemán al castellano como “Código Civil”.

55 BÜRGERLICHES GESETZBUCH, Deutschland. La traducción al castellano del citado artículo es la siguiente: “157. Interpretación de contratos. Los contratos deben interpretarse como se requiere de buena fe, teniendo en cuenta la costumbre”.

56 SCHOPF OLEA, A.: La buena fe, cit., p. 114.

C) La formalidad de los contratos.

Sabemos que en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad o autonomía privada, *prima facie* los negocios jurídicos privados no necesitan de formalismos para surgir a la vida jurídica⁵⁷, pero como manifiesta Alarcón en Garcés, hay casos en que para que un acuerdo surta efectos jurídicos se debe cumplir con formalidades establecidas por imperio del ordenamiento jurídico o en virtud de la tradición, sin las cuales el acto no llega a tener validez o eficacia⁵⁸.

Por lo tanto, cuando la formalidad es indispensable afecta la validez y eficacia de los contratos, es decir, puede hacer nulo al negocio jurídico y por tanto no producirá efectos⁵⁹, y esto es así porque se considera que la exigencia de formalismos es una manera de proteger, -yo diría garantizar-, el cumplimiento de la voluntad y obligaciones de las partes contratantes⁶⁰.

En tiempos de Abraham, cuando el uso de la palabra escrita no era extendido⁶¹, en lo que ahora llamamos oriente medio se hacían ritualidades con las cuales se daba formalidad y certeza a los negocios, y entre estos estaba el *brit* mencionado anteriormente, que como se explicó literalmente significa “partir”.

El *brit* era tal vez una de las más importantes ritualidades contractuales; consistía en partir animales por la mitad, ubicar sus partes frente con frente y caminar entre esas mitades, con lo cual quedaba sellado el negocio entre las partes y surgían las obligaciones, las cuales eran para toda la vida, ya que los pactantes se consideraban unidos por sangre como una sola carne, bajo los términos del pacto establecido.

En la Torah encontramos otra serie de pactos en los cuales la formalidad implica el levantar un monumento a la vista de los contrayentes con lo cual el negocio queda perfeccionado; esto lo vemos en Génesis 9: 9, donde Dios promete a Noé no volver a acabar con todo a través de un diluvio y erige como monumento conmemorativo al arcoíris; o en Génesis 31: 44, cuando Jacob y su suegro Lavan, hacen un pacto de no agresión y levantan un pilar conmemorativo.

En tiempos de la Torah e incluso anteriores a esta, la sal jugaba un papel importante en los pactos, tanto así, que hacer un acuerdo en ocasiones vino a ser

57 FORTICH, S.: *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 22-23.

58 GARCÉS VÁSQUEZ, P.: *El Consentimiento: Su formación y sus vicios*, Institución Universitaria de Envigado, Colombia, 2014, p. 46.

59 VEGA CLEMENTE, V.: “El negocio jurídico: invalidez e ineficacia”, *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 19, 2007, pp. 198-208.

60 FORTICH, S.: *Formalismo*, cit., p. 94.

61 CASCAJERO, J.: “Escritura, oralidad e ideología. Hacia una reubicación de las fuentes escritas para la historia antigua”, *Gerión*, núm. 11, 1993, pp. 142-143.

llamado "pacto de sal"⁶². Manifiesta el arqueólogo Tom Bradford, que "en algunas culturas el acto de simplemente intercambiar sal, era suficiente para concluir un pacto en cosas del diario vivir, sin necesidad de la sangre o alguno de los otros rituales"⁶³.

No es claro si en los pactos que hemos tratado hasta ahora se usó la sal pues no se menciona, pero en la Torah hay dos referencias explícitas a la sal del pacto: "Sazonarás con sal todo *korban*⁶⁴ suyo, no omitas del *korban* la sal del *Brit* con tu *Elohim*, sino que ofrezca con sal todas tus *korbanot*"⁶⁵. "Todas las ofrendas *terumah* de las cosas *Kadosh* que los *beney-Yisrael* ofrezcan a יידיך Yo las he dado para usted, para sus hijos y para su hijas contigo; éste es un *chuk Le-Olam-va-ed* [perpetuamente], un *Brit* eterno de sal delante de יידיך para usted y sus hijos contigo"⁶⁶.

Finalmente hay un tercer aspecto involucrado en el pacto de Abraham que analizamos, y es que en esta ocasión sólo había obligaciones para Dios: Se trataba de un pacto o contrato unilateral.

D) Contrato unilateral.

Iván Torres y Cecilia Salazar, indican que todo contrato es un acto jurídico bilateral en cuanto para su nacimiento deben existir dos partes con voluntad para contratar, pero, en atención a las obligaciones que se derivan del mismo, este puede clasificarse como bilateral o unilateral; siendo bilateral cuando de él surgen obligaciones para las partes contratantes, y unilateral cuando hay un solo obligado en la relación contractual⁶⁷.

Por otra parte, Ayala informa lo siguiente sobre el contrato unilateral: "es el acuerdo de voluntades que engendra solo obligaciones para una de las partes y derechos para la otra parte"⁶⁸. Con lo anterior se nos indica que los contratos siendo originados por más de una voluntad, son unilaterales cuando de ellos surgen sólo obligaciones para una de sus partes y derechos en favor de la otra.

El Código Civil Colombiano en su art. 1496, reza: "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna;

62 CLAY TRUMBULL, H.: *The covenant of salt: As based on the significance and symbolism of salt in primitive thought*, Charles scribner's sons, New York, 1899, pp. 13-14.

63 BRADFORD, T.: "Génesis lección 11 Capitulo 12", *Torah Class*, 2021.

64 El termino *korban* es traducido como "ofrenda".

65 LEVÍTICO, 2: 13.

66 NÚMEROS, 18: 19.

67 TORRES PROAÑO, I. y SALAZAR SÁNCHEZ, C.: *De las obligaciones y los contratos civiles*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2015, P. 96.

68 AYALA ESCORZA, M.: *Contratos civiles*, IURE editores, México, 2017, p. 35.

y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente⁶⁹; mientras que el Código Civil Federal de México, expresa en su Artículo 1835: “El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada”⁷⁰; y el Código Civil y Comercial de la Nación argentina, en su Artículo 966 nos dice: “Los contratos son unilaterales cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada”⁷¹.

Entonces el pacto del que trata Génesis 15: 1-21, es unilateral, por cuanto hay dos voluntades involucradas, la del creador y la de Abraham, pero sólo obligaciones para Dios, quien se compromete a hacer del adorador el padre de numerosas naciones y a entregar una vasta tierra a sus descendientes; mientras que el patriarca Abraham, disfruta del pacto sin quedar atado a prestación alguna de su parte. Claro, repetimos, se le otorgó por fe.

Es dable indicar que en la Torah también se hace referencia a los contratos bilaterales, como por ejemplo en Éxodo 21-24, en donde el Dios de Israel informa a su pueblo de las ordenanzas que deben cumplir a cambio de sus bendiciones, pero en esta ocasión para que el pacto se perfeccione los israelitas deberán expresamente aceptar las condiciones y cumplir con las respectivas formalidades: “Llegó Moshe y habló al pueblo todas las *Et-devarim* de הווי ו todos los *Et-mishpatim*⁷². Respondió todo el pueblo como una sola voz: todas las palabras que הווי ha hablado haremos. Escribió Moshe todas las palabras de הווי. Se levantó temprano en la mañana, edificó un *mizbeach* al pie de la montaña y puso doce grandes piedras para representar las doce tribus de *Yisrael*. Él envió a los jóvenes de los *beney-Yisrael* a ofrecer ofrendas quemadas y *korbanot* de *Shalom* de bueyes para הווי. Moshe tomó la mitad de la *dahm* y la puso en vasijas; la otra mitad de la *dahm* él roció sobre el *mizbeach*. Luego tomó el *sefer* [rollo] del *Brit* [Torah] Llamó y lo leyó en voz alta delante del pueblo; y ellos dijeron: Todas las palabras de הווי haremos y *shema*. Moshe tomó la *ET* [תא]-*dahm*, la roció sobre el pueblo, y dijo: Esta es la *dahm* del *Brit* el cual הווי ha hecho con ustedes de acuerdo a todas estas palabras”⁷³.

En la investigación encontramos otros diversos apartes relacionados con temas contractuales tales como el depósito (Éxodo 22: 8-13), el arrendamiento de predio rural (Levítico 25: 23-28), la compraventa de inmuebles urbanos (Levítico 25: 29-33), la prenda (Deuteronomio 24: 10-13), los intereses (Deuteronomio 23: 19-20), entre otros temas, pero en aras de la brevedad no profundizaremos en ellos.

69 CÓDIGO CIVIL, Colombia.

70 CÓDIGO CIVIL FEDERAL, México.

71 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, Argentina.

72 El termino *mishpatim*, se traduce como “ordenanzas”.

73 ÉXODO, 24: 3-8.

E) Sucesión por causa de muerte.

Ahora revisaremos algunos aspectos de la Torah sobre la sucesión *mortis causa*, con lo cual finalizaremos lo relacionado con el derecho privado. Los hebreos de tiempos de la Torah eran un pueblo tribal con reglas muy claras frente a la transición del poder de la tribu, y la jefatura recaía en el primogénito, quien al morir el padre (jefe de la tribu), no sólo obtenía el poder político sino una doble porción de herencia respecto de los demás herederos.

Lo primero lo vemos por ejemplo en Génesis 27:29, cuando Isaac bendice a Jacob, y le dice: "Pueblos te sirvan y naciones se inclinen ante ti. Seas señor sobre tus hermanos, y deja que los hijos de tu *eema* se inclinen ante ti. ¡Maldito cualquiera que te maldiga, y *barchu* cualquiera que te *barchu*!".

○ en el caso atípico de José hijo de Jacob, el cual es una excepción que confirma la regla y nos trae a colación otro aspecto importante de las sucesiones: la indignidad. José fue el hijo de Jacob vendido por sus hermanos y que llegó a ser el segundo al mando en *Mitzrayim* (Egipto), lo cual logró porque interpretaba sueños; esto lo encontramos en Génesis 37 en adelante. El hecho es que el padre de José, -el patriarca Jacob-, en su lecho de muerte llama a toda su descendencia para la repartición respectiva, y en Génesis 49: 3, le dice a su hijo Rubén: "Reuven, tú eres mi primogénito, mi fuerza, y el primero de mis hijos. Excelente en dignidad y excelente en poder. Inestable como las aguas, no serás el principal, porque trepaste en la cama de tu *abba* y profanaste mi lecho"⁷⁴.

Entonces ante esta extraña situación Jacob da un giro inesperado cuando al bendecir a Judá, exclama: "Yahudah, usted es a quien sus hermanos deben *hallel*, tu mano estará en la cerviz de tus enemigos, los hijos de tu *abba* se inclinarán delante de ti"⁷⁵. Aquí Jacob le entrega el poder político del primogénito a Judá, pero la cosa no queda ahí, pues les entrega bendiciones a Efraín y a Manasés, sus nietos, pero también a José, el padre de estos, lo que debe entenderse como la doble porción del primogénito, pero en cabeza de José y sus hijos (Génesis 48: 22).

Esta es una excepción que confirma la regla, pues el patriarca a quien se dirige en primera instancia es al primogénito, pero por su indignidad no le transfiere el poder político, ni le otorga la doble porción. Sobre la doble porción del primogénito encontramos un mandato manifiesto en Deuteronomio 21: 15-17: "Si un hombre tiene dos mujeres, la una amada y la otra aborrecida, y ambas la amada y la aborrecida le han dado hijos, y si el primogénito es el hijo de la aborrecida; entonces, cuando venga el tiempo para que él pase su herencia a sus hijos, no

74 El patriarca Jacob quita la primogenitura a Rubén, por su indignidad de sucederle como el jefe de familia, dado que se acostó con Bilha, una de sus concubinas (Génesis 35: 22).

75 GÉNESIS, 49: 8-11.

podrá dar la herencia del primogénito al hijo de la mujer amada en lugar del hijo de la aborrecida, que es de hecho el primogénito. No, él tiene que reconocer como primogénito al hijo de la mujer aborrecida por darle una doble porción de todo lo que posee, porque él es el principio de su fortaleza, el derecho de primogénito es de él”.

Creemos que existe una relación entre la doble porción y el orden para suceder, por cuanto las mujeres de la familia quedaban sin herencia en el caso de que hubiera hermanos vivos, por lo cual la doble porción del primogénito debía servir para solventar las necesidades de esas mujeres que quedarían desprotegidas de no tener un esposo; en Números 27: 8-11, se ordena lo siguiente: “Si un hombre muere y no tiene un hijo, su herencia pasará a su hija”: Las mujeres sólo heredan si no tienen hermanos, de lo contrario quedarían bajo la tutela del esposo o de su hermano el primogénito.

4. La Torah y la equidad.

Pérez-Garzón afirma que en el mundo hay cerca de ochenta constituciones que consagran la expresión “justicia social” de una u otra manera, como uno de los valores del Estado o un principio fundacional del mismo⁷⁶; y Luis Villavicencio, nos enseña que la igualdad en su dimensión material es diferenciadora y contribuye a superar las multidimensionales formas de injusticia social que los grupos más desaventajados padecen cotidianamente⁷⁷.

Consideramos que lo anterior comporta algunas de las razones por la cual Carmona, expone que el Estado debe adoptar medidas para conseguir la igualdad efectiva de todos los ciudadanos, y si es preciso dictar normas para favorecer a ciertos sectores de población en situación de inferioridad económica o social⁷⁸.

En la Torah encontramos numerosos apartes vinculados con la responsabilidad y justicia social como rectora de las relaciones humanas, lo cual hemos vinculado con la equidad; por ejemplo, en Éxodo 22:25 podemos leer: “Si prestas dinero a uno de mi pueblo que es pobre, no puedes tratar con él como lo haría un acreedor; y no le cobrarás interés. Si tomas el abrigo de tu vecino como prenda, se lo devolverás antes que se oculte el sol, Porque es su única prenda de vestir, él la necesita para arroparse; ¿Qué otra cosa tiene para dormir?”.

76 PÉREZ-GARZÓN, C.: “¿Qué es justicia social? Una nueva historia de su significado en el discurso jurídico transnacional”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 43, 2019, p. 68.

77 VILLAVICENCIO MIRANDA, L.: “Justicia social y el principio de igualdad”, *HYBRIS Revista de Filosofía*, vol. 9, núm. especial, 2018, p. 70.

78 CARMONA CUENCA, E.: “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de estudios políticos*, núm. 84, 1994, pp. 271-272.

Y algo similar encontramos en Deuteronomio 24: 6, donde reza: “Nadie puede tomar un molino o ni siquiera la piedra superior como prenda para un préstamo, porque eso sería tomar los mismos medios de subsistencia del deudor”.

Por su parte Deuteronomio 24: 10-13, ordena: “Cuando hagas cualquier tipo de préstamo a tu hermano, no entrarás en su casa para tomar la prenda. Tienes que pararte fuera, y el deudor traerá la prenda para usted. Si es pobre, no irás a la cama con lo que él dio como prenda en tu posesión; Debe regresar el artículo prendado al ocultarse el sol; él irá a dormir usando su atuendo, *uberachecha*. Esta será una *tzedaka* suya delante de יהוה tu *Elohim*”.

Estos apartes están todos ligados con la justicia y la equidad en materia de obligaciones, de hecho en el último aparte citado la palabra hebrea *Tzedaka* es traducida comúnmente como “rectitud” o “justicia”; Idareta, plantea que el termino se encuentra vinculado con *Tikún Olam*⁷⁹: “la *tzedaká* consiste en vivir conforme a la Ley, no porque ésta lo indique, sino porque es fundamental para reparar y transformar el mundo”⁸⁰. ¿Cómo reparas al mundo? Con buenas acciones que ayuden a superar los problemas de la pobreza, y esa es la base de la justicia social.

Los versos de Torah leídos tienen que ver con el hacer *Mishpat*⁸¹ con su semejante, en la búsqueda de un mundo que sea equitativo, por tanto el comportamiento humano debe servir de corrección incluso para la justicia legal, recordemos que: La equidad es mucho mejor que la justicia⁸².

Encontramos muchas disposiciones en la Torah que corresponden a *Tikún Olam* (reparar el mundo), y que brindan especial protección a los pobres y vulnerables: “No afligirás ninguna viuda ni huérfano. Si abusas de ellos en cualquier forma, y ellos claman a mí, Yo ciertamente *shema* su clamor”⁸³, o “No torcerás la justicia del extranjero ni del huérfano que es debida a él, y no tomarás la ropa de una viuda como prenda para un préstamo”⁸⁴.

Pero hay una ordenanza que nos impactó de manera especial; la encontramos en Levítico 19: 9-10: “Cuando recoja la cosecha de la tierra, no coseche hasta el último rincón de su campo, y no recojan las espigas de grano dejadas por los recogedores. Asimismo, no recojan las uvas dejadas en la vid o las que se caigan a tierra después de la cosecha; déjelas para el pobre y el *ger* [extranjero]”.

79 Expresión hebrea que se traduce al español como “reparar al mundo”.

80 IDARETA-GOLDARACENA, F.: “La *tzedaká* en la ética de E. Lévinas y A. Salomon: hacia una ética de mínimos para el trabajo social”, *Zerbitzuan*, núm. 62, 2016, p. 130.

81 El término se traduce como “ser justos” o “hacer justicia”.

82 ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, cit., p. 177.

83 ÉXODO, 22: 22-23.

84 DEUTERONOMIO 24: 17.

Estos mandatos fueron dados a Israel antes de entrar a Canaán, por tanto, no tenían tierras para cultivo y eso debe llamarnos poderosamente la atención, porque la Torah desde ese momento ya estaba ordenando provisión para el pobre y los extranjeros, posibilitando a futuro el que estos pudieran obtener lo básico para su subsistencia a través de la misericordia de la *tzedaka*.

Se trataba de que el dueño del plantío no podía segar los rincones del campo ¿No es esto maravilloso?, una forma básica de asistencia y responsabilidad social, porque esta medida favorecería a quienes no tendrían tierra para sembrar o que tendrían dificultades para la actividad agrícola: Extranjeros, minusválidos, familias sin padre, en fin, personas que necesitarían del apoyo social para subsistir, y que se harían acreedores de esta acción positiva por parte de la sociedad.

V. CONCLUSIONES.

Se ha evidenciado que la Torah por voluntad Estatal hace parte del ordenamiento jurídico israelí, constituyéndose en fuente formal del mismo; no es sólo literatura litúrgica, sino que además es derecho vivo, -positivo-, en el Estado de Israel, en el cual tiene actual vigencia, pero este derecho sinaítico además contiene una serie de disposiciones y directrices que se relacionan con normas e instituciones jurídicas a nivel global a pesar de haber sido dada hace más de 3.300 años; esto implica que sirve como guía jurídica para la resolución de casos concretos después de más de tres milenios de haber sido creada.

De conformidad con lo investigado, en los Estados islámicos existieron Tribunales Rabínicos, en los cuales consideramos que el derecho sinaítico tuvo alguna aplicación, y de los cuales sólo subsiste al día de hoy el Tribunal de Casablanca (Marruecos), que se limita a asuntos civiles (matrimonios, divorcios, herencias, etc.), y se encuentra integrado al poder judicial del reino magrebí; esto evidencia un pluralismo jurídico en el mundo islámico que permitió que se aplicara derecho hebraico, pero que fue extinguiéndose con el pasar del tiempo, más a pesar de lo anterior, no nos atrevemos a afirmar que la Torah hace parte del derecho positivo de Marruecos, pues no contamos con una evidencia que nos permita tal sentencia.

La Torah tiene una conexidad directa con diversos ordenamientos jurídicos incluso de carácter transnacional, con los cuales se podrían hacer muchos más ejercicios de derecho comparado que los que se desarrollaron en el cuerpo de este artículo; se conecta con principios básicos del derecho que son aplicables en diversas Naciones y vinculados con diferentes ramas del derecho, como son el derecho internacional humanitario, los derechos humanos, el derecho privado, etc.

Dado que la Torah fue entregada como un todo sin divisiones, pues como explicamos, fue posteriormente a su establecimiento que el texto se fraccionó, se

le puede entender como un código que contempla gran variedad de disposiciones relacionadas con diferentes aspectos del derecho, pero sin una clasificación u organización sistemática; por el contrario, entremezcla sus diferentes disposiciones jurídicas sin consideración a las clasificaciones del derecho que tenemos en la actualidad.

Este texto sagrado contiene una fuerte carga axiológica y filosófica, -o teológica-, que impregna a lo jurídico y que le permite adaptarse a diferentes situaciones o problemas jurídicos, de ahí deviene su carácter de fuente material del derecho; esto explica el por qué a pesar de los milenios la Torah no ha perdido su eficacia como herramienta jurídica para la resolución de nuevos conflictos particulares y sociales.

Más que la tradición religiosa, consideramos que una de las razones fundamentales para la aceptación y carácter vinculante del derecho sinaítico en la sociedad judía, es su eficacia para todos los tiempos, su adaptabilidad y capacidad para resolver los diferentes casos jurídicos que se le han presentado a través de los siglos.

Un aspecto importante a resaltar es que la Torah adopta sin mezquindad social, política y económica, a la equidad como fundamento de la convivencia y armonía social; desde hace milenios planteó la responsabilidad social, el *tikún olam* (reparar el mundo), la justicia social, y las acciones positivas en favor de los sectores más vulnerables de la población, cosa que en occidente vinimos a rescatar hasta llegado el siglo XX, con el advenimiento de los Estados Sociales de Derecho⁸⁵.

El amor en la *Torah* es un principio, por tanto impone la *tzedaka* como patrón de conducta en las relaciones jurídicas entre particulares, lo que implica cargas de responsabilidad social sobre los acreedores en favor de los deudores pobres, para que estos últimos no pierdan sus medios de abrigo o subsistencia; la *tzedaka* es la base del establecimiento de esquemas normativos socio-jurídicos para la democratización del producto agrícola obtenido por los dueños de medios de producción (la tierra), en beneficio de quienes no tienen como cultivar.

El derecho sinaítico reconoce la dignidad del ser humano y presenta una resistencia contra instituciones socioeconómicas que la vulneran, como la esclavitud y la servidumbre, por lo tanto, no asiente con facilidad la explotación económica del hombre por el hombre, instituyendo barreras que protegen a los desposeídos o a quienes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, pues es su forma de reparar al mundo. Y si bien tajantemente no prohíbe la esclavitud, sí estatuyó

85 VILLAR BORDA, L.: "Estado de derecho y Estado social de derecho", *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, 2007, pp. 82-83.

lo que consideró necesario para atenuarla, como fue la no re-victimización de la mujer cautiva, o la no delación de los esclavos fugados a los cuales se debe dar cobijo y buen trato.

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA EFE.: *Los últimos jueces del último tribunal judío en Marruecos*, <https://youtu.be/Fw9WxaZjx9k>. Fecha de consulta: 1 de febrero de 2021.

ALBA CECILIA, A.: "Derecho Judío", *Ilu*, vol. 9, núm. 11, 2004.

AMNISTÍA INTERNACIONAL: "Hacer los derechos realidad: La violencia contra las mujeres en los conflictos armados", Editorial Amnistía Internacional, 1ª ed., Madrid, 2005.

ARDESI DE TARANTUIEZ, B.: "La discriminación jurídica sobre la mujer: el caso de la Antigua Atenas", *Revista Melibea*, vol. 3, 2009.

ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco* (trad. por J. CALVO MARTÍNEZ), Alianza Editorial, 4ª ed., Madrid, 2001.

AYALA ESCORZA, M.: *Contratos civiles*, IURE editores, 1ª ed., México, 2017.

BRADFORD, T.: "Génesis lección 11 Capítulo 12", *Torah Class*. Disponible en: <https://www.torahclass.com/genesis-en-espanol/2066-genesis-leccion-11-capitulo-12>. Fecha de consulta: 25 de enero de 2021.

CARMONA CUENCA, E.: "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de estudios políticos*, núm. 84, 1994.

CASCAJERO, J.: "Escritura, oralidad e ideología. Hacia una reubicación de las fuentes escritas para la historia antigua", *Gerión*, núm. 11, 1993.

CASTAÑEDA RIVAS, N., MORALES CHAINE, Á. y PALOMINO GUERRERO, M.: "Derecho hebreo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 213/214, 1997.

CLAY TRUMBULL, H.: *The covenant of salt: As based on the significance and symbolism of salt in primitive thought*, Charles scribner's sons, 1ª ed., New York, 1899.

COHEN, A.: *El judaísmo y el surgimiento del cristianismo: La bifurcación de los caminos* (trad. por L. DUJOVNE), Departamento cultural del Congreso Judío Mundial, 1ª ed., Buenos Aires, 1956.

FORTICH, S.: *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*, Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., Bogotá, 2018.

GALINDO MARTÍN, M.: *Diccionario de economía aplicada: política económica, economía mundial y estructura económica*, Ecobook-Editorial del Economista, 1ª ed., Madrid, 2008.

GARCÉS VÁSQUEZ, P.: *El Consentimiento: Su formación y sus vicios*, Institución Universitaria de Envigado, 1ª ed., Colombia, 2014.

GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 43ª ed., México, 2002.

GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Olejnik, 1ª ed., Buenos Aires, 2018.

GINER ALEGRÍA, C.: "La libertad religiosa en el mundo islámico", *Anales De Derecho*, vol. 28, 2012.

GITLIN, H. y LIPSCHITZ, J.: "Formación política y constitucional del estado de Israel", *Lecciones y Ensayos*, núm. 21/22, 1961.

GOLDSTEIN, M.: *Derecho Hebreo, a través de la Biblia y el Talmud*, Atalaya, 1ª ed., Buenos Aires, 1947.

GONZÁLEZ, A.: "Dos visiones del derecho. La epiqueya en Aristóteles y Kant", *Persona y Derecho*, vol. 46, 2002.

HALPÉRIN, J.: "Exegesis (Escuela)" (trad. por A. BOTERO), *Revista de derecho*, núm. 48, 2017.

HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L.: *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge University Press, 1ª ed., Cambridge, 2012.

HERNÁNDEZ DÍAZ, C.: "La costumbre como fuente del Derecho", *Criterio jurídico garantista*, vol. 2, núm. 2, 2010.

IDARETA-GOLDARACENA, F.: "La tzedaká en la ética de E. Lévinas y A. Salomon: hacia una ética de mínimos para el trabajo social", *Zerbitzuan*, núm. 62, 2016.

LATORRE SEGURA, Á.: *Introducción al derecho*, Ariel, 11ª ed, Barcelona, 2004.

MARTÍN ESCUDERO, F.: "Calendario judío e islámico ¿dataciones exóticas en la península?", X Jornadas Científicas sobre Documentación: El calendario y la datación histórica. Madrid, 2011. <https://www.ucm.es/amcytme-cchistoriograficas/x-jornadas-cientificas-sobre-documentacion-el-calendario-y-la-datacion-historica>.

- MARTÍNEZ, J.: *Curso de Teoría del Derecho*, Universidad de La Rioja, España, 2013.
- MARTÍNEZ ROLDAN, L. y FERNÁNDEZ SUAREZ, J.: *Curso de teoría del Derecho*, Ariel, 4ª ed., Barcelona, 2006.
- OVIEDO SOTO, S, PARRA FALCÓN, F. y MARQUINA VOLCANES, M.: "La muerte y el duelo", *Enfermería Global*, vol. 8, núm. 1, 2009.
- PÉREZ-GARZÓN, C.: "¿Qué es justicia social? Una nueva historia de su significado en el discurso jurídico transnacional", *Revista Derecho del Estado*, núm. 43, 2019.
- ROJAS GONZÁLEZ, G.: *Filosofía del Derecho*, Editorial Universidad Católica de Colombia, 1ª ed., Bogotá, 2018.
- SCHOPF OLEA, A.: "La buena fe contractual como norma jurídica", *Revista chilena de derecho privado*, núm. 31, 2018.
- SUÁREZ, E.: *Introducción al Derecho*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, 3ª ed., Santa fe, 2020.
- TOLEDANO MORALES, R.: "La equidad como principio y política social. Análisis de sus implicaciones en educación básica", *Tiempo de Educar*, vol. 10, núm. 20, 2009.
- TORRES PROAÑO, I. y SALAZAR SÁNCHEZ, C.: *De las obligaciones y los contratos civiles*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1ª ed., Quito, 2015.
- VARO, F.: "El espacio sagrado en la Tora", *Revisiones: revista de crítica cultural*, núm. 2, 2006.
- VEGA CLEMENTE, V.: "El negocio jurídico: invalidez e ineficacia", *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 19, 2007.
- VILLAR BORDA, L.: "Estado de derecho y Estado social de derecho", *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, 2007.
- VILLAVICENCIO MIRANDA, L.: "Justicia social y el principio de igualdad", *HYBRIS Revista de Filosofía*, vol. 9, núm. especial, 2018.
- VILLORRO TORANZO, M.: "El derecho hebreo según el antiguo testamento", *Jurídica. Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, vol. 1, núm. 1, 1969.
- WELTON, M.: "International Law and Slavery", *Military Review*, vol. 88, núm. 1, 2008.

**SMART CONTRACTS: COMPETENCIA JUDICIAL
INTERNACIONAL Y DETERMINACIÓN DE LA LEY
APLICABLE**

***SMART CONTRACTS: INTERNATIONAL JURISDICTION AND
DETERMINATION OF APPLICABLE LAW***

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 560-579



Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: El imparable avance de las nuevas tecnologías de la nueva era digital en la que estamos inmersos está permitiendo cada vez una mayor automatización de todos los procesos productivos, cobrando mayor protagonismo el software y los algoritmos informáticos encargados de ejecutar automáticamente las órdenes programadas previamente. En este entorno de automatización generalizada, cobra especial relevancia los Smart Contracts (contratos inteligentes) que se pueden realizar entre las partes y que tienen la capacidad para auto ejecutarse sin mediación de terceros y basados en la revolucionaria tecnología de Blockchain (cadena de bloques). El presente estudio pretende realizar una primera aproximación al análisis de este tipo de contratación, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, con la finalidad de garantizar la tutela de los derechos de los usuarios.

PALABRAS CLAVE: Contratos; tecnología; automatización; Derecho Internacional Privado; Smart Contracts.

ABSTRACT: *The unstoppable advance of the new technologies of the new digital era in which we are immersed is allowing more and more automation of all production processes, taking on greater prominence software and computer algorithms responsible for automatically executing previously programmed orders. In this environment of generalized automation, Smart Contracts that can be made between the parties and that have the capacity to run without third party mediation and based on the revolutionary Blockchain technology are especially relevant. The present paper intends to make a first approximation to the analysis of this type of contracting, from the perspective international private law, in order to guarantee the protection of the rights of the users.*

KEY WORDS: *Contracts; technology; automation; Private International Law; Smart Contracts.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- I. Competencia judicial internacional y Smart Contracts.- A) *Relaciones contractuales entre empresas mediante Smart Contracts.*- a) Foros de competencia en el Reglamento de “Bruselas I bis” y en el Convenio de “Lugano II”.- B) *Relaciones contractuales entre empresas, consumidores y Smart contracts.*- a) *Foros de protección en el Reglamento “Bruselas I bis” y en el Convenio de “Lugano II”.*- C) *Relaciones contractuales entre empresas, consumidores, Smart Contracts y Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015.*- 2. Determinación de la ley aplicable y Smart Contracts.- A) *Ley aplicable a las relaciones contractuales entre empresas mediante Smart Contracts.*- a) Autonomía de la voluntad y elección de la ley aplicable.- b) La ley aplicable en ausencia de elección por las partes. Los ocho tipos de contratos del art. 4.1 del Reglamento “Roma I”. Conexión subsidiaria.- c) La ley aplicable en ausencia de elección por las partes del art. 4.2 del Reglamento “Roma I”.- d) Criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos del art. 4.3 del Reglamento “Roma I”. Cláusula de escape.- e) Criterio de los vínculos más estrechos del art. 4.4 del Reglamento “Roma I”. Cláusula de cierre.- B) *Ley aplicable a relaciones contractuales entre empresarios, consumidores y Smart Contracts.* III. REFLEXIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO.

Un *Smart Contract* constituye, desde el punto de vista tecnológico, un protocolo de códigos informáticos, escrito en lenguaje “máquina”, que permite a un dispositivo ejecutar de forma automatizada las secuencias previamente programadas, prescindiendo de cualquier tipo de intervención humana. Se dice, por tanto, que en el *Smart Contract* el “código es la ley”, pues cada una de las cláusulas negociales redactada según el paradigma “if X, then Y”, se ejecutará inexorablemente en la forma programada, lo que resulta ventajoso al incrementar la seguridad jurídica y ahorrar costes¹.

Se trata de una figura novedosa, dinámica, y en constante evolución, cuyos usos potenciales son infinitos. Por ahora, se está abriendo camino en el entorno financiero, donde se utiliza con mucha intensidad para instrumentar lanzamientos de iniciativas *Blockchain*. Otros posibles usos podrían ser: a) en el Comercio. Una vez comprobada por geolocalización la llegada de la mercancía, se genera automáticamente la orden de pago; b) en los alquileres. A través de una cerradura inteligente, el arrendador podría bloquear el acceso a la vivienda al inquilino una vez concluido el contrato; c) por las inmobiliarias. Un sistema similar puede permitir a la empresa abrir la puerta a un sujeto determinado para que visite la casa sin tener que enviar un comercial; d) en el sector seguros. Los datos recogidos por

1 Vid. FELLIU REY, J.: “Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado”, *Revista la Ley Mercantil*, núm. 47, Wolters Kluwer, 2018, pp. 11-12; y, en relación con los subtipos de *Smart Contracts* (*SMART CODE CONTRACT* y *SMART LEGAL CONTRACT*), <https://medium.com/@abogadovicgarcia/la-regulaci%C3%B3n-aplicable-al-smart-contract-y-sus-subtipos-smart-code-contracts-y-smart-legal-51a71babf5d1>.

• Alfonso Ortega Giménez

Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es.

los sensores de un automóvil inteligente pueden ser incorporados directamente al parte de un accidente; y/o, e) en el sector transporte. Un contrato inteligente puede permitir el pago inmediato de la indemnización al pasajero de una aerolínea en caso de retraso o cancelación de su vuelo². No obstante, su propia configuración lleva a concluir que los *Smart Contracts* no tienen, desde el punto de vista técnico jurídico, naturaleza contractual, ni tampoco que puedan considerarse inteligentes por cuanto que se limitan a llevar a cabo procesos automatizados previamente preestablecidos.

Por ahora, se está abriendo camino en el entorno financiero, donde se utiliza con mucha intensidad para instrumentar lanzamientos de iniciativas *Blockchain*, existiendo otros posibles sectores, como el inmobiliario, el comercio o el sector de los seguros, en los que los *Smart contracts* podrían tener una enorme utilidad, automatizando diversos tipos de operaciones, lo que reduciría los costes temporales y económicos de las mismas³.

Pese al nombre con el que se los conoce, los juristas no se acaban de poner de acuerdo sobre la naturaleza de estas operaciones. Debido a que se trata de una figura novedosa, en constante evolución, hace que sea obligado un estudio desde el punto de vista del Derecho: a) en general, por cuanto que se hace preciso el establecimiento de un marco jurídico que dote de la debida seguridad jurídica a las operaciones en las que intervienen los *Smart Contracts*; y b) en particular, con la finalidad de garantizar la tutela de los derechos de los usuarios, desde la perspectiva el Derecho internacional privado⁴.

Los *Smart Contracts* fomentan un nuevo tipo de relación comercial basada en la confianza en las nuevas tecnologías, ofrecen inmutabilidad y almacenamiento distribuido, que es lo que más los distingue de los acuerdos tradicionales. El imparable avance de las nuevas tecnologías está permitiendo cada vez una mayor automatización de los procesos productivos, cobrando mayor protagonismo los *softwares* y algoritmos informáticos encargados de ejecutar automáticamente las órdenes programadas previamente. En este entorno de automatización generalizada cobra especial relevancia una nueva tecnología capaz de diseñar contratos entre particulares con capacidad para auto ejecutarse sin mediación

2 Vid. "Así son los "Smart Contracts": si no paga una cuota del coche, ya no podrá abrirlo", disponible en https://elpais.com/economia/2018/12/27/actualidad/1545928372_446750.html.

3 Vid. ESPAR BOHERA, O.: "Blockchain y Smart Contracts. Su impacto en los contratos de financiación de empresas y los obstáculos a su implementación", *Diario La Ley*, núm. 9448, Sección Doctrina, 3 de julio de 2019.

4 Vid. GORDO VILLANUEVA, M.: "Smart contracts y la tecnología blockchain en el derecho contractual", *Revista Sepin Nuevas tecnologías*, (SP/DOCT/73075) 2017.

de terceros y basados en la revolucionaria tecnología de *Blockchain* (= cadena de bloques), estos son los *Smart Contracts* o contratos inteligentes⁵.

Un *Smart Contract* constituye, desde el punto de vista tecnológico, un protocolo de códigos informáticos, escrito en lenguaje "máquina", que permite a un dispositivo ejecutar de forma automatizada las secuencias previamente programadas, prescindiendo de cualquier tipo de intervención humana. Se dice, por tanto, que en el *Smart Contract* el "código es la ley", pues cada una de las cláusulas negociales redactada según el paradigma "if X, then Y"⁴, se ejecutará inexorablemente en la forma programada, lo que resulta ventajoso al incrementar la seguridad jurídica y ahorrar costes. Así, p. ej., pensemos en la siguiente situación: si el comprador de un coche deja de pagar las cuotas pactadas con la financiera; de forma automática, el contrato emite una orden a través de Internet que bloquea el acceso al vehículo, de forma que ya no puede ser utilizado. Los términos del acuerdo están inscritos en un registro inmodificable y los datos del impago proceden de una fuente fiable y segura. Así, no hace falta ir a juicio para que se ejecute lo pactado y los costes de tramitación son mínimos o nulos. Sistemas como este ya funcionan en Estados Unidos gracias a los *Smart Contracts*. En ellos, el tradicional redactado del contrato es sustituido por un código informático de tipo condicional, en el que las partes programan diferentes resultados para una variedad de posibilidades (= "si pasa A, haz B; pero si se da C, ejecuta D")⁶.

La aparición de los *Smart Contracts* (= contratos en formato electrónico y autoejecutables) es el resultado lógico del progresivo proceso de automatización en la distribución y en el internet de las cosas. En este panorama actual no es de extrañar que el cambio también llegue al mundo del Derecho, más concretamente a las relaciones comerciales ya que las empresas no pueden quedarse atascadas en el modelo tradicional contractual en estos tiempos en que todo gira en torno a las nuevas tecnologías. La evolución de los contratos no ha parado de cambiar desde que internet entro de lleno en las relaciones comerciales, es así como los *Smart Contracts* están buscando su consolidación, no solo en el ámbito comercial sino también en muchos ámbitos de la sociedad actual⁷.

Nuestro régimen jurídico integra, con matizaciones, este formato de contratación, pero conseguir un proceso totalmente automatizado implica recurrir a mecanismos de pago en red que no siempre se adaptan al tipo contractual. El uso del dinero electrónico y las monedas virtuales como el *bitcoin* cubren esta función,

5 Vid., en sentido amplio, ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Smarts Contracts y Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

6 Vid. "Así son los "Smart Contracts": si no paga una cuota del coche, ya no podrá abrirlo", disponible en https://elpais.com/economia/2018/12/27/actualidad/1545928372_446750.html.

7 Vid. FELIU REY, J.: "Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado", cit..

pero la escasa o nula regulación de las monedas virtuales dificulta la funcionalidad y seguridad jurídica del uso de las tecnologías *Blockchain*⁸.

El dinero electrónico, por su régimen de plena convertibilidad en divisa ordinaria y su inclusión en el sistema europeo de pagos es, en principio, el instrumento aparentemente más adecuado para este tipo de operaciones ya que ofrece la misma estabilidad que la divisa representada digitalmente⁹.

II. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

La contratación electrónica por medio de internet como es el caso de los *Smart Contracts* suscita un gran interés para el Derecho Internacional Privado, ya que Internet supone un contexto propiamente internacional y deslocalizado, por estos motivos en ocasiones no es viable dar respuesta a los conflictos que puedan ocasionar la contratación a través de los *Smart Contracts* a través de los regímenes jurídicos tradicionales e internos de cada Estado ya que no existe en el ámbito de Derecho Internacional Privado un sistema jurídico armonizado de los contratos concluidos a través de Internet. Cada país dispone de sus propias normas que regulan las relaciones jurídicas que surgen entre personas, a su vez, en ocasiones en un mismo Estado pueden convivir varias normativas de carácter estatal con otras de carácter local, regional o supranacional. Por lo tanto, si nos encontramos ante una situación privada cuando todos sus elementos se encuentran ubicados en un único Estado, estaríamos ante un supuesto jurídico interno, pero una vez que en una relación jurídica aparece un elemento extranjero, ya estamos ante la situación privada internacional¹⁰.

Dichas relaciones privadas internacionales, es decir aquellas, que contienen un elemento extranjero presentan mayor complejidad ya que en estas relaciones se cruzan distintos ordenamientos jurídicos, y es ahí donde entra en juego el Derecho Internacional Privado con el objetivo de aportar soluciones a las relaciones jurídicas que surgen en el ámbito transfronterizo, con principales cuestiones jurídicas a resolver como es la competencia judicial internacional y la determinación de la ley aplicable.

En este sentido la única vía factible para ofrecer soluciones para los conflictos que puedan surgir en este tipo de relaciones jurídicas contractuales a través de internet como es el caso de los *Smart Contracts* en el ámbito europeo, es aplicando

8 Vid. GALLEGO FERNÁNDEZ, L. A.: "Cadenas de bloques y registros de derechos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765.

9 Vid., en sentido amplio, ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Smarts Contracts y Derecho Internacional Privado*, cit.

10 Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2013, p. 577.

el régimen general de obligaciones contractuales regulado en los Reglamentos Europeos¹¹.

Esta relación contractual se puede ejecutar de dos formas, dependiendo de los sujetos que participan en el contrato, por lo que debemos diferenciar los *Smart Contracts* celebrados entre empresas (B2B) y los *Smart Contracts* celebrados entre empresarios y consumidores (B2C). Las diferentes circunstancias que rodean a estas relaciones contractuales, así como en especial la presencia de una parte débil en una de ellas, suponen una diferenciación en cuanto al régimen jurídico aplicable a las mismas e igualmente abren las posibilidades a la utilización de mecanismos distintos para la resolución de las controversias que pueden surgir en este ámbito.

I. Competencia judicial internacional y *Smart Contracts*.

Para determinar la Competencia Judicial Internacional y la ley aplicable a los conflictos contractuales ocasionados por los *Smart Contracts*, realizaremos el análisis desde dos perspectivas:

Desde la perspectiva de los *Smart Contracts* celebrados entre empresas (B2B).

Desde la perspectiva de los *Smart Contracts* celebrados entre empresarios y consumidores (B2C), donde existe una protección especial al consumidor por ser considerado parte débil de la relación jurídica.

Para determinar la Competencia judicial Internacional acudiremos a los instrumentos normativos siguientes: a) Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (= Reglamento “Bruselas I Bis”); b) Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre 2007 (= Convenio de “Lugano II”); y, c) Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (= LOPJ 2015).

A) Relaciones contractuales entre empresas mediante *Smart Contracts*.

Los *Smart Contracts* entre empresarios (B2B), se relacionan con el uso de Servidores Seguros, que se reconocen por su navegación mediante el Protocolo *HTTPS* y que proporciona a las empresas la posibilidad de hacer todo tipo de compra-venta a través de Internet en tiempo real, por lo que las empresas podrían usar los *Smart Contracts* en una de las fases de la contratación o en toda la

¹¹ Vid. IBAÑEZ JIMÉNEZ, J. VV.: “Smart contract y notariado español: algunas claves orientadoras”, *La Ley Mercantil*, núm. 48, junio 2018.

relación contractual. En este tipo de relación comercial no se tendrá en cuenta al destinatario final, es decir, se trata de un contrato que se concluye exclusivamente entre empresas, si incluimos el cliente final no estaríamos hablando del contrato (B2B), sino del contrato (B2C).

Para determinar la competencia judicial internacional en las controversias que pueden surgir de *Smart Contracts* entre empresas (B2B), tenemos que aplicar las reglas generales previstas en el Reglamento "Bruselas I bis" referente a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

a) Foros de competencia en el Reglamento de "Bruselas I bis" y en el Convenio de "Lugano II".

En materia contractual existe concurrencia de foros:

1º) Foro general de la sumisión expresa.

La voluntad de las partes de elegir el Tribunal sólo será válida cuando se cumplan dos requisitos. Por un lado, se debe tratar de una elección por ambas partes contratantes de un Tribunal de un Estado parte. En segundo lugar, al menos una de las partes del conflicto debe tener su domicilio en un Estado miembro. Si no se cumpliera ambas condiciones no procedería la aplicación de las reglas comprendidas en dicha disposición. Además, el pacto sobre el Tribunal competente, se debe celebrar por escrito. Con esa condición, se quiere garantizar que el acuerdo concluido entre los contratantes del Tribunal competente, se ha perfeccionado con pleno consentimiento de ambas partes. Así lo establece el art. 7 del Reglamento "Bruselas I bis" y el art. 5 del Convenio de "Lugano II", tal como señala el art. 25 del Reglamento "Bruselas I bis" y art. 23 del Convenio de "Lugano II".

2º) Foro general de la sumisión tácita.

Está previsto en el art. 26 del Reglamento "Bruselas I bis" y en el art. 24 del Convenio de "Lugano II".

El art. 26 del Reglamento "Bruselas I bis" atribuye competencia al tribunal ante el cual compareciere el demandado, salvo que el objeto de su comparecencia sea impugnar la competencia o exista otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 24.

Respecto a los foros generales sería necesario que en los *Smart Contracts* utilizados en este tipo de relación contractual, se cumplan los requisitos establecidos

en la normativa. Una de las formas para llevar a cabo las exigencias establecidas en la normativa, sería, que al desarrollar el *Smart Contract* se configure, para que ambas empresas manifiesten su acuerdo en cuanto a la competencia judicial que deseen acordar, esta configuración se almacenaría en las cadenas de bloques, siendo estos medios de prueba de que el acuerdo se llevó a cabo por ambas partes de forma voluntaria y escrita. En la aplicación de la sumisión tacita no se ve complicación ya que se establecerá cuando el demandado responda a la demanda.

3º) Foros concurrentes.

El domicilio del demandado en un Estado miembro, en principio funciona sin complejidad, siempre y cuando una empresa (demandante) que ha establecido una relación contractual por medio de un *Smart Contract* quiera iniciar un procedimiento judicial frente a la otra empresa (demandado). Se debe identificar el domicilio habitual de la empresa que se encuentra en la posición de demandado. En algunas ocasiones la identificación del domicilio del demandado podría presentar dificultad en su identificación ya que algunas empresas que operan a través de Internet proporcionan el “domicilio aparente” o incluso no dicen nada sobre su localización, este inconveniente se subsanaría a través de mecanismos como firma electrónica que se podrían usar en los *Smart Contracts*.

La normativa señala que las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, art. 4 del Reglamento “Bruselas I bis” y art. 2 del Convenio de “Lugano II”.

En materia contractual será ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, dicho lugar será el establecido por el art. 7 del Reglamento “Bruselas I bis” y art. 5 del Convenio de “Lugano II”. En los foros concurrentes quien rompe los foros es el demandante.

Como hemos señalado anteriormente el primer inconveniente que se puede plantear en relación con los contratos internacionales realizados a través de los *Smart Contracts* entre empresas (B2B), es que cabe la posibilidad de desconocer el domicilio del demandado ya que es muy común, en las contrataciones a través de los medios electrónicos que las empresas no identifiquen correctamente sus datos ni en qué Estado tienen su domicilio. Para resolver este tipo de dificultad, en la normativa nacional española se han propuesto dos soluciones, por un lado, la utilización de la firma digital y, por otro lado, es obligatorio que las empresas que actúan en el mercado económico a través de Internet se identifiquen. Por lo que al realizar un contrato mediante un *Smart Contract* se deberá tener en cuenta los datos proporcionados de ambas empresas al configurar el contrato.

B) Relaciones contractuales entre empresas, consumidores y Smart Contracts.

a) Foros de protección en el Reglamento “Bruselas I bis” y en el Convenio de “Lugano II”.

Los *Smart Contracts* aplicados a la contratación de bienes y servicios se transmiten por medio de un sistema electrónico de contratación a distancia, establecido por el vendedor, siendo comprador un consumidor, es decir, el destinatario final del producto o servicio.

En los contratos de consumo el consumidor es considerado como parte más débil dentro de la contratación internacional, por lo que tiene sus propias soluciones con el fin de protegerlos. En estos casos se aplican los arts. 17 a 19 del Reglamento “Bruselas I bis” y el Convenio de “Lugano II”, los arts. 15 a 17 cuyo ámbito de aplicación será territorio “Lugano II” (= Noruega, Islandia y Suiza).

- Si el que demanda es el consumidor: El consumidor puede demandar al empresario, a su elección, ante los tribunales siguientes: 1º) Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario, o 2º) Tribunales del país en el que estuviera domiciliado el consumidor.
- Si el que demanda es el empresario: La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor.

Empresario y consumidor pueden acudir a los tribunales expresamente pactados entre ellos. Pero, para ello, es preciso que tales pactos sean posteriores al nacimiento del litigio o permitan al consumidor formular demanda ante tribunales distintos de los indicados en el Reglamento o en el Convenio.

C) Relaciones contractuales entre empresas, consumidores, Smart Contracts y Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015.

Para la aplicación de la LOPJ 2015, en controversias a causa de un *Smart Contract* tenemos que buscar los puntos de conexión con el foro español. Será de aplicación en materia contractual el art. 22 quinquies, cuando exista autonomía de la voluntad será de aplicación el art. 22 bis.

2. Determinación de la ley aplicable y Smart Contracts.

Para la determinación de la Ley aplicable, será de aplicación el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales Reglamento “Roma I”, que resulta plenamente aplicable a la comercialización electrónica y por tanto

a los *Smart Contracts*. Al igual que en la determinación de la Competencia Judicial Internacional distinguiremos entre: relación contractual entre empresarios (B2B) mediante *Smart Contracts* y relación contractual entre empresario y consumidor (B2C) mediante *Smart Contracts*.

A) Ley aplicable a las relaciones contractuales entre empresas mediante *Smart Contracts*.

El Reglamento “Roma I” a la hora de determinar la ley aplicable a los contratos internacionales mediante *Smart Contracts* (B2B) propone dos vías:

- Por un lado, la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable.
- Por otro lado, en defecto de la anterior, el Derecho aplicable se determinará según las reglas previstas en los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I”.

a) Autonomía de la voluntad y elección de la ley aplicable.

En la contratación interna, las partes tienen plena libertad para establecer el contenido de los contratos, lo que se denomina autonomía material, regulada en el art. 1255 del Código Civil español. Sin embargo, en el ámbito internacional se habla de la autonomía conflictual. Tal autonomía se refiere a la posibilidad que tienen las partes de elegir el Derecho aplicable al contrato de naturaleza internacional, a diferencia de la autonomía material que actuaría exclusivamente en el ámbito de la ley material así elegida. El art. 3 del Reglamento “Roma I” prevé el principio de autonomía de la voluntad a la hora de determinar la ley del contrato, el apartado primero de dicha disposición permite que las partes contratantes elijan la ley que regirá el contrato. Con el término “Ley” se entiende que uno de los requisitos que debe manifestar dicha ley elegida es que debe de tratarse de un Derecho estatal, aunque la propia Exposición de Motivos del Reglamento “Roma I” no impide que las partes escojan como ley aplicable a su contrato un convenio internacional o un Derecho de naturaleza no estatal¹².

Respecto a la regla general lo establece el art. 3.1 el cual señala que el contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. Esta autonomía de la voluntad para elegir la ley aplicable tiene como límite lo establecido en las normas imperativas.

12 Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L.: *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 501.

b) La ley aplicable en ausencia de elección por las partes. Los ocho tipos de contratos del art. 4.1 del Reglamento “Roma I”. Conexión subsidiaria.

El art. 4 del Reglamento “Roma I”, regula la aplicación de la ley, en los supuestos cuando las partes contratantes no hayan acordado qué Derecho será aplicable al contrato, exceptuando algunas categorías de contratos que se regirán por un sistema especial, que son previstos en los arts. 5 (= contratos de transporte), 6 (= contratos de consumo), 7 (= contratos de seguros) y 8 (= contratos individuales del trabajo) del Reglamento “Roma I”.

En primer lugar, el art. 4.1 del Reglamento “Roma I”, se dedica determinar la ley aplicable según el tipo de contrato que se trate, previendo, que será aplicable la normativa del Estado de la residencia habitual de una de las partes del contrato o de ubicación donde se encuentra el elemento principal del contrato. Como señala este precepto la ley aplicable al contrato realizado se determinará conforme al tipo de contrato, y establece 8 tipos diferentes.

Para los contratos que no se encuentren incluidos en el apartado 4.1 se regirán por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

c) La ley aplicable en ausencia de elección por las partes del art. 4.2 del Reglamento “Roma I”.

En defecto de todo lo anterior, es decir que las partes no hayan elegido la ley aplicable o que los contratos no estén incluidos en el art. 4.1 y sea difícil determinar quién es el prestador de servicios, el reglamento ofrece la solución en el art. 4.2.

El apartado segundo del art. 4 del Reglamento “Roma I”, prevé el mecanismo de la ley aplicable para los demás contratos o para aquellos *contratos complejos* que dentro de un mismo contrato impliquen diversos tipos contractuales del apartado primero del mismo artículo, la normativa aplicable será la del Estado de la residencia habitual del contratista que debe ejecutar la prestación característica prevista en el acuerdo. Aunque el Reglamento “Roma I” no incluye el significado de prestación característica, podemos precisar la noción de dicha prestación como aquella que se refiere a la obligación del contrato que describe el tipo de acuerdo, y muestra su función económico-jurídica¹³. Por la regla general, para localizar en un contrato la prestación característica se suele atender a aquella parte del acuerdo y a aquella persona contratante que debe de realizar la contraprestación que consiste en el pago de dinero, ya que el objeto y la esencia del contrato será dicho pago. Sin embargo, en aquellos contratos cuando no será posible determinar la

13 Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p.563.

prestación característica en base al pago de dinero, la regla anterior no será de aplicación y habrá que buscar otros criterios, como la diferente responsabilidad o riesgo que cada prestación supone, para identificar dicha prestación característica.

Donde más dificultades pueden suscitar para poder localizar la prestación característica, es en el ámbito del moderno tráfico mercantil, en el que se extienden contratos atípicos, como el supuesto de los *Smart Contracts*, contratos de *joint-venture*¹⁴ o contratos de *co-branding*¹⁵, en ocasiones este tipo de contratos encajaran en alguno de los contratos previstos en el apartado primero del art. 4 del Reglamento “Roma I”, como son los contratos de distribución o de franquicia. En otras ocasiones nos encontraremos con limitaciones y dificultades para poder determinar el Derecho aplicable de estos contratos atípicos, como es el supuesto de los contratos sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual.

En aquellos casos donde no se pueda identificar la prestación más característica de un contrato o del conjunto de los elementos que componen un contrato, habrá que analizar cada supuesto individualmente a la condición de los vínculos más estrechos que presenta el acuerdo con un determinado ordenamiento jurídico, ya que no cabe la posibilidad de aplicar varias normativas de distintos países como las leyes aplicables al contrato mixto.

d) Criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos del art. 4.3 del Reglamento “Roma I”. Cláusula de escape.

El criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos del art. 4.3 de Reglamento “Roma I” operará en aquellos supuestos, cuando el contrato de que se trate no se identificará con ninguno de los previstos en el apartado primero del art. 4 del Reglamento “Roma I”, o cuando no se pueda identificar cuál es la residencia habitual del prestador característico. Así, el art. 4.3 del Reglamento “Roma I” prevé la llamada cláusula de escape, con el principal objetivo de impedir que a los contratos internacionales se apliquen una normativa de un determinado país que no presenta vínculos manifiestamente más estrechos. El legislador europeo a la hora de elaborar la cláusula de escape analizo la importancia del interés de los contratantes y del propio comercio internacional ya que iría en contra de dichos intereses aplicar una normativa que no tiene ninguna vinculación con el acuerdo. Por otro lado, dicha cláusula de escape corresponde a la condición de proximidad que debe de mantener el acuerdo y ley aplicable. Según dicha norma, el principio de los vínculos manifiestamente más estrechos es una herramienta

14 El acuerdo *joint-venture* se refiere al pacto entre dos o más empresas diferentes de asociarse o juntarse con el fin de realizar un proyecto de negocio en común.

15 El contrato *co-branding* se refiere a la asociación de marcas de compañías diferentes para posteriormente crear marcas conjuntas o para crear entre diferentes empresas que venden el mismo producto sitios web compartidos.

que desempeña una función correctora de las opciones previstas en los apartados primero y segundo del art. 4 del Reglamento "Roma I".

e) Criterio de los vínculos más estrechos del art. 4.4 del Reglamento "Roma I". Cláusula de cierre.

Por otra parte, la regla prevista en el apartado cuarto del art. 4 del Reglamento "Roma I" será de aplicación en los supuestos cuando los acuerdos no se identificarán con ningún tipo del contrato previsto en el apartado primero del mismo artículo, y tampoco será posible determinar la residencia habitual de la parte del acuerdo que debe realizar la obligación característica, a estos contratos se aplicará la normativa del Estado con la que presente los vínculos más estrechos.

La opción que ofrece el art. 4.4 del Reglamento "Roma I" en este caso actúa como una cláusula de cierre para determinar el Derecho aplicable al contrato. El Reglamento "Roma I" no contiene ninguna precisión que se debe de entender por la vinculación más estrecha, aparte de la indicación en su Preámbulo, que a la hora de precisar el Estado con el que el acuerdo presenta los vínculos más estrechos hay que tener en cuenta, entre otros aspectos, si el acuerdo guarda una relación muy estrecha con otro acuerdo o varios acuerdos. Con ocasión, será necesario acudir a la regla del apartado cuarto del art. 4 del Reglamento "Roma I", cuando el contrato estará compuesto por más de un contrato regulado en el apartado primero del mismo artículo, ya que en estos supuestos cuando se trata de los contratos mixtos muchas veces suele ser difícil determinar cuál es la prestación característica.

Recapitulando lo que establece el art. 4 del Reglamento "Roma I", podemos ver que nos ofrece tres soluciones:

- Por el art. 4.1 tenemos ocho tipos de relaciones contractuales a las que se puede aplicar este artículo.
- Por el art. 4.2, cuando no cabe el 4.1, el contrato se regirá por ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación, es decir el vendedor.
- El art. 4.3 y 4.4, se dan en los vínculos más estrechos y actúan como cláusula de cierre.

Analizando los arts. 3 y 4, del Reglamento "Roma I" podemos señalar lo siguiente:

- El contrato se regirá por la ley elegida por las partes.

- A falta de elección se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual.
- El contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual.

B) Ley aplicable a relaciones contractuales entre empresarios, consumidores y Smart Contracts.

De la misma forma que en la Competencia Judicial Internacional se considera al consumidor la parte más vulnerable de la relación comercial por lo que se le establece mayor protección. En este tipo de relación contractual es frecuente que la elección de la Ley sea, una Ley impuesta por el empresario o profesional al consumidor, por lo que el consumidor no tiene otra salida que aceptar dicha elección si quiere contratar.

En general, todo contrato celebrado entre profesional y consumidor está cubierto por el art. 6 del Reglamento “Roma I”. En el caso de contratos celebrados por consumidores en las condiciones materiales, subjetivas y espaciales exigidas por el art. 6 Reglamento “Roma I”, el contrato se regirá por la Ley elegida por los contratantes siempre que dicha elección no comporte, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado I del art. 6 Reglamento “Roma I”. Por tanto, si la Ley elegida por las partes ofrece una protección jurídica al consumidor que resulta inferior a la que brindan las disposiciones imperativas de la Ley del Estado de la residencia habitual del consumidor, dicha Ley elegida no se aplicará al contrato. En defecto de una válida elección de Ley, el contrato de consumo se regirá por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor.

Una vez analizado la normativa correspondiente para la determinación de la Ley aplicable, debemos señalar que para poder aplicar las reglas previstas en los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I” en los *Smart Contracts* hay que tener en cuenta dos aspectos:

- Por un lado, la situación física de los servidores, ya que dicho lugar del servidor a la hora de determinar el Derecho aplicable a un contrato celebrado entre empresas a través *Smart Contracts* será irrelevante.
- Por otro lado, debemos tener en cuenta la posibilidad de la sede aparente del prestador característico, ya que a menudo, la parte contratante que se considera ser el prestador característico tiene su establecimiento en un Estado determinado, pero en su página web se puede presentar como si fuera una compañía de otro Estado.

Cuando se pueda demostrar de modo evidente que el contrato internacional celebrado a través *Smart Contracts* entre empresas, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un determinado Estado, el acuerdo se regirá por la normativa de dicho Estado. Asimismo, se acoge a la normativa de un determinado Estado que presenta los vínculos más estrechos con el acuerdo y cuando las reglas de los apartados uno y dos del art. 4 del Reglamento “Roma I” para la determinación de la Ley aplicable a este tipo de contrato no proceden.

De esta forma, la determinación del Derecho aplicable a los *Smart Contracts* entre empresas (B2B) procederá, en primer lugar, cuando no sea posible determinar cuál es la prestación característica del acuerdo, en segundo lugar, cuando en el momento de conclusión del contrato no se conocerá la sede del prestador, y, por último, cuando en el contrato se prevea que la prestación característica se debe realizar desde dos distintos países. Debido a las características singulares de los *Smart Contracts* siendo la principal su auto ejecución, cabe señalar que en este tipo de relaciones contractuales las controversias que puedan llegar a surgir serán mínimas, ya que los *Smart Contracts* están programados para que la ejecución del contrato se realice de forma segura para ambas partes, el conflicto que puede surgir de este tipo de relación contractual será posteriormente y es ahí donde entrarían las normas del Derecho Internacional Privado.

Es cierto que aún quedan bastantes consideraciones legales por resolver con respecto a los *Smart Contracts*, como el derecho al olvido. Pero el mundo, y sus legislaciones, ya se están abriendo a ellos, por ejemplo, en Arizona (Estados Unidos) se ha determinado que tienen el mismo estatus legal que los contratos tradicionales¹⁶.

Es importante destacar que en el futuro es muy probable que, los informáticos deban estudiar regulaciones normativas a un nivel superficial para evitar conflictos de base, y los abogados deban tener al menos conocimientos básicos de programación para entender las limitaciones de la tecnología y ayudar a compatibilizarla con la normativa vigente.

Un tratamiento específico merece la utilización de los *Smart Contracts* a los efectos de acreditar transacciones u otras circunstancias objeto de registro mediante esa tecnología. En principio, las exigencias de forma en relación con una determinada transacción vendrán determinadas por la ley aplicable a la validez formal (en particular, conforme a lo dispuesto en el art. 11 del Reglamento “Roma I”, sin perjuicio de la aplicación de reglas propias en el caso de ciertas exigencias derivadas de la legislación sobre consumidores o propiedad intelectual, así como

¹⁶ Esta decisión constituye la primera resolución a gran escala para la legalización de la tecnología y para su aplicación en una gran cantidad de actividades del día a día. La noticia fue publicada por el *Diario Bitcoin* el 5 de abril del 2017: <https://cutt.ly/LZyoJJ>.

la eventual incidencia de reglas especiales como la del art. 25.2 Reglamento “Bruselas I bis” con respecto a la forma escrita en la contratación electrónica, presupuesto de la eficacia de los acuerdos atributivos de competencia). Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la eficacia probatoria de los *Smart Contracts* para acreditar transacciones u otras circunstancias en el marco de procesos judiciales vendrá en principio determinada, en tanto que cuestión procesal, por la *lex fori*¹⁷.

III. REFLEXIONES FINALES.

PRIMERA.- Los contratos inteligentes... ni son “contratos” ni son “inteligentes”: esta es la principal reflexión que se extrae de todo lo estudiado en el presente trabajo, y es la más paradójica, alcanzándose una vez que se profundiza en el estudio de la naturaleza y características de los *Smart Contracts*, pero, ¿por qué decimos que no son contratos?, que exista un código dentro de una *Blockchain* que active automáticamente una operación al cumplirse una condición no es un contrato en sí, sino la ejecución de un contrato que ya existía. Previamente, las partes han llegado a un acuerdo formal y el hecho de que eso se ejecute a través de una cadena de bloques o de cualquier otra plataforma es irrelevante para que sea considerado un contrato; ¿Por qué decimos que no son inteligentes?, pues debido a que, en la mayoría de los casos, se tratan de una mera automatización de órdenes básicas previamente establecidas, lo cual, en definitiva, no puede considerarse como muy inteligente.

Es cierto que sus usos potenciales son infinitos. Se trata de una figura novedosa, dinámica, y en constante evolución, cuyos usos potenciales son infinitos. Por ahora, se está abriendo camino en el entorno financiero, donde se utiliza con mucha intensidad para instrumentar lanzamientos de iniciativas *Blockchain*. Otros posibles usos podrían ser: a) en el Comercio. Una vez comprobada por geolocalización la llegada de la mercancía, se genera automáticamente la orden de pago; b) en los alquileres. A través de una cerradura inteligente, el arrendador podría bloquear el acceso a la vivienda al inquilino una vez concluido el contrato; c) por las inmobiliarias. Un sistema similar puede permitir a la empresa abrir la puerta a un sujeto determinado para que visite la casa sin tener que enviar un comercial; d) en el sector seguros. Los datos recogidos por los sensores de un automóvil inteligente pueden ser incorporados directamente al parte de un accidente; y/o, e) en el sector transporte. Un contrato inteligente puede permitir el pago inmediato de la indemnización al pasajero de una aerolínea en caso de retraso o cancelación de su vuelo¹⁸. No obstante, su propia configuración lleva a concluir que los *Smart*

17 Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “Smart Contracts, blockchain, derechos de autor y Derecho internacional privado”, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/06/smart-contracts-blockchain-derechos-de.html>.

18 Vid. “Así son los Smart Contracts: si no paga una cuota del coche, ya no podrá abrirlo”, disponible en https://elpais.com/economia/2018/12/27/actualidad/1545928372_446750.html.

Contracts no tienen, desde el punto de vista técnico jurídico, naturaleza contractual, ni tampoco que puedan considerarse inteligentes por cuanto que se limitan a llevar a cabo procesos automatizados previamente preestablecidos.

La auténtica revolución sería aplicar técnicas de aprendizaje automático para que ese código sea capaz de hacer valoraciones subjetivas por sí mismo, como determinar si una sociedad está válidamente constituida para después ejecutar sobre ella esas órdenes¹⁹.

SEGUNDA.- El surgimiento de los *Smart Contracts* crea la necesidad de reflexionar, desde el Derecho internacional privado, sobre el marco jurídico más apropiado a los requerimientos que este fenómeno ira generando a medida que su uso se vaya generalizando. Con el crecimiento del comercio internacional y la aparición de nuevas tecnologías que facilitan las contrataciones de bienes y servicios entre empresas sin tener en cuenta la ubicación geográfica, el Derecho internacional privado, ha elaborado respectivos Reglamentos, con el fin, de aportar la mayor seguridad jurídica posible para dichos intercambios comerciales.

En cuanto el Reglamento “Bruselas I bis”, que facilita una serie de reglas para determinar la competencia judicial internacional para los supuestos litigiosos en materia contractual²⁰, contiene suficientes foros de competencia judicial internacional para que ninguna obligación incumplida se quede sin justicia, pero hay que señalar que ha sido redactado por el legislador europeo sin tener en cuenta las contrataciones electrónicas, es por este motivo que se necesitaría una normativa adaptada a la contratación online entre empresas, ya que sería más precisa y resolvería todas las posibles dudas que ocasiona dicha materia.

En cuanto al Derecho aplicable a los contratos internacionales de carácter electrónico, debemos atender a las reglas generales del Reglamento “Roma I”. Dicho Reglamento a la hora de ser elaborado por el legislador europeo tampoco ha tenido en cuenta los contratos que se concluyen a través de Internet entre empresas por lo que también sería conveniente tener una normativa específica para este tipo de contratos, porque aportaría una mayor seguridad jurídica.

El Reglamento “Roma I” establece, como criterio para decidir la ley aplicable, la autonomía de los contratantes. Las partes pueden escoger la ley aplicable. Atención, pues, a las cláusulas del *Smart Contract*. La elección debe manifestarse expresamente o ser inequívoca. Si las partes no lo fijan en el contrato, se aplicará

19 Vid. https://retina.elpais.com/retina/2018/03/05/tendencias/1520249835_156767.html.

20 Se pueden, de forma alternativa, someter las controversias derivadas de los *Smart Contracts* al arbitraje. Vid., en este sentido, en relación con la propuesta de una cláusula arbitral para los *Smarts Contracts*, <https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercio-electronico/propuesta-de-clausula-compromisoria-para-el-contrato-inteligente-smart-contract>.

la ley de la residencia habitual o administración central de la parte que realizará la “prestación característica” del contrato. Por ejemplo: prestación del servicio o entrega del software. Y, el Reglamento “Roma I” establece también la ley aplicable, cuando las partes no lo fijaron. Muchos de estos casos son aplicables a *Smart Contracts*. Por ejemplo: la compra de mercancías se rige por la ley de residencia del vendedor, el contrato de servicios por la residencia del prestador, la franquicia o distribución por la del franquiciado o distribuidor. Los contratos de transporte, por la ley de la residencia del pasajero, los contratos de consumo, por la del consumidor.

Tras el Reglamento “Roma I”, será de aplicación el art. 10.5 del Código Civil, que reconoce la autonomía de la voluntad, siempre que se escoja la ley aplicable de forma expresa y que tenga alguna conexión con el negocio. En su defecto, se aplicará la ley nacional común a las partes; o de residencia habitual común, y, finalmente, la ley del lugar de celebración del contrato.

Los contratos inteligentes no son problemáticos para el Derecho internacional privado también porque el principio de autonomía de las partes permite a las partes de un “contrato inteligente” especificar las leyes nacionales a las que se someterá ese contrato. Incorporado en el art. 3 del Reglamento “Roma I”, el principio de la autonomía de las partes permite a las partes someter su contrato a la ley que deseen y sin requerir una conexión territorial con esa ley. Sin embargo, existe cierta controversia sobre la forma en que este principio podría mantenerse con respecto a los contratos inteligentes. Es difícil ver, sin embargo, cómo se puede representar una elección de ley de manera algorítmica (‘if-this-then-then-that’). Sobre la base del Reglamento Roma I, la ley aplicable se determina por el principio de la autonomía de las partes. Para la mayoría de los contratos, no se requiere un formulario específico para la definición de los términos. Por lo tanto, debería ser posible (técnica y legalmente) incluir una cláusula de elección de ley en un contrato inteligente. Las partes podrían incluso acordar e implementar una función específica de contrato inteligente que, si se ejecuta, responde con el mensaje: Este contrato ha sido interpretado de acuerdo con la ley suiza y se rige por ella. Si bien, esa elección de la ley también puede incluirse en un acuerdo fuera de un contrato inteligente dado.

En definitiva, el mundo jurídico aún tiene que asimilar plenamente las nuevas realidades de la tecnología, incluidos los contratos inteligentes. Así que, en última instancia, la respuesta a esta pregunta estará en los procesos legales individuales en jurisdicciones de todo el mundo (y con su ley aplicable correspondiente).

BIBLIOGRAFÍA

DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: "Smart Contracts, blockchain, derechos de autor y Derecho internacional privado", disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/06/smart-contracts-blockchain-derechos-de.html>.

ESPAR BOHERA, O.: "Blockchain y Smart Contracts. Su impacto en los contratos de financiación de empresas y los obstáculos a su implementación", *Diario La Ley*, núm. 9448, Sección Doctrina, 3 de Julio de 2019.

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L.: *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

FELIU REY, J.: "Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado", *Revista la Ley Mercantil*, núm. 47, Wolkers Kluwer, 2018.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2013.

GALLEGO FERNÁNDEZ, L. A.: "Cadenas de bloques y registros de derechos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765.

GORDO VILLANUEVA, M.: "Smart contracts y la tecnología blockchain en el derecho contractual", *Revista Sepín Nuevas tecnologías*, (SP/DOCT/73075) 2017.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: "Smart contract y notariado español: algunas claves orientadoras", *La Ley Mercantil*, núm. 48, junio 2018.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Smarts Contracts y Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

ÚLTIMAS SENTENCIAS EN MATERIA DE CLÁUSULAS
ABUSIVAS. ESTADO DE LA CUESTIÓN

LAST JUDGMENTS ON UNFAIR TERMS. STATE OF THE QUESTION

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 580-621



María José
REYES LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: Este trabajo analiza las recientes sentencias del TJUE falladas durante el año 2023 sobre la validez de determinadas cláusulas abusivas, en concreto: honorarios profesionales, moneda extranjera, comisión de apertura e IRPH y su repercusión en la aplicación del derecho nacional.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario; cláusulas abusivas; comisión de apertura; IRPH; honorarios profesionales; contratos consumidores; divisa extranjera.

ABSTRACT: *This paper analyzes recent judgements of the European Court of Justice ruled during the year 2023 on the validity of certain unfair terms, specifically: professional fees, foreign currency, opening commission and IRPH and its impact on the application of national law.*

KEY WORDS: *Mortgage loan; unfair terms; opening commission; IRPH; professional fees; consumer contracts foreign currency.*

SUMARIO.- I. CLÁUSULAS ABUSIVAS.- 1. Introducción.- 2. Cláusulas no negociadas individualmente.- 3. El control de transparencia.- 4. Concepto y presupuestos de las cláusulas abusivas.- 5. Control de abusividad y transparencia material.- 6. Comunicación de la Comisión.- 7. El principio de transparencia reconocido normativamente.- II. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE. 1. Cláusulas abusivas en un contrato de prestación de servicios jurídicos.- A) *La información previa al contrato.*- 2. Cláusulas sobre comisión de apertura.- A) *La STJUE de 16 de marzo de 2023.*-3. Cláusulas indexadas en moneda extranjera.- A) *Regulación en la LCCL.*- 4. Cláusulas sobre el IRPH III. CONCLUSIONES.

I. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

I. Introducción.

Durante el tiempo que lleva transcurrido este año el TJUE ha publicado tres sentencias y un auto que inciden sobre los intereses económicos de las personas consumidoras. La primera de ellas, la STJUE 12 enero 2023 declara el carácter abusivo de una cláusula en la que una abogada impone los honorarios profesionales a un consumidor basándose en el criterio de minutación por horas en. Las dos restantes, ambas de 16 de marzo, están referidas a la validez de cláusulas contenidas en préstamos hipotecarios, en concreto de la cláusula indexada a moneda extranjera y de la comisión de apertura. Finalmente, el ATJUE se pronuncia nuevamente sobre el IRPH.

No es la primera vez que el TJUE se pronuncia sobre el carácter de estas cláusulas, cuyo criterio reitera estableciendo pautas sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE. Tampoco es la primera vez que la influencia del derecho comunitario opera sobre aspectos sustanciales en el ámbito del derecho de consumo, que ha sido el causante de importantes modificaciones en el derecho civil, particularmente en el de la contratación en masa, que necesariamente requiere cuestionar si el consumidor se encuentra en situación de indefensión frente a la parte predisponente. Por ello, realmente su importancia reside en que los tres últimos pronunciamientos vienen a consolidar criterios sobre estas materias que habían resultado controvertidas en el ámbito del derecho interno mientras que el primero de ellos ahonda en la configuración de la relación del abogado con su cliente.

El punto de partida se centra en las dudas que desde siempre ha generado la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Partiendo de esa circunstancia, el presente trabajo se instrumenta en dos partes. En la primera

• **María José Reyes López**

Catedrática de derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: maria.j.reyes@uv.es

de ellas, de alcance general, se concreta el control de transparencia y abusividad, a la luz de los criterios expuestos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) mientras que, en la segunda, se analizan los últimos pronunciamientos del TJUE que inciden en cuatro materias sobre las que se cierne el interrogante de esta última tomando como premisa la primacía del derecho de la UE sobre el derecho interno¹ y el mandato contenido en el art. 4 bis LOPJ².

2. Cláusulas no negociadas individualmente.

El concepto de cláusula no negociada trae causa del art. 3.2 de la Directiva 13/93/CEE, que considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular, en el caso de los contratos de adhesión.

El elemento de la predisposición es el factor fundamental que hace que los adherentes a estas cláusulas sean merecedores de una tutela especial que sólo afectará a las cláusulas empleadas en contratos con consumidores o usuarios.

El artículo 80.1 TRLGDCU establece los presupuestos que deben cumplimentar estas cláusulas sin perjuicio de que, como determina el art. 59 TRLGDCU, los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación quedan sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Así pues, sus apartados a) y b) se refieren a la redacción o formulación del contenido contractual, así como al “procedimiento” necesario para que queden incorporadas al contrato. El apartado c), en cambio, contempla el denominado “control de contenido”.

Al tratarse de cláusulas predisuestas se insiste en todos los elementos que puedan facilitar la comprensión al adherente, que prácticamente reproduce el contenido de lo dispuesto en los arts. 5 y 7 LCCG, si bien, así como a todo contrato con condiciones generales se le impone un control de inclusión en los términos previstos en dichos preceptos, cuando se trate de un contrato celebrado con un consumidor procederá realizar además un control de contenido tal y como establecen los artículos 80 y 82 y ss. TRLGDCU, añadiendo otro control previo al de contenido, que es el denominado de transparencia.

1 Criterio reiterado en la STS 24 febrero 2017 (RJ 2017, 602).

2 Art. 4 bis LOPJ: “1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes”.

De este precepto derivan tres obligaciones que deben reunir las cláusulas predispuestas:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Esta obligación queda vinculada con la redacción de las cláusulas, que exige que estén escritas de forma que puedan ser comprendidas por el consumidor medio sin grandes esfuerzos, para lo que precisa que su redacción sea clara y no induzca a confusión.

Este primer apartado persigue que el consumidor pueda tener un conocimiento acertado de las condiciones del contrato antes de su firma para lo que se exige que se facilite su entrega sin reenvíos a otros textos, sin perjuicio de que se mencione su existencia en el documento contractual. La valoración de esta exigencia de claridad y de comprensibilidad de las cláusulas pactadas es lo que se conoce como control de transparencia, cuyo propósito es que el consumidor tenga un conocimiento real de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato.

Dicha claridad y comprensibilidad en las cláusulas está enfocada fundamentalmente al conocimiento del objeto principal del contrato y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Así lo estableció la STS 9 mayo 2013³ y ha sido reiterado posteriormente por otras muchas⁴. También dicho pronunciamiento determina que para evitar el control de contenido es necesario superar el segundo control de transparencia también llamado control de comprensibilidad real.

b) Accesibilidad y legibilidad

La segunda obligación consiste en la aportación de los documentos necesarios por parte del empresario al consumidor. Estos deben poder conocerse y leerse directamente, lo que impide reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, además de que debe hacerse una referencia expresa de su existencia en el documento contractual, ha de facilitar un ejemplar y constar la aceptación de la otra parte mediante la firma.

De manera explícita se exige que reúnan el requisito de accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún

3 STS 9 mayo 2013, (RJ 2013, 3088).

4 SSTs 9 marzo 2017 (RJ 2017, 977) y 29 enero 2018 (RJ 2018, 199) entre otras.

caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

El modo de procurar la accesibilidad ha de adaptarse a la forma del contrato y al procedimiento empleado para la contratación. La legibilidad afecta al clausulado que se presente por escrito, tanto en contratos que se celebran por escrito como en los orales en los que la información también precise lectura. Además, la información deberá ser legible siempre que se facilite en un “soporte duradero” y ha de facilitarse al menos, en castellano (arts. 60.4 y 98.I TRLGDCU).

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

El primero de estos conceptos está vinculado con el modo de imposición del contenido contractual mientras que la valoración de si existe o no proporcionalidad entre los derechos y obligaciones de ambas partes requiere ser ponderado en cada concreta situación.

El primer presupuesto reside en la valoración de un comportamiento dentro de lo que marcan los cánones de lealtad que rigen en las relaciones negociales mientras que el segundo se basará en que la relación establecida no suponga imposiciones que causen perjuicios notorios al consumidor porque las cláusulas del contrato se hayan fijado en interés exclusivo del empresario. En todo caso, cada relación contractual habrá de enjuiciarse en relación con los usos y costumbres, atendiendo a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa, siendo un criterio determinante que no prevalezca el interés exclusivo del predisponente. Sin embargo, como establecen las SSTS 11 mayo 2022⁵ y 18 enero 2022⁶ para que la cláusula sea abusiva no es preciso que se aprecie deslealtad o mala fe subjetiva en la entidad predisponente⁷.

3. El control de transparencia.

Constatado el hecho de que la transparencia formal no garantizaba que el consumidor dejase de quedar indefenso y, dado que el control de transparencia

5 STS 11 mayo 2022 (RJ 2022, 2185).

6 STS 18 enero 2022 (RJ 2022, 55).

7 Este criterio queda concretado en la STS 11 junio 2020 (Tol 8010223), que señala que “Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato”. Además, identifica perfectamente los dos filtros que deben pasar las estipulaciones predispuestas: “el primero de los filtros mencionados (...), consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración (...)”.

no se define, ni en el TRLGDCU, ni en la LCGC, ni tampoco en la Directiva 93/13/CE, con carácter previo a la doctrina del TJUE, la STS 9 mayo 2013 configuró jurisprudencialmente el principio de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, declarando la falta de transparencia de las cláusulas suelo contenidas en un contrato de préstamo hipotecario.

Este segundo filtro consiste en verificar si el consumidor tiene conocimiento real de las consecuencias económicas que se desprenden de la suscripción de dicha cláusula, de forma que cuando no se supere dicho control se tendrá que analizar si la cláusula es abusiva o no. Para ello, se amplió el concepto de transparencia extendiéndolo a la comprensión de los términos en los que estaban redactadas las cláusulas poniendo el punto de atención en si el consumidor entendía el alcance la repercusión económica que suponía su aceptación. Así pues, a la tradicional formulación del principio de protección de los consumidores con base exclusivamente en el control de contenido, es decir, con relación al principio de “equilibrio en las prestaciones”, se añade otra vertiente, propia y diferenciada, un específico control de transparencia en aras a la comprensibilidad real del clausulado predispuesto, a través de nuevos y especiales “deberes de configuración negocial” a cargo del predisponente de incorporar a la reglamentación todos aquellos criterios o elementos necesarios que faciliten, de un modo objetivado y estandarizado, la comprensión material de la reglamentación predispuesta, de forma que se hace preciso analizar si la reglamentación predispuesta “cumplió” con los estándares de transparencia real exigibles, esto es, si resultó clara y comprensible, para cualquier consumidor medio, la transcendencia económica y jurídica que comportaba la ejecución de la cláusula objeto de control.

Como explica dicho pronunciamiento en sus párrafos 210 y 211, el control de incorporación exige el cumplimiento de los arts. 5.5 y 7 LCGC y 80.I TRLGDCU; esto es, la redacción debe ser clara y sencilla, y la información facilitada al consumidor debe ser accesible y posibilitar el conocimiento de dichas cláusulas por parte del contratante y, una vez superado dicho control debe someterse al “control de transparencia” propiamente dicho, que tiene por objeto “que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica... como la carga jurídica” es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo, que exige que “la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

En este segundo examen, como señala la STS 9 mayo 2013, en su epígrafe 211, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

Dicha resolución establece dos criterios que resumen el rol de la transparencia en los contratos no negociados: a) El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) La declaración de transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Posteriormente este alcance de la transparencia pasó a ser aplicado por el TJUE desde su sentencia de 20 septiembre 2017⁸.

4. Concepto y presupuestos de las cláusulas abusivas.

Son cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato⁹.

En atención a la descripción realizada en el inciso final del decimosexto considerando de la Directiva 93/13/CEE la valoración del actuar por parte del empresario de forma contraria a la buena fe dependerá del cumplimiento por parte de los profesionales de sus obligaciones de manera leal y equitativa respecto a la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta.

El carácter abusivo de una cláusula se vincula a la idea de desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se deriven del contrato. Valorar esta situación requiere someter dicha relación a un control de su contenido que

⁸ STJUE 20 septiembre 2017 (TJCE 2017, 171).

⁹ Como reitera la STS 15 febrero 2022 (RJ 2022, 1288) estas cláusulas sólo pueden apreciarse en las relaciones entre consumidor y empresario.

deberá hacerse en relación con el marco del contrato en cuestión, así como por las normas derivadas de los usos negociales y de la buena fe entre otros criterios, a lo que debe sumarse, tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. Dicho desequilibrio no necesariamente tiene que proyectarse en aspectos económicos, sino que también puede estar relacionado con los derechos de los consumidores. Al respecto, el TJUE en sus sentencias de 21 de febrero, 14 de marzo, 21 de marzo y 30 de mayo de 2013¹⁰, reiteró que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor está en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en la capacidad de negociación, como en información. Dicha situación le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en su contenido, revistiendo, conforme al artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y sobre las consecuencias de dicha celebración, debiendo éste decidir si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional, basándose precisamente en esa información. Estas circunstancias habrá que valorarlas teniendo en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. A este respecto, el juez nacional podrá apreciar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual. También la posterior STJUE 16 enero 2014¹¹ analiza y matiza el concepto de desequilibrio importante, resolviendo en su apartado 22 que, para determinar su existencia, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor por otro pues, como señala en su apartado siguiente “un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o bien que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas esenciales”.

10 SSTJUE 21 febrero 2013 (TJCE 2013, 46); 14 marzo (TJCE 2013, 89), 21 marzo (TJCE 2013, 93) y 30 mayo 2013 (TJCE 2013, 194).

11 STJUE 16 enero 2014 (TJCE 2014, 7).

5. Control de abusividad y transparencia material.

A diferencia de lo que sucede con las condiciones generales de la contratación, la valoración de la abusividad de una o varias cláusulas del contrato se centra en un control sobre el contenido de los acuerdos contractuales. Que las estipulaciones no se ajusten al principio de transparencia es el primer presupuesto permite analizar si la cláusula es abusiva o no. Este control sólo se puede aplicar en las relaciones entre consumidor y empresario.

Inicialmente en el derecho interno se cuestionó si el control de abusividad podía recaer sobre el objeto principal del contrato puesto que la normativa interna no recogió el art. 4.3 de la Directiva 93/13/CEE, que excluía dicho control si la cláusula era transparente.

Tras las SSTs 18 junio 2012¹² y 9 mayo 2013 se entendió que la redacción dada en la LCGC y TRLGDCU debía entenderse en el mismo sentido que la directiva; esto es, que la valoración de abusividad no procedería cuando afecte al precio o al objeto principal del contrato siempre que la cláusula fuera transparente. A contrario sensu, cuando la cláusula no sea transparente deberá someterse al control de abusividad. No obstante, el TJUE salvó dicha omisión al declarar en su STJUE 20 septiembre 2017, que “Con carácter preliminar, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la exigencia de redacción clara y comprensible se aplica incluso cuando una cláusula está comprendida en el concepto de “objeto principal del contrato” o en el de “adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra”, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 68). Más recientemente, este mismo criterio fue mantenido en la STJUE 3 marzo 2020, asunto C-125/18, caso Gómez del Moral Guasch¹³, que aclara que “los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro”.

Sobre dichas premisas, el iter jurisprudencial se fraguó sobre la interpretación de los arts. 4 a 8 de la Directiva 93/13/CE, atendiendo de manera prevalente a delimitar los elementos que forman parte del precio y del objeto principal del contrato, así como el alcance del control de transparencia y abusividad en las cláusulas no negociadas.

¹² STS 18 junio 2012 (RJ 2012, 8857).

¹³ STJUE 3 marzo 2020 (Tol 7793171).

Con relación a si el precio podía ser objeto de control de transparencia, en un principio se consideró que, en nuestro sistema cabe el control de contenido de los elementos esenciales del contrato, aunque sean claros y comprensibles, como puso de manifiesto la STCE de 3 de junio de 2010¹⁴ aunque no se hubiese transpuesto el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE. La posterior STS 18 junio 2012 modificó dicho criterio, si bien lo hizo, obiter dicta, pasando a entender que el control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato. Sin embargo, la STJUE 21 diciembre 2016¹⁵ rechazó que el control de transparencia material aplicado en la STS 9 mayo 2013 resultase ajeno al control de la Directiva 93/13/CEE¹⁶. En particular, su apartado 51 declaró que “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”. Dicha sentencia declaró además que el control de transparencia alcanza idénticamente a la documentación precontractual al sostener que “reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”.

La posterior STS de 9 de marzo de 2017¹⁷ vincula la transparencia de la cláusula a la prestación de un consentimiento válido por parte del consumidor, que se evidencia cuando el TS sostiene que “el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento” y, con cita de la STJUE 26 enero 2017¹⁸, explicita los efectos de que una determinada cláusula, referida al

14 STCE 3 junio 2010 (TJCE 2010, 162).

15 STJUE 21 diciembre 2016 (TJCE 2016, 309).

16 En particular, el apartado 51 de la sentencia declaró que “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”.

17 STS 9 marzo 2017 (RJ 2017, 977).

18 STJUE 26 enero 2017 (TJCE 2017, 31).

objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, no pase el control de transparencia¹⁹.

6. Comunicación de la Comisión.

La Comunicación del Consejo de 2019²⁰ presenta, de manera estructurada, la interpretación que el Tribunal ha proporcionado sobre los conceptos y disposiciones claves de la Directiva 93/13/CEE, a la luz de los asuntos específicos de los que han conocido los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Sirve, por tanto, para reflejar los criterios que el TJUE ha ido fijando sobre aspectos interpretativos de la Directiva 93/13/CEE, al mismo tiempo que es ilustrativa del iter jurisprudencial seguido en cada cuestión²¹.

Esta Comunicación define las funciones atribuidas a la transparencia, resumiéndolas en las tres siguientes: i) las cláusulas que no estén redactadas de forma clara y comprensible se interpretarán de la forma más favorable para el consumidor. ii) el objeto principal o la adecuación del precio y la retribución establecidos en el contrato están sujetos a una evaluación de conformidad con el artículo 3, apartado 1, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. iii) el incumplimiento de la exigencia de transparencia puede ser un elemento de la evaluación del carácter abusivo de una determinada cláusula contractual y puede ser un elemento indiciario.

7. El principio de transparencia reconocido normativamente.

La configuración expuesta del control de transparencia se ha visto recogida en el art. 9 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que recoge que “los prestamistas o, en su caso, los intermediarios de crédito vinculados o sus representantes designados facilitarán en todo momento, en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico, información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito” y, en

19 “...62 (...) según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra -cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva-, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible”. En este mismo sentido se pronunciaron anteriormente las SSTJUE 30 abril 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, (EU:C:2014:282), apartado 41 y 9 julio 2015, Bucura, C-348/14, (EU:C:2015:447), apartado 50.

20 Como antecedentes de esta Comunicación hay que citar el informe del control de adecuación de 2017, que recomendaba, entre otras cuestiones, abordar el ámbito de aplicación de las exenciones para cláusulas relacionadas con el precio y el objeto principal a través de una guía específica de la Comisión. Posteriormente, la Comunicación de la Comisión «Un Nuevo Marco para los Consumidores» de 11 de abril de 2018 anunció que la Comisión adoptaría una guía sobre la Directiva 93/13/CEE en 2019 para aclarar las cuestiones que iban planteando en la aplicación de la Directiva, que es la existente al no haber sido renovada.

21 ORDUÑA MORENO, J.: “Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH”, *Revista de Derecho vLex*, número 198, noviembre 2020.

el art. 14, que establece las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. Igualmente, el art. 83.2 TRLGDCU sanciona que las cláusulas deberán ser transparentes.

II. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE.

I. Cláusulas abusivas en un contrato de prestación de servicios jurídicos.

La relación que se establece entre el abogado y su cliente ha quedado enmarcada como una prestación de servicios, en la que el letrado se compromete a la realización de actividades de gestión, asesoramiento o defensa ante los tribunales, entre otras, a cambio de una contraprestación, denominados honorarios profesionales, cuyo pago corresponde hacer a este último. De ahí, que esta relación contractual quede sujeta en principio a las disposiciones contenidas en los arts. 1544 y 1546 del CC, sin perjuicio de lo obsoleto de esta regulación y de su insuficiencia para afrontar las cuestiones que deriven de dicho vínculo²². Con el fin de remediar dicha situación, la jurisprudencia ha intentado dar respuesta combinando esta prestación de servicios con el mandato o, en su caso, reconduciéndolo a los contratos de gestión²³, como recuerda la STS 6 junio de 2018²⁴, que, con cita de la sentencia de 22 de abril 2013²⁵, declara que: “La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato. En todo caso, y por lo que interesa a este estudio, esta modalidad de arrendamiento de servicios es un contrato bilateral y oneroso, por lo que se presume retribuido. Los abogados tienen absoluta libertad para que, dentro de la autonomía de la voluntad, pactar la remuneración por el servicio contratado, en la forma y por el importe acordado con su cliente. El arrendamiento de servicios, como casi todos los contratos, se puede perfeccionar verbalmente, y ello no afecta al devengo de los honorarios.

El desarrollo tecnológico también se ha hecho sentir en estos servicios que pueden contratarse por Internet en el caso de que el prestador de servicios establezca sus servicios a través de una plataforma online, que obliga a cumplimentar la normativa dispuesta en la LSSICE y, en el caso de que el cliente tenga la condición de consumidor, habrá que sumar la normativa específica de

22 PARDO GATO, J.R., *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 230.

23 CRESPO MORA, M.C., “Protección del consumidor de servicios jurídicos”. *Revista de Derecho Civil*, núm. 1 enero-marzo, 2021, p. 94.

24 STS 6 junio 2018 (RJ 2018, 3157).

25 STS 22 abril 2013 (RJ 2013, 3690).

protección a los consumidores y usuarios dado que estos contratos suelen utilizar cláusulas no negociadas individualmente.

A raíz básicamente de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior estas prestaciones empezaron a visibilizarse desde el prisma de la normativa de protección de los consumidores²⁶ a lo que vino a dar el espaldarazo final la STJUE 15 enero 2015²⁷, que estableció que debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos que quedan afectos a la normativa de protección al consumidor. De ello deriva que el profesional quede obligado a suministrar a su cliente con carácter previo una información que sea suficiente para que éste pueda no sólo conocer las cláusulas del contrato que suscribe sino asimismo que faculte para poder percatarse de las consecuencias económicas y jurídicas que se desprenden desde su aceptación. Además, reconoció que la hoja de encargo puede llegar a ser conceptuada como un contrato de adhesión, sometido por tanto a los controles de la Directiva 93/13/CEE.

En ese caso, al igual que ocurre con el supuesto de hecho de la STJUE 12 enero 2023, se planteó por parte de los tribunales lituanos una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, ocasionada por un litigio iniciado por un abogado contra su cliente, en reclamación del pago de honorarios.

Dicho letrado había celebrado tres contratos tipo de prestación de servicios jurídicos con su cliente, de carácter estrictamente personal y, a título oneroso. En concreto, el contenido de los contratos se cernía, entre otros, a la interposición de un procedimiento de divorcio, partición de bienes y fijación de lugar de residencia de un menor; así, un contrato para la defensa de sus intereses en el procedimiento de anulación de una operación promovida por la Sra. Siba y un contrato para la interposición de recurso de apelación ante el Klaipėdos Apygardos Teismas (Tribunal Regional de Klaipėda, Lituania). Dichos contratos no especificaban sin embargo ni las modalidades de pago de los honorarios, ni los plazos en que deberían pagarse, ni tampoco los servicios jurídicos a prestar y el coste que correspondía a ellos. Ante el impago de los honorarios, el abogado interpuso las correspondientes demandas de reclamación de cantidad ante los tribunales lituanos, que dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial.

En dicho pronunciamiento el Tribunal establece cuatro precisiones. En primer lugar, determina que el cliente es persona física que actúa para fines privados por lo que tiene la consideración de consumidor y el abogado la de profesional, sin

26 Dicha Directiva define como servicio: cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado.

27 La anterior STJUE 29 de marzo 2011 (TJCE 2011, 82) no se pronunció sobre esta materia, sino que, por el contrario, obligó a aplicar las tarifas máximas a abogados italianos por ser preceptivo.

que ello quede desvirtuado por el carácter público de la actividad de los abogados, dado que, el art. 2 c), de la Directiva 93/13/CEE se refiere a la actividad profesional “ya sea pública o privada”. En segundo lugar considera que en los contratos realizados entre abogado y cliente existe un principio de desigualdad entre los “clientes-consumidores” y los abogados, a causa, en especial, de la asimetría de la información de que disponen esas partes puesto que los abogados tienen “un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen necesariamente, de modo que éstos pueden tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se les prestan; en tercer lugar, que el contrato de arrendamiento de servicios profesionales celebrado entre las partes no se documente por escrito no es óbice para que se le aplique la normativa protectora de los consumidores y, por último determinó que la hoja de encargo puede ser considerada como un contrato de adhesión si concurren los requisitos exigidos por la legislación comunitaria por lo que no existe obstáculo para que se apliquen a la misma los filtros y controles de la Directiva 93/13/CEE.

También el derecho interno adaptó la relación abogado-cliente a los cambios normativos que se produjeron fundamentalmente tras la entrada en vigor de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Dicha regulación, por tratarse del ejercicio de una actividad que afecta a un colegio profesional hay que completarla con lo dispuesto en el art. 25 del RD 135/2021, de 2 de marzo que regula el Estatuto de la Abogacía, que establece que el abogado tiene derecho a una contraprestación por sus servicios, así como al reintegro de los gastos ocasionados. Dicha norma establece asimismo que la cuantía de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el profesional de la abogacía con respeto a las normas deontológicas y sobre defensa de la competencia y competencia desleal.

La STS de 8 de abril de 2011²⁸ fue el primer pronunciamiento de este tribunal que declaró que la relación abogado cliente es una relación de consumo si este último actúa al margen de su actividad profesional y, por tanto, quien solicita los servicios profesionales de un abogado tiene la condición de consumidor y está amparado por las correspondientes normas que le protegen como tal.²⁹ Aunque reconoce que lo acordado por los interesados lo fue en virtud del principio de autonomía de la voluntad declara que este principio se desenvuelve con las limitaciones propias que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos que también recoge la normativa propia de la protección de los consumidores y usuarios, con lo que se trata de evitar que se

28 STS 8 abril 2011 (RJ 2011, 3153).

29 AYALA MUÑOZ, J.M.: La sujeción de los servicios concertados entre abogados y clientes a la directiva de cláusulas abusivas. Comentario de la STJUE de 15 de enero de 2015, *Diario La Ley*, núm. 8511, 31 de marzo de 2015.

produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones que resultan del acuerdo retributivo.

En el concreto caso se entendió que lo que se convino en el contrato penalizaba de forma clara y grave al cliente desde el momento en que era la voluntad del profesional la que imponía de forma encubierta los requisitos del servicio jurídico que prestaba el bufete con el fin de impedir que el cliente resolviera unilateralmente el contrato, con evidente y grave limitación de su derecho de defensa, porque solo era posible hacerlo mediante el desembolso de una indemnización desproporcionalmente alta que no tiene como correlativo un pacto que ampare su situación en el supuesto de que quisiera resolver el contrato, sea cual sea el motivo y en qué momento³⁰. Anteriormente la SAP Barcelona 8 marzo 2011³¹ incide en varias cuestiones sobre la forma de estipular los honorarios del letrado. Un primer aspecto está referido a la falta de información de la hoja de encargo, de la que señala que, debería subrayar que la primera entrega de dinero cumple la función de mera provisión de fondos, y aclarar de entrada cuáles son los factores (valor del patrimonio conyugal partible o de las atribuciones patrimoniales alimenticias y compensatorias fijadas en el convenio) que eventualmente puedan originar una modificación al alza de esos honorarios mínimos iniciales. El segundo de ellos, en la prohibición de reenvíos a otros textos de los que no tenga conocimiento el consumidor. En concreto, la hoja de encargo prerredactada por la letrada reenviaba a las normas orientadoras ICAB del que su clienta adherente no tenía la menor noticia pero que tiene una importancia capital en la determinación del precio del arriendo de sus servicios profesionales puesto que la LGDCU presume que un consumidor medio no es capaz de comprender directamente el contenido -económico en este caso- de un contrato si no se le facilita previa o simultáneamente a su conclusión el texto o documento al que el clausulado contractual remite expresamente. La posterior SAP Salamanca de 11 de marzo de 2013³² también declara el carácter abusivo de una cláusula en la hoja de encargo profesional que establecía la forma de pago de los honorarios y la obligación del cliente de abonarlos en su totalidad aun en el caso de que decidiera prescindir de los servicios profesionales por cambiar de letrado durante la tramitación de la primera instancia. Se consideró que, al actuar el cliente en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, el contrato debe ser

30 El objeto de la litis era la reclamación de honorarios que tenía su base en un contrato de arrendamiento de servicios profesionales celebrado entre el Bufete Carlos María, en el que está integrado el hoy actor, Don Carlos María, y el padre de la demandada, Don Anselmo, ya fallecido, para la defensa de los intereses Don. Anselmo en el proceso divisorio de la herencia de Doña Manuela en el que se incluía la cláusula siguiente: "si por cualquier circunstancia Don Anselmo decidiera prescindir de los servicios de Abogados, los honorarios quedarán fijados en el quince por ciento del valor de su participación en la herencia, según la valoración más alta de la que se tenga conocimiento y serán satisfechos en el momento de retirada del asunto".

31 SAP Barcelona 8 marzo 2011 (JUR 2011, 180420).

32 SAP Salamanca 11 marzo 2013 (JUR 2013, 136478).

analizado desde la perspectiva de la normativa de derechos de consumidores y usuarios y, en particular, conforme a la LGDCU.

Las sentencias expuestas están referidas no obstante a cláusulas abusivas contenidas en la hoja de encargo. Aunque la prestación de estos servicios se puede realizar de forma verbal, la forma más recomendable y segura para ambas partes en orden a concretar las obligaciones y forma de pago es suscribir este documento. Suele realizarse antes de la firma del contrato y se va convirtiendo en una práctica muy recomendable y cada vez más empleada. Constituye, de hecho, el documento más habitual por el que el profesional de la abogacía y el cliente materializan la relación contractual de arrendamiento de servicios en el que se determinan las condiciones esenciales de la prestación que también deben superar el deber de transparencia. Su regulación queda contemplada en los artículos 27, 28 y 48.4 del Estatuto General de la Abogacía Española, que hacen hincapié en la información del encargo profesional y en la facilitación de modelos de hojas de encargo por los Colegios de Abogados y en el artículo 15 del Código Deontológico de la Abogacía Española, que determina su contenido mínimo. También la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia en su art. 37 declara el derecho del ciudadano tanto a conocer anticipadamente el coste aproximado de la intervención del profesional y la forma de pago como a recibir de abogados y procuradores un presupuesto previo que contenga estos extremos. Asimismo, el Código Deontológico de la Abogacía Española, en el art. 12.2.b establece la obligación del abogado de poner en conocimiento del cliente el importe aproximado de los honorarios, o de las bases para su determinación, y las consecuencias que puede tener una condena en costas. Esta norma pretende imponer como buena práctica profesional que los honorarios sean libremente convenidos entre las partes y no impuestos por el abogado con posterioridad a la prestación del servicio.

No obstante, también es habitual que la retribución que debe pagar el cliente al abogado no quede determinada en el momento en que se llegue a un acuerdo entre ambos sino que se concrete una vez realizada la actividad con independencia del resultado obtenido sin que ello no presuponga inexistencia de precio puesto que como tiene declarado la jurisprudencia basta que sea determinable³³. Ello es debido entre otras circunstancias a la dificultad que entraña describir todas las actuaciones necesarias, así como la duración que puede llevar cada una de ellas.

En las situaciones en las que la relación de estos servicios profesionales sea considerada un acto de consumo, a la normativa que encuadre su marco regulador habrá que adicionarle las disposiciones contenidas en el TRLGDCU en las distintas fases del proceso contractual. Estas se reducen a la fase previa de perfección del

33 BUSTO LAGO, J.M., "El contrato de arrendamiento de servicios", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 3694.

contrato en la que se debe informar al cliente de las actuaciones que se van a seguir, de su coste y del tiempo que previsiblemente se puede emplear en ello, la posterior fase de aceptación y perfección del contrato y, finalmente una tercera en la que el cliente deberá cumplir su obligación de pagar la totalidad del coste de los honorarios o la parte que se adeude en el caso de haber hecho entregas de cantidades anticipadas a cuenta.

En la primera etapa de formación del contrato la información que se suministre al cliente es decisiva en la configuración del carácter transparente de las cláusulas.

A) La información previa al contrato.

El derecho de información como derecho básico de los consumidores y usuarios queda enunciado en el art. 8 y desarrollado en el art. 60 TRLGDCU. Dicho precepto establece que antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del mismo, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, siendo relevante poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada, información sobre el precio completo, incluidos los tributos, aunque si por la naturaleza del servicio el precio no pudiera calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, será necesario informar acerca de la forma en que se determinará el precio así como de todos los gastos adicionales, los cuales, de conformidad con el art. 60 bis TRLGDCU, deben ser concertados y consentidos. A falta de información precontractual relevante ésta se integrará, atendiendo al principio de buena fe objetiva y en beneficio del consumidor.

En coherencia con lo expuesto hay que entender que la entrega del presupuesto por parte del empresario o profesional al cliente antes de la ejecución del contrato no solo afecta a la seguridad de las relaciones jurídicas en el tráfico mercantil, sino que viene impuesta en la normativa de protección de los consumidores. De ello deriva que los honorarios constituyen el precio del contrato de arrendamiento de servicios profesionales y, al ser parte esencial del mismo, no cabe un control de contenido sobre su abusividad a tenor de lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sino que lo que procede es realizar un control de transparencia y solo en el caso de que no se superase, cabría dar pase a este último control.

En el ámbito interno los pronunciamientos judiciales se han mostrado favorables a verificar si se ha cumplimentado convenientemente el derecho de información por parte del profesional si bien cabe subrayar que no en todos los casos litigiosos las prestaciones han sido cuantificadas previamente en una hoja de encargo. Esta circunstancia es la que concurrió en el supuesto fallado en la STS 24

febrero 2020³⁴. Ante la reclamación por los honorarios no satisfechos por parte del abogado a su cliente por considerarlos abusivos, el TS, tras declarar que se trata de una relación sujeta a la normativa de protección del consumidor y, ante la inexistencia de la hoja de encargo, entendió que la relación contractual entre las partes no fue transparente porque no hubo información sobre las cuestiones referidas a la cuantificación de los honorarios profesionales. Entendió sin embargo que, aunque no fuera transparente no era abusiva por considerar que no causaba un grave desequilibrio entre las partes, ni existía manifiesta mala fe por parte del letrado, al no resultar la cuantía excesiva y haberse ajustado a los criterios orientativos establecidos en los baremos profesionales y tratarse de pautas de mínimos mientras que en la reciente STS 16 de marzo 2023 sanciona el recurso a dichas guías por entender que afectan a la libre competencia en el mercado. Con relación al derecho de información se centra en lo dispuesto en tres preceptos del TRLGDCU. El primero de ellos, sobre el contenido del art. 60 TRLCU señala que exige que en la información precontractual que debe suministrarse al consumidor se proporcione información sobre el precio, aunque su apartado 2 c) contempla la imposibilidad de calcularlo razonablemente de antemano, en cuyo caso habrá de informarse al consumidor de la forma en que se determinará. Respecto al art. 60 bis del mismo texto legal dispone que cada pago adicional debe concertarse y consentirse expresamente por el consumidor. Y, por último, que del art. 65 deriva que los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante. Para objetivar esa buena fe a que se refieren tanto el art. 65 TRLCU como el art. 1258 CC resulta útil acudir a normas de disciplina corporativa, como el Estatuto General de la Abogacía, cuyo art. 13.9.b) establece la obligación del abogado de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo, el importe aproximado, en cuanto sea posible, de los honorarios, o de las bases para su determinación. Norma que, de forma evidente, pretende imponer como buena práctica profesional que los honorarios sean libremente convenidos entre las partes y no impuestos por el abogado con posterioridad a la prestación del servicio o al Código Deontológico de la Abogacía Española. Lo expuesto induce a concluir que, cuando no exista contrato escrito ni hoja de encargo donde se indique la retribución del abogado o los criterios para su cálculo, de los arts. 60 y

34 STS 24 febrero 2020 (RJ 2020, 486). DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L.: “La determinación de los honorarios profesionales del abogado”, *CESCO*, 22 de junio de 2020. La SAP Valencia, 8 de mayo 2015, advirtió que contratar los servicios de un abogado sin presupuesto previo por escrito u hoja de encargo, no es la práctica que más se compeadece con las normas de protección de consumidores y usuarios, por la falta de transparencia que conlleva, teniendo en cuenta, además, el derecho de información que recoge la legislación de consumidores y usuarios sobre los precios de los servicios profesionales cuya prestación sea requerida por un consumidor. También en este mismo sentido, la SAP Ourense 18 mayo 2022, considera que el contrato de arrendamiento de servicios celebrado verbalmente es abusivo por adolecer de la más básica y elemental transparencia al no existir pacto, ni información previa, ni siquiera aproximada, relativa a la cuantificación de los honorarios y cobrarse después una cantidad excesiva, atendiendo a la complejidad del asunto y a la dedicación.

65 TRLGCU se desprende que: i) el abogado debe informar a su cliente antes del inicio de la relación contractual sobre el importe de los honorarios que va a percibir por su actuación profesional; ii) la omisión de información precontractual sobre el precio se integrará, conforme al principio de la buena fe objetiva, en beneficio del consumidor. Tomando en este caso en consideración que el trabajo consistió en la dirección jurídica de dos procedimientos civiles complejos en todos sus trámites, incluyendo la ejecución en uno de ellos, los elevados intereses económicos en conflicto y que los honorarios minutados por el letrado se adaptaban a las normas colegiales, que le hace presumir que no son excesivos puesto que corporativamente tienen el carácter de mínimos, considera que la fijación de la retribución profesional, aunque no fuera transparente, no resulta abusiva, porque no causa un grave desequilibrio entre las partes ni manifiesta mala fe por parte del letrado. Refuerza por último esta apreciación con la consideración de que la aplicación de las normas legales no hubiera conducido a un resultado diferente respecto al importe de los honorarios y que, al haberse ajustado el profesional a los mínimos corporativamente previstos, se podría presumir razonablemente que la consumidora habría aceptado esa cuantía.

Por último, la STJUE 12 enero 2023³⁵, el primero de los pronunciamientos judiciales fallados en 2023, declara la falta de transparencia por omisión de información de una cláusula insertada en un contrato de prestación de servicios de profesionales en el que se había establecido una cláusula en virtud de la cual se indicaba que el cliente se obligaba a pagar a razón de 100 euros la hora a su abogado, ya fuera por consultas o se tratarse de actuaciones judiciales ante los tribunales. En concreto, dicho fallo responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania que debía actuar por el litigio presentado por una letrada contra su cliente, por impago de sus honorarios profesionales basados en el criterio de minutación por hora. El problema se suscitó, porque la profesional no informó al cliente del número aproximado de horas necesarias para la ejecución de los servicios y, además, no facturó la totalidad de los servicios prestados hasta el final, cuando concluyó su ejecución. Fue durante la tramitación del procedimiento judicial incoado por el impago del cliente cuando se planteó la posibilidad de que la cláusula relativa al precio se tratara de una estipulación no transparente.

El Tribunal planteó en concreto, si una cláusula de un contrato de prestación de servicios jurídicos que no ha sido objeto de negociación individual y que se refiere al precio de esos servicios y a su forma de cálculo está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 se pregunta si el consumidor medio está en condiciones de comprender las consecuencias económicas de la cláusula que prevé una tarifa de honorarios por hora, que fue

35 STJUE 12 enero 2023 (TJCE 2023, 17). C-395/21).

redactada de forma clara desde un punto de vista gramatical. Las mismas dudas le suscita la cláusula relativa a la forma de pago, pues no prevé la presentación por parte del letrado de informes sobre los servicios prestados, ni la periodicidad del pago de estos.

El Tribunal considera en primer lugar que se trata de una cláusula predisuelta por lo que procede incluirla dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, que es determinante de su sometimiento al control de incorporación y transparencia. Sobre este primero matiza que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, “no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de esas cláusulas en un plano formal y gramatical,” para pasar a entender siguiendo los criterios prefijados en la comunicación de la comisión que, al estar basada la protección en la idea de que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, debe interpretarse de manera extensiva la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia. De ahí, que pase a valorar si se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar las consecuencias financieras, por entender que el consumidor debe disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. Constata también el Tribunal la dificultad que entraña en ocasiones que el profesional pueda prever, desde la celebración del contrato, el número exacto de horas necesarias para prestar tales servicios y, en consecuencia, el coste total efectivo de estos, por lo que entiende que la observancia por parte de un profesional de la exigencia de transparencia contemplada en los arts. 4 y 5 de la Directiva 93/13 “debe apreciarse tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor”, para determinar que, aunque no puede exigírsele al profesional que informe al consumidor sobre las consecuencias económicas finales de su contratación, que dependen de acontecimientos futuros, imprevisibles e independientes de la voluntad de ese profesional, está obligado a comunicar al cliente la información necesaria para que éste, antes de la celebración del contrato, pueda “tomar su decisión con prudencia y con pleno conocimiento, por una parte, de la posibilidad de que se produzcan tales acontecimientos, y por otra parte, de las consecuencias que estos pueden acarrear en cuanto a la duración de la prestación de servicios jurídicos de que se trate.”. Considera, asimismo, asumiendo el criterio establecido desde la STJUE 14 marzo 2013³⁶, que en la valoración del carácter abusivo o no de la cláusula debería también sopesarse si el consumidor la hubiera suscrito si se hubiese incorporado a una cláusula particular (ap. 69).

36 STJUE 14 marzo 2013 (ECLI:EU:C: 2013:164).

En la misma línea seguida en pronunciamientos anteriores reitera que este pacto, aun formando parte del objeto principal del contrato, no debe considerarse abusivo por el mero hecho de no cumplir el requisito de transparencia establecido en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva a menos que el Derecho nacional donde se aplique al contrato de que se trate lo haya previsto expresamente. Su relevancia en este caso es indiscutible porque el Código civil lituano proporciona un mayor nivel de protección que el ofrecido por la Directiva 93/13 (de acuerdo con su art. 6.2284, ap. 6, por lo que la estimación de falta de transparencia de una cláusula contractual conduce automáticamente a su declaración de abusividad. Es por ello que dicho órgano pregunta sobre los efectos que cabe atribuir a la declaración del carácter abusivo de una cláusula ante la duda de la sanción a aplicar dado que la nulidad del contrato de prestación de servicios jurídicos daría lugar a la consiguiente restitución del consumidor a la situación en la que se habría encontrado si no hubiera existido nunca dicha cláusula provocando el enriquecimiento injusto del consumidor, quien no pagaría los honorarios pese a la ejecución íntegra de los servicios por parte del profesional. Y, es en este extremo en el que el TJUE no duda en recomendar que la declaración de nulidad se debe llevar a sus últimas consecuencias lo que supone permitir la aplicación de la sanción dispuesta en el derecho lituano conforme a la cual, la cláusula que tarifica los servicios del abogado por hora, además de no transparente es abusiva, por lo que la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de derecho, haciendo llegar los efectos de esta última a la posición en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva (epígrafes 58 y 59).

2. Cláusulas sobre comisión de apertura.

Las entidades de crédito suelen cobrar una comisión a los clientes por la formalización de préstamos, primordialmente de carácter hipotecario. Dicha retribución recibe el nombre de comisión de apertura.

La comisión de apertura es una estipulación por la que el prestatario debe abonar al prestamista una cantidad fija o un determinado porcentaje de la cuantía total del préstamo, en una sola vez y en el momento de suscripción del contrato de préstamo hipotecario. Esta cantidad tiene como finalidad cubrir los gastos administrativos y de gestión derivados de la operación mercantil³⁷. Su regulación se encuentra contenida en el art. 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre,

37 El artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios dispone que: «las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos». MATE SATUÉ, L.C., "¿Ha resuelto la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario la litigiosidad de las cláusulas abusivas?", *Diario La Ley*, núm. 9605, 1 de abril de 2020.

de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que dispone que: “las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”.

Tradicionalmente esta cláusula ha suscitado dos dudas. La primera, si el montante cobrado estaba justificado por la realización de un servicio prestado por las entidades bancarias; la segunda, si forma parte del precio. Ambas cuestiones han sido resueltas por el TJUE, pero la solución fallada en la reciente STS 29 mayo 2023 lejos de facilitar un criterio uniforme va a obligar a seguir atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular.

A) La STJUE de 16 de marzo de 2023.

No es ésta la primera vez que el TJUE se ha pronunciado sobre la comisión de apertura. Anteriormente lo hizo en su sentencia de 16 de julio de 2020³⁸, que se oponía al criterio mantenido por el TS de que la comisión de apertura constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato de préstamo o crédito hipotecario y que, en consecuencia, forma parte del objeto principal del contrato, por cuanto la normativa nacional la define como la retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito u otros servicios similares, pero siempre inherentes a la actividad del prestamista. En concreto, el TJUE señaló en el apartado 64 de dicha sentencia, que una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este. Asimismo, en su STJUE 3 septiembre 2020³⁹ especificó que el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la “comisión” o los “gastos de apertura. Pero el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen⁴⁰.

En el litigio principal, el prestatario ejerció frente a CaixaBank acción de nulidad de la cláusula de comisión de apertura incluida en un contrato de crédito con garantía hipotecaria y la restitución de la cantidad abonada en tal concepto. Estimada la demanda en ambas instancias, el Tribunal Supremo acordó suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales sobre si

38 STJUE 16 julio 2020 (TJCE 2020, 182).

39 STJUE 3 septiembre 2020 (TJCE 2020, 183).

40 STJUE 3 octubre 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, (EU:C:2019:820), apartado 43.

la referida comisión forma o no parte del objeto principal del contrato y si puede ser o no perjudicial para el consumidor.

El TJUE especifica los elementos que debe comprobar el juez nacional para concluir que la cláusula que establece la comisión de apertura de un préstamo o crédito hipotecario es clara y comprensible, en cuanto a sus consecuencias jurídicas y económicas:

i) Evaluar las consecuencias económicas que se derivan para el consumidor de dicha cláusula, lo que conllevará que pueda entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella.

(ii) Verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

(iii) Comprobar que la entidad financiera ha suministrado la información obligatoria conforme a la normativa nacional y si la ha incluido en su oferta o publicidad previa en relación con el tipo de contrato suscrito

(iv) Valorar la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo, en la medida en que estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito.

Para constatar tales elementos, la STJUE facilita diversos instrumentos de comprobación:

(i) El prestamista no tiene obligación de precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de la comisión de apertura, pero la naturaleza de tales servicios debe poder entenderse razonablemente o deducirse del contrato en su conjunto (apartado 32).

(ii) Ha de darse especial relevancia a la información que la entidad financiera debe ofrecer preceptivamente conforme a la normativa nacional, como la publicidad ofrecida sobre esa modalidad contractual (apartados 42 y 43). De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.

(iii) De dicha información, el juez debe poder deducir que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas derivadas de la cláusula y de entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida.

(iv) Ha de valorarse la ubicación y estructura de la cláusula en el contrato (apartado 46).

Conforme a los criterios expuestos, el TJUE reitera que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE se opone a una jurisprudencia nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares y considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del “objeto principal del contrato” a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio.

El Tribunal de Justicia dictamina que, habida cuenta de la obligación de interpretar de manera estricta el art. 4.2 de la Directiva 93/13, no puede considerarse que la obligación de retribuir los mencionados servicios forme parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito porque resultaría contrario a dicha obligación de interpretación estricta incluir en el concepto de “objeto principal del contrato” todas las prestaciones que simplemente están relacionadas con el propio objeto principal y que, por ello, son de carácter accesorio.

En cuanto a la exigencia de transparencia que figura en el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE, el juez competente deberá comprobar que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él de la cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen. En esa valoración deben tomarse en consideración, en particular, el tenor de la cláusula, la información ofrecida por la entidad financiera al prestatario y la publicidad que dicha entidad realice en relación con el tipo de contrato suscrito, todo ello teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Finalmente, respecto al posible perjuicio del consumidor por el desequilibrio que la cláusula genere entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, el Tribunal señala que no incide negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo⁴¹.

La importancia en este caso de la declaración de que la comisión de apertura no forma parte del precio incide en que, al tratarse una cláusula no esencial al contrato deberá someterse a los controles de incorporación y de contenido. Por consiguiente, habrá que valorar si el consumidor pudo percatarse de las

41 LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: “La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia de nuevo”, *Diario La Ley*, núm. 10273, 24 de abril de 2023.

actuaciones y servicios que la imposición de dicha comisión conlleva, así como de las actuaciones que la ejecución de dicha prestación requiere, y que fue debidamente informado. En caso contrario, el montante de dicha comisión quedará excluido del control de abusividad. La repercusión práctica por tanto es relevante.

Sin embargo, hasta la reciente STS 29 mayo 2023 el TS había mantenido el criterio de que el montante correspondiente al importe de la comisión de apertura forma parte del precio, por lo que queda sometido al régimen dispuesto en el apartado 1^o del artículo 4 argumentando que el pago de esta comisión queda contemplado actualmente en la LCCI y que su cuantía se fija con relación a la TAE, de lo que deriva que su pago se considera esencial y en contraprestación a los servicios prestados por la entidad bancaria, de forma única y al inicio de dicha relación. Asimismo, ha dejado establecido que no es necesario que la entidad prestadora del servicio demuestre que ha sido realizado, siendo suficiente únicamente que el consumidor conozca su existencia y su imposición, así como los criterios determinantes de su fijación. En efecto, dicha STS (Pleno) 23 enero 2019⁴² determinó que la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia. Dicha sentencia además resolvió los pronunciamientos judiciales contradictorios entre las Audiencias Provinciales⁴³ y consideró que la comisión de apertura junto con el interés remuneratorio constituye el precio del contrato⁴⁴, por lo que, como afecta a un elemento esencial de éste, la comisión será válida siempre y cuando resulte transparente. Declara igualmente tras establecer el tratamiento legal diferenciado entre la comisión de apertura y el resto de comisiones bancarias, que no se trata de la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. En cuanto a la prueba concluyó que no podía exigirse a la entidad bancaria que, para justificar el cobro de la comisión de apertura, tuviera que probar, en cada préstamo, la existencia y coste de las actuaciones que integran esta comisión: estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca..., que en su mayoría son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento y son imprescindibles para la concesión del préstamo, esto es, son inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. Consideró además que la exigencia de prueba de la equivalencia entre la comisión de apertura y el coste de las actuaciones inherentes a la concesión del

42 STS (Pleno) 23 enero 2019 (Tol 7009161).

43 A favor de la nulidad de la comisión de apertura se consideraba que adolecía de falta de reciprocidad con base en el artículo 87.5 del TRLGDCU, SAP Soria, Sección 1^a, 15 de enero de 2018. Otras sentencias estimaron que los servicios cuyo coste se repercutía son inherentes a la operativa bancaria y no debían atribuirse al prestatario: AAP Zaragoza de 5 de enero de 2017 o que el importe de la comisión no resultaba proporcional a los gastos derivados del estudio, tramitación y concesión del préstamo: SAP Asturias, de 2 de junio de 2017. MATE SATUÉ, L.C., “¿Ha resuelto”, cit.

44 PANTALEÓN PRIETO, F.: “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)”, *El almacén del derecho*, sep. 14, 2020.

préstamo habría supuesto controlar la adecuación entre el precio o la retribución y los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida.

Sin embargo, tras la STJUE 16 marzo 2023, el TS se ha visto obligado a pronunciarse en los mismos términos que el primer órgano en el recurso de casación interpuesto y origen de la cuestión de prejudicialidad, resuelta el 16 de marzo de 2023, pasando a resolver que la comisión de apertura no forma parte del precio por ser un elemento esencial, en contra del criterio mantenido y, como tal, queda exenta del control de abusividad siempre que se trate de una cláusula transparente⁴⁵. Establece no obstante dos precisiones. La primera de ellas, que su imposición no supone en principio un desequilibrio económico para el consumidor; la segunda, que no se puede esbozar un criterio general unívoco sobre su carácter abusivo o no porque habrá que valorar su conveniencia en cada caso en particular.

En cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura entiende que la cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones, sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito. Sigue entendiendo que también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente aparte de integrar uno de los conceptos integrantes de la TAE. En concordancia con ello, en el concreto caso fallado declara la no abusividad de la comisión de apertura por corresponderse además con un servicio efectivamente realizado.

3. Cláusulas indexadas en moneda extranjera.

Sobre los efectos que produce la declaración de una cláusula abusiva en un contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera se ha pronunciado recientemente la STJUE 16 marzo 2023, que consolida los criterios establecidos en anteriores pronunciamientos. De manera similar a las anteriores sentencias, el tribunal pone el acento en verificar si el consumidor recibió la información suficiente para conocer las consecuencias económicas que debía asumir tras su aceptación.

El requisito de la transparencia tiene especial importancia cuando afecta a las cláusulas contractuales referidas al funcionamiento de los mecanismos de conversión de moneda que se aplican a los préstamos hipotecarios indexados en una moneda extranjera y a los intereses y comisiones adeudados, incluida su

45 SÁNCHEZ GARCÍA, J.M.: "La comisión de apertura en los contratos de préstamo al consumo", *Revista de Derecho vLex*, núm. 228, mayo 2023.

adaptación, en virtud de un acuerdo de crédito al consumo. En estos casos, como indica la Comunicación de la Comisión, el Tribunal ha especificado los requisitos de transparencia aún más. En tales situaciones, el Tribunal exige que el profesional establezca las posibles variaciones en el tipo de cambio y los riesgos inherentes a la obtención de un préstamo en una moneda extranjera y solicita a los órganos jurisdiccionales nacionales que verifiquen si el profesional ha comunicado al consumidor toda la información pertinente que le permita evaluar sus obligaciones financieras. Es también de interés conocer si el profesional le dio suficiente atención a dicha información fundamental.

La particularidad de este préstamo reside en que se utiliza como referencia la divisa de un país cuyo interés es más bajo que el euro y en la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario⁴⁶. A pesar sin embargo de esas posibles ventajas este último se encuentra con que el montante global puede sufrir oscilaciones dependientes de la fluctuación de la moneda extranjera.

Al igual que sucedía respecto a la STJUE comentada anteriormente existió un criterio que se fue consolidando desde la STJUE 3 diciembre 2015⁴⁷, que declaró el carácter abusivo de esta cláusula, a la que siguió la de 20 septiembre 2017⁴⁸, que proclamó la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas. El Tribunal consideró que una cláusula contractual, incorporada en un acuerdo de préstamo denominado en una moneda extranjera, según la cual el préstamo debe devolverse en la misma moneda en que se celebró, establece una obligación esencial que caracteriza a ese contrato. Por tanto, queda clara su relación con el “objeto principal del contrato” en el sentido del artículo 4, apartado 2, por lo que no puede considerarse abusiva la cláusula que la establezca siempre que esté redactada de forma clara y comprensible. Finalmente estableció que ese desequilibrio debe valorarse en el momento de la celebración del contrato teniendo en cuenta si el consumidor, en el marco de una negociación individual, aceptaría una cláusula de este tipo. Este fallo propició el cambio de criterio en la doctrina del TS hasta esa fecha.

La posterior STJUE 9 julio 2020⁴⁹, determinó que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que no ha sido objeto de negociación individual, pero que refleja una

46 SAP Barcelona 18 septiembre 2015 (JUR 2015, 265536).

47 STJUE 3 diciembre 2015 (TJCE 2015, 435).

48 STJUE 20 septiembre 2017 (TJCE 2017, 171).

49 MARTÍNEZ GÓMEZ, S.: “El TJUE vuelve a pronunciarse sobre los préstamos denominados en divisa extranjera: no puede ser objeto de control de transparencia la cláusula que recoge el principio del nominalismo monetario”, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 21 julio 2020.

norma que, con arreglo al Derecho nacional, se aplica entre las partes contratantes cuando estas no hayan pactado otra cosa, no está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha directiva.

Con relación a la interpretación de esta cláusula, el TJUE adopta una postura extensiva sobre alcance de la claridad y comprensión, defendiendo que la primera no debe limitarse a su aspecto formal y gramatical, sino que debe alcanzar la operatividad del contrato, que supone que el examen debe ampliarse al contenido. En este caso no debe ceñirse solo a la información sobre el mecanismo del cambio de divisa, sino que las instituciones financieras deben facilitar información suficiente a los prestatarios para que puedan tomar decisiones fundadas y prudentes y comprender al menos los efectos en una cuota de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del estado miembro del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero.

Contando con dichos antecedentes, la STJUE 16 marzo 2023⁵⁰ consolida el iter jurisprudencial expuesto, cuyo supuesto de hecho es el siguiente: El 4 de junio de 2007, M. B., U. B. y M. B. celebraron, como consumidores, con el predecesor legal de X, un banco, un contrato de préstamo hipotecario con una duración de 360 meses y por un importe de 339 881,92 eslotis polacos (PLN), indexado a una moneda extranjera, a saber, del franco suizo (CHF). En virtud de lo estipulado en ese contrato, tanto las cuotas mensuales como el saldo adeudado de dicho préstamo se calculan en francos suizos y se pagan en eslotis polacos, según el tipo de cambio de venta CHF-PLN aplicable a cada una de las cuotas mensuales.

Los prestatarios alegan ante el órgano jurisdiccional remitente que las cláusulas de dicho contrato relativas al mecanismo de indexación son abusivas porque, ante la falta de estipulaciones específicas en el contrato, el banco ha fijado discrecionalmente el tipo de cambio utilizado para el cálculo de las cuotas mensuales del préstamo. En vista de ello, M. B., U. B. y M. B. solicitan la supresión de esas cláusulas del contrato, alegando que las cuotas mensuales deberían calcularse en eslotis polacos y que el tipo de interés aplicable tendría que estar basado en el LIBOR. A este respecto, precisaron que aceptarían la anulación del contrato por el órgano jurisdiccional remitente.

Teniendo en cuenta esta doctrina comunitaria, la STS 15 noviembre 2017⁵¹ determinó abusiva la cláusula si se priva al consumidor de información esencial sobre la carga económica que haya de soportar en caso de fluctuación de la divisa. La información que el predisponente tenía que poner a disposición del consumidor en el momento de la perfección del contrato era la relativa a la

50 STJUE 16 marzo 2023 (JUR 2023, 114688).

51 STS 15 noviembre 2017 (JUR 2017, 288339).

posible evolución de los tipos de cambio de la divisa, pero, sobre todo, la del principal cuando se referenciase a una moneda distinta a la habitual del prestatario. Lo puso de manifiesto fijando la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios y destacando la diferencia entre las cláusulas contractuales que estipulan que el préstamo debe devolverse en la misma moneda extranjera en que se concedió y las cláusulas contractuales en virtud de las cuales un préstamo denominado en moneda extranjera debe reembolsarse en la moneda nacional según el tipo de cambio de venta aplicado por el banco. A este respecto, es irrelevante si el importe del préstamo se pone a disposición del consumidor en moneda local y no en la moneda estipulada en el contrato. Por el contrario, el Tribunal consideró que una cláusula que defina el mecanismo de conversión de moneda se considera una disposición accesorio. Partiendo de estos elementos determinó que “la entidad financiera no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a poner en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa”. No basta por tanto con que la cláusula se haya incorporado de modo no transparente al contrato, es necesario que, además, la cláusula sea perjudicial para el adherente. Esta situación ocurre cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Por último, el Tribunal ha aclarado que la adecuación del precio o de la retribución se excluye de la evaluación del carácter abusivo solo si las cláusulas pertinentes establecen una retribución real por un producto o servicio entregado o prestado.

Esta STS 15 noviembre 2017 asume los criterios expuestos, considerando que esta modalidad no es un instrumento financiero por lo que queda excluido de la ley del mercado de valores si bien se le exige la adecuación a las normas de transparencia que serán objeto de control de abusividad. Posteriormente, la STS 31 octubre 2018, al igual que la STS 14 marzo 2019, 17 julio y 14 noviembre siguen el mismo criterio hasta llegar a la reciente STS 28 marzo 2023⁵². Se trata esta última de una sentencia del Pleno que viene a ratificar los criterios anteriores incidiendo nuevamente en la cuestión de si el consumidor ha recibido información suficiente que le permita percatarse de las consecuencias económicas que supone la aceptación de dichas cláusulas. El supuesto está basado en los hechos que se exponen a continuación.

D. Fidel interpuso una demanda contra Bankinter S.A. en la que, sucintamente, solicitó la nulidad de las cláusulas relativas a divisas del préstamo hipotecario que había concertado con Bankinter el 7 de julio de 2008, por error en el

52 STS 28 marzo 2023 (JUR 2023, I52096).

consentimiento y por ser una condición general de la contratación que no reúne el requisito de transparencia, y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de tales cláusulas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por considerar concurrente el error vicio del consentimiento. Bankinter apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Apreció que la acción de nulidad por error vicio no podía ser estimada porque quedaba referida solo a algunas cláusulas del contrato y no al contrato en su totalidad y que tampoco podía prosperar la acción de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas relativas a las divisas porque Bankinter había informado a los prestatarios de los riesgos asociados a esas cláusulas, en concreto: del riesgo de incremento de la cuota de amortización y de que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar no disminuyese. Alega que la información que el consumidor debe recibir del profesional para que pueda considerarse que la cláusula no negociada está redactada de forma clara y comprensible no es solo la que se desprende de los términos en que está redactada la cláusula, sino que es también, por lo general, la información suministrada con suficiente antelación a la celebración del contrato. Sin embargo, el TS valora que no se cumplimentó debidamente el deber de información al no advertir al prestatario sobre los riesgos de las cláusulas, al considerar que estas desplazan un riesgo asociado al riesgo de cambio, que en principio afectaría al prestamista haciéndolo recaer en el prestatario, que, habiendo prestado una garantía hipotecaria que era suficiente cuando se celebró el contrato, puede verse compelido a prestar garantías complementarias. Entiende además que estas cláusulas tienen un carácter desproporcionado pues la consecuencia jurídica, que era el posible vencimiento anticipado si no se ampliaba la garantía, no se adecuaba con la ventaja que el banco obtiene de las cláusulas, que aun sin ampliación sigue disponiendo del *ius vendendi* propio de la garantía hipotecaria y la posibilidad de ejercitar la acción ejecutiva en caso de impago. Respecto de este último extremo, el Supremo declara también la nulidad de las estipulaciones del préstamo que otorgan al prestamista la facultad de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en euros, todas las disposiciones al cambio del día excedieran en un 10% del límite en ese momento del préstamo y dar por vencido anticipadamente el préstamo en caso de que el contravalor del capital pendiente de amortizar excediera del límite pactado.

La facultad que se otorga a la prestamista de exigir al prestatario la ampliación de la garantía se basa en la insuficiencia sobrevenida de la hipoteca constituida en garantía del préstamo por el aumento del contravalor en euros del capital pendiente de amortizar causado por la fluctuación de la divisa, con independencia de que el prestatario pague regularmente las cuotas del préstamo y preserve la integridad y el valor del inmueble hipotecado, lo que supone una variante de la materialización del riesgo de tipo de cambio, la de su incidencia sobre la

suficiencia de la cobertura. Por ello, para que el consumidor prestatario conozca y comprenda dicha cláusula es insuficiente la información sobre la posibilidad de que, en caso de apreciación de la divisa elegida, aumente el importe de la equivalencia en euros de las cuotas y del capital pendiente de amortizar. La información que debe recibir ha de referirse al riesgo específico de que la hipoteca constituida para garantizar el préstamo, como consecuencia del incremento de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar, resulte una garantía insuficiente al quedar parte de la deuda por encima del límite de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada. Teniendo todo ello en cuenta, el tribunal declara que la entidad bancaria demandada debió informar claramente al potencial cliente, antes de suscribir el préstamo, del riesgo que le supondría una depreciación importante de la moneda de curso legal en España respecto de la divisa en que se concedió el mismo, concretado en la pérdida de la vivienda hipotecada si no pudiese ampliar las garantías prestadas, ni pagar inmediatamente el capital pendiente de amortizar y los intereses del préstamo declarado vencido anticipadamente. Al no haberlo hecho así, las cláusulas litigiosas son nulas por falta de transparencia pues provocan un riesgo para el consumidor de empeoramiento de su situación económica o jurídica que este no podía razonablemente prever sin una información precontractual adecuada.

A) Regulación en la LCCI

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. en su disposición final 8 viene a añadir un segundo párrafo al art. 83 TRLGDCU con el siguiente tenor literal: “Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”, que también se reitera en el segundo párrafo del art. 5.5 LCGC que incorpora con el siguiente tenor: “...Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. Con ambos preceptos, se vienen a regular las consecuencias que produce que una cláusula predispuesta en contratos con consumidores no supere el control de transparencia material: la cláusula será, pues, nula de pleno derecho.

Esta regla no estaba contenida en nuestro derecho positivo con lo que el legislador ha venido a consagrar en la ley una solución que hasta la fecha tan solo había sentado la jurisprudencia. A la par que supone también la admisión de otra regla jurisprudencial, cual es, que la cláusula no transparente no es automáticamente nula, sino que hay que someterla a control de contenido. En efecto, la cláusula no transparente es nula cuando perjudica al consumidor; es decir, cuando en contra de la buena fe causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Ante la dificultad de acreditar que el prestamista ha cumplido enteramente con el deber de información en el supuesto de que las explicaciones hubieran sido otorgadas de forma verbal. La Ley 5/2019 solventa este problema al exigir en su art. 14.I.II que la manifestación sea firmada por el prestatario. Es cierto que este documento firmado por el prestatario no acredita per se que la cláusula en cuestión supere el control de transparencia material, pues el hecho de que el prestatario declare que ha recibido la información requerida por la ley y que el prestamista le ha explicado el contenido de los documentos informativos no significa que los haya comprendido y pudiera ser además que esa manifestación firmada sea un documento prerredactado por el prestamista que quizá el consumidor ni haya leído.

El art. 20 recoge por vez primera el tratamiento para los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera estableciendo para los contratos suscritos con consumidores en el momento de solicitar el cambio el derecho del prestatario a convertir el préstamo a una moneda alternativa que será:

a) la moneda en que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de préstamo, o

b) la moneda del Estado miembro en el que el prestatario fuera residente en la fecha de celebración del contrato de préstamo o sea residente en el momento en que se solicita la conversión.

El tipo de cambio debe ser el vigente en la fecha en que se solicite la conversión, salvo que contractualmente se establezca otra cosa. Este tipo de cambio, salvo que el contrato de préstamo disponga otra cosa, será el publicado por el Banco Central Europeo en la fecha en que se solicite la conversión.

También el art. 14.4 LCCI contempla de forma específica los conceptos que debe incluir la comisión de apertura en el préstamo en divisa extranjera, que hace extensiva a cualquier comisión por "cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo".

4. Cláusulas sobre el IRPH.

El índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH) se corresponde con un tipo de interés aplicable a los préstamos a interés variable. Concretamente, tiene su origen en la ya derogada Ley 26/1988, 29 julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, si bien posteriormente se recoge en la

Circular 5/1994, 22 de julio del Banco de España y se habilita por la Orden 5 mayo 1994.

Inicialmente, la jurisprudencia menor se mostró favorable a la admisión de este tipo de referencia en los préstamos hipotecarios siendo el argumento principal que no se trataba de una condición general de la contratación en la medida que se encontraba definido y regulado legalmente siendo distinta la cuestión de si la cláusula que incluía este índice de referencia podía constituirse en una condición general y, en la medida que afecte al objeto principal del contrato, estar sometida al control de transparencia⁵³.

El Tribunal Supremo, acogiendo el criterio mayoritario, en STS Pleno, 14 diciembre 2017⁵⁴, concluyó que la cláusula referida a los intereses del préstamo hipotecario que contenía el IPRH superaba el control de transparencia. Dicho fallo, sobre el IRPH Cajas ponía de manifiesto por un lado, que no podía controlarse el carácter abusivo de la condición general de la contratación que incorporase el IRPH pues se trataba de una disposición administrativa supletoria, de forma que es la Administración Pública quién controla que exista un equilibrio entre obligaciones y derechos de las partes⁵⁵. Por otro lado, destacaba que lo único que pueden controlar los Tribunales es que la cláusula en la que aparezca el IPRH esté redactada de forma clara y comprensible de forma que permita al consumidor hacerse una idea cabal de la trascendencia económica y jurídica que pueda tener el IRPH en el contrato en cuestión⁵⁶. Y, en este caso concreto, el Alto Tribunal proclama que: “al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo”. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial al TJUE, que obligó de nuevo al TJUE a pronunciarse en su sentencia de 3 de marzo de 2020⁵⁷ en la que, sanciona la falta de transparencia del IRPH Cajas por

53 GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La legalidad del IRPH: Pasado y presente”. *RCDI*, núm. 790, pp. 715 a 749, 2022.

54 STS, Pleno, 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5167).

55 “... en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados. Tampoco cabe ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública. 4. En suma, ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC, ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH-Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales” (F.J. 6^o).

56 Es decir, “para determinar la transparencia de la cláusula, (...) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable” (F.J. 6^o).

57 STJUE 3 marzo 2020 (TJCE 2020, 3).

omisión de un requisito informativo -la evolución del Índice los dos años anteriores a concertar el contrato-. En ella se interesa si resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE someter o no, al control de transparencia contenido en la propia directiva, una cláusula de un préstamo hipotecario referenciado con el IRPH suscrita por un consumidor estableciendo, en clara contraposición a lo establecido por el Tribunal Supremo, que se puede hacer un control de transparencia sobre la cláusula que incorpora el IRPH y, por lo tanto, se puede aplicar la Directiva 93/13/CEE.

En ella, el TJUE determina tres criterios fundamentales:

1.- La normativa nacional no obligaba a utilizar en los préstamos con tipo de interés variable un índice de referencia oficial, por lo que la aplicación del índice IRPH no era imperativa y, por lo tanto, debe someterse a la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

2.- Los tribunales españoles serán los encargados de asegurarse de que las cláusulas que se refieran al IRPH sean claras y comprensibles.

3.- Las cláusulas que fijen en los contratos de préstamo hipotecario un tipo de interés variable no solo deberán ser comprensibles en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dichas cláusulas para sus obligaciones financieras.

Respecto a la cuestión de si el juez puede sustituir el índice IRPH por el índice legal aplicable si no hubiera acuerdo entre las partes, el TJUE determina que la referencia al IRPH no es consecuencia de una disposición legal o reglamentaria imperativa, por lo que no se puede concluir que las entidades de crédito estuvieran obligadas a incluirlo en sus préstamos hipotecarios. A estos efectos, el TJUE declaró que resultaba idóneo que los elementos necesarios para configurar el IRPH se encontrasen disponibles para cualquier consumidor al estar publicados en la Circular 8/1990, así como que la normativa vigente al momento de concertar el préstamo obligase a las entidades a mostrar la evolución que había tenido el IRPH Cajas en los dos últimos años, y el último valor disponible, por lo que entendió que la cláusula IRPH será transparente "si permite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda comprender el funcionamiento del modo de cálculo y de valorar sus consecuencias económicas".

En cuanto a las consecuencias de su declaración de abusividad por falta de transparencia señala que la eliminación de la cláusula relativa al IRPH podría tener consecuencias muy perjudiciales para el consumidor habida cuenta de la pérdida del plazo y consiguiente devolución de todas las cantidades. Por dicha razón el TJUE manifiesta que cuando el contrato no pueda subsistir sin la cláusula declarada nula, no se opone a que el juez nacional pueda sustituir el índice de referencia por otro índice legal aplicable en defecto de pacto. Finalmente, y por lo que se refiere a la superación del control de transparencia: un primer parámetro de transparencia vendría constituido por la publicación del IRPH en el BOE, que permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades. De este modo, esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH. El segundo parámetro, establecido por el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020⁵⁸, era la información que la entidad prestamista facilitó al consumidor sobre la evolución pasada del índice. En concreto, debía comprobarse el cumplimiento por parte de la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional, de cuál había sido la evolución del IRPH de las Cajas de Ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamos y del último valor disponible. Esta obligación fue posteriormente matizada en el ATJUE de 17 noviembre 2021⁵⁹ al declarar que: “en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial”.

Con estos antecedentes, el Tribunal Supremo tuvo que matizar el criterio inicial mantenido en la STS 14 diciembre en tres sentencias del Pleno de 12 de noviembre de 2020⁶⁰ en las que asumió que la falta de información sobre el índice IRPH a los consumidores conllevaba una falta de transparencia, pero no determinaba su nulidad. No obstante, en ningún caso concluyó la abusividad de un índice sancionado y recomendado por la Administración⁶¹. La referenciación del préstamo hipotecario al IRPH salva el control de transparencia y no puede ser declarado abusivo por no concurrir desequilibrio ni mala fe.

58 STJUE 3 marzo 2020 (Tol 7793171). GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La legalidad” cit.

59 ATJUE 17 noviembre 2021 (Tol 8642979).

60 SSTS Pleno 12 noviembre 2020; SSTS 595/20020 (RJ 2020, 3963); 596/2000 (RJ 2020, 42279); 598/20203 (RJ 2020, 4567).

61 GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La legalidad del IRPH: Pasado y presente”, cit. p. 717.

Posteriormente tres SSTs 27 enero 2022⁶² corroboran este mismo criterio. Pero además sigue precisando que, aun en el supuesto de que la ausencia de información directa sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores determinara la falta de transparencia de la cláusula cuestionada, ello no implica necesariamente su nulidad. Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad y reitera el criterio manifestado en la STS 14 diciembre 2017, posteriormente revocado en pronunciamientos posteriores, de que el ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no puede vulnerar por sí mismo la buena fe, que se complementaría con el hecho de que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

Reitera asimismo que para apreciar si hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque para el cálculo del IRPH se toman en consideración no solo los préstamos con Euribor, sino también los referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo, así como los diferenciales, de forma que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación (solventía del deudor, calidad de las garantías concurrentes -fiducias-, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc). Y, señala que, en el caso de existir desequilibrio, deberá ser valorado en el momento de suscripción del contrato ya que la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante y que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros, no supone desequilibrio causante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE ha descartado que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. Por último, en sintonía con el criterio expuesto en la STS 6 noviembre 2020⁶³ recuerda que no se ha justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado en todo

62 STS 27 enero 2022 (RJ 2022, 553).

63 STS 6 noviembre 2020 (RJ 2020, 3857).

caso por la Administración Pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

Finalmente, en el caso que ha dado lugar al ATJUE 28 febrero 2023⁶⁴ se solicitó al Tribunal que formulase aclaraciones sobre los criterios de transparencia que se deben aplicar en un contrato de préstamo hipotecario para la inclusión de un índice para el tipo de interés aplicable establecido por un banco nacional.

Dicho auto resuelve en concreto la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia número 17 de Palma de Mallorca, sobre el índice IRPH en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. El órgano jurisdiccional remitente preguntó cuál es, según los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 93/13, la información precontractual que el profesional debe facilitar al consumidor para que este pueda evaluar las consecuencias económicas de su obligación contractual.

Tomando como doctrina la expuesta en la STJUE 3 marzo 2020⁶⁵, determina que el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Dicho pronunciamiento precisa además que los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 93/13 no se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de facilitar al consumidor, en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución pasada del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, llevando a cabo una comparación con, al menos, un índice diferente, como el euríbor; siempre que esta normativa y esta jurisprudencia nacionales permitan al juez comprobar que, habida cuenta de la información públicamente disponible y accesible y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estaba en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de una cláusula que fija un tipo de interés variable sobre sus obligaciones financieras. Dictamina asimismo que, en el caso de que el juez nacional no pudiera sustituir

64 ATJUE 28 febrero 2023 (ECLI:EU:C: 2023:134).

65 Gómez del Moral Guasch (C 125/18, EU:C:2020:138), apartado 56.

una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En concreto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que podría exceder de la capacidad económica del consumidor; y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca. Y concluye entendiendo que, en una situación en la que el contrato puede subsistir sin la cláusula controvertida, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE no permite que un juez nacional modifique el contenido de esta cláusula por el mero hecho de que la supresión de dicha cláusula no reportaría un beneficio económico al consumidor. Por el contrario, cuando un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia ha admitido que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, aplicando principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización⁶⁶.

III. CONCLUSIONES.

La transparencia tiene como elemento esencial la información. Que una cláusula sea transparente implica que el consumidor comprenda real y materialmente las consecuencias, obligaciones, carga económica efectiva y jurídica que la suscripción de esa estipulación le impone. Esta es la apreciación en la que inciden los pronunciamientos expuestos para valorar si el consumidor tuvo los elementos suficientes para percatarse de las consecuencias que conlleva la aceptación de determinadas presupuestos llevando incluso hasta sus últimas consecuencias sus decisiones con soluciones que podrían calificarse de poco ponderadas, como sucede en la primera STJUE 12 enero 2023, con relación a la sanción por falta de información de la cláusula que fijaba los honorarios profesionales en atención al número de horas dedicadas sin establecer criterios que pudieran orientar al cliente del alcance al que podía ascender dicha remuneración.

66 SSTJUE 30 abril 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, (EU:C:2014:282), apartados 80 y 83; 26 marzo 2019; Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C 70/17 y C 179/17, (EU:C:2019:250), apartado 56; 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C 125/18, (EU:C:2020:138), apartado 61, y 25 noviembre 2020, Banca B., C 269/19, (EU:C:2020:9549), apartado 32.

El principio de transparencia según establece el TJUE requiere que las cláusulas contractuales no solo se redacten de manera clara y comprensible, sino que sean más que inteligibles formal y gramaticalmente de forma que permitan a los consumidores evaluar las consecuencias que derivan de su adscripción como paso previo antes de la formalización del contrato. Este alcance de la información debe ser entendido en sentido amplio de forma que al consumidor no solo le llegue la aportación precontractual, sino que, como se valora en la STJUE 16 marzo 2023, a propósito de la validez de una cláusula contenida en un contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera, debe estar informado debidamente durante toda la vigencia del contrato de la evolución de la divisa en el mercado para que el momento en el que decida proceder al cambio de divisa resulte el idóneo para él.

El contenido de la información queda ponderado cuando se utilizan referencias a los índices oficiales porque constituyen criterios de fácil acceso y conocimiento que permiten que el consumidor medio y normalmente informado pueda conocer, como reitera el ATJUE de 28 de febrero de 2023. Finalmente, aunque la estipulación de la comisión de apertura se considera inherente a los contratos de crédito inmobiliario, el TJUE ha entendido en su sentencia de 16 de marzo de 2023, que no constituye parte del precio.

A ninguno de los criterios expuestos es ajena la doctrina fijada por el Tribunal Supremo sobre estas cláusulas, antes bien, siempre se ha mostrado sumamente respetuoso a su interpretación, más dudoso puede resultar sin embargo el entendimiento que dispensará a la validez de las comisiones de apertura que se imponen como resultado, entre otros factores, del estudio de la solvencia económica del consumidor antes de resolver la concesión de un crédito.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA MUÑOZ, J.M.: “La sujeción de los servicios concertados entre abogados y clientes a la directiva de cláusulas abusivas. Comentario de la STJUE de 15 de enero de 2015”. *Diario La Ley*, núm. 8511, 31 de marzo de 2015.

BUSTO LAGO, J.M.: “El contrato de arrendamiento de servicios”, en AA.VV. *Tratado de contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 3694.

CRESPO MORA, M.C.: “Protección del consumidor de servicios jurídicos”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 1 enero-marzo, 2021, p. 94.

DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L., “La determinación de los honorarios profesionales del abogado”, *CESCO*, 22 de junio de 2020.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La legalidad del IRPH: Pasado y presente”, *RCDI*, núm. 790, pp. 715 a 749, 2022.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: “La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia de nuevo”, *Diario La Ley*, núm. 10273, 24 de abril de 2023.

MARTÍNEZ GÓMEZ, S.: “El TJUE vuelve a pronunciarse sobre los préstamos denominados EN divisa extranjera: no puede ser objeto de control de transparencia la cláusula que recoge el principio del nominalismo monetario”, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 21 julio 2020.

MATE SATUÉ, L.C.: “¿Ha resuelto la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario la litigiosidad de las cláusulas abusivas?”, *Diario La Ley*, núm. 9605, 1 de abril de 2020.

ORDUÑA MORENO, J.: “Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 198, noviembre 2020.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)”. *El almacén del derecho*, sep 14, 2020.

PARDO GATO, J.R.: *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 230.

SÁNCHEZ GARCÍA, J.M.: “La comisión de apertura en los contratos de préstamo al consumo”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 228, mayo 2023.



EL FOMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS
CIUDADANOS A TRAVÉS DE LOS MÉTODOS ADECUADOS
DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. REFERENCIA AL
PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL
DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

*ENCOURAGING CITIZEN ACCOUNTABILITY THROUGH
APPROPRIATE DISPUTE RESOLUTION METHODS. REFERENCE TO
THE DRAFT LAW ON PROCEDURAL EFFICIENCY MEASURES OF
THE PUBLIC JUSTICE SERVICE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 622-655

M^a Inmaculada
RODRÍGUEZ
ROBLERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: El término adecuado utilizado dentro de la definición de los ADR, es un concepto que está generando controversia entre los entendidos en la materia a raíz del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia. En este estudio se plantean los argumentos del por qué este concepto sí está bien utilizado y como este Proyecto fomenta que los ciudadanos sean conscientes y responsables de la solución de sus propios conflictos, sin delegarla en un tercero.

PALABRAS CLAVE: ADR; adecuado; alternativo; controversia; solución; conflicto; negociación; mediación; acuerdo.

ABSTRACT: *The appropriate term used within the definition of the ADR, is a concept that is generating controversy among experts in the matter because of the Law Project of procedural efficiency measures of the Public Service of Justice. This study presents the arguments why this concept is well used and how this Project encourages citizens to be aware of and responsible for resolving their own conflicts, without delegating it to a third party.*

KEY WORDS: ADR; adequate; alternative; controversy; solution; conflict; negotiation; mediation; agreement.

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- I. DEFINICIÓN DEL TÉRMINO ADECUADO EN CONTRAPOSICIÓN CON ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- II. LA ACTIVIDAD NEGOCIADORA.- III. LA BUENA FE Y LA COMUNICACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- IV. LA ACTIVIDAD NEGOCIADORA DEL TERCERO NEUTRAL.- V. LA POSIBILIDAD DE CONCLUIR SIN ACUERDO.- VI. LA IMPORTANCIA DE LA ASISTENCIA LETRADA.- VII. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- VIII. LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS TELEMÁTICOS EN LA RESOLUCIÓN ADECUADA DE CONFLICTOS.- IX. LA CONFIDENCIALIDAD COMO ELEMENTO MOTIVADOR PARA ACUDIR A ESTOS OTROS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. X. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.

El término adecuado utilizado dentro de la definición de los MASC, o medios adecuados de solución de controversias, es un concepto que está generando controversia entre los entendidos en la materia a raíz del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado por el Congreso de los Diputados de España, el 19 de abril de 2022 y publicado el 22 de abril de 2022 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (en adelante el Proyecto)¹.

Este tema merece un estudio pausado, como dice el Profesor Sixto Sánchez Lorenzo que se realiza cuando una persona escribe², por lo que se intentará plantear en este trabajo los argumentos del por qué este concepto sí está bien utilizado dentro del Proyecto para definir los métodos adecuados de solución de controversias, y el por qué no se debería circunscribir solamente al uso de métodos alternativos de solución de controversias, tal y como se hacía originalmente en el siglo pasado, cuando se definía a los ADR como *Alternative Dispute Resolution*³.

Esta antigua concepción de los ADR, únicamente circunscrita a los métodos alternativos de resolución de conflictos, se modificó poco a poco a través de los

1 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF#page=1.

2 Referencia hecha por el Prof. SIXTO SÁNCHEZ LORENZO en el Curso de Verano sobre Arbitraje de la Universidad de Alcalá, 28 de junio 2022, al referirse a que las personas cuando escriben tienen la posibilidad de pensar de forma pausada sobre una idea.

3 Por ejemplo, CARBONNEAU, T.: *Alternative Dispute Resolution. Meltin the Lances and Dismountin the Steeds*, University of Illinois Press, Chicago, 1989, p. 241.

• M^a Inmaculada Rodríguez Roblero

Inmaculada Rodríguez Roblero es licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (graduación de honor) y Doctora en Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid (Suma cum laude por unanimidad). Cuenta con una larga trayectoria docente en España y Costa Rica. Desde 2021 es Profesora Ayudante Doctora en la Universidad de Alcalá. Está colegiada en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid y en el Colegio de Abogados de Costa Rica, donde también es Notario Público y árbitro acreditada en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Member del Chartered Institute of Arbitrators de Londres (MCIArb). Autora de numerosas publicaciones relacionadas con el Arbitraje y la Resolución Adecuada de Conflictos. mi.rodriguezr@uah.es.

años con base en la experiencia, y se fue transformando hacia métodos adecuados⁴, o apropiados de solución de controversias. Incluso se les ha llamado en diversos contextos como métodos amigables, adicionales, o asistidos de resolución de conflictos para adaptarse a sus siglas originales (ADR)⁵. Esto debido a que no siempre lo que se busca es que sean alternativos a la vía judicial, sino que en muchas ocasiones pueden ser complementarios a la justicia ordinaria para un caso concreto, con el fin de poder resolver una disputa específica⁶.

Los MASC fomentan que los ciudadanos sean conscientes y responsables de la solución de sus propios problemas, sin delegarla en un tercero; ya que, al ser partícipes del resultado, el cumplimiento de éste será mayor, precisamente por el sentimiento de pertenencia y autoría, en perfecta consonancia con los objetivos perseguidos en el Proyecto, que pretende que la ciudadanía vea a la Justicia como “algo propio, como algo cercano, eficaz, entendible y relativamente rápido”⁷. En total antagonismo a cuando la solución viene impuesta por otra persona, y no se ha podido contribuir con su formulación, lo que ocurre con los métodos heterocompositivos de resolución de las disputas⁸.

Los métodos autocompositivos, por su parte, tendrán un resultado meramente contractual, como sería, por ejemplo, el caso de la renuncia por acuerdo de partes, regulado en el artículo 5.1.9 de los Principios UNIDROIT, en el que el acreedor puede desistir a su derecho mediante un acuerdo con el deudor⁹. Otro ejemplo más común sería la mediación, en el que las partes intentan solucionar de forma amigable una disputa con la ayuda de un tercero, pero en el que el mediador carece de todo poder para imponer una solución, sino que son las mismas partes las que deben llegar -ellas solas- a un acuerdo, el cual tendrá una naturaleza meramente contractual¹⁰.

4 *Adequate* es definido en el Diccionario Collins en su segunda acepción como: *satisfactory*, lo cual traduce a: apropiado, aceptable, disponible en: <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles-espanol/adequate>

5 HOLLANDS, D.: “Alternative Dispute Resolution in Construction”, *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. BETANCOURT Y J.A. CROOK, eds.), Chartered Institute of Arbitrators, Londres, 2014, p.83.

6 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial”, *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 74.

7 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit, p.1.

8 SANDERS, F.: “Alternative Dispute Resolution in the United States: An Overview”, *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays*, J.C. BETANCOURT Y J.A. CROOK, (eds.), Chartered Institute of Arbitrators, Londres, 2014, p. 2

9 PRINCIPIOS UNIDROIT, disponible en: Microsoft Word - Black-letter rules Spanish.docx (unidroit.org).

10 Artículo 2.3 “3. “Mediation” means a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons (“the mediator”) lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute”. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention)*, 2019, disponible en: UNCTC. En el mismo sentido, Artículo 1.2 *UNCITRAL Mediation Rules*, UNCITRAL, 2021, disponible en: UNCITRAL Mediation Rules (2021)

Al contrario, en los métodos heterocompositivos, un tercero debe resolver de forma vinculante un conflicto. En ellos, la participación de las partes se limitará a presentar sus pretensiones y a probar las mismas, y será ese otro tercero quien dirima la cuestión de forma definitiva y con carácter ejecutivo. Como ejemplo de este tipo de solución se podría mencionar el artículo 35 de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Ley Modelo CNUDMI)¹¹, en el que se establece en su punto I que “un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado (...)”.

Asimismo, dentro de este apartado de métodos heterocompositivos de resolución de controversias encontraremos los *Dispute Boards*, o como también se ha traducido al español, como Juntas de Resolución de Disputas, en los que un tercero o terceros deberán decidir sobre la cuestión planteada, en algunos casos de forma vinculante y en otros de forma orientativa para las partes¹².

El comercio mundial internacional se ha incrementado exponencialmente desde finales de la Segunda Guerra Mundial¹³; lo que ha generado inversiones y movimientos de capital, tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo, a escala internacional, pero también a nivel local. No existe un mercado aislado y esto repercute también evidentemente en la regulación y en la forma en la que se resuelven las disputas que se pueden presentar.

Se podría mencionar como ejemplos de conflictos en grandes proyectos que pueden tener efectos nacionales o internacionales, aquellos debidos a retrasos, los cambios de circunstancias, problemas en la calidad de los materiales, falta de entendimiento en los términos contractuales, falta de adecuación de las especificaciones técnicas o plazos, flujos de caja, problemas con proveedores externos o servicios subcontratados, insolvencias sobrevenidas y un sinnúmero de circunstancias a las que hemos visto incrementadas otras como pandemias¹⁴

11 Ley Modelo CNUDMI, disponible en: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006 | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

12 RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: “La aplicabilidad de la Lex Mercatoria en la solución de controversias”, *La sede y el ordenamiento aplicable en el arbitraje internacional: enfoques cruzados*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, núm. 96, Lima, 2021, p. 358.

13 FFRENCH-DAVIS, R.: “Alcances económicos de la globalización”, *Nueva Sociedad*, núm. 147, enero-febrero, 1997, pp.28 y ss., disponible en: 2560_1-libre.pdf (dlwqtxtslxzle7.cloudfront.net).

14 El Covid-19 produjo un sin número de trastornos en los procesos productivos, que han supuesto paralización e interrupción en el suministro de componentes esenciales, lo que evidencia los riesgos que existen o pueden existir y ahora deben tenerse presentes en la contratación mercantil. Ver FANJUL, E.: “¿Qué es la globalización?”, *Iber Global*, septiembre, 2021, disponible en: que_es_la_globalizacion_B.pdf (iberglobal.com), p.18.

que no teníamos ni siquiera en nuestra lista de causas previsibles¹⁵. Pero también, a nivel más doméstico o local, se podrían añadir conflictos vecinales, contratos de distribución de mercancías, compraventas mercantiles, etc.

Estos elementos demuestran la gran importancia de una correcta asesoría en la redacción de los contratos por los abogados, en la formación de los empresarios, los técnicos, los ingenieros y en general de todas las partes intervinientes, y más concretamente en la prevención¹⁶ y la resolución pronta de sus disputas¹⁷. Ya que el tráfico mercantil requiere de agilidad, certeza y previsibilidad jurídica, lo que todas las partes implicadas, sean estas del sector privado, como incluso las mismas instituciones públicas, persiguen a toda costa, intentando preservar actos jurídicos mientras no haya afectación importante de derechos en aras de favorecer la agilidad del comercio¹⁸.

En esta línea de razonamiento se encuentra precisamente la Dirección General de Registros y Notariado (en adelante DGRN), lo cual expresa como un ánimo de eficacia y efectividad¹⁹, afirmando que “es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos a fin de proteger la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas”²⁰.

Así, comenzaremos este estudio analizando la definición del término adecuado en contraposición con alternativo en la resolución de controversias. Pasaremos

-
- 15 EHLE, B., LE BERGE, A.: “Better Safe than sorry: Risk Management and Dispute Avoidance through Efficient Contractor Due Diligence”, *International Bar Association*, Friday 31 March 2023, disponible en: [Better safe than sorry: Risk management and dispute avoidance through efficient contractor due diligence | International Bar Association \(ibanet.org\)](#).
 - 16 En la literatura empresarial se fomenta la prevención como un gran valor y se fomenta el saber y el estar preparados para resolver los problemas apenas comienzan a presentarse. Se ha llamado esta materia como “gestión de crisis y “la gestión de los conflictos potenciales podría definirse como una técnica de previsión que identifica los acontecimientos que podrían llegar a convertirse en crisis para influir en su evolución y evitar sus efectos negativos para la organización”. DE LA CIERVA, Y.: *Navegar en aguas turbulentas. Principios y buenas prácticas en gestión y comunicación de crisis*, IESE Business School, Universidad de Navarra, 2020, p.166.
 - 17 En la misma exposición de motivos del Proyecto se hace referencia expresa al Estatuto General de la Abogacía Española y al Código Deontológico de la Abogacía Española que establecen como obligaciones la actividad de asesoramiento, consejo y defensa, mediante la concordia, junto a la obligación de procurar el arreglo entre las partes. PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 3.
 - 18 Ya desde el siglo pasado en la doctrina mercantilista se abogaba por que la libertad de comercio requiere de una jurisdicción separada y una especial necesidad de “un derecho más vivo, ágil y adecuado a la buena marcha de los negocios y la de un procedimiento llano y sumario, sin dilaciones abogaciles, basado simplemente “en la verdad sabida y en la buena fe guardada”. RUBIO, J., *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950, p. 94.
 - 19 En este sentido también PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 1.
 - 20 DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, Resolución de 6 de febrero de 2015, Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Málaga, por la que se suspende la inscripción de una escritura de reducción y aumento de capital social. BOE, 2 de marzo de 2015, disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/559386242>.

a considerar las ventajas de la actividad negocial directa entre las partes; cuándo será necesaria la intervención de un tercero y sus facultades, para valorar las opciones con las que cuentan las partes a la hora de enfrentarse a un conflicto. También se apreciará el ámbito de aplicación de los medios adecuados de solución de controversias, la intrusión de la informática en este ámbito y la confidencialidad que brindan estos procedimientos como elemento incentivador en contraposición con la vía judicial.

I. DEFINICIÓN DEL TÉRMINO ADECUADO EN CONTRAPOSICIÓN CON ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

El Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia en su Título I regula los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional. En su artículo 1 establece el concepto y caracterización de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional y dice: “a los efectos de esta ley, se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral”²¹.

Para comprender de forma correcta este artículo se comenzará por acudir a la definición que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (en adelante RAE) del término adecuado, y ésta lo define como “apropiado para alguien o algo”²².

El término en sí ya está acotando su ámbito de aplicación, ya que se refiere en concreto a alguien o a algo preciso, no para una generalidad o para todas las actuaciones o todos los problemas o conflictos que se pudieran plantear.

Un determinado método será, por tanto, la vía adecuada para resolver un conflicto concreto y no para otro con unas partes diferentes, o surgido tal vez entre las mismas partes, pero en otro momento diferente o en circunstancias diversas.

Este análisis es válido para examinar cuál de esa amplia variedad de mecanismos será el más apropiado.Cuál será ese “traje a medida”²³ que mejor se ajustará a

21 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit.

22 RAE, disponible en: <https://dle.rae.es/adecuado>

23 Este es un concepto ampliamente utilizado en la literatura sobre resolución de conflictos. Como muestra las características que se establecen de los métodos ADR que propone la WIPO, entre las cuales están la perfecta adaptación o “traje a medida” y flexibilidad de los procedimientos, específicamente de la mediación, para que satisfagan perfectamente sus necesidades: WIPO, “WIPO ADR for Digital Copyright and Content Disputes”, disponible en: WIPO ADR for Digital Copyright and Content Disputes.

las necesidades de las partes en cuestión. Como también así se establece en el artículo 1 del Proyecto, al permitir que incluso cualquier actividad negociadora no tipificada legalmente, pero que cumpla con el requisito de ser materia de libre disposición (artículo 3 del Proyecto)²⁴ se considere método adecuado de resolución de controversias.

Por su parte, que algo sea alternativo a otra cosa significa, conforme al mismo Diccionario RAE, que sea "capaz de alternar con función igual o semejante"²⁵. En este caso los métodos que se analizarán más adelante serán, en algunos casos, alternativos a la vía natural de resolución de disputas, es decir, a la vía judicial. En otros casos, no serán alternativos a la vía judicial, ya que muchos de estos métodos adecuados de resolver conflictos no cuentan con la eficacia de las resoluciones judiciales, sino que su eficacia es meramente contractual, a menos que las partes quieran elevarlo a escritura pública, o en otros, por ejemplo, el proceso de negociación se hubiera derivado por el tribunal en el seno del proceso judicial y puedan las partes solicitar al tribunal su homologación, conforme al artículo 12 del Proyecto²⁶.

En este punto es evidente el avance legislativo del Proyecto de la reforma efectuada sobre el Anteproyecto; ya que en aquél figuraba la atribución al acuerdo alcanzado por las partes del valor de cosa juzgada, pero, a su vez, una eficacia contractual del acuerdo alcanzado. En el Anteproyecto se exigía que para que tuviera el valor de título ejecutivo se debería de elevar a escritura pública u homologar judicialmente (artículo 10 del Anteproyecto)²⁷. El valor de cosa juzgada que se le pretendía otorgar buscaba impedir a las partes el poder presentar demanda judicial con igual objeto y, por tanto, se entiende que iba en la línea de la descongestión judicial que impregna la Ley. Pero, también las partes siempre podrían disponer de la materia y podrían seguir negociando sobre el mismo objeto controvertido o acudiendo a una mediación si fuera el caso. Lo que no podrían es acudir a la vía judicial en el supuesto de haber alcanzado un acuerdo previo sobre el mismo objeto en disputa, nada más. Así las cosas, el nuevo artículo 12.1 del Proyecto es más acertado en su regulación y redacción estableciendo que

24 El Artículo 3.1 del PROYECTO, define en concreto la materia de libre disposición como "1. Las partes son libres para convenir o transigir, a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público (...)".

25 RAE, disponible en: <https://dle.rae.es/alternativo?m=form>.

26 En el mismo sentido se encuentra el acuerdo de mediación, el cual tendrá eficacia contractual a menos que la partes insten su elevación a escritura pública con el objeto de configurar su acuerdo como título ejecutivo (artículo 23.3 LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

27 ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>.

“el acuerdo alcanzado será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto”²⁸.

La vía judicial siempre estará disponible para los ciudadanos. Nunca se les privará de acudir a ella²⁹. Las personas siempre pueden recurrir a la vía judicial para hacer valer y solicitar la tutela de sus derechos, a menos que voluntariamente, en uso de su autonomía de la voluntad, decidan renunciar a ella. Así lo ha manifestado en estos últimos años el Tribunal Constitucional refiriéndose al arbitraje, el cual, sin lugar a duda, es uno de los principales métodos alternativos a la jurisdicción, y muchas veces adecuado, para la resolución de determinados conflictos.

En este sentido, por ejemplo, las resoluciones STC 15 de febrero 2021³⁰, la STC 15 de marzo 2021³¹, la STC 15 de marzo 2021³²; y la STC 4 de abril 2022 al decir que “dicha doctrina parte de la consideración de que el legislador “configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes”³³.

Así, las partes por su autonomía de la voluntad han decidido optar por otra opción, otro camino, otra alternativa igualmente válida y reconocida para solucionar sus conflictos. Pero como también hay que recordar, esa autonomía de la voluntad debe ejercitarse con responsabilidad³⁴ y las partes deben reconocer dicha exigencia y responsabilizarse de sus consecuencias.

En la Exposición de Motivos del Proyecto se dice que “la justicia emana del pueblo, como también radica en el mismo el sentido de lo justo, por lo que se ha de propiciar la participación de la ciudadanía en el sistema de Justicia. (...) Y es conveniente también abrir la justicia civil (...) a los ciudadanos para que se

28 En el mismo sentido HINOJOSA SEGOVIA, R.: “Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *LA LEY Mediación y Arbitraje*, n° 11, abril-junio 2022, Editorial Wolters Kluwer, p. 22.

29 Artículo 24 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: “I. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. (...)”.

30 STC 17/2021, disponible en: Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 17/2021 (tribunalconstitucional.es).

31 STC 55/2021, disponible en: Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 55/2021 (tribunalconstitucional.es).

32 STC 65/2021, disponible en: Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 65/2021 (tribunalconstitucional.es).

33 STC 46/2020, FJ 4, disponible en: <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2021/03/Sentencia-TC-15-marzo-2021-recurso-amparo-2563-2019.pdf>.

34 Tal y como lo definió el profesor D. GONZALO STAMPA en el Curso de Arbitraje de la Universidad de Alcalá el día 28 de junio de 2022.

sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución adecuada de los mismos, especialmente en determinados casos en los que es imprescindible buscar soluciones pactadas que garanticen, en lo posible, la paz social y la convivencia”³⁵.

Estos otros métodos también son otras vías, otros caminos, otras formas válidas y eficaces con las que las partes contarán para resolver ese conflicto concreto que ya tienen entre manos o que prevén que puede surgir en un futuro dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes; con los límites del orden público, las normas imperativas y de forma que aúna ambas, estaría la buena fe o la ética, esencial para satisfacer de forma adecuada los intereses de las partes en conflicto. Lo que sea por tanto materia de libre disposición y se pueda, en la mayoría de los casos convertir en dinero, será materia disponible, quedando fuera de ese ámbito el resto de las materias (artículo 3.1 Proyecto)³⁶.

En el mundo de los negocios, y conforme lo articula el Proyecto, para materia civil y mercantil, incluidos los conflictos transfronterizos (artículo 2 del Proyecto), los medios adecuados de solución de controversias especialmente brindan una solución adecuada, eficaz y en tiempo razonable a problemas que de acudir a la vía judicial podrían llegar demasiado tarde; impidiendo el normal desempeño de sus actividades, o incluso cuando la empresa ya no existe o no tiene sentido continuar con un litigio de esas características.

Así, se ve como estos procedimientos o mecanismos son una vía más, una opción con la que cuentan las partes para poder resolver sus disputas de forma que se satisfagan mejor sus intereses, ayudando a mantener e incluso a veces restaurar una relación preexistente y necesaria en muchos casos para sus operaciones, ineludible para las transacciones comerciales a largo plazo. “Es posible que el conflicto sea inevitable, pero no lo son la pelea, la violencia, la guerra. Podemos escoger entre manejar nuestros conflictos de manera constructiva o destructiva. Lejos de ser impotentes, estamos en condiciones de prevenir el conflicto destructivo”³⁷.

Algo muy distinto a lo que ocurre en la vía judicial, en la que se encallan las posiciones y las reclamaciones la mayoría de las veces, en la que tampoco se colma

35 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 2.

36 Ya en el Derecho romano se regulaba también lo que se consideraba materia arbitrable y aplicable para nuestro fin como materia disponible, excluyendo los delitos públicos, aquellos que suponían infamia, los que afectarían la libertad de las personas o los perseguibles mediante acciones populares. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Dykinson, 2017, p. 131. En el mismo sentido el Artículo 1271 CÓDIGO CIVIL: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”.

37 URU, W.: *Alcanzar la paz. Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Paidós, España, 2005, p. 204.

el sentido de la discrepancia y se fomenta el distanciamiento y el rompimiento de la relación³⁸.

Pero es importante hacer énfasis en que no se puede generalizar, o como se ha dicho en otras ocasiones, intentar convertir estos otros mecanismos en la panacea³⁹. Para ello será necesario analizar el caso concreto que se presente, y seguidamente valorar si es o no ese método el adecuado para resolver ese conflicto determinado.

Cuando se deja a los individuos que tomen las riendas de su conflicto y decidan la vía por la cual quieren transitar, ese será el medio adecuado para ellos. En ese caso, determinado método apropiado para la resolución de su conflicto, puede que sea un procedimiento alternativo a la vía judicial; pero también podría tratarse en una disputa precisa que sea la vía judicial el método adecuado de resolución de su conflicto, cuando el problema así lo amerite, al requerir en ese caso concreto la certeza del aparato judicial y el poder coercitivo del juez para que el inconveniente quede zanjado. Por ejemplo, cuando se está frente a un asunto que afecta a derechos indisponibles, o a derechos de menores de edad, o siendo derechos disponibles se quiere simplemente acudir al juez para evitar reenvíos o el auxilio judicial⁴⁰. Por tanto, es preciso hacer un análisis de cada caso en concreto, para saber cuál será ese método adecuado de resolución de conflictos, sin ser posible una generalización *a priori*.

Hay sectores concretos en los que las partes prefieren tener el control de la solución de sus conflictos y que no haya terceros interviniendo y conociendo de los secretos o *know how* de sus proyectos; por ejemplo, en la negociación de patentes, secretos industriales, marcas, etc. Pero en determinados casos pueden tener dificultades para poder comunicarse directamente con sus contrapartes; como sería, por ejemplo, ante problemas en la ejecución de un proyecto, por desperfectos a la hora de instalar un material, o fallos inesperados, por malentendidos, ante algún incumplimiento, impericia, etc. Para lo cual la presencia de un tercero que intervenga se hace necesario e incluso indispensable.

38 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial", cit., p. 71.

39 CREMADES, B.: "El proceso arbitral en los negocios internacionales", *Revista Thémis de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 11, Lima, 1988, p. 10, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110126.pdf>.

40 Ya que, por ejemplo, aunque según el Artículo 11 de la Ley 60/2003 los tribunales arbitrales pueden conceder medidas cautelares, pero según el Artículo 8 será el tribunal competente para la adopción judicial de las medidas cautelares el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, por lo que se puede comprender que las partes quieran optar directamente por la vía judicial. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>.

El papel y las funciones que pueda desarrollar ese tercero variarán dependiendo de lo que las partes necesiten y le permitan, y “ahí está el detalle”⁴¹ de la capacidad que tenga el asesor jurídico o técnico en el diseño del procedimiento que requerirán las partes, en ese caso sus clientes, para lograr una solución adecuada para sus conflictos y que sea el método que mejor satisfaga sus intereses, pudiendo ser una negociación, una conciliación, un experto independiente, etc. (artículo 13.I Proyecto)⁴². Ese método concreto de resolución de disputas por el que se ha optado en un inicio podrá también variar durante el tiempo, y puede que, en algunas ocasiones, después de un trabajo arduo, pueda incluso que no se parezca a la solución que inicialmente se planteaba como la opción “A”, pero es la mejor opción en este contexto específico⁴³.

Esta Ley intenta crear lo que ya hace años opera en otros países como las *Multi-Door Courthouse*⁴⁴, en las que los usuarios acuden con sus problemas y en función de éstos se les intenta referir a la solución más apropiada a sus necesidades. A raíz de este análisis se le remite a una negociación, a una mediación, a una conciliación, a un arbitraje, o incluso a la vía judicial. El codificador afirma que se debería cumplir con la máxima de que “antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia”⁴⁵, con el fin de potenciar la negociación entre las partes de forma directa o ante un tercero neutral, buscando reducir el conflicto social, la sobrecarga de los tribunales, los cuales se consideran igualmente adecuados para el ámbito civil y mercantil, dejando reservados para la vía judicial aquellos litigios que realmente lo ameriten o que las partes así lo demanden⁴⁶.

De esta forma también se busca dar una respuesta institucional al Objetivo número 16 de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, específicamente al número 16.3, al garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos⁴⁷. También,

41 Película mexicana “Ahí está el detalle”, interpretada por MARIO MORENO CANTINFLAS, 1940, ver: Ahí está el detalle (1940) - FilmAffinity.

42 Artículo 13.I PROYECTO: “I. A los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad para la iniciación de la vía jurisdiccional, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.1., las partes podrán acudir a cualquiera de las modalidades de negociación previa reguladas en este capítulo, a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, o a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias previsto en otras normas. En particular, las partes podrán cumplir dicho requisito mediante la negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados”.

43 URY, w.: *Alcanzar la paz*, cit., pp. 31 y ss.

44 RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I.: “Algunos “otros” métodos”, cit., p. 802; LÓPEZ HUGUET, M.L.: *Proceso y ADR: herencia romana en la resolución actual de conflictos (especial referencia a la evolución histórico-jurídica del arbitraje)*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 186.

45 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 3.

46 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 3.

47 En este sentido se ha reafirmado este compromiso con la DECLARACIÓN DE VALLADOLID, colofón de la I Cumbre Mundial de Mediación Empresarial, que ha tenido lugar el 25 y 26 de mayo en Valladolid, y en la que se ha discutido las ventajas de optar por estos MASC en aras de la aglización de la justicia y la actividad empresarial. SÁNCHEZ, L., “La cumbre de mediación empresarial reafirma el papel de este método de resolución de conflictos como alternativa al colapso de los juzgados. Algunos juristas creen que el Ministerio de Justicia debería sentar a un mediador en los conflictos que tiene abiertos con funcionarios de justicia y personal laboral”, *Economist & Jurist*, Martes 6 de junio de 2023, disponible en: La cumbre de

se garantiza que se adopten decisiones inclusivas, participativas y representativas, conforme al Objetivo 16.7, respondiendo directamente a las necesidades de todos los ciudadanos, ya que son los mismos interesados y afectados, quienes participan de la misma solución de sus conflictos⁴⁸.

II. LA ACTIVIDAD NEGOCIADORA.

El Proyecto habilita a las partes para acudir a cualquiera de las modalidades de negociación o a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Ley 5/2012).

Según el artículo 14 del Proyecto, toda persona física o jurídica, con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, puede gestionar la actividad negociadora. Para ello establece una serie de requisitos para actuar como conciliador, haciendo en este artículo una confusión entre los términos de mediador, negociador y conciliador.

Aquí se podría afirmar que tal vez el legislador pretende seguir la definición de mediador/mediación de la Ley Modelo sobre Mediación Internacional⁴⁹, en la que se establece que no importa el término técnico escogido para definir al tercero encargado de ayudar a las partes para lograr una solución de la disputa de forma neutral e independiente, sino que lo que realmente importa es la función desempeñada⁵⁰. "El mediador no pretende determinar quién tiene razón y quién está equivocado, sino que trata de alcanzar el núcleo de la disputa y resolverla. Ese núcleo está en los intereses de cada lado: en otras palabras, en sus necesidades, preocupaciones, deseos, temores y aspiraciones"⁵¹.

Además, se le otorga a este tercero un rol activo y proactivo en la solución de las disputas, ya que el artículo 15.g del Proyecto, en el que se determinan sus funciones, sí le concede la facultad de formular posibles soluciones al conflicto que le han planteado. Al contrario de lo que ocurre en la mediación a nivel nacional (artículo 8 Ley 5/2012), en la que el mediador solamente puede facilitar

mediación empresarial reafirma el papel de este método de resolución de conflictos como alternativa al colapso de los juzgados | E&J (economistjurist.es).

48 NACIONES UNIDAS, "Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas", *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

49 UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)*, disponible en: *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)*.

50 Incluso se habla en los Comentarios a dicha normativa, que en la regulación anterior se utilizaba el término de conciliador y que se podrá utilizar diferentes expresiones para referirse a diferentes técnicas y estilos, y esa es la misión de la Ley Modelo, anar todas ellas dentro de su artículo 1. Comentarios al artículo 1, núm. 32, en "Draft Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation" (2018), *Note by the Secretariat, United Nations, Vienna, 53rd Session, 2021*, disponible en: V2102141.pdf (un.org), p. 9.

51 URY, W.: *Alcanzar la paz*, cit., p. 156.

la comunicación y acercar las posturas de las partes, pero no puede formular directamente soluciones al conflicto; aunque, en la normativa internacional y la Ley Modelo de Mediación (artículo 7.4), tal y como se ha visto, sí se permite a los mediadores hacer propuestas de un acuerdo⁵².

Otra forma adecuada de solución de conflictos que formula el Proyecto es la Oferta vinculante confidencial (artículo 16 del Proyecto). En ésta, cualquier persona envuelta en una diferencia podrá formular una oferta vinculante a la otra parte y quedará obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la otra parte a la que la dirige la acepta. De tal forma que dicha aceptación tendrá carácter de irrevocable.

Esta oferta debe dejar constancia de su remisión y de la identidad del oferente, así como de la recepción efectiva por la otra parte y de la fecha en que se produce dicha recepción y de su contenido. Tiene un plazo de validez de un mes, buscando nuevamente la seguridad jurídica y permitiendo a las partes avanzar hacia otros métodos de solución adecuada de resolución de conflictos, o incluso acudir a la vía judicial si así lo estiman oportuno (artículo 16.3 del Proyecto).

Este artículo está en perfecta consonancia con la regulación general contractual del Código Civil (en adelante CC), y en especial con el artículo 1262 CC, que dice expresamente que: "el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

Esta forma de resolver conflictos también opta por una resolución documental muy acorde con las tendencias actuales de relaciones sociales, tecnológicas y empresariales. La mayoría de los negocios actualmente se desarrollan sin contactos presenciales, por lo que la resolución de disputas también irá en la misma línea en la que los negocios se han gestado, tal y como se tendrá oportunidad de analizar con más detalle en un apartado posterior.

La última forma expresa y nominal que se regula en el Proyecto es la Opinión del experto independiente (artículo 17 del Proyecto). En él, las partes remitirán a un técnico en la materia un conflicto, para que éste emita una opinión no

52 Artículo 8 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; *UNCITRAL NOTES ON MEDIATION* (2021), UNCITRAL, 5.a, p. 19.

vinculante, la cual puede versar sobre cuestiones jurídicas o técnicas. Ésta puede solicitarse antes o durante la tramitación de un proceso judicial y tendrá carácter confidencial.

Como una de las principales ventajas de esta novedosa forma de intento de resolver conflictos que se introduce en nuestra legislación, se puede afirmar que, al no ser vinculante esta opinión del experto, si los abogados de las partes o las mismas partes por algún motivo no quieren llegar a un acuerdo en un primer momento, los clientes podrán tomar la iniciativa y, en función del resultado que les plantee el experto, que será el que podría alcanzarse en un hipotético proceso judicial o arbitral, serán ellos quienes intenten, directa y activamente, llegar a un nuevo arreglo, para evitar así lo que podría pasar y que el experto ya les avisó⁵³.

Se podría calificar este método como un procedimiento disuasorio de resolución de disputas, ante eventuales mayores inconvenientes de orden legal, económico, financiero, de recursos materiales, humanos, etc. Ya que conforme se escala en los distintos métodos de resolución de disputas, e intervienen otros terceros en su resolución, también se incrementan los costes asociados, y este es un factor fundamental que ayuda a las partes para intentar tomar medidas en la pronta resolución de los problemas.

Emitido el dictamen o la opinión no vinculante del experto, las partes dispondrán de un plazo de diez días hábiles desde su comunicación para hacer recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora con el fin de aceptar la opinión escrita propuesta por el experto. En el caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previstos en el artículo 11 del Proyecto, elevándose a escritura pública y tendrá, por tanto, el valor de título ejecutivo (artículo 12.2 del Proyecto).

En los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, el experto designado extenderá a cada una de ellas una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía, a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad⁵⁴ (artículo 4 del Proyecto), para que sea admisible en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, la demanda.

53 RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: "Algunos "otros" métodos", cit., pp. 813 y ss.

54 El requisito de procedibilidad se regula en el artículo 4 del PROYECTO y es un avance significativo de esta regulación. Para que cualquier procedimiento del orden civil pueda ser admitido, debe haberse acudido previamente a algún medio de solución de controversias de los previstos en el artículo 1 del PROYECTO. En el artículo 9 del PROYECTO se regulan los requisitos de acreditación del intento de negociación y terminación del proceso sin acuerdo.

III. LA BUENA FE Y LA COMUNICACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

En el artículo I del Proyecto se entiende que las partes del conflicto acudirán a estos medios adecuados de solución de controversias con buena fe. Ya se ha incluido también la buena fe y la ética como uno de los limitantes a la actuación y a la materia que podrá ser sometida a estos mecanismos, pero merece la pena un apartado específico para su análisis.

El principio general de la buena fe, principio que hemos heredado del Derecho romano, es uno de los principios que sirven de fundamento, ordenación e interpretación del ordenamiento jurídico actual⁵⁵.

Este principio está presente en todas las regulaciones formales y no formales, como sería, por ejemplo, el artículo 7 CC, en el que se establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Y a nivel de *soft law*, en el ámbito internacional, se podría mencionar el artículo 1.7 de los Principios UNIDOROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁵⁶ (en adelante Principios UNIDROIT), en los que se establece que las partes deben actuar con buena fe en el comercio internacional, sin poder excluir ni limitar este deber⁵⁷.

La buena fe debe estar presente en todas las actuaciones de las personas, físicas o jurídicas, y más cuando ellas son las responsables de la solución de sus propios conflictos, como se pretende con este Proyecto de Ley. Las actuaciones éticas o conforme a la buena fe muchas veces coinciden con las prescripciones legales, aunque otras veces no, pero encuentran su fundamento en que la "fuerza vinculante no deriva ni de la norma ni de la utilidad, sino de fundamentos éticos basados en el sentido moral común: evitar hacer el mal a los demás, respetar los derechos ajenos, no mentir ni engañar, cumplir las leyes, obedecer a la autoridad, ayudar a los necesitados, ser íntegros y ecuanímes, etc. Por eso, deben ser puestas en práctica, aunque la ley no las imponga o incluso cuando pudiera parecer más útil -al menos a corto plazo- actuar de otro modo"⁵⁸.

La buena fe implica que las comunicaciones deben ser efectivas y activas entre las partes en conflicto. Por tanto, éstas deberán cooperar para solucionar la disputa, aunque como se verá más adelante, esto no significa que sea obligatorio

55 LÓPEZ HUGUET, M.L., *Proceso y ADR*, cit., pp. 168 y ss. Aunque es propio del Derecho natural y ya Aristóteles citando a Sófocles afirmaba que "no es algo de ahora ni de ayer, sino que siempre está vivo y nadie sabe desde cuando apareció". ARISTÓTELES, *Retórica*, Alianza Editorial, 1ª ed., 6ª reimpresión, Madrid, 2005, p.123.

56 PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2016, disponibles en: Microsoft Word - Black-letter rules Spanish.docx (unidroit.org).

57 En el mismo sentido, artículo I:201 PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, en el que se dice de forma expresa: "(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo".

58 DE LA CIERVA, Y.: *Navegar en aguas turbulentas*, cit., pp. 45 y ss.

alcanzar un acuerdo a toda costa, pero sí se debe, al menos, intentarlo con buen ánimo⁵⁹.

Deberá cuidarse y procurar no alterar la comunicación, ya sea verbal como no verbal, así como saber escuchar, prestando una atención total a la otra persona⁶⁰. Para establecer una comunicación real, no solamente se debe oír lo que la otra parte dice, sino que la empatía y el ser capaz de analizar el mensaje desde la perspectiva del emisor, son elementos esenciales para lograr un buen acuerdo⁶¹.

La comunicación es un proceso en dos sentidos⁶², lo que implica que no se debe dar lecciones cuando se intenta alcanzar un acuerdo o negociar; o solamente realizar una exposición de los requerimientos cuando se dialoga con la contraparte. Al contrario, dependiendo de la persona que se tenga delante, se deberá ser capaz de adaptar el estilo de la comunicación, las palabras escogidas, el momento en el que se pueden intercambiar las peticiones, los mensajes que se transmiten, el administrar los silencios, etc. No hay una única "receta" que sirva para todas las situaciones que se tienen que afrontar.

La buena fe también implica saber esperar el momento propicio, no imponerse o aprovecharse de una determinada posición, que puede ser más favorable en un momento concreto para obtener más beneficios de los que le corresponderían, por ejemplo⁶³; hablar con respeto a sus interlocutores, no intentar confundir con argumentaciones falsas, contradictorias o impertinentes. Todo esto se puede perfectamente englobar también dentro del ámbito de la ética⁶⁴ en el intento de alcanzar un buen acuerdo mutuamente beneficioso.

Esto es posible si se pone el suficiente interés en comprender a la persona que está delante, y se quiere realmente entender, o al menos legitimar el punto de vista de los demás y poder adaptarse a las circunstancias específicas, para de esta forma intentar lograr el mejor resultado posible para ambos. "Hace falta coraje

59 FISHER, R., URY W., PATTON, B.: *Getting to Yes. Negotiating an agreement without giving in*, Random House Business Books, 2ª ed., Penguin, New York, 1991, p.20 y ss.; DIXON, T., O'HARA, M.: *Communication Skills, Making Practice-Based Learning Work*, University of Ulster, 2002, disponible en: https://www.academia.edu/25247764/Practice-Based_Learning_Communication_SKILLS, p.4.

60 URY, W.: *Alcanzar la paz*, cit., p. 171.

61 FISHER, R., URY W., PATTON, B.: *Getting to Yes*, cit., pp. 21 y ss.; DIXON, T., O'HARA, M.: *Communication Skills*, cit., pp. 10 y ss.

62 KOTTER, J.: *Leading Change*, Harvard Business Review Press, Boston, USA, 2012, pp. 101 y ss.

63 Tal y como ya advertía Aristóteles en la *Retórica*, cit., p.120 al decir que la maldad solo necesita un pretexto (...) "pues no tratarán de llevarnos a los tribunales: o buscan una avenencia o no concluyen nada. O contra aquellos a quienes no beneficia perder tiempo esperando juicio o compensación, como ocurre con los extranjeros o con los que trabajan con sus manos, porque llegan a un acuerdo por poco y se contentan con facilidad".

64 Ético, según acepción número 4 del Diccionario RAE, "Conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida. Ética profesional, cívica, deportiva". Disponible en: ético, ética | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE.

para enfrentar el obstáculo de las diferencias humanas, y hablar de manera abierta sobre lo que realmente importa⁶⁵.

El Acuerdo -con mayúscula- debe ser el mejor para ambos, no solamente para una de las partes. Por tanto, si no es así, será mejor quedarse con su Plan “B”, o seguir avanzando hacia otro método diferente de resolución de conflictos o, en determinadas circunstancias, acudir a la vía judicial.

Cuando se es consciente de que si se coopera con la otra parte se podría satisfacer en mayor grado el propio interés, mucho más que cuando se compete, la participación se vuelve más efectiva y es más probable llegar a un acuerdo satisfactorio para todos los intervinientes.

IV. LA ACTIVIDAD NEGOCIADORA DEL TERCERO NEUTRAL.

El tercero neutral desempeñará sus funciones de acuerdo con las distintas modalidades de negociación previa reguladas en el Proyecto y deberá también cumplir con los requisitos que en él se establecen. Por ejemplo, para la conciliación privada deberá el conciliador estar inscrito como ejerciente en el colegio profesional oportuno, ser imparcial y guardar los deberes de confidencialidad y secreto profesional; además de aceptar de forma expresa y documentada la responsabilidad de la gestión leal, objetiva⁶⁶, neutral e imparcial del encargo recibido (artículo 14 del Proyecto)⁶⁷.

Así, el Proyecto establece como esencial que el tercero que intervenga como facilitador deberá ser y permanecer imparcial durante el desarrollo de la actividad negociadora a la que las partes en conflicto acuden para encontrar una solución extrajudicial (artículo 14.2.b del Proyecto).

La imparcialidad radica en el ámbito subjetivo del tercero y deberá manifestarse en su forma de actuar y en cómo se comporte hacia el exterior. Según el Diccionario RAE, imparcialidad es la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”⁶⁸. Por

65 URY, W.: *Alcanzar la paz*, cit., p. 146.

66 Aunque, por ejemplo, en el Art. 13 de las *UNCITRAL Mediation Rules* se excluye la responsabilidad de los mediadores, quedando a salvo solamente aquella cometida con dolo. *UNCITRAL MEDIATION RULES (2021)*, cit.

67 Este es el principio general que se recoge, por ejemplo, en las *DIRECTRICES IBA* sobre conflictos de interés para los árbitros, pero como elemento de análisis y de consulta podría utilizarse en esta materia, ya que es una herramienta desde el punto de vista práctico que ayuda para orientar a los operadores en cuanto a situaciones concretas que determinarán, en función de los colores de un semáforo, si el árbitro podrá seguir o no con su nombramiento. Disponibles en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>. De igual modo, el *REGLAMENTO CNUDMI*, en sus artículos 11 y siguientes regula la necesidad imperativa de que los árbitros revelen a los demás miembros del tribunal y a las partes, toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas razonables sobre su independencia o imparcialidad, lo cual se podría utilizar de modo análogo para estos mecanismos, ya que en esta materia está más desarrollado.

68 *DICCIONARIO RAE*: imparcialidad, disponible en: <https://dle.rae.es/imparcialidad?m=form>.

tanto, el tercero debe ser y permanecer libre de presiones externas y no podrá favorecer a una parte por encima de la otra, ya que su actuar deberá estar siempre libre de prejuicios⁶⁹, y deberá tratar a las partes con igualdad y dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos⁷⁰.

Mientras que la independencia se refiere a la esfera objetiva del tercero, a las relaciones del sujeto con el procedimiento que pueda mantener con las partes, sus representantes y demás intervinientes. No puede existir interés en ningún sentido, entiéndase material, financiero, sentimental, familiar, intelectual o de cualquier naturaleza que pueda afectar al resultado del procedimiento⁷¹. Esto lo que significa, en palabras sencillas, es que no puede existir dependencia de nada ni de nadie, con el fin de alcanzar un resultado justo para las partes⁷².

El mecanismo que garantiza la salvaguarda de estos principios es el deber de revelación del tercero antes de aceptar su nombramiento, durante su mandato y una vez finalizado éste (artículo 15.a del Proyecto). En la sesión inicial, la persona conciliadora deberá revelar a las partes las posibles causas que puedan afectar la resolución del conflicto por su profesión, formación o experiencia. Su finalidad es evitar cualquier posible conflicto de interés con las partes, sus representantes o terceros⁷³.

En este sentido se encuentra también el artículo 3.6 de las *UNCITRAL Mediation Rules*, que regula el deber del mediador de revelar toda aquella circunstancia que pueda dar pie a dudas razonables con respecto a su independencia e imparcialidad, incluyendo detalles de su vida personal, profesional, financiera u otros intereses que puedan influir en el resultado de la disputa; desde su nombramiento y durante todo el procedimiento de mediación, tan pronto como dicha situación o circunstancia tenga lugar⁷⁴.

69 Los prejuicios llevan a los terceros y a las mismas partes a perder en muchas ocasiones oportunidades de solucionar un conflicto. Esto también puede conllevar obviar o no percibir otras perspectivas que podrían favorecer la resolución pronta del conflicto o aportar un buen resultado mutuamente beneficioso. En este sentido es interesante consultar el Capítulo IV del Libro "El Principito", en el que se relata la historia del descubrimiento realizado por un astrónomo turco en 1909 y como los prejuicios hacia su vestimenta le impidieron tener la credibilidad necesaria en un Congreso de Astronomía. Posteriormente en 1920, y ya ataviado al modo occidental, todo el mundo compartió su opinión. DE SAINT-EXUPÉRY, A.: *El Principito*, Salamandra, Navarra, 2020, pp.18 y ss.

70 Artículo 18 LEY MODELO DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI) SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., STAMPA, G.: *Principios generales del arbitraje*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 219.

71 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., STAMPA, G.: *Principios generales del arbitraje*, cit., pp. 207 y ss.

72 DICCIONARIO RAE, independencia: "que no tiene dependencia, que no depende de otro". Disponible en: <https://dle.rae.es/independiente>.

73 AMEZAGA, B.: "Sentencia de la Corte de Apelación de París, Pôle 5, Ch. 16, 25 de febrero de 2020, núm. 8/2020 -Dommo Energía v. Enauta Energía y Barra Energía. Aclaraciones recientes sobre el alcance de la obligación de revelación del árbitro y sobre las consecuencias de no revelación", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vo. XIII, núm. 1, 2021, p. 385.

74 *UNCITRAL MEDIATION RULES* (2021), cit.

Ante la duda será siempre recomendable revelar la posible causa de conflicto, y que sean las partes las que acepten, de forma expresa, la continuidad o no del tercero en su función.

El realizar una revelación no significa que exista un conflicto de interés, o que dicha circunstancia implique que el tercero no será capaz de actuar con la profesionalidad e imparcialidad exigida. Lo que se busca en última instancia es la salvaguarda del procedimiento, y que no exista ningún atisbo de duda al respecto⁷⁵.

V. LA POSIBILIDAD DE CONCLUIR SIN ACUERDO.

El acudir a uno de estos métodos de resolución de controversias no exige que las partes deban solucionar sus conflictos mediante él. O incluso, que deban solucionar todo el conflicto mediante un método adecuado de resolución de disputas, ya que las partes son libres para convenir o transigir a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses y alcanzar acuerdos totales o parciales. “En el caso de acuerdos parciales, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga la discrepancia” (artículo 3.1 del Proyecto).

Estas son vías que se facilitan para que las partes cuenten con otras opciones, además de la vía judicial que, como se ha dicho anteriormente, siempre estará disponible. Cuando no se tiene otras opciones y solamente hay un camino, se debe transitar por él; pero si se cuenta con varias vías para escoger, se podrá ir por la que mejor convenga, dependiendo del tiempo con el que se cuente, los recursos que puedan verse comprometidos en la causa, los grupos de interés o *stakeholders* que se vean afectados, los intereses que se primen, etc.

Pero, si durante el proceso no se es capaz de lograr el objetivo que se había trazado, o las circunstancias no permiten avanzar, la vía judicial siempre estará abierta, a menos que se haya renunciado expresamente a ella, por ejemplo, a través de la suscripción de una cláusula arbitral inserta en un contrato. Pero, incluso en tal caso, si ambas partes se ponen de acuerdo, o si una de ellas inicia un procedimiento judicial y la otra no se opone en tiempo mediante la debida declinatoria⁷⁶, el juez podrá seguir conociendo, por lo que la vía judicial será, en ese caso concreto, la vía adecuada para resolver ese caso determinado.

75 Por ejemplo, el documento de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia de la *INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION (CCI)* que los árbitros deben de cumplimentar, disponible en: ICC Arbitrator Statement Acceptance, Availability, Impartiality and Independence form - ICC - International Chamber of Commerce (iccwbo.org).

76 Artículo 11 *LEY 60/2003 DE 23 DE DICIEMBRE DE ARBITRAJE* que dice: “*Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal.* 1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda. 2. La declinatoria no impedirá la iniciación o

Es importante recordar que tampoco el Proyecto está instando a las partes a llegar a un acuerdo a toda costa.

El artículo 9.4 del Proyecto regula que se entenderá la terminación del proceso sin acuerdo cuando transcurrieran treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida y no se mantuviera la primera reunión o contacto dirigido a alcanzar un acuerdo, o no se obtenga respuesta por escrito; transcurrieran tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin que se hubiera alcanzado un acuerdo⁷⁷. O si cualquiera de las partes se dirige por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones, quedando constancia del intento de comunicación de ser esa su voluntad⁷⁸.

El Proyecto intenta establecer fechas ciertas para poder cerrar la fase negociadora y permitir a las partes avanzar a las siguientes etapas para solucionar sus conflictos, y que éstas no se ven atrapadas en la fase frustrada de negociación o cualquier otro método que hayan escogido.

Así lo recoge también el segundo párrafo del artículo 6.1 del Proyecto, al interrumpir la suspensión de la prescripción que se había dado con el inicio del procedimiento de negociación, pero, al no haberse alcanzado un acuerdo, este plazo se debe reanudar⁷⁹.

Esto es algo muy positivo que merece la pena destacar. Cuando hay fechas ciertas, ante una cláusula escalonada⁸⁰ o ante métodos de resolución de conflictos que no tienen una decisión vinculante y definitiva, y las partes no están conformes con dicha solución; será necesario avanzar hacia otra vía o mecanismo de resolución de controversias. Para continuar es necesario que la fase anterior se pueda dar por zanjada. Y, precisamente, esto es lo pretende el Proyecto, brindar certeza jurídica.

prosecución de las actuaciones arbitrales. 3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”.

77 En todo caso la Ley permitiría a las partes que puedan continuar negociando si así lo consideran de mutuo acuerdo más allá del plazo de los tres meses.

78 Esta opción es la que se utiliza a nivel internacional en las leyes modelo, como, por ejemplo, en el Artículo 9.c de las *UNCITRAL MEDIATION RULES*, cit., “(c) By a declaration of a party to the other party and the mediator, if appointed, to the effect that it no longer wishes to pursue mediation, on the date of the declaration”.

79 El Proyecto establece que en el caso de que no se llegue a un acuerdo, las partes deberán presentar la demanda en el plazo de 1 año a contar desde la fecha de la terminación del proceso de negociación sin acuerdo, con el fin de entender cumplido el requisito de procedibilidad. Artículo 6.2 del Proyecto.

80 ROBLETO ARANA, C.: “La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos”, *Revista de Derecho*, núm. 30, Universidad Centroamericana, Nicaragua, 2021, p.4. En la que brinda un elenco de definiciones doctrinales de las cláusulas escalonadas o multinivel, extrayendo sus principales características: “a) Este tipo de cláusula contienen fases y etapas diferentes antes de llegar a un arbitraje. b) Regulan etapas menos adversariales que pueden variar en cada caso. c) Las partes acuerdan escalar a la siguiente etapa una vez agotada sin éxito la etapa anterior. d) Son cláusulas que generalmente se incluyen en un acuerdo arbitral combinado con estipulaciones propias de otros medios alternos de solución de conflictos como la negociación y la mediación. e) Alientan a las partes a una resolución amistosa de la disputa y evita gastos innecesarios. f) Se utilizan en contratos de ingeniería y construcción”.

No todo acuerdo es bueno, y simplemente porque pueda ser factible no lo convierte en un buen acuerdo. Un buen acuerdo será aquél que mejore la situación actual de las partes y que satisfaga, en la mayor medida posible, los intereses de ambos intervinientes, salvaguardando, o incluso mejorando, la relación actual. Si el acuerdo no mejora en ningún aspecto la posición actual, es mejor mantener el estado actual de las cosas o, utilizando términos de negociación, optar por la “Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado” (MAAN, siglas en español para BATNA – *Best Alternative to a Negotiated Agreement*⁸¹) o “Plan B”.

Para que un acuerdo sea “un buen acuerdo” es importante recordar también que debe ser claro y sencillo⁸², lo cual no implica que este sea un acuerdo simple; sino que se adapte a las necesidades, e incluso al vocabulario, de las partes involucradas; ya que éstas deben ser capaces de comprender a qué se están obligando⁸³. Además, este debe estar fundamentado en criterios objetivos⁸⁴ y poder ser verificable por cualquiera que desde fuera quiera analizarlo.

Un buen acuerdo no requiere explicaciones de los criterios adoptados, ya que se funda en razonamientos que son válidos de forma imparcial para todos; como podrían ser la costumbre en un lugar, el valor del mercado, la opinión de un experto independiente, los usos de un determinado colectivo; y no en criterios que se sustentan en la mera voluntad de uno de los afectados, el sentir o el simple querer (capricho) de la parte más fuerte que logró imponer sus criterios, entre otros que, por su propia naturaleza, son volubles y obedecen a elementos subjetivos.

VI. LA IMPORTANCIA DE LA ASISTENCIA LETRADA.

El artículo 5 del Proyecto establece que las partes podrán acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias asistidas de un abogado. Este requisito no es preceptivo, salvo que se trate de un requisito de procedibilidad o que se esté ante un supuesto de derivación judicial porque se acuda a la formulación de una oferta vinculante; o cuando se asista a una conciliación privada o a la mediación, si el tercero no es un profesional del Derecho. El mismo artículo exime de la obligación de la asistencia técnica cuando el asunto no supere los dos mil euros (2000 €) o si la Ley lo exceptúa.

En este punto sería conveniente hacer una reflexión más detallada, ya que, aunque el asunto pueda tener una cuantía mínima a ojos del legislador, las partes

81 FISHER, R., URY W., PATTON, B.: *Getting to Yes*, cit., pp. 50 y ss.

82 RODRÍGUEZ ROBLERO, MI.: “¿Cómo utilizar el proceso de toma de decisiones para alcanzar un buen acuerdo en una negociación?”, en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, junio 2020., p. 273.

83 KOTTER, J.: *Leading Change*, cit., pp. 91 y ss.

84 FISHER, R., URY W., PATTON, B.: *Getting to Yes*, cit., pp. 42 y ss.

requieren una tutela y una asesoría adecuada siempre. Estos métodos se basan, tal y como se viene analizando, en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales se consideran *a priori* como mayores de edad y responsables a nivel jurídico y concededoras de todos sus derechos y deberes, lo cual no siempre es así. Esto no quiere decir que se esté abogando por obligar siempre a la asistencia letrada, porque tampoco es indispensable para las partes versadas en Derecho. Pero para quienes no lo sean, al menos sería bueno que tengan una cierta asesoría o acompañamiento por parte de alguien que sí lo sea.

El fijar el tope de 2000 € como una cuantía mínima para no requerir de la asistencia letrada se puede deber al impulso que pretende el Proyecto para dejar a las mismas partes la responsabilidad de la resolución de sus propios conflictos, siendo ellos artífices de sus soluciones e intentando flexibilizar el procedimiento al máximo. Pero, en ocasiones, la cuantía no es un indicador del grado de tutela que requieren las partes, por lo que el mismo Proyecto en el artículo 5.3 regula que sin ser preceptiva la asistencia letrada, cualquiera de las partes puede servirse de ella, y debe comunicarlo así a la otra parte, para que también pueda hacer uso de ella, si lo considera oportuno.

Las partes requieren de un correcto asesoramiento y guía que debe darse por parte de los letrados, quienes son los encargados de su defensa y especialmente de su asesoramiento durante toda la relación.

En un momento previo o incipiente de una relación jurídica o contractual, muchas veces la ilusión de un proyecto se confunde con lo que efectivamente se puede lograr y con las responsabilidades que este conllevará. A veces, el transcurso del tiempo lleva a frustraciones o a imposibles que al aparecer degeneran en conflictos que terminan en largos procesos judiciales. Aquí es donde los asesores jurídicos deben estar bien formados y deben trasladar esta formación a sus clientes sobre estas otras vías que existen para resolver posibles conflictos que se puedan plantear en el futuro. Así, sus clientes podrán decidir libremente, y con la cabeza fría, antes de que el conflicto ni siquiera se hubiera gestado, si ven como factible e interesante optar por este "otro camino" para resolverlos, intentando sobre todo preservar la relación, ya que en la vía judicial lo normal es que la relación se rompa desde sus inicios⁸⁵.

Y, el segundo momento en el que sería conveniente el acompañamiento y asesoría letrada será cuando el conflicto ya ha surgido, conduciendo a la parte en

85 MARTÍN DIZ, F.: "ADR, ODR e inteligencia artificial: evolución en el arbitraje y la mediación", *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 95, cita las palabras de Abraham Lincoln en su "Notes for a law Lecture" de 1850 y dice: "Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser... in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man".

las sesiones del específico método escogido, ya sea una negociación, mediación, conciliación, o cualquier otro método que ellas acuerden.

En la misma Exposición de Motivos se busca potenciar el papel protagonista de las profesiones jurídicas⁸⁶ y sus habilidades negociadoras, las cuales no son innatas y se deben aprender y cultivar en las aulas y fuera de ellas. Se deben favorecer cursos que, si bien ya existen en algunas universidades, no se consideran indispensables para el ejercicio de la profesión, pero como se ve con este nuevo Proyecto, sí que serán esenciales para un correcto ejercicio de la actividad negocial.

Si se decide avanzar en esta dirección, con una conciencia del deber ser y orientados a los intereses generales y de la sociedad en su conjunto, la carga de los tribunales se verá evidentemente reducida, la satisfacción de los intereses de las partes se incrementará al lograr sus objetivos, los abogados podrán dedicar un menor tiempo a un asunto concreto y obtener resultados más satisfactorios; todo lo cual repercutirá también en aspectos psicológicos positivos en los agentes jurídicos, tan ansiosos últimamente en la profesión⁸⁷.

VII. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

La Justicia, como lo expresa también la Exposición de Motivos del Proyecto, no es solamente la "administración de la justicia contenciosa"⁸⁸. Continúa el Proyecto afirmando que "es todo un sistema que se enmarca en el movimiento de lo que la filosofía del derecho denomina la justicia deliberativa, que no es monopolio de los cuerpos judiciales ni de la abogacía, sino que pertenece a toda la sociedad civil. (...) Se debe recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales. Para ello es necesario introducir medidas eficaces que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos. Con este fin se ha de potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado"⁸⁹.

El Proyecto determina la materia disponible y su ámbito de aplicación en dos artículos concretos. En primer lugar, en el artículo 3 se habla sobre la materia disponible al permitir convenir, transigir, por cualquiera de los medios en él

86 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit. p. 3.

87 Como por ejemplo el artículo de ABAD RAMÓN, M.: "La salud mental, un tabú entre los abogados por miedo a los estigmas", *Cinco Días*, disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/04/01/legal/1648794201_890784.html.

88 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p. 3.

89 PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, cit., p.3.

establecidos, sobre los derechos o intereses, siempre que lo acordado no vaya en contra de la ley, la buena fe o el orden público, como ya se ha ido analizando.

También el Proyecto en su artículo 2, en el apartado I establece que su ámbito de aplicación serán los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. Y, tal y como se adelantaba, no podrá ser materia de libre disposición lo que esté fuera de ese marco que delimita la autonomía de las partes y está acotado por el orden público, las normas imperativas y la buena fe. No se puede, en ningún caso, intentar traspasarlo, ya que los acuerdos así logrados no serían efectivos.

Quedan por tanto excluidas las materias concursal, laboral y penal y los asuntos de cualquier naturaleza en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al Sector Público, ya que este último requiere una regulación propia y diferenciada (artículo 2 del Proyecto).

VIII. LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS TELEMÁTICOS EN LA RESOLUCIÓN ADECUADA DE CONFLICTOS.

La utilización los medios telemáticos se ha visto incrementada y normalizada notablemente a raíz de la Pandemia del COVID-19. A este respecto, se ha observado recientemente que muchas personas prefieren la opción telemática para agilizar el procedimiento y disminuir los costes, principalmente⁹⁰. Al no tener que desplazarse, es más fácil encontrar fechas disponibles en las agendas de las partes y de los terceros que facilitan la resolución de sus conflictos, así como evitar el pago de salas de reuniones, los viajes, dietas, hoteles, etc.

Así, el Proyecto en el artículo 7 establece que las partes podrán acordar que todas o algunas de las actuaciones de la negociación, en el marco de un medio adecuado de solución de controversias, se lleve a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de voz o la imagen, siempre que quede garantizado el respeto a las normas previstas en ese título, y en su caso, a la normativa de desarrollo específicamente contemplada en la mediación. Además, cuando la cuantía no exceda los seiscientos euros (600 €) se desarrollará por medios telemáticos, facilitando así la resolución de los conflictos por las ventajas antes mencionadas; salvo que esta opción no le sea posible para alguna de las partes⁹¹.

90 Como, por ejemplo, se puede evidenciar en los datos de la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE, en la cual, en 2020, un 68% de los arbitrajes celebrados en esta Corte fueron 100% *online*. En el año siguiente, a pesar de la relajación de las restricciones sanitarias, aún el 47% de las partes optaron por la virtualidad. CINCO DÍAS, "El arbitraje 'online' se queda cuando las restricciones de la pandemia se van", disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/04/06/legal/1649258342_696079.html.

91 Así se ha contemplado también, por ejemplo, en el artículo 31 bis del REGLAMENTO DE LA CIMA que ha introducido una regulación específica para las audiencias audiovisuales, en el que dice que cualquier audiencia que deba llevarse a cabo durante la tramitación del procedimiento arbitral, incluida la audiencia

Esto no es algo nuevo, sino que se viene trabajando y fomentando desde el siglo pasado en Estados Unidos y Europa. En Estados Unidos desde los años noventa con el desarrollo de los *Online Dispute Resolution*, o como también se les conoce ODR⁹².

Por su parte, la CNUDMI en sus Notas Técnicas, aprobadas en diciembre de 2016, ha definido las ODR como un “mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones. Ese sistema puede implementarse de maneras diferentes por los distintos administradores, y puede evolucionar con el tiempo”⁹³.

En Europa, en el año 2015 se emitió la Recomendación 2015/C 215/01, con el objeto de “fomentar la utilización de las videoconferencias transfronterizas en el ámbito de la justicia en los Estados miembros y a escala de la UE y compartir mejores prácticas”⁹⁴. En ella se dice que “la videoconferencia constituye un posible medio de simplificar y alentar dicha comunicación. Las ventajas de la videoconferencia han sido reconocidas por el Derecho de la Unión. (..) Además, debería ampliarse, cuando resulte apropiado, el recurso a las videoconferencias, las teleconferencias u otros medios adecuados de comunicación a larga distancia para las vistas orales, con el fin de suprimir la necesidad de desplazarse hasta el tribunal para tomar parte en procesos judiciales, en particular en casos transfronterizos, y para contribuir así, mediante la reducción de costes y esfuerzos, al acceso efectivo a la justicia”⁹⁵.

Se puede observar cómo el optar por estos medios tecnológicos no es algo que se ha improvisado por las circunstancias acuciantes que nos ha tocado experimentar, sino que se ha venido trabajando en ello a lo largo de las últimas décadas, y éstos hechos que han ocurrido solamente han acelerado el proceso y la mentalidad de los operadores en su aplicación, lo que sin duda puede ser aprovechado para dar el salto definitivo hacia la tecnologización de los métodos adecuados de resolución de conflictos⁹⁶.

de prueba, podrá realizarse de manera audiovisual no presencial, cumpliendo los tres requisitos que establece: “a. Que lo solicite o no se oponga a ello una de las partes. b. Que así lo acuerde el Tribunal Arbitral, de conformidad con la Corte. c. Que no se menoscaben las debidas garantías del procedimiento”, CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE, “Reglamento de Arbitraje”, disponible en: <https://arbitrajecima.com/documentos/reglamentos-de-arbitraje-2/>.

92 RODRÍGUEZ ROBLERO, MI.: “Algunos “otros” métodos”, cit., pp. 833 y ss.

93 CNUDMI: NOTAS TÉCNICAS SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LÍNEA, disponibles en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385_spanish_technical_notes_on_odr.pdf.

94 RECOMENDACIÓN 2015/C 215/01, disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015H0731\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015H0731(01)&from=ES).

95 RECOMENDACIÓN 2015/C 215/01, cit., Reconoce núm. 6 y 12, pp. 1 y ss.

96 BETANCOURT, J.C.: “El impacto del COVID-19 sobre el arbitraje comercial internacional”, *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia COVID-19*, T. Aliste Santos, A. Alvarez García JR. (ed.), Atelier, Barcelona, 2021, p.521.

IX. LA CONFIDENCIALIDAD COMO ELEMENTO MOTIVADOR PARA ACUDIR A ESTOS OTROS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Todo el proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de la negociación previa y al objeto de ésta (artículo 8 del Proyecto).

Esta obligación se extiende al tercero, a las partes y a todos los demás intervinientes en el procedimiento, los cuales tienen el deber de observar la reserva de todo el material conocido y producido durante aquél.

Este deber tiene su fundamento ético en el secreto profesional al que se deben principalmente el tercero neutral y los representantes de las partes, y los demás intervinientes por su expreso sometimiento al procedimiento, a menos que las partes, expresamente y por escrito, los releven de este deber (artículo 8.2.a del Proyecto)⁹⁷; cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas (artículo 8.2.b del Proyecto), cuando medie resolución judicial motivada de los jueces del orden penal (artículo 8.2.c del Proyecto), o cuando sea necesario por razones de orden público, en particular cuando así lo requiera, por ejemplo, la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona (artículo 8.2.d del Proyecto).

Cualquier infracción de este deber generará responsabilidad para su infractor y deberá responder por los daños y perjuicios causados (artículo 8.3 del Proyecto). Por lo que, en consecuencia, si se pretendiese aportar como prueba en algún proceso información confidencial, salvo las excepciones antes mencionadas, no será admitida por los tribunales correspondientes, conforme al artículo 283.3 Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

Con respecto a las partes, su fundamento no se encuentra en el secreto profesional, sino que cuenta más bien con un fundamento legal, según se ha visto (artículo 8 del Proyecto), y contractual. Según el artículo 1255 CC, “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

En algunos casos, la confidencialidad es esencial para lograr los objetivos que se están buscando por ambas partes, sin la cual es imposible su consecución. Piénsese, por ejemplo, que el conflicto versa sobre una disputa entre una empresa subcontratada que ha tenido acceso a material sensible y *know how* que incluye

97 APARISI MIRALLES, Á.: *Ética y deontología para juristas* (2a. ed.), EUNSA, España, 2008, p. 263.

secretos comerciales sobre la fabricación de productos con grandes ventas en un determinado sector. Si esta información se hace pública, generaría varios efectos no deseados: se darían a conocer los secretos comerciales, la competencia conocería que hay conflictos y se podría aprovechar de esta circunstancia y realizar campañas de marketing agresivas y captar nuevos clientes; los competidores podrían aprovechar para hacer ofertas a la empresa subcontratada para que trabaje con ellos; podrían también tener acceso a los secretos de fabricación -en caso de ser material no patentado- y producirlo ellos a un coste menor, etc. Este es un ejemplo muy claro en donde la confidencialidad es esencial para la obtención de un buen acuerdo.

En otros asuntos, la confidencialidad no tiene por qué ser un elemento esencial para garantizar un buen resultado de la actividad negociadora, y más bien la publicidad puede ser el elemento clave para lograr un buen acuerdo. Si las partes consideran, de mutuo acuerdo, que su disputa y el procedimiento que van a seguir para su resolución puede ser público, no debería haber una limitante legal que se los impida. Se trata, según se ha venido comentando, de materia de libre disposición y, por tanto, las partes podría establecer los pactos que consideren "siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral, ni al orden público" (artículo 1255 CC). Y así lo establece el Proyecto en su artículo 8.2.a, al permitir, como se dijo, que todas las partes, eso sí de forma expresa y por escrito, se dispensen recíprocamente o al tercero neutral del deber de confidencialidad.

Toda esta regulación no hace más que seguir la normativa básica del CC, obligando a las partes a cumplir con lo pactado y por ende siendo responsables con todas sus consecuencias, sin limitarse al contenido básico de las mismas, sino que el cumplimiento debe ser según su naturaleza y conforme a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 CC).

Este mismo principio es seguido en otros métodos de resolución adecuada de conflictos, como podría ser en la mediación, en la que a menos que las partes establezcan lo contrario, toda la información relativa al procedimiento debe ser reservada, excepto cuando ésta sea requerida por la ley o para la implementación del acuerdo o su ejecución⁹⁸.

X. CONCLUSIONES.

Este Proyecto que se pretende aprobar fomenta de forma positiva la responsabilidad de los ciudadanos en la resolución de sus litigios. Con él las

⁹⁸ En este sentido, por ejemplo, Artículo 10 *UNCITRAL MODEL LAW ON MEDIATION*, "Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the mediation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement", cit.; Artículo 6 *UNCITRAL MEDIATION RULES*, cit.

personas tomarían las riendas de sus dificultades y no delegarían en los terceros la solución de conflictos que ellos mismos son capaces de resolver.

De esta forma los ciudadanos saben que siempre pueden acudir a la vía judicial, pero cuando ellos hayan intentado primero solucionar el dilema. En caso de no poder alcanzar una solución podrán avanzar hacia otro método de resolución de conflictos, pudiendo ser otro ADR o la vía judicial.

Como se ha analizado, sí que se trata de medios adecuados de resolución de conflictos, porque son métodos que serán adecuados para un asunto y unas partes concretas. En algunos casos serán alternativos a la vía judicial y en otros serán complementarios a ella, ya que en ocasiones los problemas no son simples y no se resuelven por una sola vía y se requieren varios caminos o vías para su total resolución.

Quedan comprendidos dentro del concepto de actividad negociadora previa cualesquiera medios de solución adecuada de litigios que estén ya regulados en la legislación especial. Por lo que según esto podemos entender que están incluidos, además de la negociación, la transacción, la conciliación, la mediación, el arbitraje, y cualquier otro; incluso combinaciones de los anteriores, uno “a medida”, o inexistente hasta el momento en el que las partes, quienes en uso responsable de su autonomía de la voluntad quieran diseñar para afrontar el reto que se les presenta, y solventar de forma conjunta, con base a sus intereses, y no conforme a posiciones preconcebidas, las cuales suelen degenerar en resultados insatisfactorios para ambas partes, el problema que tienen entre manos o que prevén afrontar en un futuro.

Por esto, a pesar de que todo en esta vida es perfectible, es un Proyecto aceptable y necesario que contribuye, como bien se dice en su Exposición de Motivos, a la responsabilidad ciudadana a través de la sostenibilidad del servicio público de la Justicia, garantizando, en lo posible, la paz social y la convivencia, preservando al mismo tiempo las garantías procesales de los ciudadanos⁹⁹.

BIBLIOGRAFÍA

AMEZAGA, B.: "Sentencia de la Corte de Apelación de París, Pòle 5, Ch. 16, 25 de febrero de 2020, nº8/2020 -Dommo Energía v. Enauta Energía y Barra Energía. Aclaraciones recientes sobre el alcance de la obligación de revelación del árbitro y sobre las consecuencias de no revelación", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. XIII, nº1, 2021, pp. 379-412.

APARISI MIRALLES, Á.: *Ética y deontología para juristas* (2a. ed.). EUNSA, España, 2008.

ARISTÓTELES: *Retórica*, Alianza Editorial, 1^a ed., 6^a reimpresión, Madrid, 2005.

BETANCOURT, J.C.: "El impacto del COVID-19 sobre el arbitraje comercial internacional", *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia COVID-19*, T. ALISTE SANTOS, A. ALVARES GARCÍA JR. (ed.), Atelier, Barcelona, 2021.

BUNNI, N.: "Dispute Boards –dos and don'ts", *Construction Law International*, Vol. I, 3/2006.

CAIRNS, D., MADALENA, I.: "El Reglamento de la ICC relativo a los Dispute Boards", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, nº XXI /2006, disponible en: Microsoft Word - DISPUTE BOARDS Spanish IM FINAL.doc (cremades.com).

CARBONNEAU, T.: *Alternative Dispute Resolution. Meltin the Lances and Dismoutin the Steeds*, University of Illinois Press, Chicago, 1989.

CREMADES, B.: "El proceso arbitral en los negocios internacionales", *Revista Thémis de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 11, Lima, 1988, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110126.pdf>.

DE LA CIERVA, Y.: *Navegar en aguas turbulentas. Principios y buenas prácticas en gestión y comunicación de crisis*, IESE Business School, Universidad de Navarra, 2020.

DE SAINT-EXUPÉRY, A.: *El Principito*, Salamandra, Navarra, 2020.

DIXON, T., O'HARA, M.: *Communication Skills, Making Practice-Based Learning Work*, University of Ulster, 2002, disponible en: https://www.academia.edu/25247764/Practice-Based_Learning_Communication_SKILLS.

DORGAN, C.: "The ICC's New Dispute Board Rules", *The International Construction Law Review*, Vol. 22, II Parte, pp. 142-150, disponible en: [untitled \(disputeboard.org\)](http://disputeboard.org).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Dykinson, 2017.

EHLE, B., LE BERRE, A.: "Better Safe than sorry: Risk Management and Dispute Avoidance through Efficient Contractor Due Diligence", *International Bar Association*, Friday 31 March 2023, disponible en: [Better safe than sorry: Risk management and dispute avoidance through efficient contractor due diligence | International Bar Association \(ibanet.org\)](#).

FANJUL, E.: ¿Qué es la globalización?, *Iber Global*, septiembre, 2021, disponible en: [que_es_la_globalizacion_B.pdf \(iberglobal.com\)](#).

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., STAMPA, G.: *Principios generales del arbitraje*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial", *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021.

FRENCH-DAVIS, R.: "Alcances económicos de la globalización", *Nueva Sociedad*, n° 147, enero-febrero, 1997, pp. 27.33, disponible en: [2560_1-libre.pdf \(dlwqtxtslxzle7.cloudfront.net\)](#).

FISHER, R., URY W., PATTON, B.: *Getting to Yes. Negotiating an agreement without giving in*, Random House Business Books, 2ª ed., Penguin, New York, 1991.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: "Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia", *LA LEY Mediación y Arbitraje*, n° 11, abril-junio 2022, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1-35.

HOLLANDS, D.: "Alternative Dispute Resolution in Construction", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. BETANCOURT, J.A. CROOK, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.

ICC: *ARBITRATOR STATEMENT ACCEPTANCE, AVAILABILITY, IMPARTIALITY AND INDEPENDENCE FORM*, disponible en: [ICC Arbitrator Statement Acceptance, Availability, Impartiality and Independence form - ICC - International Chamber of Commerce \(iccwbo.org\)](#).

KOCH, CH.: "Decision or uncertainty? Combined Dispute Boards under the ICC Dispute Board Rules", *Construction Law International*, Vol. 1, 1/2006.

KOTTER, J.: *Leading Change*, Harvard Business Review Press, Boston, USA, 2012.

LÓPEZ HUGUET, M.L.: *Proceso y ADR: herencia romana en la resolución actual de conflictos (especial referencia a la evolución histórico-jurídica del arbitraje)*, Atelier, Barcelona, 2021.

MARTÍN DÍZ, F.: "ADR, ODR e inteligencia artificial: evolución en el arbitraje y la mediación", *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021.

NACIONES UNIDAS, "Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas", *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

ROBLETO ARANA, C.: "La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos", *Revista de Derecho*, n^o 30, Universidad Centroamericana, Nicaragua, 2021, pp. 3-25.

RODRÍGUEZ ROBLERO, Mi.: "Algunos "otros" métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. X, n^o 3, 2017, pp. 799–847, disponible en: https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/12514/1/Algunos_Rodriguez_Arbitraje_2017.pdf.

RODRÍGUEZ ROBLERO, Mi.: "¿Cómo utilizar el proceso de toma de decisiones para alcanzar un buen acuerdo en una negociación?", *Aranzadi Doctrinal*, n^o6, junio 2020, pp. 259-278.

RODRÍGUEZ ROBLERO, Mi.: "La aplicabilidad de la *Lex Mercatoria* en la solución de controversias", *La sede y el ordenamiento aplicable en el arbitraje internacional: enfoques cruzados*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, n^o 96, Lima, 2021, p. 349-388. Disponible en: <https://castillofreyre.com/libros/volumen-96-la-sede-y-el-ordenamiento-aplicable-en-el-arbitraje-internacional-enfoques-cruzados/>.

RUBIO, J.: *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950.

SÁNCHEZ, L.: "La cumbre de mediación empresarial reafirma el papel de este método de resolución de conflictos como alternativa al colapso de los juzgados. Algunos juristas creen que el Ministerio de Justicia debería sentar a un mediador en los conflictos que tiene abiertos con funcionarios de justicia y personal laboral", *Economist & Jurist*, Martes 6 de junio de 2023, disponible en: [La cumbre de mediación empresarial reafirma el papel de este método de resolución de conflictos como alternativa al colapso de los juzgados | E&J \(economistjurist.es\)](https://economistjurist.es/).

SANDERS, F.: "Alternative Dispute Resolution in the United States: An Overview", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays*, J.C. BETANCOURT Y J.A. CROOK, (eds.), Chartered Institute of Arbitrators, Londres, 2014.

TELEFÓNICA, *Fair Share for Network Sustainability. A Necessary Condition to Meet European Digital Decade Goals*, disponible en: Fair share for network sustainability - Telefónica (telefonica.com).

THOMPSON, R., VORSTER, M., GROTON, J.: "Innovations to manage disputes: DRB and NEC", *Journal of Management in Engineering*, Septiembre-Octubre, 2000, pp. 51-59.

TREACY, T.: "Use of Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry", *Journal of Management in Engineering*, Enero-Febrero 1995, pp. 58-63.

URY, W.: *Alcanzar la paz. Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Paidós, España, 2005.

WIPO, "WIPO ADR for Digital Copyright and Content Disputes", disponible en: WIPO ADR for Digital Copyright and Content Disputes.



*LA UNIÓN EUROPEA Y LAS CRISIS MIGRATORIAS DE SIRIA Y
UCRANIA*

*THE EUROPEAN UNION AND THE MIGRATORY CRISES FROM
SYRIA AND UKRAINE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 656-577

Sofía
TAJAHUERCE
BARRANCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: La activación de la Directiva de Protección Temporal para hacer frente a la crisis ocasionada por la invasión rusa de Ucrania supone un hecho sin precedentes. Hasta la fecha, la UE nunca había recurrido a este instrumento y había optado por una política centrada en el control férreo de las fronteras exteriores, la securitización y la externalización de las migraciones. La UE tiene por delante importantes retos en materia de migración y asilo, y debe seguir creciendo en la construcción de una política migratoria común no discriminatoria, consecuente con los valores que promulga y respetuosa con los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Directiva de Protección Temporal; protección temporal; crisis del Mediterráneo; guerra ruso-ucraniana; crisis humanitaria; crisis migratoria; Unión Europea; Nuevo Pacto de Migración y Asilo.

ABSTRACT: *The activation of the Temporary Protection Directive to deal with the crisis caused by the Russian invasion of Ukraine is unprecedented. Until now, the EU has never made use of this instrument and has opted for a policy focused on tight control of external borders, securitisation and the externalisation of migrations. The EU faces major challenges in the area of migration and asylum and must continue to grow in building a common migration policy that is non-discriminatory, consistent with the values it promulgates and respectful of human rights.*

KEY WORDS: *Temporary Protection Directive; temporary protection; Mediterranean crisis; Russo-Ukrainian war; humanitarian crisis; migratory crisis; European Union; New Pact on Migration and Asylum.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A DOS CASOS PARADIGMÁTICOS DE ÉXODOS MASIVOS: SIRIA Y UCRANIA.- I. La actuación de la Unión Europea en 2015: recurso a la externalización y acuerdo con Turquía.- A) Contenido de la declaración.- B) Turquía como tercer país seguro y legalidad de la declaración.- 2. La actuación de la Unión Europea en 2022: activación de la Directiva Europea de Protección Temporal.- 3. ¿Se podría haber activado la Directiva 2001/557CE del Consejo, de 20 de julio de 2001?.- III. LOS RETOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE MIGRACIÓN Y ASILO.- 1. El Nuevo Pacto de Migración y Asilo.- 2. La propuesta de modificación del Código de fronteras Schengen y la propuesta de Reglamento de Instrumentalización.- 3. Algunas reflexiones para construir un sistema más respetuoso con los derechos humanos y con las personas. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En febrero de 2022 la Unión Europea (UE) tomó la decisión de activar, por primera vez en su historia, la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, también conocida como Directiva de Protección Temporal. Si bien este instrumento data de inicios del siglo XX y a lo largo de estas dos primeras décadas la Unión ha enfrentado situaciones límite debido a grandes flujos de personas que llegaban a sus fronteras exteriores en busca de protección, no fue hasta la crisis ocasionada por la invasión rusa de Ucrania que los Estados Miembros (EEMM) tomaron, por unanimidad, la decisión de activar la Directiva.

El apoyo mostrado a Ucrania y a todas las personas que se ha visto afectadas por la crisis ha sido masivo por parte de la comunidad internacional en general. A lo largo de este primer año, y especialmente en los primeros meses, hemos visto como la solidaridad de los europeos se volcaba con aquellos que huían del conflicto y buscaban refugio dentro de las fronteras de la UE. Al mismo tiempo, se iban imponiendo duras sanciones en bloque a Rusia. Sin embargo, esta no ha sido la forma en que tradicionalmente la Unión y los EEMM han reaccionado frente a situaciones similares.

Tan sólo debemos remontarnos a 2015 cuando, ante el enquistamiento de la guerra civil Siria y el avance del Estado Islámico, millones de sirios trataban de alcanzar las fronteras de la UE cruzando el Mediterráneo. Miles de personas murieron en la travesía y millones se hacían a su llegada en campos de refugiados en países del sur de Europa (especialmente Italia y Grecia), que vieron colapsar sus sistemas de asilo mientras la mayoría de EEMM se negaba a participar en la gestión y ayuda a estas personas. La situación dio pie a la polémica declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016, que pretendía resolver la crisis migratoria.

• Sofía Tajahuerce Barranco

Graduada en Derecho y Criminología y Máster en Estudios Internacionales y europeos, ambos por la Universidad de Valencia. Investigadora contratada (Programa INVESTIGO) en el Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela" de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: sofia.tajahuerce@uv.es.

Los flujos migratorios fluctúan constantemente, como siempre ha ocurrido, las personas se ven obligadas a desplazarse de forma forzosa por cuestiones muy diversas, desde guerras o conflictos locales, hasta violaciones de los derechos humanos o, simplemente, huyendo de la pobreza. La UE no es (ni puede ser) ajena a ello. La guerra ruso-ucraniana es un tema de gran actualidad que lleva manteniendo a Europa en vilo desde inicios de 2022, aunque el conflicto se remonta a varios años atrás.

En el presente artículo se analiza la distinta respuesta ofrecida por la UE ante sendas crisis. En primer lugar, se realiza una comparación de las actuaciones y la solución planteada por la UE para resolver ambas crisis migratorias, concluyendo con una reflexión acerca de por qué no se recurrió a la Directiva Europea de Protección Temporal en 2015. El artículo prosigue incidiendo en los retos en materia de migración y asilo que la UE tiene por delante y la perspectiva desde la que se debe trabajar para enfrentarlos, haciendo hincapié en los planteamientos del Nuevo Pacto de Migración y Asilo. Finalmente, se ofrecen unas conclusiones acerca de la investigación.

II. LA ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A DOS CASOS PARADIGMÁTICOS DE ÉXODOS MASIVOS: SIRIA Y UCRANIA.

I. La actuación de la Unión Europea en 2015: recurso a la externalización y acuerdo con Turquía.

En 2015, la escalada de violencia permanente y generalizada en todo el país provocó que se produjeran numerosos desplazamientos internos dentro de Siria, además de la huida hacia países vecinos, especialmente hacia Turquía, Líbano y Jordania. De la misma forma, también un gran número de personas trató de alcanzar las fronteras de la UE, creándose distintas rutas de huida a través del Mediterráneo, cruzando de Turquía hacia las islas griegas y también alcanzando la costa Libia para llegar a Italia, siendo la primera opción la ruta más recorrida por quienes huían del conflicto¹.

Atendiendo a la información recogida por la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) en su informe sobre migraciones de 2018, en 2016 casi 400.000 personas llegaron a Europa empleando rutas de la región mediterránea, de las cuales 360.000 lo hicieron cruzando el mar por las rutas mencionadas, desde Libia hacia Italia y desde Turquía hacia Grecia². La OIM cuantifica la llegada en 2015

1 TRIANDAFYLIDOU, A. & MANTANIKI, R.: "Emergencia de refugiados en el Mediterráneo: evaluación de las respuestas políticas de la Unión Europea", *Migraciones y desarrollo*, 2017, vol. 15, núm. 28, pp. 7-38.

2 OIM: "Migration and Migrants: Regions Dimensions and Developments", capítulo 3 del *World Migration Report de 2018*, pp. 30. [Última consulta: 7 de junio de 2023] Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en_chapter3.pdf

de más de 850.000 personas³. Todo ello sin entrar a mencionar el trágico coste de vidas humanas que se perdieron en el mar tratando de alcanzar la frontera sur de la UE.

Ante las dimensiones de las cifras expuestas y de que quienes conseguían entrar en la UE querían avanzar hacia EEMM situados más al norte, la Unión ejecutó una política de gestión del éxodo de refugiados sirios basada en que la misma constituía, de forma predominante, una amenaza y desafío a la seguridad, viendo sobrepasadas las capacidades de las fronteras exteriores y el fracaso en los intentos por controlar las llegadas. En la UE tradicionalmente ha imperado el principio de externalización en lo que se refiere a la gestión de refugiados y solicitantes de asilo dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia⁴. Es decir, la solución deseada para la UE se encuentra en que los refugiados permanezcan en los países más próximos a su lugar de origen.

De la misma manera, desde un primer momento hubo una tendencia a mezclar lucha contra inmigración irregular y la situación en la que se encontraban los refugiados que huían de la guerra civil siria. Esta asociación realizada entre migración y amenaza conduce a los estados europeos a comprender todas las políticas relacionadas con la migración desde la óptica de la securitización, un discurso político por el cual se inclina su percepción hacia la desconfianza y la reticencia⁵.

Con el especial rechazo de los países del este de Europa y siendo los países del sur los que sufrían una mayor presión migratoria, los movimientos xenófobos y anti-inmigración europeos trataban la situación como un hecho similar a una invasión. En 2016 la Agencia para los derechos fundamentales de la UE indicó que la violencia, el acoso, las amenazas y los discursos xenófobos dirigidos a los solicitantes de asilo y migrantes se habían convertido en un problema y continuaban siendo de gravedad, siendo también cometidos por autoridades estatales, empresas privadas o grupos de vigilancia⁶. La retórica política de varios EEMM sobre los solicitantes de asilo y los inmigrantes supuso un grave problema, haciendo referencia a su religión musulmana y el riesgo que la misma supuestamente conllevaba para los valores y tradiciones europeos⁷; además, se fomentó su percepción como perpetradores

3 *Ibidem*, pp.30.

4 LIÓN BUSTILLO, J.: "La Unión Europea, el Líbano y los refugiados sirios", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 65, pp. 107-131

5 DEL PINO GARCÍA SAAVEDRA, I.: "La securitización de la gobernanza migratoria europea: efectos en las políticas de inmigración, asilo y transfronteriza de la Unión Europea", *Perspectivas de la política de inmigración, asilo y refugio en la UE* (coord. por A. FERNÁNDEZ PÉREZ), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.263-278.

6 FRA: "Current migration situation in the EU: hate crime", informe presentado en noviembre de 2016, pp. 2. [Última consulta: 7 de junio de 2023]. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-november-monthly-focus-hate-crime_en.pdf

7 *Ibidem*, pp. 7

y simpatizantes de movimientos terroristas⁸. Esta retórica no sólo deja en muy mal lugar los presuntos valores europeos que se pretendían proteger, sino que incluso podría suponer una violación del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión⁹.

A pesar de la alarma en la UE, aún en 2015, cuando el 53% de los refugiados a nivel mundial procedían de Siria, Afganistán y Somalia, la acogida de los primeros recaía de forma mayoritaria sobre Turquía, seguida de países vecinos como Líbano, Jordania o Irak, además de otros países del norte de África¹⁰.

Ante la desproporcionada presión sufrida por Italia y Grecia, y la reticencia de varios de los EEMM a proceder mediante un mecanismo de reubicación temporal de solicitantes de asilo, el 18 de marzo de 2016 la UE y Turquía emitieron una declaración mediante el cual la UE enviaría a Turquía todos los migrantes y refugiados que llegaran hasta Grecia a cambio de diversas concesiones políticas y económicas. Este acuerdo fue, desde el primer momento, fuertemente criticado por expertos legales y ONG, vaciando el derecho de asilo de su contenido esencial como derecho individual y poniendo en peligro el principio de *non refoulment*, debido a la cuestionable categorización que hace la UE de Turquía como un tercer país seguro, convirtiendo a quienes llegaban a las costas griegas en mercancías objeto de trueque geopolítico entre la Unión y Turquía¹¹.

La UE, que durante décadas había alardeado de los elevados estándares de sus normas de asilo frente a los países vecinos revelaba una gran paradoja¹² debido a su falta de apego legal a la normativa y principios de la Unión, además de su bajo respeto por los derechos humanos.

A) Contenido de la declaración.

El contenido de la declaración reafirmaba el compromiso entre ambas partes para continuar con el Plan de Acción Conjunto que pusieron en marcha a finales de noviembre de 2015 y establecía nueve líneas de actuación para “frustrar el modelo de actividad de los traficantes y ofrecer a los migrantes una alternativa a

8 *Ibidem*, pp. 3.

9 Artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

10 NAÏR, S.: *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*, CRÍTICA, Barcelona, 2016, pp. 89-90.

11 DE LUCAS, J.: “Refugiados: ¿Mercancías o derechos? Sobre el acuerdo entre la UE y Turquía de 18 de marzo de 2016”, *Abaco*, 2016, núm. 87/88, pp. 68-73.

12 COLLET, E.: “The paradox of the EU-Turkey Refugee Deal”, en la página web del *Migration Policy Institute*, 2016. [Última consulta: 7 de junio de 2023] Disponible en: <https://www.migrationpolicy.org/news/paradox-eu-turkey-refugee-deal>

arriesgar sus vidas"¹³ y poner fin a los que calificaban como *migración irregular* de Turquía hacia la UE.

El primer punto de la declaración establece que "todos los migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2015 serán retornados a Turquía"¹⁴, mencionando que se evitarán las expulsiones colectivas y se respetará el principio de *non refoulement* de acuerdo con el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión, de la misma forma que se establece que las autoridades griegas serán las encargadas de registrar y tramitar las solicitudes de asilo de forma individual, de acuerdo con la Directiva sobre procedimientos de asilo¹⁵ y bajo la supervisión de ACNUR. El mecanismo de devolución planteado se expone en la segunda línea de acción, consistiendo en que "por cada sirio retornado a Turquía desde las islas griegas, se reasentará a otro sirio procedente de Turquía en la UE"¹⁶. Además, en los cuatro primeros puntos de la declaración también se prevén otras cuestiones como privilegios de prioridad en el reasentamiento para quienes no hayan intentado entrar de forma irregular en la Unión o el régimen voluntario de admisión humanitaria que pondría en marcha la UE. Es precisamente esta voluntariedad la que tiene un peso fundamental para entender la actuación de la mayoría de EEMM, que mostraron su rechazo a colaborar en la reubicación o hicieron una contribución mínima.

En los cinco apartados restantes se establecían las contraprestaciones ofrecidas a Turquía por el cumplimiento de lo acordado. Entre ellas se incluía el compromiso de revigorizar el proceso de adhesión de Turquía a la Unión, además de la aceleración de la hoja de ruta para la liberalización de visados para los ciudadanos turcos respecto de todos los EEMM; la aceleración del desembolso de 3.000 millones de euros destinados a la financiación de proyectos de los que puedan disfrutar las personas que se encuentren bajo protección temporal, además de otros 3.000 millones cuya movilidad se produciría en marzo de 2018; y, la colaboración entre los EEMM y Turquía en toda empresa común que se encontrara destinada a mejorar las condiciones humanitarias en Siria, especialmente si se encontraban en zonas fronterizas con Turquía¹⁷.

La Unión, básicamente, pagó 6.000 millones de euros a Turquía y ofreció numerosas contraprestaciones para sus nacionales con el objetivo de eludir sus obligaciones internacionales con el fin de disminuir la llegada de refugiados. El

13 Declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016. Comunicado de prensa emitido en la página web del Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea. [Última consulta: 8 de junio de 2023] Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

14 *Ibidem*.

15 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

16 Declaración UE-Turquía.

17 *Ibidem*.

sistema de reasentamiento planteado en la declaración hace que la adjudicación de cada plaza dependiera de que otra persona arriesgara su vida en el intento de alcanzar la frontera griega, algo que en ningún caso puede en la realidad ajustarse a cualquier criterio de vulnerabilidad de Naciones Unidas, algo explicitado de forma literal en el texto¹⁸.

En cuanto a la terminología empleada en el mismo, la declaración se refiere constantemente a *migrantes* y *migrantes irregulares* a pesar de que en todo momento se trata de personas que huyen hacia la UE en busca de refugio y en mitad de una crisis humanitaria casi sin precedentes. Admitir refugiados es una obligación, la cual desaparece con las personas que simplemente se consideran migrantes.

B) Turquía como tercer país seguro y legalidad de la declaración.

El concepto de tercer país seguro no surge directamente con la Convención de 1951, sino a finales de 1980, habiéndose creado por los países del norte global que deseaban restringir de alguna manera la llegada de solicitantes de asilo a sus territorios¹⁹. Básicamente, la existencia de este mecanismo permite que los países a los que llegan solicitantes de protección internacional puedan rechazar sus solicitudes en caso de que hubiera un tercer país que consideran seguro en el que éstos no vayan a ser perseguidos ni haya peligro de que vayan a ser devueltos a su país de origen o sufran algún tipo de trato inhumano o degradante.

En España la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) y otras organizaciones de derechos humanos como Amnistía Internacional o *Save the Children* mostraron su rechazo a la declaración, afirmando que planteaba serias preocupaciones legales, morales y de grave impacto a largo plazo²⁰. Los solicitantes de protección internacional tienen derecho a acceder a procedimientos individualizados y que cuenten con todas las garantías legales y el respeto por los derechos humanos.

A pesar de que todos los EEMM que conforman la UE son firmantes del Convenio de Ginebra de 1951, habiéndose comprometido de esta forma voluntariamente a la salvaguarda de los derechos humanos de todos los solicitantes, estarían obstaculizando deliberadamente el procedimiento legal de solicitud de

18 "Por cada sirio retornado a Turquía desde las islas griegas, se reasentará a otro sirio procedente de Turquía en la UE, teniendo en cuenta los criterios de vulnerabilidad de las Naciones Unidas", segunda línea de actuación expuesta en la Declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016.

19 OVACIK, G.: "Compatibility of the Safe Third Country concept with International Refugee Law and application to Turkey", *PERCEPTIONS: Journal of International Affairs*, 2020, vol. 25, núm. 1, pp. 61- 80.

20 CEAR: "#StopAcuerdo: No al mercadeo de personas refugiadas", en la página web del CEAR el 16 de marzo de 2016 [Última consulta: 8 de junio de 2023] Disponible en: <https://www.cear.es/stopacuerdo-no-al-mercadeo-de-personas-refugiadas/>

asilo; todo ello además vulnera también los artículos 18 y 19.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²¹. Es por ello que incluso no sólo se podría considerar que el acuerdo supone una clara banalización del derecho de asilo, sino que se trató de expulsiones ilegales que podrían calificarse como *auténticas deportaciones*²².

De la misma forma podríamos considerar que también se produjo una violación de los artículos 3, 5, 8 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 4 de su Protocolo nº4, donde se establece la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, es decir, aquellas en las que no se individualizan las características de cada persona afectada ni se atiende a su situación particular y riesgo en caso de entrega a su país de origen o residencia habitual²³.

Así, se podría concluir, en atención a todos estos preceptos, sin entrar si quiera a atender a la baja calidad democrática de Turquía como tercer país seguro, que la declaración y el procedimiento de devolución establecido entre la UE y Turquía supondría una violación de las normas de Derecho Internacional y del Derecho de la Unión Europea.

Aunque la anterior sea la conclusión alcanzada, el Tribunal General de la UE se declaró carente de competencia para resolver tres recursos relativos a la legalidad de la Declaración UE-Turquía, considerando que no existía ningún acto de una institución de la Unión cuya legalidad pueda controlar con arreglo al artículo 263 TFUE y que, en caso de que se hubiera alcanzado informalmente un acuerdo internacional en la reunión de 18 de marzo de 2016, éste habría sido alcanzado por los jefes de Estado o de Gobierno de los EEMM y el Primer Ministro Turco, desestimando así los recursos²⁴ y sin entrar a conocer del fondo del asunto.

2. La actuación de la Unión Europea en 2022: activación de la Directiva Europea de Protección Temporal.

A pesar de que el conflicto en el este de Ucrania lleva abierto desde 2014, la principal crisis de desplazados internos y también hacia la UE tuvo lugar tras los ataques aéreos a las principales ciudades ucranianas y el avance militar desde las fronteras rusas y bielorrusas el 24 de febrero de 2022, tomando el control de diversas zonas del país.

21 DE LUCAS, J.: "Refugiados: ¿Mercancías o", pp. 68-73.

22 DE LUCAS, J.: "Refugiados como "moneda de cambio". Sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016", *Anuario de derechos humanos*, 2016, núm. 12, pp. 17-32.

23 PORRAS RAMÍREZ, J. M.: "El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización", *Revista de Estudios Políticos*, 2017, núm. 175, pp. 207-234.

24 Autos del Tribunal General (Sala Primera ampliada), de 28 de febrero de 2017, asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16.

Según datos de ACNUR, actualizados a 23 de mayo de 2023, se registran 8.255.288 refugiados procedentes de Ucrania en toda Europa, estando 5.140.259 de ellos inscritos en programas de protección temporal o programas nacionales de protección similares de los EEMM²⁵.

A fecha de 1 de marzo de 2022, una semana después del inicio de la invasión, el Consejo ya consideraba que el conflicto tenía implicaciones para la Unión, entre las que se encontraba la posibilidad de sufrir una gran presión migratoria en las fronteras exteriores orientales a medida que el conflicto continuara desarrollándose, habiendo llegado a las fronteras de Polonia, Eslovaquia, Hungría y Rumanía más de 650.0000 personas para esa fecha²⁶. Las fronteras de la UE fueron testigo del horror de millones de personas que huían del país en busca de refugio, concentrándose la mayoría a través de la frontera polaca, concretamente en las inmediaciones del paso fronterizo de Medyka²⁷. La información recogida por Amnistía Internacional (AI) en su primera visita a Polonia tras la invasión recalzó que la entrega del voluntariado en sus esfuerzos por ayudar a quienes cruzaban las fronteras estaba siendo admirable, y afirmaba que el enfoque aplicado por el gobierno hacia la llegada masiva de personas ucranianas facilitada la labor de ayuda de las ONG y voluntarios en el terreno, contrastando con la postura mantenida por el gobierno polaco y la aplicación de políticas de devolución y encierro a quienes huían de otros conflictos y entraban a Polonia a través de la frontera de Bielorrusia²⁸.

El 4 de marzo de 2022, a propuesta de la Comisión Europea, el Consejo ejecutó la aplicación de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, con el objetivo de “iniciar la protección temporal para los nacionales ucranianos residentes en Ucrania desplazados desde el 24 de febrero de 2022 (...) asimismo, debe iniciarse la protección temporal para los nacionales de terceros países distintos de Ucrania, desplazados de Ucrania desde el 24 de febrero de 2022 en adelante y que disponían en Ucrania del estatuto de refugiado o de una protección equivalente antes del 24 de febrero de 2022 (...), es necesario establecer también la protección temporal de los miembros de las familias de estas personas, en los casos de que dichas familias ya estuvieran en Ucrania y residieran en ella en el

25 Datos de ACNUR actualizados por última vez el 23 de mayo de 2023 [Última consulta: 6 de junio de 2023] Disponible en: https://data.unhcr.org/es/situations/ukraine#_ga%3D2.121614280.1580530394.1666821632-1410462960.1666821632

26 Apartado número 5 de las consideraciones iniciales de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal.

27 AI: “Polonia: Las autoridades deben actuar para evitar mayor sufrimiento a las personas que huyen de Ucrania”, marzo de 2022. [Última consulta: 6 de junio de 2023]. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/03/poland-authorities-must-act-to-protect-people-fleeing-ukraine-from-further-suffering/>

28 *Ibidem*.

momento de las circunstancias (...), también procede establecer la protección de los apátridas (...) que puedan demostrar que residían legalmente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022 (...)"²⁹. En la decisión de ejecución se considera que la protección temporal es el instrumento más adecuado para afrontar la situación en la que se encuentran millones de ucranianos, permitiéndoles "disfrutar de derechos armonizados en toda la Unión que permitan tener un nivel de protección adecuado"³⁰.

A pesar de que la Directiva de Protección Temporal se ejecutó por primera vez en 2022, su nacimiento se enmarca en el contexto del conflicto de los Balcanes, con la disolución de Yugoslavia. Además, ya en 1999, durante el Consejo Europeo de Tampere, al delimitarse las bases del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), se resaltó la importancia de contar con una normativa de protección temporal³¹. En mayo del 2000 la Comisión presentó una propuesta de Directiva del Consejo³², relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los EEMM para acoger a estas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida. En este documento la Comisión da cuenta de las dificultades encontradas y fracasos producidos en las negociaciones en intentos de ofrecer protección a quienes huían del conflicto.

Es ya desde entonces que se tiene constancia de la posibilidad de colapso del sistema, estableciendo un mecanismo útil para evitarlo, teniendo en cuenta siempre que la protección ofrecida por la Directiva no es excluyente ni sustituye a la protección internacional, sino que pretende ser complementaria a la misma.

Así, el concepto de protección temporal es la piedra angular de este sistema, ya que se trata de un mecanismo diferente al estatuto del refugiado y a la protección subsidiaria prevista por la UE, definiéndose como "un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las

29 Extractos de los apartados 11 y 12 de las consideraciones iniciales de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, de 4 de marzo de 2022.

30 Extracto del apartado 16 de las consideraciones iniciales de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, de 4 de marzo de 2022.

31 VILLAR, S. A.: "Refugiados e (in)solidaridad en la UE: la no aplicación de la Directiva 2001/55/CE", *documents CIDOB*, 2017, pp. 2.

32 COM(2000) 303 final, de 24 de mayo de 2000. [Última consulta: 6 de junio de 2023] Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2000:0303:FIN>

otras personas que soliciten la protección³³, sin concretar qué se considera una afluencia masiva más allá de "la llegada a la Comunidad de un número importante de personas desplazadas, procedentes de un país o zona geográfica determinada, independientemente de que su llegada a la Comunidad se haya producido de forma espontánea o con ayuda, por ejemplo, de un programa de evacuación"³⁴.

Como reconoce el instrumento y se está pudiendo ver en la práctica en la actualidad, los beneficiarios del régimen de protección temporal pueden disfrutar de los mismos derechos en toda la UE. La tramitación de la concesión conlleva el reconocimiento del permiso de residencia, el permiso de trabajo para aquellas personas que sean mayores de edad, el acceso a asistencia médica y social y, en el caso de los menores no acompañados, incluye el acceso a una tutela legal y educación³⁵. Estos son algunos de los derechos que pueden disfrutar los beneficiarios de la actual ejecución.

3. ¿Se podría haber activado la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001?

Como se ha podido comprobar, poco se parecen las prestaciones de las que disfrutaban actualmente quienes se acogen a la protección temporal a las ofrecidas a quienes llegaban a nuestras fronteras huyendo de la guerra civil siria. Cuando en 2015 la crisis de refugiados en el Mediterráneo se encontraba en su peor momento, la respuesta de la Unión no fue la más acertada.

La Directiva 2001/55/CE ya era una herramienta existente que podría haber sido utilizada, ya que estaba diseñada para hacer frente de forma específica a circunstancias como las que se dieron en el mar y en las fronteras europeas en estos momentos de colapso del sistema, con miles de personas que buscaban protección en los países de la UE. La falta de previsión e incapacidad de reacción rápida a pesar de que la UE contaba con las herramientas necesarias para prever y afrontar este tipo de crisis hace pensar que, básicamente, la inaplicación de la directiva fue más un problema de carácter político que de tipo técnico o legal³⁶.

En definitiva, se podría decir que fue la falta de voluntad política lo que impidió la ejecución de la Directiva de Protección Temporal, recurriendo finalmente al acuerdo con Turquía para que fuera este país el que se encargara de la gestión de

33 Definición ofrecida en el artículo 2, apartado a) de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001.

34 Definición ofrecida en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001.

35 Información extraída de la infografía presentada por el Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea en su página web, "Protección temporal de la UE para las personas desplazadas". [Última consulta: 6 de junio de 2023] Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/temporary-protection-displaced-persons/>

36 VILLAR, S. A.: "Refugiados e (in)solidaridad", pp. I.

los refugiados. La Directiva cuenta con disposiciones suficientemente neutrales que permiten que pueda ser aplicada en contextos de *afluencia masiva* muy diversos, ya que, como se ha mencionado anteriormente, no se concreta un número o cifra exacta de los que se debe considerar una *afluencia masiva*.

El propio Consejo dio cuenta de flujos migratorios de carácter excepcional en las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601 pero, a pesar de ello, no se ejecutó la Directiva ni se atendieron a los datos que mostraban un flujo de llegada de personas mucho mayor a los registrados previamente. Teniendo en cuenta que durante el conflicto y contexto de crisis de los Balcanes por el que nació la Directiva el número máximo de solicitudes de asilo en los países de la UE fue de alrededor de 405.000 y que de enero a octubre de 2015 (tan solo 10 meses) se presentaron 670.000³⁷, no tendría sentido negar la existencia de una afluencia masiva de personas, pudiendo entenderse como una clara afluencia asimilable a la de las cifras alcanzadas durante la crisis de los Balcanes o a la que se vive actualmente con la invasión de Ucrania.

III. LOS RETOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE MIGRACIÓN Y ASILO.

I. El nuevo Pacto de Migración y Asilo.

El 23 de septiembre de 2020 la Comisión Europea presentó el conocido como Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo³⁸, el cual pretende, mediante una evaluación integral de las diversas facetas que afectan a la compleja cuestión que es la inmigración, suponer un nuevo comienzo para las políticas migratorias de la UE, aumentando la confianza mediante procedimientos más eficaces y logrando un nuevo equilibrio entre la responsabilidad y solidaridad de los distintos EEMM. Sin embargo, las propuestas presentadas plantean numerosas preocupaciones en lo que respecta a sus principios y aspectos jurídicos y a su aplicación práctica, además de no poner solución a varias de las deficiencias del sistema que han sido expuestas mediante los casos estudiados en este artículo.

- Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración³⁹: La nueva propuesta define los criterios comunes para la determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional, manteniendo de forma sustancial la jerarquía de criterios ya existentes y la responsabilidad por defecto de que sea el primer país de entrada el que deba evaluar las solicitudes de asilo.

37 *Ibidem*, pp. 6.

38 COM(2020) 609 final, de 23 de septiembre de 2020. [Última consulta: 7 de junio de 2023] Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:609:FIN>

39 COM(2020) 610 final, de 23 de septiembre de 2020. [Última consulta: 8 de junio de 2023] Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016PC0467>

De la misma forma, también introduce un nuevo mecanismo de solidaridad en el que las medidas continúan siendo voluntarias excepto en casos de desembarcos tras operaciones de búsqueda y rescate en el mar y en el caso de que un EEMM se encuentre sometido a presiones migratorias.

En resumen, el Reglamento propuesto no solucionaría los principales problemas encontrados por los EEMM de la frontera exterior en situaciones de presión. La Unión volvería a perder la oportunidad de establecer un mecanismo obligatorio y vinculante que garantice el reparto equitativo de las responsabilidades, tanto en materia de evaluación de solicitudes como de solidaridad y reubicación.

De la misma forma, otro de los fallos principales de la propuesta se encuentra en que continúa teniendo un enfoque basado en la externalización de la gestión migratoria. Como resalta el informe emitido por CEAR en 2022 acerca del Nuevo Pacto, se continúa incentivando la cooperación con terceros países para facilitar el retorno y la readmisión. El Reglamento sigue aludiendo a la responsabilidad de éstos, sin menciones relevantes a posibles vías legales y seguras de acceso a territorio europeo, además de incentivar que los EEMM tomen medidas para reducir y prevenir la inmigración irregular, sin tener en cuenta que muchas de las personas que acceden a territorio europeo por esta vía tienen derecho a protección internacional⁴⁰.

- Reglamento por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores⁴¹: La propuesta de la Comisión introduce un control previo a la entrada, conocido como *pre-entry screening*. Como el artículo 3 del mismo establece, este debe aplicarse a todos los nacionales de terceros países que sean interceptados en relación con un cruce no autorizado de la frontera exterior o después del desembarco tras una operación de búsqueda y salvamento (independientemente de si han solicitado protección internacional), además de a los nacionales de terceros países que soliciten protección en los pasos fronterizos y zonas de tránsito que no cumplan con las condiciones de entrada⁴². El procedimiento consta de controles de identidad, salud y seguridad, un examen inicial de posibles vulnerabilidades y el registro de datos biométricos en el sistema Eurodac, debiendo autorizarse la entrada al territorio del EEMM y partiendo de la base de que, como apunta el informe de CEAR, la propuesta se efectúa desde una perspectiva en la que se entiende que las llegadas a la UE se componen de flujos migratorios mixtos y no exclusivamente de personas necesitadas de protección

40 CEAR, “Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo: retos y oportunidades”, informe elaborado por el área de Incidencia de CEAR, 2022, pp. 12.

41 COM(2020) 612 final, de 23 de septiembre de 2020. [Última consulta: 8 de junio de 2023] Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2020:612:FIN>

42 Artículo 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817.

internacional⁴³. El procedimiento puede suponer un grave riesgo de reducción de garantías procedimentales debido a los breves plazos que establece, además de incurrir en posibles incumplimientos del principio de no devolución y el uso excesivo de la detención⁴⁴.

- Reglamento por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión⁴⁵: Esta propuesta pretende poder vincularse al Reglamento mencionado en el guion anterior y la Directiva de retorno, partiendo de la base de las propuestas de la Comisión en 2016 sobre el establecimiento de un procedimiento común para las solicitudes de asilo, pero introduciendo enmiendas a las cuestiones en las que entonces fue imposible alcanzar acuerdos entre los EEMM⁴⁶. La propuesta sobre Procedimientos cuenta con numerosas disposiciones que siguen mermando los derechos de los migrantes. Por ejemplo, como resalta CEAR en su informe de 2020, en lo relativo al artículo 26 de la propuesta sobre el acceso al procedimiento, las personas que se encuentran en las fronteras de la UE ya estarían en territorio de la Unión, y por ello son titulares de derechos y obligaciones; de la misma forma que, en el momento en que una persona manifiesta su voluntad de solicitar protección internacional han de garantizarse de forma inmediata estos derechos mediante el registro de su solicitud⁴⁷.

- Reglamento relativo a las situaciones de crisis y fuerza mayor⁴⁸: Esta es la propuesta que más interés reviste a la luz del presente artículo y los temas abordados en el mismo, centrándose en regular las situaciones más excepcionales en las que sea necesaria una regulación más específica por existir un riesgo de afluencia masiva de personas que pueda afectar al sistema de acogida, asilo o retorno de varios EEMM. Sin embargo, lo que más resalta de la misma es que recoge la derogación de la Directiva de Protección Temporal⁴⁹, introduciendo en su artículo 10 la llamada Protección Inmediata, en compensación. Sin embargo, a raíz de los acontecimientos de febrero de 2022 y la utilidad que ha demostrado de Directiva, se debería replantear su derogación. En cualquier caso, la normativa debería contemplar también otras categorías de personas que pudieran entrar dentro de este tipo de protección, como por ejemplo, desplazados por motivos climáticos.

43 CEAR, "Nuevo Pacto Europeo", pp. 13-14.

44 FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "La protección del migrante en la frontera de la Unión Europea", *Perspectivas de la política de inmigración, asilo y refugio en la UE* (coord. por A. FERNÁNDEZ PÉREZ), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 17-41.

45 COM(2020) 611 final, de 23 de septiembre de 2020. [Última consulta: 8 de junio de 2023] Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2020:611:FIN>

46 CEAR, "Nuevo Pacto Europeo", pp. 15.

47 CEAR, "Nuevo Pacto Europeo", pp. 19.

48 COM(2020) 613 final, de 23 de septiembre de 2020. [Última consulta: 8 de junio de 2023] Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52020PC0613>

49 Artículo 14 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo.

- Modificación del Reglamento Eurodac⁵⁰: Esta modificación pretende llevar a cabo una reforma del sistema europeo de identificación dactilar para transformarlo en una base de datos que, a nivel europeo, pueda dar apoyo a la consecución de las políticas comunes de asilo, reasentamiento y contra las migraciones irregulares. Los cambios que introduce la propuesta de 2020 son la creación de una nueva categoría de personas cuyos datos deben ser almacenados, que son los rescatados en operaciones de búsqueda y salvamento en alta mar que soliciten protección internacional; y, incluye la adaptación de los plazos para la toma de los datos biométricos a la duración del control de *pre-entry screening*, introduciendo también recopilación de antecedentes de seguridad. La modificación continúa sin ofrecer un trato diferenciado a las personas migrantes en situación irregular y a las personas que solicitan protección internacional y mantiene, entre otros, la ampliación desproporcionada del periodo de almacenamiento de datos introducida con la propuesta refundida de 2016⁵¹, pudiendo mantener durante 10 años los datos de los solicitantes de asilo y aumentando a 5 años la conservación de datos de inmigrantes irregulares.

2. La propuesta de modificación del Código de fronteras Schengen y la propuesta de Reglamento de Instrumentalización.

A raíz de los acontecimientos que tuvieron lugar en las fronteras exteriores de la Unión con Bielorrusia en noviembre de 2021, la Comisión Europea elaboró una propuesta de modificación de las disposiciones relativas a las fronteras exteriores del Código de fronteras Schengen, con la intención de imponer en las mismas un control todavía mayor al que ya existe.

El artículo 2.27 de la propuesta de modificación, define lo que se considera *instrumentalización de migrantes* como “una situación en la que un tercer país o un agente estatal fomenta o facilita el desplazamiento de nacionales de terceros países a las fronteras exteriores o a un Estado miembro con la intención de debilitar a la Unión o a un Estado miembro cuando tales acciones puedan poner en peligro funciones esenciales de un Estado miembro, incluido el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de la seguridad nacional”⁵². Esta definición, como apunta CEAR nos dejaría ante un concepto indeterminado que podría conllevar riesgos relativos a la elusión de las obligaciones de los EEMM en materia de asilo⁵³. De la misma forma, el informe también muestra preocupación por la introducción de nuevos artículos, como el 5.4 y el 13.5, el primero relativo al cierre

50 COM(2020)614 final, de 23 de septiembre de 2020. [Última consulta: 8 de junio de 2023] Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2020:614:FIN>

51 CEAR, “Nuevo Pacto Europeo”, pp. 25.

52 COM(2021) 891 final, de 14 de diciembre de 2021. [Última consulta: 7 de junio de 2023] Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0891>

53 CEAR, “Nuevo Pacto Europeo”, pp. 27.

temporal de pasos fronterizos específicos o su limitación de apertura y el segundo al incremento de la vigilancia en frontera, que pueden poner el riesgo el acceso al procedimiento de protección internacional⁵⁴.

En cuando a la propuesta de Reglamento de Instrumentalización, la Comisión espera que sirva como normativa de apoyo al Código de fronteras Schengen en caso de que los EEMM se encuentran ante una situación de instrumentalización de migrantes. La propuesta de Reglamento incluye un procedimiento de emergencia para la gestión de este tipo de situaciones que permite que se cree un sistema paralelo en base a excepciones a las normas de asilo, lo que podría conllevar violaciones graves de los derechos fundamentales⁵⁵ que afecten de forma significativa a todas las personas que lleguen a nuestras fronteras necesitadas de protección. La posible aprobación del Reglamento supondría un desmantelamiento del sistema de asilo europeo, permitiendo a quienes se acojan al mismo, desvincularse del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

3. Algunas reflexiones para construir un sistema más respetuoso con los derechos humanos y con las personas.

Los acontecimientos enfrentados en los últimos años, y más que nunca en la actualidad, demuestran que la UE y los EEMM se encuentran ante desafíos que requieren respuestas rápidas y centradas en las personas. La UE debe continuar avanzando hacia una política migratoria y de asilo garantista y justa que funcione correctamente incluso en situaciones de presión desproporcionada, teniendo siempre en cuenta el respeto por los derechos humanos de quienes llegan a las fronteras de la UE y las circunstancias que les han traído aquí. En este último apartado se ofrecerán algunas reflexiones que pueden mejorar las políticas de la UE en esta materia, teniendo en cuenta su gran complejidad y atendiendo a todo lo expuesto en el presente artículo.

En primer lugar, la UE debe alcanzar mecanismos de solidaridad que sean verdaderamente efectivos. A la vista de lo acontecido en las diversas crisis, incluso en la de Ucrania aunque en menor medida, siempre es (o son) los estados que se encuentran en las fronteras exteriores quienes acaban cumpliendo con un mayor peso de la carga migratoria. A pesar de que se pretende que con el Nuevo Pacto el principio de solidaridad informe todo el sistema, la misma acaba teniendo como objetivo integrar la equidad del sistema de asilo, concibiéndose de esta forma como un simple mecanismo corrector de una deficiencia estructural del sistema, sin abordar sus razones últimas⁵⁶. Las imposiciones de la UE a los EEMM en esta

54 *Ibidem*, pp. 27.

55 *Ibidem*, pp.28.

56 ARENAS HIDALGO, N.: "Migraciones y asilo: análisis y perspectivas", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, vol. 73, núm. 2, pp. 21-36.

materia no deberían dar pie a la voluntariedad o flexibilidad, ya que ha quedado patente que se deben poner todos los esfuerzos en que este principio no quede en papel mojado y se cumpla con él de forma efectiva.

Por otra parte, es esencial una mejora de los procedimientos en frontera, teniendo siempre como máxima principal el respeto tanto de los derechos humanos, como de la dignidad humana, en la que los primeros se fundamentan. En gran parte de la normativa presentada por la UE se da pie a una clara confusión, al menos terminológica, entre migrantes irregulares y solicitantes de asilo o protección internacional. La diferenciación de categorización no puede significar una diferencia de trato y respeto por sus derechos, pues los Estados tienen obligaciones en las fronteras internacionales para con todas las personas independientemente de cuáles sean motivaciones, en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵⁷. Las fronteras internacionales son lugares peligrosos para cualquier migrante, pero en particular más para aquellos que se encuentran en situación irregular o se presume que lo están⁵⁸. Son un punto crítico en el que numerosos migrantes sufren discriminación, se interfiere en el derecho a la intimidad, se producen detenciones prolongadas y arbitrarias, e incluso se reportan casos de violencia sexual y de género, siendo esto aún más común en casos de afluencia masiva de personas. No es sólo necesario tener un personal sensibilizado y formado específicamente, sino también, como Naciones Unidas reconoce, poseer legislaciones nacionales y reglamentos administrativos que no caractericen las fronteras como zonas de exclusión o excepción de las obligaciones de respeto por los derechos humanos⁵⁹. De cara al futuro, se debe evitar cualquier posible discrecionalidad en este sentido por parte de las autoridades de los EEMM.

Por último, se debe tener en cuenta que la realidad migratoria ha cambiado a lo largo de los años, llevando a la pérdida del referente que la Convención de Ginebra considera refugiado de forma específica. Esto se debe a que esta categoría conceptual tradicional, bien regulada en el Derecho Internacional y en los ordenamientos jurídicos de los EEMM se torna confusa ante una gran variedad de situaciones que se han considerado condiciones humanitarias, que van desde los refugiados económicos o medioambientales, hasta la protección subsidiaria ofrecida por la UE y las solicitudes de asilo o los desplazamientos en masa⁶⁰. No

57 ACNUDH, "Principios y directrices recomendados sobre los Derechos Humanos en las fronteras internacionales", informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos emitido en 2015, pp. 2. [Última consulta: 7 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines_SP.pdf

58 *Ibidem*, prólogo del informe firmado por Zeid Ra'ad Al Hussein, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos entre 2014 y 2018.

59 *Ibidem*, pp. 1.

60 DEL VALLE GÁLVEZ, A.: "Refugee Crisis and Migrations at the Gates of Europe: Deterritoriality, Extraterritoriality and Externalization of Border Controls", *Paix et Sécurité Internationales*, 2019, núm. 7, pp. 117-160.

se pueden dar pasos atrás en materia de reconocimiento de derechos, como por ejemplo puede ocurrir con la pretensión de derogación de la protección temporal y su sustitución por la conocida como protección inmediata. La ejecución de la Directiva ha demostrado en su primer año de funcionamiento que es de gran utilidad. Es por ello que lo que debería plantearse es la expansión de categorías de personas que puedan ampararse bajo herramientas similares, como es el caso de los llamados *refugiados climáticos*. Estas personas, desplazadas como consecuencia de la degradación medioambiental, serán, en atención a los acontecimientos de los últimos años y al avance del cambio climático, quienes se conviertan en la causa más importante que de origen a desplazamiento masivos de población, no siendo potenciales acreedores de una acogida temporal de características similares⁶¹ aún en la actualidad.

IV. CONCLUSIONES.

La respuesta ofrecida por la UE a la llegada masiva de personas ocasionada por la invasión rusa de Ucrania debería servir de presente para gestionar futuras crisis similares. La decisión adoptada por el Consejo de activar la Directiva de Protección Temporal no sólo ha aliviado la presión sobre los sistemas de asilo de los EEMM fronterizos con Ucrania, sino que ha permitido que todas las personas que se encuentran desplazadas por el conflicto en los países de la UE puedan disfrutar de forma armonizada de derechos tan esenciales como el acceso a vivienda, al permiso de trabajo o a la asistencia médica y social. Cualquier otra reacción distinta ante la gestión de una crisis similar pondría en evidencia los valores de los que el bloque se hace eco y supondrían un total fracaso del proyecto comunitario.

Así, se ha demostrado que si hay voluntad política los EEMM pueden acoger elevadas cifras de personas refugiadas y otorgarles protección de manera automática. La Unión cuenta con las herramientas e instrumentos necesarios para hacer frente a este tipo de situaciones. En el futuro, y ante crisis similares que sin ninguna duda viviremos, la UE debe mostrarse igual de solidaria con aquellos que lleguen a nuestras fronteras en busca de protección, independientemente de su raza, religión, nacionalidad o cualquier otra característica.

De esta forma, la UE ha de continuar creciendo en la construcción de una política migratoria común a todos los EEMM, fuerte y digna, no discriminatoria y que se sea respetuosa con los derechos humanos. Aunque han sido muchos los avances logrados hasta la fecha, y especialmente tras la decisión de activar la Directiva de Protección Temporal, la UE no actuó de forma oportuna ante la crisis del Mediterráneo, especialmente cuando la mayoría de EEMM se negaron a

61 ARENAS HIDALGO, N.: "El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, vol. 55, núm. 2, pp. 745-777.

cumplir con sus responsabilidades de acogida, faltando al principio de solidaridad para con los socios cuyo sistema de asilo se estaba viendo colapsado en la frontera sur de Europa.

La UE, que se presenta ante el mundo como un ejemplo de respeto por los derechos humanos y que cuenta con numerosos proyectos de cooperación en los distintos continentes, debe cumplir con sus obligaciones en la práctica. La externalización y securitización de la migración debe dejar de ser una opción. Reforzar el discurso de que quienes llegan a nuestras fronteras suponen una amenaza agrava todavía más el problema, además de provocar un aumento de movimientos xenófobos y racistas en contra de refugiados y migrantes. El mantenimiento de la seguridad interior y una gestión de fronteras respetuosa con el Estado de Derecho, los derechos humanos y la dignidad humana no son excluyentes.

Es necesario desarrollar políticas de migración y asilo realmente garantistas, donde los procedimientos en frontera sean una prioridad de mejora, además de imponer sanciones a los EEMM que desoigan a la UE. El Nuevo Pacto de Migración y Asilo seguiría resultando demasiado laxo en numerosos ámbitos. Queda mucho por hacer para que las fronteras de la UE sean un lugar seguro para quienes las alcanzan, especialmente en circunstancias de presión desproporcionada.

Los fenómenos migratorios son complejos y se encuentran en constante evolución, lo que exige un esfuerzo de adaptación por parte de la UE a las circunstancias. La Convención de Ginebra del 51, si bien continúa siendo esencial para la protección de los refugiados a nivel mundial, resulta insuficiente en muchas ocasiones para responder a los retos migratorios actuales. La especificidad de las categorías incluidas en la misma impide que haya la flexibilidad necesaria para adaptarse a la realidad actual. En los próximos años continuarán llegando a las fronteras europeas personas necesitadas de protección, ya sea por conflictos nuevos o existentes, a consecuencia del cambio climático o por encontrarse en situaciones altamente precarias en sus países de origen que les impidan llevar una vida digna. La UE no debe darles la espalda. La legislación comunitaria debe tener en cuenta transformación de las motivaciones que impulsan la migración y evolucionar teniendo en cuenta nuevas categorías de ayuda, sin olvidar los valores promulgados por la UE y el respeto por los derechos humanos, algo que sin dudo supondrá un gran reto para la UE y el proyecto comunitario.

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS HIDALGO, N.: "El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, vol. 55, núm. 2, pp. 745-777.

ARENAS HIDALGO, N.: "Migraciones y asilo: análisis y perspectivas", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, vol. 73, núm. 2, pp. 21-36.

DE LUCAS, J.: "Refugiados como "moneda de cambio". Sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016", *Anuario de derechos humanos*, 2016, núm. 12, pp. 17-32.

DE LUCAS, J.: "Refugiados: ¿Mercancías o derechos? Sobre el acuerdo entre la UE y Turquía de 18 de marzo de 2016", *Ábaco*, 2016, núm. 87/88, pp. 68-73.

DEL PINO GARCÍA SAAVEDRA, I.: "La securitización de la gobernanza migratoria europea: efectos en las políticas de inmigración, asilo y transfronteriza de la Unión Europea", *Perspectivas de la política de inmigración, asilo y refugio en la UE* (coord. por A. FERNÁNDEZ PÉREZ), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.263-278.

DEL VALLE GÁLVEZ, A.: "Refugee Crisis and Migrations at the Gates of Europe: Deterritoriality, Extraterritoriality and Externalization of Border Controls", *Paix et Sécurité Internationales*, 2019, núm. 7, pp. 117-160.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "La protección del migrante en la frontera de la Unión Europea", *Perspectivas de la política de inmigración, asilo y refugio en la UE* (coord. por A. FERNÁNDEZ PÉREZ), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarro), 2022, pp. 17-41.

LIÓN BUSTILLO, J.: "La Unión Europea, el Líbano y los refugiados sirios", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 65, pp. 107-131

NAÏR, S.: *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*, CRÍTICA, Barcelona, 2016.

OVACIK, G.: "Compatibility of the Safe Third Country concept with International Refugee Law and application to Turkey", *PERCEPTIONS: Journal of International Affairs*, 2020, vol. 25, núm. 1, pp. 61- 80.

PORRAS RAMÍREZ, J. M.: "El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización", *Revista de Estudios Políticos*, 2017, núm. 175, pp. 207-234.

TRIANDAFYLLIDOU, A. & MANTANIKI, R.: "Emergencia de refugiados en el Mediterráneo: evaluación de las respuestas políticas de la Unión Europea", *Migraciones y desarrollo*, 2017, vol. 15, núm. 28, pp. 7-38.

LA VIOLACIÓN COMO ARMA DE GUERRA

RAPE AS A WEAPON OF WAR

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 678-697

Daniela MAJOR
MONTESINOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: La violación como arma de guerra existe desde que existen las guerras, pero su debate como arma de guerra no. A lo largo de los años, la legislación y la jurisprudencia internacional han tratado de dar una respuesta al respecto. La definición de violación, especialmente como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, varía según el tribunal y la legislación nacional. Entonces, ¿por qué es la violación un arma de guerra?

PALABRAS CLAVE: Guerra; violación; violencia sexual; crimen de guerra; crimen de lesa humanidad; violación como arma de guerra; derecho internacional; jurisprudencia internacional.

ABSTRACT: *Rape as a weapon of war has existed for as long as wars have existed. But the debate regarding rape as a weapon of war is quite new. Over the years, both international legislation and jurisprudence have tried to give an answer in relation to this matter. The definition of rape, especially as a crime of war and crime against humanity, varies depending on the tribunal and national legislation that declares it. In this article we will analyse the different international and national jurisprudence and laws referring to rape. So why is rape a weapon of war?*

KEY WORDS: *War; rape; sexual violence; crime of war; crime against humanity; rape as a weapon of war; international law; international jurisprudence.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PRECEDENTES Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL PREVIA.- III. ARTÍCULOS DEL ESTATUTO DE LA CPI.- IV. ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES.- I. VIOLACIÓN COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD.- 2. VIOLACIÓN COMO CRIMEN DE GUERRA.- V. JURISPRUDENCIA POSTERIOR.- I. Otra jurisprudencia posterior.- 2. El caso Bemba.- VI. DEFINICIONES.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La violación se ha dado en las guerras desde que éstas existen, pero su categorización como un crimen de guerra o crimen contra la humanidad es más reciente, tanto en la legislación internacional como en legislaciones nacionales.

La violencia sexual y la violación en el contexto de la guerra han sido estudiadas durante muchos años, pero como una consecuencia más de las guerras. Hasta los juicios del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR) y del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (TIPY) no se llegó a un debate y definición de la violación como crimen de guerra y crimen contra la humanidad. La violación pasó de ser vista como un daño colateral a ser un crimen e infracción grave del derecho internacional. La práctica de la violación en las guerras ha sido ignorada durante muchas décadas. Este artículo tiene el objetivo de continuar con el debate de la violación como arma de guerra y la importancia tanto de reprimirla como de prevenirla. La violación no es sólo otra consecuencia de las guerras, sino que es un mecanismo sistemático de tortura y tormento a la población de un territorio afectado por una guerra.

El artículo consiste en un análisis de la legislación y jurisprudencia internacional relativa a la violación como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad. Tendrá la siguiente estructura. En primer lugar, una revisión de la jurisprudencia internacional previa del TIPR y TIPY y un análisis de las diferentes sentencias y casos de los tribunales ad hoc. En segundo lugar, se realizará un examen de los diferentes artículos del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) que contienen referencias a la violación como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, junto con los artículos recogidos en los Elementos de los Crímenes de la CPI. En tercer lugar, una revisión de otra jurisprudencia internacional, específicamente la jurisprudencia de la CPI en el caso Bemba.

Finalmente, las conclusiones, respondiendo a las siguientes preguntas: ¿la violación se regula y persigue correctamente en el derecho internacional? ¿Estamos dándole la importancia que merece a la violación como arma de guerra?

• Daniela Major Montesinos

Daniela Major Montesinos es en la actualidad Investigadora Contratada (Programa GVA "Investigo") en el Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela" de la Universidad de Valencia. Egresada en el Máster de Estudios Internacionales y Europeos y del Doble Grado en Derecho y Criminología, ambos de la Universidad de Valencia (Valencia, España). Correo electrónico: danielamajor20@gmail.com.

¿Es la violación sólo otro crimen de guerra? Y una pequeña crítica a la CPI, a su regulación y entendimiento de la violación como arma de guerra. ¿Qué consideran como violación, crimen de guerra y crimen de lesa humanidad? ¿Cuáles son sus definiciones?

II. PRECEDENTES Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL PREVIA.

La violación se ha llevado a cabo en guerras durante muchos años, pero el debate sobre la violación como arma de guerra ha surgido en los últimos años. En un principio se vio como una consecuencia más de la guerra. Como dijo Farwell:

“se vio como un daño colateral y no como una verdadera violación del derecho internacional humanitario. La violación fue tolerada, permitida e incluso aceptada como resultado natural o actividad de la guerra”.

El derecho internacional ha abordado los delitos sexuales en el contexto de la guerra, como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Al principio, la violación se definió desde un punto de vista sesgado, que veía a la mujer como un objeto, específicamente como propiedad de los hombres. Sin tener en cuenta su derecho a la libre determinación. Como afirma Altuzarra²:

“Las disposiciones que abordan la violencia sexual han pasado de ser imprecisas prohibiciones que encuentran su origen en la mujer como propiedad del hombre a convertirse en detallados mandatos que localizan su justificación en la protección de la dignidad y libertad de la mujer”³.

Farwell⁴ explica que ha habido dos grandes cambios en el debate sobre la violación como arma de guerra. En primer lugar, la violación ahora se ve como un ataque político contra civiles⁵, lo que significa que ahora la violación perpetrada en un conflicto armado se considera un arma de guerra, y no solo una consecuencia o un producto secundario de la violencia que rodea a la guerra. Es bastante evidente que, durante las guerras, las mujeres del grupo enemigo han sido un blanco de objetivos políticos, ya sea para desanimar, denigrar o asustar a la población. En segundo lugar, la jurisprudencia internacional ha conceptualizado por primera vez la violación en la guerra como un crimen en derecho internacional. Tanto el TIPR

1 Traducción propia. FARWELL, N.: “War rape: new conceptualizations and responses.” *Affilia-Journal of Women and Social Work*, 19(4), 2004, p. 389.

2 ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”. *Estudios de Deusto*, 68(1), 2020, pp. 511–558.

3 ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito”, cit., pp. 516-517.

4 FARWELL, N.: “War rape”, cit., pp. 389–403.

5 *Ibid.*, p. 390.

como el TIPY nos han dejado definiciones legales de la violación de guerra como un crimen contra la humanidad.

A continuación, expondré la diferente jurisprudencia internacional dictada por los tribunales internacionales penales *ad hoc* que aborda la violación como arma de guerra y la violencia sexual en los conflictos armados.

La primera sentencia que analizar es la del caso Akayesu. El TIPR juzgó en 1998 a Jean-Paul Akayesu y fue condenado por genocidio por haber permitido y posibilitado la violación masiva de cientos de mujeres tutsis en 1994⁶. Los crímenes se cometieron entre enero y diciembre de 1994, cuando Jean-Paul Akayesu era bourgmestre (alcalde) de la comuna de Taba en Ruanda. Este caso fue la primera condena que dictaminó la violación y otras formas de violencia sexual como delitos de genocidio. Así como la primera vez que un individuo fue condenado por violación como crimen de lesa humanidad.

El TIPR establece una serie de definiciones relevantes. En primer lugar, el Tribunal⁷ compara la violación con el delito de tortura⁸, afirmando que la violación⁹ también se utiliza con fines como la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Además, al igual que la tortura, se trata de una violación de la dignidad personal. El TIPR declara que la violación constituye una tortura cuando es infligida por o bajo la instigación de o con el consentimiento o la aquiescencia de un funcionario público u otra persona que actúa en calidad de oficial.

El tribunal *ad hoc* define la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona bajo circunstancias coercitivas¹⁰. En segundo lugar, describen la violencia sexual¹¹ como cualquier acto de naturaleza sexual cometido contra una persona bajo circunstancias coercitivas. Por lo que podemos observar, la definición de violencia sexual y violación es muy similar, pero la violencia sexual es un concepto más amplio, cubre actos que pueden no involucrar penetración o contacto físico.

6 Éste fue el primer caso de condena por violación en derecho internacional, que sentó las bases para otros casos en el futuro como es el caso de Bosnia.

7 ICTR. Judgment. Prosecutor v. Akayesu No. ICTR-96-4-T, 2 septiembre 1998

8 La definición de tortura dada por el TIPR: "Torture may be defined as: ... any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity", ICTR. Judgment. Prosecutor v. Akayesu No. ICTR-96-4-T, 2 septiembre 1998, p. 148.

9 Ibid., p. 149.

10 Traducción propia: ICTR. Judgment. Prosecutor v. Akayesu No. ICTR-96-4-T, 2 septiembre 1998, p. 167.

11 Ibid.

El TIPR establece en su sentencia los diferentes elementos de la violación. Determina que para que un acto sea considerado violación debe cometerse bajo las siguientes circunstancias:

“(a) como parte de un ataque generalizado o sistemático; (b) sobre una población civil; (c) por ciertos motivos discriminatorios catalogados, a saber: motivos nacionales, étnicos, políticos, de raza o religiosos”¹².

En síntesis, se trata de una definición conceptual de violación que define la violación como “una invasión física de carácter sexual, cometida en circunstancias coercitivas” (Altuzarra)¹³. Esta definición conceptual es importante porque por primera vez se da una definición que incluye los diferentes elementos de la violación. Así como también hace una distinción entre violación y violencia sexual, siendo la violencia sexual descrita como “cualquier acto de naturaleza sexual contra una persona en circunstancias coercitivas que no está limitada a la invasión física del cuerpo humano”¹⁴.

En conclusión, la definición de violación proporcionada por la jurisprudencia del TIPR añade a las diversas definiciones de las legislaciones nacionales que definían la violación como un intercambio sexual no consentido, otros elementos o actos como “la inserción de objetos y el uso de orificios corporales que no se consideran de naturaleza intrínsecamente sexual”¹⁵.

La definición del TIPY de la violación y otros actos de violencia sexual como crímenes internacionales la encontramos en el Caso Furundžija¹⁶. La Sala llegó a la conclusión de que los elementos¹⁷ que configuran el *actus reus* del delito de violación en derecho internacional son los siguientes:

“(i) La penetración sexual, por leve que sea: a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del autor o cualquier otro objeto utilizado por éste; o b) de la

12 Ibid.

13 Se trata de una definición de la violación como delito contra la dignidad personal, como dice Altuzarra atendiendo al espíritu del delito, describiendo su esencia, su realidad. Véase ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito, cit., p. 519.

14 Ibid., p. 519.

15 Véase BOU FRANCH, V.: “Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 24, 2012, pp. 7-8.

16 ICTY. Judgment. Prosecutor v. Furundžija No. IT-95-17/1-T, 10 diciembre 1998. El TIPY en cambio, pese a estar de acuerdo con la definición de violación dada por el TIPR, en el Caso Furundžija de 1998, tras una revisión del derecho internacional, añadió a dicha definición una descripción detallada de los objetos y partes del cuerpo.

17 Tras una revisión de las fuentes del derecho internacional llegaron a la conclusión de que ninguna de las fuentes del derecho internacional daba una buena respuesta a la definición de violación y sus elementos. Por esta razón, decidieron llevar a cabo un exhaustivo examen de derecho comparado de las diferentes definiciones dadas tanto en las fuentes de derecho internacional como en legislaciones nacionales.

boca de la víctima por el pene del autor; ii) mediante coacción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o un tercero (p. 77)”¹⁸.

A lo largo de los años, tanto el TIPR como el TIPY han criticado mutuamente sus definiciones de la violación. EL TIPR no estuvo de acuerdo con la descripción dada por el TIPY en la sentencia Furundžija, por ello, en su sentencia posterior del Caso Musema¹⁹, volvieron a elegir la definición conceptual dada en la sentencia Akayesu. El TIPR criticó la descripción detallada de los objetos y partes del cuerpo dada por el TIPY afirmando que no era relevante para la definición. Afirmando que lo realmente relevante eran los elementos de agresión y coacción, “la agresión que se expresa de manera sexual en condiciones de coacción”²⁰.

Podemos decir que hasta este punto había dos tipos de definiciones de violación, por un lado, una definición conceptual dada por el TIPR, y por otro, una definición descriptiva dada por el TIPY²¹.

El TIPY se mostró de acuerdo con esta definición, pero consideró que sólo²² contemplaba la penetración sexual como violación en el caso de que fuera acompañada de coacción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o un tercero²³. El TIPY considera delito las violaciones de la autonomía sexual, y que, por tanto, la coacción no es el único factor relevante. Siendo también un factor relevante la ausencia de consentimiento o participación voluntaria.

Tras un examen de las diferentes legislaciones nacionales²⁴, el TIPY llega a la conclusión de que el elemento común a todas estas legislaciones es que existe una violación de la autonomía sexual, que se produce siempre que la persona sometida al acto no lo haya consentido libremente o no participe voluntariamente de otro modo²⁵. Por lo que se añade a la definición del delito de violación en el

18 ICTY. Judgment. Prosecutor v. Furundžija No. IT-95-17/I-T, 10 diciembre 1998.

19 ICTR. Judgment. Prosecutor v. Alfred Musema, ICTR-96-13-T, 27 enero 2000.

20 BOU FRANCH, V.: “Los crímenes”, cit., p. 8.

21 Según el TIPR, una definición conceptual era más adecuada. La definición del TIPY era demasiado descriptiva y extensa, lo que en el futuro se traduciría en su dificultad de adaptación a las diferentes normativas. En otras palabras, el TIPR estaba de acuerdo con lo que afirmaba el TIPY sobre la tendencia que existía en las legislaciones nacionales a ampliar la definición de violación, y por eso consideraban que era preferible una definición conceptual para poder adaptarse a la evolución de las diferentes legislaciones. Véase ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito”, cit., p. 520.

22 Dejando fuera otras posibilidades o factores como la penetración sexual no consentida o no voluntaria por parte de la víctima.

23 Traducción propia. ICTY. Judgment. Prosecutor v. Kunarac No. IT-96-23-T, 22 febrero 2001.

24 A partir de las diferentes legislaciones nacionales el TIPY realiza una clasificación de los diferentes actos sexuales que se consideran violación y los divide en tres categorías: (i) la actividad sexual va acompañada de fuerza o amenaza de fuerza a la víctima o a un tercero; (ii) la actividad sexual va acompañada de fuerza o de una serie de otras circunstancias específicas que hicieron a la víctima especialmente vulnerable o anulaban su capacidad de negarse con conocimiento de causa; o bien (iii) la actividad sexual se produce sin el consentimiento de la víctima. Véase ICTY. Judgment. Prosecutor v. Kunarac, cit. pp. 149-150

25 Traducción propia. *Ibid.*

derecho internacional la ausencia de consentimiento voluntario y genuino de la víctima, y su participación no voluntaria.

Más tarde, como afirma Franch²⁶, el TIPY en el caso Kunarac siguió utilizando una definición descriptiva de violación. Aunque estaban de acuerdo con la definición dada en el Caso Musema por el TIPR, consideraron que había que ampliar el segundo elemento. El TIPR argumentó que para que la penetración sexual se considerara delito de violación tendría que haberse cometido con “coacción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o contra un tercero”²⁷. Pero esta definición no incluía otros elementos de la penetración sexual como que fuera un acto no consentido o no voluntario por parte de la víctima, que el TIPY considera otro elemento de la violación como delito. En otras palabras, la coacción no es el único elemento que determina la existencia del delito de violación.

En resumen, nos encontramos ante dos definiciones diferentes del delito de violación dadas por cada uno de los tribunales ad hoc. Por un lado, la definición conceptual dada por el TIPR en el Caso Akayesu y el Caso Musema. Por otro, la definición descriptiva dada por el TIPY en el Caso Furundžija y el Caso Kunarac. Finalmente, la definición de violación como delito fue establecida por la Sala de Apelaciones que optó por la definición descriptiva del TIPY. La Sala completó la definición afirmando que “la penetración no consentida, por leve que sea, de la vagina o el ano de la víctima por el pene del autor o por cualquier objeto utilizado por el autor; o de la boca de la víctima por el pene del autor”²⁸ constituye el elemento material de la violación como crimen contra la humanidad. Incluyendo así el elemento del consentimiento²⁹ a la definición de violación.

En conclusión, la definición de la Sala de Apelaciones finalmente declaró que la fuerza no es un elemento de violación, sino uno de los factores que pueden viciar el consentimiento de las víctimas. Aclaración importante porque, por el contrario, podría privar a los autores de dicho delito de responsabilidad por un acto sexual no consentido, pero bajo circunstancias coercitivas sin la necesidad de ejercer la fuerza³⁰.

26 Véase BOU FRANCH, V.: “Los crímenes”, cit., pp. 11-14

27 *Ibid.*, p.11

28 *Ibid.*

29 La Sala de Apelaciones añadió el elemento de consentimiento a la definición de la violación, estableciendo que éste debía darse voluntaria y libremente, siendo evaluada en el contexto de las circunstancias existentes. Véase BOU FRANCH, V.: “los crímenes”, cit., p. 24. Este autor señala dos precisiones importantes realizadas por la Sala de Apelaciones en referencia a la prueba de la ausencia de consentimiento de la víctima. Por un lado, la ausencia de resistencia por parte de la víctima no se traduce inmediatamente en el consentimiento de ésta. Por otro, el uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza no constituye un elemento definitorio del delito de violación, aunque pueda ser una prueba, entre otras, de la ausencia de consentimiento por parte de la víctima.

30 Véase ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito”, cit., p. 521.

III. ARTÍCULOS DEL ESTATUTO DE LA CPI.

El Estatuto de Roma fue adoptado el 17 de julio de 1998 por la ONU como instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional³¹. Del artículo 5 al 9 podemos encontrar los diferentes crímenes que caen bajo la jurisdicción de la Corte y sus elementos.

El artículo 7 del Estatuto define los crímenes de lesa humanidad como aquellos actos que se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque”³². A continuación, el Estatuto describe la violación como crimen de lesa humanidad en el art. 7 g)³³.

El artículo 8 del Estatuto define los crímenes de guerra³⁴ como “infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”³⁵ y “otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional”³⁶. En lo relativo a la violación como crimen de guerra la encontramos mencionada como tal en el art. 8.2 apartado b) (xxii) “cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”³⁷.

En el Estatuto de Roma no encontramos una definición del delito de violación, debemos acudir al documento Elementos de los Crímenes³⁸ de la CPI.

IV. ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES.

31 Del artículo 5 al artículo 9 del Estatuto podemos encontrar los diferentes crímenes que caen bajo la jurisdicción de la Corte y sus elementos. Véase ONU: Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6.

32 *Ibid.*

33 Constituyen crímenes de lesa humanidad: “g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”. *Ibid.*

34 Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales establecen el derecho internacional humanitario, el conocido derecho en la guerra, normas que protegen al individuo afectado por un conflicto armado. Los crímenes de guerra son infracciones graves del derecho internacional humanitario. Véase Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (“Cuarto Convenio de Ginebra”)*, 12 agosto 1949, 75 UNTS 287; Unión Europea, *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, 1977, 8 Junio 1977.

35 Véase el artículo 8 apartado a) del ONU: Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6, que define los actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones de los Convenios de Ginebra.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 Los Elementos de los Crímenes es un documento publicado por la CPI en 2011 con el objetivo de describir y estructurar los diferentes elementos que componen los crímenes internacionales que son competencia de la Corte. Es una ampliación del Estatuto de Roma. Véase International Criminal Court (ICC), *Elements of Crimes*, 2011, ISBN No. 92-9227-232-2.

I. Violación como crimen contra la humanidad.

En el artículo 7 (1) (g) -I de los Elementos de los Crímenes podemos encontrar los elementos que definen la violación como crimen contra la humanidad:

“1. El autor invadió el cuerpo de una persona mediante una conducta que dio lugar a la penetración, por leve que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual, o del orificio anal o genital de la víctima con cualquier objeto o cualquier otra parte del cuerpo.

2. La invasión se cometió por la fuerza, o mediante amenaza de fuerza o coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra dicha persona o contra otra, o aprovechándose de un entorno coercitivo, o la invasión se cometió contra una persona incapaz de dar un verdadero consentimiento.

3. La conducta se cometió como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

4. El autor sabía que la conducta formaba parte o tenía la intención de que formara parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”³⁹.

En otras palabras, la violación como crimen contra la humanidad tiene cuatro elementos básicos. Los dos primeros constituyen los elementos de la violación. En primer lugar, la penetración del cuerpo de la víctima con un órgano sexual, o el orificio anal o genital de la víctima con cualquier objeto o parte del cuerpo. En segundo lugar, la existencia de fuerza amenaza o coacción. Por último, para que sea un crimen de lesa humanidad debe cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y con el conocimiento del autor de que dicha conducta forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2. Violación como crimen de guerra.

En el artículo 8 (2) (b) (xxii) -I de los Elementos de los Crímenes podemos encontrar los elementos de la violación como crimen de guerra:

“1. El autor invadió el cuerpo de una persona mediante una conducta que dio lugar a la penetración, por leve que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la

39 Traducción propia. Véase International Criminal Court (ICC), *Elements of Crimes*, 2011, ISBN No. 92-9227-232-2, p. 8.

víctima o del autor con un órgano sexual, o del orificio anal o genital de la víctima con cualquier objeto o cualquier otra parte del cuerpo.

2. La invasión se cometió por la fuerza, o mediante amenaza de fuerza o coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra dicha persona o contra otra, o aprovechándose de un entorno coercitivo, o la invasión se cometió contra una persona incapaz de dar un verdadero consentimiento.

3. La conducta tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y estuvo asociada al mismo.

4. El autor tenía conocimiento de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado⁴⁰.

En resumen, existen cuatro elementos básicos de la violación como crimen de guerra. Los primeros conforman los elementos de la violación, que son los mismos que los definidos en el artículo 7 (l) (g) -I que hemos visto anteriormente. Para que se considere crimen de guerra, la violación debe cometerse en el contexto de la guerra y estar relacionada con un conflicto armado internacional, además de que el autor debe tener conocimiento del conflicto armado.

Comparando tanto la definición de la violación como crimen de lesa humanidad como la de violación como crimen de guerra en los Elementos de los Crímenes, podemos concluir que ambas definiciones de la violación son prácticamente idénticas, añadiendo los elementos contextuales necesarios para que se trate de un crimen de guerra o de lesa humanidad.

V. JURISPRUDENCIA POSTERIOR.

I. Otra jurisprudencia posterior.

Después de que la Sala de Apelaciones⁴¹ optara por la definición descriptiva de violación del TIPY, la jurisprudencia internacional posterior comenzó a cambiar, especialmente la del TIPR.

El TIPR en el caso *Semanza* de mayo de 2003, empezó a cambiar su interpretación del delito de violación, abandonando su definición conceptual y adoptando la definición descriptiva dada por la Sala de Apelaciones. Subrayando

40 *Ibíd.*, p.28.

41 Sentencia en apelación *Kunarac y otros*. La definición que dio la Sala de Apelaciones fue la siguiente: la penetración no consensual, por muy ligera que sea, de la vagina o ano de la víctima por el pene del autor o por cualquier objeto utilizado por el autor, o de la boca de la víctima por el pene del autor. Citado de Bou FRANCH, V.: "Los crímenes", cit.

que cualquier otro acto de violencia sexual que no encajara con dicha definición estricta podría ser clasificado igualmente como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad⁴².

Pero este cambio de opinión no fue unánime. La Sala del TIPR tenían opiniones divididas. La Primera Sala del TIPR en el caso Niyitegeka de 2003 optó de nuevo por su definición conceptual de violación. Por otro lado, la Sala Segunda en el caso Kajelijeli optó por la definición descriptiva dada por la Sala de Apelaciones. Pero, aunque algunas salas intentaron fomentar la definición descriptiva del delito de violación, en la jurisprudencia del TIPR predomina la definición conceptual del delito de violación.

A parte del TIPR y del TIPY, es importante mencionar al Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) creado en 2002 para los crímenes cometidos en Sierra Leona en 1996. Este tribunal optó por la definición descriptiva de violación dada por el TIPY en el caso Kunarac, confirmada posteriormente por la Sala de Apelaciones. El TESL añadió en relación con el elemento del consentimiento, que para valorar si hay consentimiento por parte de la víctima es necesario hacerlo teniendo en cuenta el contexto de cada caso concreto⁴³. Y para determinar si existe coacción o no en un conflicto armado no debe tenerse en cuenta si existe resistencia continuada de la víctima, ni la existencia de la amenaza o uso de la fuerza por parte del autor, ya que la coacción en los conflictos armados es prácticamente omnipresente⁴⁴. Parece que para la jurisprudencia de los diferentes tribunales internacionales hay un consenso en cuanto a que la coacción elimina el consentimiento de la víctima como elemento relevante del delito de violación.

2. El caso Bemba.

En marzo de 2016, Jean-Pierre Bemba Gombo⁴⁵ fue declarado culpable de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre ellos de violación, por la Sala de Primera Instancia III de la Corte Penal Internacional (CPI). Bemba fue vicepresidente de la República Democrática del Congo.

Como indica Clark⁴⁶, este caso es relevante por dos razones principales. En primer lugar, Bemba es el primer acusado de la CPI condenado por responsabilidad

42 Ibid., p. 18-19.

43 Ibid., p. 20.

44 Ibid. Además, como apunta BOU FRANCH, el TESL sostiene que los niños menores de 14 años no tienen capacidad para prestar un consentimiento válido.

45 El caso Bemba se sitúa en el contexto de la Segunda Guerra del Congo entre 1998 y 2003. Bemba fue líder y fundador del *Mouvement de libération du Congo* (MLC) fundado en 1998. Entre 2002 y 2003 sus soldados cometieron muchos crímenes, entre ellos el delito de violación. En 2008 Bemba fue detenido y acusado por crímenes de guerra y de lesa humanidad de asesinato y violación. El juicio comenzó en 2010.

46 Citado de CLARK, J. N.: "The first rape conviction at the ICC: An Analysis of the Bemba judgment", *Journal of International Criminal Justice*, 14(3), 2016, p. 668: "convicted on the basis of command responsibility".

de mando, lo que significa que, como líder, es responsable de los crímenes internacionales cometidos por aquéllos bajo su mando. En segundo lugar, el caso Bemba es el primer caso de la CPI en el que se condena a alguien por un delito de violación.

De este caso es importante definir el concepto de ser acusado sobre la responsabilidad de mando, más conocida como la “responsabilidad del comandante”. El art. 28 del Estatuto de la CPI titulado “Responsabilidad de los jefes y otros superiores jerárquicos” establece que:

“Además de otros motivos de responsabilidad penal en virtud del presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

Un comandante militar o una persona que actúe efectivamente como comandante militar será penalmente responsable de los crímenes de la competencia de la Corte cometido por fuerzas bajo su mando y control efectivos, o autoridad y control efectivos, según el caso, como consecuencia de no haber ejercido un control adecuado sobre dichas fuerzas⁴⁷.

En otras palabras, un comandante puede ser considerado responsable de los crímenes internacionales que cometen sus subordinados cuando no impide o reprime que se cometan⁴⁸. Se trata de un crimen de omisión. Podemos resumir el art. 28 del Estatuto de la CPI en tres elementos básicos. En primer lugar, el superior tiene mando y control efectivos sobre sus subordinados. En segundo lugar, sabía o debería haber sabido que los actos se estaban cometiendo. Por último, la negligencia o no adopción de las medidas necesarias para impedir los actos. Es decir, el superior debe tener control, conocimiento y actuar por omisión.

La sentencia Bemba se basó en la definición de violación establecida en los Elementos del Crimen tanto para la violación como crimen de guerra, como para la violación como crimen de lesa humanidad. Como elementos materiales o *actus reus* del delito de violación, la Sala describe dos: la invasión del cuerpo de una persona y las circunstancias en las que se produce la violación. En relación con el segundo elemento, la Sala señala que existen cuatro posibles circunstancias en las que se ha de cometer la invasión del cuerpo de una persona para que se considere delito de violación:

“(i) Por la fuerza; (ii) mediante amenaza de fuerza o coacción, como la causada por el temor a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica o el

47 Traducción propia. ONU: Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6, art. 28.

48 Véase el art. 28 (a) (i) y (ii), y art. 29 (b) (i) y (ii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6.

abuso de poder; contra esa persona o contra otra; (iii) aprovechándose de un entorno coercitivo; o (iv) contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino⁴⁹.

La Sala subraya que la tercera circunstancia relativa al aprovechamiento de un entorno coercitivo⁵⁰ comprende, además de la fuerza física, las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de coacción que se aprovechan del miedo o la desesperación⁵¹.

Cabe resaltar que la Sala de Primera Instancia no considera la falta de consentimiento de las víctimas como elemento del delito de violación. Basta con probar que hubo fuerza, amenaza de fuerza o coacción, o aprovechamiento de un entorno coercitivo. Se justifican en que los trabajos preparatorios del Estatuto demuestran que los redactores optaron por no exigir que la Fiscalía probara el no consentimiento de la víctima más allá de toda duda razonable, sobre la base de que tal requisito, en la mayoría de los casos, socavaría los esfuerzos para llevar a los autores ante la justicia⁵². La Sala no considera que sea necesario probar la falta de consentimiento de la víctima, basta con probar que hubo fuerza, amenaza de fuerza o coacción, o aprovechamiento de un entorno coercitivo.

El consentimiento sólo cabe probarlo en el caso de que la violación se cometa contra una persona sin capacidad de prestar consentimiento válido. En este caso, resulta necesario probar la incapacidad de prestar consentimiento genuino⁵³.

Como elementos mentales o *mens rea* ni el Estatuto ni los Elementos del Crimen definen elementos mentales para el crimen de violación. Por lo tanto, la Sala aplica el artículo 30 que reúne los requisitos de intención y conocimiento. En cuanto a los requisitos de intencionalidad, la Sala de Primera Instancia declara que debe probarse que el autor tenía la intención de cometer el delito de violación, que “tenía la intención de llevar a cabo la conducta para que se produjera la penetración”⁵⁴. Y en cuanto al requisito del conocimiento, debe probarse “que el autor era consciente de que el acto se cometía por fuerza, mediante la amenaza

49 Traducción propia de ICC. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC. (2016). Prosecutor v. Bemba No. ICC-01/05-01/08, p. 54.

50 Según la CPI en la sentencia del caso Bemba son entornos coercitivos aquellos con presencia militar de fuerzas hostiles entre la población y aquellos en los que el autor pueda aprovecharse para cometer una violación. También existen otros factores que pueden crear este entorno coercitivo como pueden ser el número de personas implicadas en la comisión del delito, o si la violación se comete durante o inmediatamente después de una situación de combate o junto con otros delitos. Véase ICC. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC.: Prosecutor v. Bemba No. ICC-01/05-01/08, 2016, p. 54.

51 Traducción propia de ICC. Ibid., p. 54.

52 Traducción propia de ICC. Ibid., p. 55.

53 Según la Sala una persona es incapaz de prestar consentimiento cuando está afectada por una incapacidad natural, inducida o relacionada con la edad. Véase ICC. Ibid., p. 55.

54 Traducción propia de ICC. Ibid., p. 56

de fuerza o coacción, aprovechándose de un entorno coercitivo, o contra una persona incapaz de dar un verdadero consentimiento”⁵⁵

VI. DEFINICIONES.

McDougall⁵⁶ redactó un informe para la Comisión de Derechos Humanos de la ONU con el propósito de que se diera una respuesta al uso de la violencia sexual y esclavitud sexual durante los conflictos armados.

En primer lugar, McDougall define la violencia sexual como toda violencia, física o psicológica, ejercida por medios sexuales o dirigida contra la sexualidad. La violencia sexual abarca tanto las agresiones físicas como las psicológicas dirigidas a las características sexuales de una persona, como obligar a una persona a desnudarse en público, mutilar los genitales de una persona o cortar los pechos de una mujer⁵⁷.

Por otro lado, define la violación como la inserción bajo condiciones de fuerza, coerción o coacción, de cualquier objeto, incluyendo pero no limitado a un pene, en la vagina o el ano de una víctima, o la inserción, bajo condiciones de fuerza, coerción o coacción, de un pene en la boca de la víctima⁵⁸. La violación se define en términos neutros desde el punto de vista del género, ya que tanto los hombres como las mujeres son víctimas de violación.

En su informe inserta la violación como crimen contra la humanidad, estableciendo que la violencia sexual, incluida la violación, entra dentro de la prohibición general de los actos inhumanos en la formulación tradicional de ellos crímenes contra la humanidad, tomada de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁵⁹. McDougall remarca que la violencia sexual rara vez fue perseguida como crimen contra la humanidad tras la Segunda Guerra Mundial.

VII. CONCLUSIONES.

La regulación del delito de violación se ha caracterizado tradicionalmente por un sesgo de género, marcado por una discriminación hacia las mujeres. Hoy en día parece que empieza a darse un cambio hacia la igualdad en las legislaciones internacionales y nacionales.

55 *Ibíd.*

56 MCDUGALL, G. J.: “Violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas análogas a la esclavitud durante los conflictos armados”, *Informe final / presentado por Gay J. McDougall, Relator Especial, 1998.*

57 Traducción propia. *Ibíd.*, pp. 7-8.

58 Traducción propia. *Ibíd.*, p. 8.

59 Traducción propia. *Ibíd.*, p. 11.

En relación con el derecho y la jurisprudencia internacionales es llamativo que no haya unanimidad en la definición del delito de violación. Como hemos visto, los tribunales internacionales penales *ad hoc* tienen cada uno su propia definición de violación, dando importancia a diferentes elementos. Así como la CPI se centra en la definición dada en el Estatuto de Roma sin ampliar el concepto en sus sentencias. La existencia de diferentes definiciones del delito de violación provoca una gran inseguridad jurídica, vulnerando el principio de seguridad jurídica establecido tanto en el derecho internacional como en el derecho nacional. En mi opinión, la CPI debería establecer una definición más detallada de violación, especialmente en el contexto de la guerra, para que las legislaciones y tribunales nacionales puedan adaptarse a ella y basar sus sentencias en una misma definición. En otras palabras, debería existir una definición básica del delito de violación sobre la que los diferentes tribunales internacionales y nacionales puedan profundizar. Una definición que cualquier Estado pueda incluir en su legislación para crear una regulación homogénea del delito de violación. Ya que la confusión y falta de consenso sobre el delito de violación lleva muchas veces a casos de impunidad.

La CPI en sus sentencias relativas al delito de violación tiende a definirlo únicamente utilizando el documento de los Elementos de los Crímenes.

Por ejemplo, en el caso Katanga de 2014⁶⁰ la Corte determinó que era culpable de los delitos de violación como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra tipificados en el art. 7 (1)(g) y 8(2)(b)(xxii) del Estatuto⁶¹. Algunas de las mujeres que habían sido sometidas a estos actos también fueron secuestradas, encarceladas y obligadas a convertirse en esposas de los combatientes, a participar en actos de naturaleza sexual, a realizar tareas domésticas para ellos y, en general, a obedecerles⁶². La Sala de Cuestiones Preliminares declaró que, durante el conflicto armado, los soldados violaron a civiles durante y después del ataque:

60 Germain Katanga fue un rebelde congoleño condenado por la CPI en marzo de 2014 por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que fueron cometidos durante un ataque contra la aldea de Bogoro en Ituri (este de la República Democrática del Congo) en febrero de 2003, los hechos ocurrieron en el contexto de un conflicto armado. Fue condenado por la CPI a 12 años de prisión por crímenes de guerra y de lesa humanidad, concretamente por delitos de violación. Véase Germain Katanga | Coalition for the International Criminal Court.

61 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6, en su art. 7 (1)(g) establece dentro de la definición de crímenes de lesa humanidad el delito de violación: "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable". En su art. 8 (2)(b)(xxii) establece dentro de la definición de crímenes de guerra el delito de violación: "2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra".

62 Véase ICC. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3436-tENG: Prosecutor v. Katanga No. ICC-01/04-01/07, 2014, p.359.

“Dado que los Elementos de los Crímenes no especifican cómo determinar los elementos subjetivos de los crímenes, la Sala recurre al art. 30 del Estatuto para determinar los elementos de la intención y el conocimiento de la comisión de los crímenes”⁶³.

Llama la atención que la CPI tiene por costumbre definir el delito de violación sólo con los elementos definidos en los Elementos de los Crímenes. A diferencia de la jurisprudencia del TIPY, TIPR y TESL, que dan sus propias definiciones del delito de violación basadas en el derecho comparado, la jurisprudencia de la CPI se limita a repetir lo que ya está establecido en su propio Estatuto y en los Elementos de los Crímenes. No explican con más detalle en qué consiste realmente el delito de violación como crimen de guerra y crimen contra la humanidad, y tampoco se apoyan en otras fuentes del derecho internacional para apoyar sus declaraciones.

Entonces, ¿por qué es importante definir la violación como un arma de guerra? Como Carter señala, definir la violación como crimen de guerra tiende a centrarse en la violación como secuela de la guerra, pero definir la violación como arma “sitúa la violación sistemática en el centro del conflicto y la seguridad”⁶⁴. La definición de la violación como arma “sitúa la violación sistemática en el centro del conflicto y la seguridad”⁶⁵, se centra en la violación como una grave amenaza para el Estado y la seguridad internacional. La violación como arma de guerra debe ser analizada por los estudios de seguridad, centrando su atención en cómo reprimir e impedir que la violencia sexual se utilice como arma y estrategia de guerra. Como dice Carter, “la violación sistemática también debería ser cada vez más reconocida, temida y condenada por encajar en la categorización de arma de guerra peligrosa”⁶⁶.

Por último, considero que tanto las legislaciones internacionales como naciones no solo deberían centrarse en la represión del delito de violación, sino también en su prevención. Sí, la violación debe ser reprimida, y sus autores perseguidos. Pero en el contexto de la guerra, también es esencial prevenir la violación como arma de guerra. La violación se ha utilizado y se utiliza en las guerras como instrumento para aterrorizar y torturar a la población enemiga. No se trata de un crimen más. Al igual que las armas nucleares y de fuego, la violación se utiliza para conseguir los objetivos deseados en una guerra. Como cualquier otra arma, causa destrucción y miedo, lesiones físicas y psicológicas. ¿Por qué solo reprimirla? ¿Por qué no impedir también que se produzca? En otras palabras, se debería dar a la violación la misma o incluso más importancia que se da a otras armas que se utilizan en los conflictos

63 *Ibid.*

64 CARTER, K. R.: “Should International Relations Consider Rape a Weapon of War?”, *Politics and Gender*, 6(3), 2010, pp. 343-371. <https://doi.org/10.1017/S1743923X10000280>

65 *Ibid.*, p.346

66 *Ibid.*, p.364

armados. El debate sobre si la violación es un arma de guerra debería tener más relevancia, sobre todo teniendo en cuenta los acontecimientos actuales.

BIBLIOGRAFÍA

ALTUZARRA ALONSO, I.: "El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional", *Estudios de Deusto*, 68(1), 2020, pp. 511–558. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp511-558](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp511-558)

BOU FRANCH, V.: "Los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Derecho español". En: C. Ramón Chornet (coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 293-340. Disponible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/67522>

BOU FRANCH, V.: "Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 24, 2012, pp. 1-44. Disponible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/54308>

CARTER, K. R.: "Should International Relations Consider Rape a Weapon of War?", *Politics and Gender*, 6(3), 2010, pp. 343–371. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1743923X10000280>

CLARK, J. N.: "The first rape conviction at the ICC: An Analysis of the Bemba judgment", *Journal of International Criminal Justice*, 14(3), 2016, pp.667–687. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw025>

Rape conviction at the ICC.: "An Analysis of the Bemba judgment. Journal of International", *Criminal Justice*, 14(3), 2016, pp. 667–687. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw025>

FARWELL, N.: "War rape: new conceptualizations and responses", *Affilia-Journal of Women and Social Work*, 19(4), 2004, pp. 389–403. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0886109904268868>

MCDUGALL, G. J.: "Violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas análogas a la esclavitud durante los conflictos armados", *Informe final / presentado por Gay J. McDougall, Relator Especial*, 1998. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3b00f44114.html>

DOCUMENTACIÓN

ICC. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3436-tENG.: Prosecutor v. Katanga No. ICC-01/04-01/07, 2014. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/07-3436-teng>

ICC. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC.: Prosecutor v. Bemba No. ICC-01/05-01/08, 2016. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_02238.PDF

ICTR. Judgment. Prosecutor v. Akayesu No. ICTR-96-4-T, 2 septiembre 1998. Disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>

ICTY. Judgment. Prosecutor v. Furundžija No. IT-95-17/1-T, 10 diciembre 1998. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

ICTY. Judgment. Prosecutor v. Kunarac No. IT-96-23-T, 22 febrero 2001. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>

International Criminal Court.: "Elements of crimes. International Criminal Court", 2011. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

Germain Katanga | Coalition for the International Criminal Court. Disponible en: <https://www.coalitionfortheicc.org/cases/germain-katanga>

ONU: Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ISBN No. 92-9227-227-6, 17 julio 1998. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/50acclal2.html>

MÁS SOMBRAS QUE LUCES EN LA VIGENTE REGULACIÓN
DE LOS VEHÍCULOS DE MOVILIDAD PERSONAL:
RESPONSABILIDAD DERIVADA DE SU USO

*MORE SHADOWS THAN LIGHTS IN THE CURRENT REGULATION OF
PERSONAL MOBILITY VEHICLES: LIABILITY DERIVED FROM ITS USE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 698-739

Manuel Ángel
DE LAS HERAS
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: La notable transformación del paisaje urbano por razón de la aparición y el progresivo asentamiento de los denominados dispositivos o vehículos de movilidad personal –en especial del patinete eléctrico- unido a su demorada regulación ha suscitado específicos inconvenientes entre los cuales sobresale la inseguridad jurídica originada en el ámbito punitivo español por concretas resoluciones que, frente a otros criterios judiciales, han interpretado que algunos de tales dispositivos constituían, en realidad, “ciclomotores” aplicándose, por tanto, a sus conductores las mismas disposiciones sancionadoras previstas para quienes circulan con estos últimos provocando que la Sala de lo Penal (Sala 2ª) del Alto Tribunal español haya tenido que fijar la correspondiente doctrina en la materia. Tras abordar el actual marco normativo y el concepto de “vehículo de movilidad personal”, apuntando sus heterogéneas clases, en el presente estudio examinamos tanto el mentado desconcierto jurídico-penal sobre tales dispositivos como aquéllas diversas hipótesis –también resueltas en vía judicial- generadoras de responsabilidad civil por daños ocasionados con motivo de su circulación.

PALABRAS CLAVE: Vehículos de movilidad personal; normativa; responsabilidad penal; resoluciones contradictorias; responsabilidad civil; jurisprudencia.

ABSTRACT: *The notable transformation of the urban landscape due to the appearance and progressive establishment of the so-called personal mobility devices or vehicles -especially the electric scooter- together with its delayed regulation has given rise to specific inconveniences, among which stands out the legal uncertainty caused by the Spanish punitive scope by specific resolutions that, in the face of other judicial criteria, have interpreted that some of such devices constituted, in reality, “mopeds” applying, therefore, to their drivers the same sanctioning provisions provided for those who circulate with the latter causing that the Criminal Chamber (2nd Chamber) of the Spanish High Court has had to establish the corresponding doctrine on the matter. After addressing the current regulatory framework and the concept of “personal mobility vehicle”, pointing out its heterogeneous classes, in the present paper we examine both the aforementioned legal-criminal confusion about such devices and those various hypotheses -also resolved in court- that generate civil liability for damages caused by its circulation.*

KEY WORDS: *Personal mobility vehicles; regulations; criminal liability; contradictory resolutions; civil liability; jurisprudence.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. Sobre el inusitado auge de los vehículos de movilidad personal (VMP).- 2. Normativa aplicable, concepto legal de VMP y sus clases.- II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE ILICITUD Y RESPONSABILIDAD.- III. EL PECULIAR DESCONCIERTO JURÍDICO-PENAL GENERADO POR AUSENCIA DE NORMATIVA.- 1. Motivos utilizados para identificar ciertos VMP con ciclomotores.- 2. Razones sustentadoras de la tesis contraria.- 3. La solución aportada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo.- IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE VMP.- 1. Sobre atropellos a peatones con un VMP.- A) *Atropello con VMP en acera o zona peatonal.*- B) *Atropello con un VMP arrendado y asegurado.*- C) *Atropello con patinete conducido por menores.*- D) *Atropello con patinete en centro comercial.*- 2. Otro tipo de siniestros con VMP implicado.- A) *Caída de motorista por conducción negligente de un VMP.*- B) *Colisión de turismo con un VMP.*- C) *Caída de conductor de VMP motivada por animales.*- D) *Explosión de VMP por defecto de fabricación.*- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

I. Sobre el inusitado auge de los vehículos de movilidad personal (VMP).

Desde hace algún tiempo -sobre todo durante la última década- uno de los principales desafíos sociales ha venido simbolizado por la paulatina incorporación en los núcleos urbanos de ciertas fórmulas de movilidad individual que resultan ser mucho más limpias y sostenibles con el medio ambiente que las tradicionales -al contaminar bastante menos- de manera que junto a los habituales vehículos a motor (turismos, camiones, furgonetas, autobuses o motocicletas) han brotado otros novedosos dispositivos o vehículos de movilidad que también cohabitan con ciclistas, peatones y que se encuentran plenamente integrados en el escenario de la inmensa generalidad de nuestras ciudades. En efecto, además de las bicicletas¹, los denominados vehículos de movilidad personal (en adelante VMP, también conocidos como LEV por sus iniciales en inglés -*Light Electric Vehicles*-) vienen adquiriendo hoy un singular protagonismo sobresaliendo entre ellos, sin duda, el patinete eléctrico lo que no deja de suscitar la imperiosa necesidad de contar con una normativa apropiada que se encargue de regular con cierto detalle esta nueva realidad urbana, el espacio público de las diferentes urbes, sus actores y, desde luego, tales VMP que, como se suele subrayar en sentido coloquial, han venido para quedarse.

1 Como pone de relieve GARCÍA-VALLE PÉREZ, M. R.: "Responsabilidad por daños causados por patinetes eléctricos", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Segura*, 2021, núm. 79, 2021, pp. 12-13, determinados países como Dinamarca (*Danish Road Safety Council Personal Communication of 28 November 2019 and 23 January 2020*), Italia (*Decreto del 2019 del Ministero dei Trasporti Italiano*) o Portugal (*Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária 2019 Comunicação Pessoal 28 de novembro de 2019*) equiparan los VMP a las bicicletas verificando algo similar otros -como Finlandia o Suecia- pero agregando relevantes matizaciones.

• Manuel Ángel de las Heras García

Profesor contratado doctor. Departamento de Derecho civil de la Universidad de Alicante (España). Correo electrónico: manuel.delasheras.ua@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9055-5573>

A título de muestra resulta significativo que la propia Dirección General de Tráfico (DGT) haya destacado que en el año 2019 las ventas de patinetes excedieron las 300.000 unidades y en 2022 se superó con creces dicha cifra existiendo en España más de 800.000 patinetes eléctricos lo que se atribuye, sobre todo, a que son sus propios usuarios quienes perciben que representan la alternativa “más segura, saludable y práctica de moverse por la ciudad, realizar deporte o disfrutar del ocio”² enunciándose como algunas de sus virtudes el hecho de que sean de reducido tamaño lo cual podrá contribuir a que los peatones dispongan de superior espacio urbano, manteniéndose, en definitiva, que “están llamados a mejorar la vida de los habitantes de las ciudades. Su velocidad es moderada, apenas hacen ruido y, además, casi no contaminan”³.

Procurando trasladar un sucinto croquis de la real situación que atraviesan los usuarios de VMP valga referir el Informe rubricado “2º Barómetro RACC de la movilidad en VMP en Barcelona y sus accesos”, 20 septiembre 2022⁴, elaborado por la entidad privada Real Automóvil Club de Cataluña (RACC) que desvela, en síntesis, los tres e interesantes extremos que siguen:

1º.- Respecto del perfil de usuarios de VMP el 76% corresponde a personas jóvenes (cuya edad oscila entre los 16 y 35 años); el 72% de usuarios emplea el patinete en sus desplazamientos para trabajar o estudiar; el 62% ya optaba antes de desplazarse en VMP por otros medios sostenibles de movilidad (transporte público, a pie o en bicicleta) y las primordiales razones de utilización del VMP se reducen, de un lado, a la rapidez de los desplazamientos en comparación con otras formas de movilidad sostenible y, de otro, por el ahorro económico que conlleva, en especial, para aquellos usuarios que con anterioridad se desplazaban en vehículo a motor:

2º.- Sobre las infraestructuras existentes la mayoría de usuarios de patinetes –que, insistimos, es el VMP más extendido- se muestra insatisfecha con la red de carriles bici disponible y con su diseño demandando incrementar los lugares de estacionamiento y los puntos de recarga.

3º.- En cuanto a la siniestralidad en este sector⁵ el 32% de usuarios de patinetes manifiesta ignorar la normativa de circulación -pese a que este propio dato mejora

2 LÓPEZ, M.: “Radiografía de la movilidad en bici y patinete”, <https://revista.dgt.es/es/reportajes/2022/03MARZO/0331-Observatorio-radiografia-bici-y-patinete.shtml> , 31 marzo 2022.

3 PEÑA LÓPEZ, F.: “Hay que regular los patinetes eléctricos”, *La Voz de Galicia*, https://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2019/10/14/regular-patinetes-electricos/0003_201910G14PI4994.htm , 14 octubre 2019.

4 <http://saladeprensa.racc.es/wp-content/uploads/2022/09/NP-RACC-II-Barometro-VMP-CAST.pdf>

5 Otros datos anteriores sobre siniestralidad pueden consultarse en MORETÓN SANZ, M. F.: “Patinetes eléctricos y responsabilidad civil: los vehículos de movilidad personal y su siniestralidad”, en AA.VV.: *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del Derecho español y comparado* (dir. Vivas Tesón, I.), Tecnos, Madrid, 2021, pp. 130-131.

sensiblemente respecto a 2021 cuando tal porcentaje alcanzaba el 51%, más de un tercio de usuarios de VMP admite que observa una conducta inapropiada al circular (el 41% utiliza auriculares en sus desplazamientos mientras que el 35% hace uso del teléfono móvil), reconociendo también el 59% de los usuarios que suele circular a mayor velocidad de la legalmente permitida y, a tal efecto, hasta un 16% de ellos confiesa tener modificado o “trucado” su correspondiente dispositivo arriesgándose con ello a que pueda ser, tal vez, inmovilizado -debido a la alteración de las características técnicas- bien por la vía establecida por el art. 1.2 del Reglamento General de Vehículos⁶ (RGV⁷ hasta la obtención, si fuera el caso, de la preceptiva autorización administrativa) o bien por la prevenida en los arts. 104 -sobre inmovilización de vehículo- y 105 -sobre retirada y depósito del vehículo-⁸ del RD Legislativo 6/2015, 30 octubre, mediante el cual se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (TRLTCSV). Incluso desde otros sectores se sostiene que falsificar los caracteres técnicos o la documentación de un VMP podría llegar a constituir el tipo punible recogido en el art. 392.I del Código Penal⁹ (CP¹⁰) conllevando, además, un inadmisibles aumento del riesgo para su propio usuario y las restantes personas con las que comparte el espacio viario¹¹. En fin que la concienciación ciudadana y la verdadera interiorización de lo que supone la coherencia del uso de un VMP con el respeto de los sujetos vulnerables no parecen, en la actualidad, conciliables¹².

Otro estudio diferente a cargo de la Fundación Mapfre pone de relieve que los turismos y autobuses colisionan con los VMP y éstos, a veces, circulan por las aceras arrollando a los peatones viniendo a corroborar que durante 2021 se produjeron 13 fallecimientos en siniestros viales con un patinete eléctrico

6 “La circulación de un vehículo sin autorización, bien por no haberla obtenido o porque haya sido objeto de anulación o declarada su pérdida de vigencia, dará lugar a la inmovilización del mismo hasta que se disponga de dicha autorización, de acuerdo con lo que se establece en el presente Reglamento...”.

7 Aprobado por RD 2822/1998, 23 diciembre.

8 Un examen sobre los dos preceptos homónimos recogidos en el anterior y derogado Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (aprobado por RD Legislativo 339/1990) junto a otras cuestiones puede consultarse en DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: “Naturaleza de las «medidas cautelares» de la LTCS: supuestos de adopción. Singular alusión al abandono de vehículo”, *Tráfico y Seguridad Vial. Revista de Derecho de la Circulación*, 2000, La Ley, núm. 18, pp. 4-19.

9 “El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado I del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses” consintiendo estas tres falsedades del art. 390.I CP en alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad y suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

10 Ley Orgánica 10/1995, 23 noviembre, del Código Penal.

11 MORELL ALDANA, L. C.: “A vueltas con los vehículos de movilidad personal: examen del RD 970/2020, de 10 de noviembre”, *Diario La Ley. Tribuna*, <https://diariolaley.laleynext.es>, 24 noviembre 2020, núm. 9742 [consultado 09/05/2023], indicando que también se muestra partidario de esta postura el fiscal VARGAS CABRERA.

12 Penúltima de las conclusiones de MORETÓN SANZ, M. F.: “Patinetes eléctricos”, cit. p. 148.

implicado y hasta septiembre de 2022 perdieron la vida otras 5 personas -entre peatones y usuarios de VMP- sosteniéndose que la “falta de hábito en las calles, el desconcierto normativo y la sensación de impunidad” se erigen en los tres primordiales motivos del caos existente en algunas de las travesías españolas¹³ a lo cual sería dable agregar que, ciñéndonos a la esfera penal, un patinete eléctrico puede facilitar la perpetración de ciertos delitos como sucede con los de hurto, robo con intimidación, lesiones o agresiones sexuales¹⁴.

2. Normativa aplicable, concepto legal de VMP y sus clases.

Con el advenimiento de los VMP y su alistamiento al tráfico urbano se corrobora una vez más, como en tantas otras ocasiones, aquella longeva teoría relativa a que el derecho camina a la zaga de los hechos sociales y sólo cuando estos últimos adquieren carta de naturaleza -o sea, cuando gozan de general aceptación y se consolidan- son objeto de regulación jurídica, ordenándose y determinándose la jerarquía y preponderancia de los valores o intereses involucrados mostrándose el derecho, entretanto, sumamente cauteloso ante los progresos sociales alcanzados hasta que los mismos son asimilados por la conciencia social¹⁵. Bajo este ángulo no cabe desconocer que los hábitos de los ciudadanos condicionan ciertos aspectos de movilidad como ocurre, *verbi gratia*, con los novedosos conceptos de distribución urbana de mercancías, el empleo compartido de algunos vehículos a motor –en especial turismos- que tal vez precisarían que se les anudase una nueva noción de estacionamiento distinta a la actual o, incluso, las recientes limitaciones establecidas para la circulación de determinados vehículos por motivos ambientales¹⁶ a raíz del surgimiento de las llamadas “zonas de bajas emisiones” (atendiendo a que el sector del transporte por carretera genera el 26,9% de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero de España¹⁷).

13 AMADOZ, S.: “La DGT propone una edad mínima para conducir un patinete eléctrico”, *Diario El País. Motor*, <https://motor.elpais.com/actualidad/la-dgt-propone-una-edad-minima-para-conducir-un-patinete-electrico/>, 2 febrero 2023 “La DGT propone una edad mínima para conducir un patinete eléctrico”, *Diario El País. Motor*, <https://motor.elpais.com/actualidad/la-dgt-propone-una-edad-minima-para-conducir-un-patinete-electrico/>, 2 febrero 2023.

14 MORETÓN SANZ, M. F.: “Patinetes eléctricos”, cit. p. 124.

15 Tesis recordada en otro contexto distinto por REVERTE NAVARRO, A.: “La limitación del esfuerzo terapéutico y la responsabilidad del médico”, en AA.VV.: *Bioética y Medicina Intensiva. Dilemas éticos en el paciente crítico* (COORD. por J. A. GÓMEZ RUBÍ y R. ABIZANDA CAMPOS), Edika Med, Barcelona, 1998, p. 118, enfatizando que «el mundo del “ser”, el “mundo natural” vive inmerso en relaciones de causalidad y, por tanto, de inexorable necesidad, mientras el “mundo jurídico” se mueve en relaciones del “deber ser” y, por lo tanto, de la contingencia y de la oportunidad social».

16 PERONA GÓMEZ, A.: “Los vehículos de movilidad personal y la responsabilidad municipal en caso de accidente”, *Revista Economist & Jurist*, 2019, núm. 235, p. 23.

17 MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (MITECO): *Directrices para la creación de zonas de bajas emisiones (ZBE)*, Madrid, 2021, p. 2, destacando también que del tráfico rodado deriva la mayor parte de la contaminación acústica en Europa.

El Reglamento (UE)¹⁸ núm. 168/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 enero 2013, relativo a la homologación de los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos, y a la vigilancia del mercado de dichos vehículos, vino a materializar los requisitos administrativos y técnicos para la “homologación de tipo”¹⁹ de todos los nuevos vehículos, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes comprendidas en el ordinal I de su art. 2²⁰ excluyéndose, no obstante, de su ámbito de aplicación entre otros: “a) los vehículos cuya velocidad máxima por construcción no supere los 6 km/h²¹; b) los vehículos destinados exclusivamente a ser utilizados por personas con discapacidad física²²; c) los vehículos destinados exclusivamente a ser conducidos por un peatón; d) los vehículos destinados exclusivamente a la competición; ...h) las bicicletas de pedales con pedaleo asistido, equipadas con un motor eléctrico auxiliar, de potencia nominal continua máxima inferior o igual a 250 W, cuya potencia disminuya progresivamente y que finalmente se interrumpa antes de que la velocidad del vehículo alcance los 25 km/h o si el ciclista deja de pedalear; i) los vehículos autoequilibrados; j) los vehículos que carecen de una plaza de asiento como mínimo...” (art. 2.2 Reglamento).

Como se constata quedaban al margen de esta norma europea los VMP aunque, teniendo en cuenta que dicho Reglamento vino a responder a la necesidad de regular los nuevos tipos de dispositivos que desde 2010 se comenzaron a fabricar y comercializar, se planteó que quizás pudiera abrirse paso la posibilidad jurídica de catalogar a los VMP como “vehículos” -sin equiparlos, desde luego, a los “vehículos a motor”- al interpretar que cuando un nuevo tipo de vehículo se incorpora a la circulación vial este propio Reglamento le daba, en cierta medida, alguna cabida no porque lo regulase de modo explícito -cosa que no verifica- sino porque su texto admite tal encaje dentro de los márgenes que el mismo establece²³.

18 No sobra evocar que un reglamento europeo tiene alcance general, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada uno de los estados miembro de la UE (art. 288, párrafo 2º, del Tratado de Funcionamiento de la UE –anterior art. 249 TCE-) no precisando, una vez vigente, norma alguna de incorporación en los correspondientes derechos internos.

19 Esto es, el “...procedimiento mediante el cual una autoridad de homologación certifica que un tipo de vehículo, sistema, componente o unidad técnica independiente cumple las disposiciones administrativas y los requisitos técnicos pertinentes” tal y como se desprende de su art. 3.1.

20 Abarcando “...todos los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos que se clasifican en el artículo 4 y en el anexo I («vehículos de categoría L»), que están destinados a circular en vías públicas, incluidos los diseñados y fabricados en una o varias fases, y a los sistemas, componentes y unidades técnicas independientes, así como a las piezas y equipos diseñados y fabricados para tales vehículos. El presente Reglamento se aplicará asimismo a las motocicletas enduro..., a las motocicletas trial... y a los quad todo terreno pesados”.

21 Asimilados a meros «juguetes» en el segundo razonamiento de la STS 23 junio 2022 (JUR 2022, 225434).

22 En esta dirección la SAP Lleida 21 septiembre 2022 (JUR 2022, 335899) confirma la previa resolución de instancia que estimó la demanda por daños derivados de una colisión ocurrida en 2017 entre un ciclomotor y un scooter eléctrico para personas con discapacidad manteniendo en su primer razonamiento que la actora «...conducía un scooter eléctrico para discapacitados, teniendo la consideración de peatón y, como tal, con preferencia en el paso de peatones» imputando la producción del siniestro al «negligente proceder del conductor del ciclomotor, sin que interviniera culpa alguna de la demandante».

23 GARCÍA-VALLE PÉREZ, M. R.: “Responsabilidad por daños”, cit., p. 11.

Como es sabido el art. 149.1.21ª de la Constitución Española (CE) atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de "...tráfico y circulación de vehículos a motor" si bien no realiza alusión alguna al concepto de "movilidad" -probablemente porque en la fecha de su redacción la totalidad de problemas imaginables parecían ajustarse al binomio "tráfico y circulación de vehículos a motor"- pero conecta la noción de "movilidad" con la de "transporte" no valorando, por tanto, muchos extremos de la movilidad ni su correspondencia con el medio ambiente -dando la sensación de preservar más el automóvil por motivos culturales y financieros²⁴.-

Por su parte el art. 7 TRLTCSV dispone que incumbe a los municipios, entre otras competencias, "...a) La regulación, ordenación, gestión, vigilancia y disciplina, por medio de agentes propios, del tráfico en las vías urbanas de su titularidad así como la denuncia de las infracciones que se cometan en dichas vías y la sanción de las mismas cuando no esté expresamente atribuida a otra Administración. b) La regulación mediante ordenanza municipal de circulación, de los usos de las vías urbanas...". Con apoyo en tal precepto ciertas localidades han regulado de manera desigual y a través de ordenanzas municipales -expresión de la autonomía local- el uso de los VMP lo cual, de un lado, quizás permita ajustar éste a las peculiaridades de cada metrópoli pero, de otro, supone que cada ciudad cuente con disposiciones heterogéneas en la materia y tal concurrencia de normativa local ha originado específicas "situaciones de incertidumbre jurídica en el uso, como relatábamos, de un patinete, entre Madrid o Barcelona"²⁵.

Con independencia de la existencia de algunas otras directivas comunitarias -debidamente traspuestas al Derecho interno- y, en el ámbito estatal, de determinadas Instrucciones de la DGT sobre los VMP (en especial las Instrucciones 16-V/14 y 2019/S-149 TV-108²⁶) la parca ordenación dispensada sobre los mismos provocó que se mantuviera que, en puridad, el escollo principal con el que contaban tales dispositivos de movilidad individual habría que buscarlo en el desatino de los poderes públicos para "dar una respuesta normativa clara a su aparición" insistiéndose en que, una vez más, "el derecho va por detrás de la realidad"²⁷.

En clara conexión con ello el Informe sobre "Marco de la política de la Unión Europea (UE) en materia de seguridad vial para 2021-2030. Recomendaciones sobre los próximos pasos hacia la "Visión Cero"²⁸", 22 junio 2021 (2021/2014(INI)), elaborado por la Comisión de Transportes y Turismo -siendo ponente KOUNTOUR,

24 PERONA GÓMEZ, A.: "Los vehículos", cit., p. 24.

25 MORELL ALDANA, L. C.: "A vueltas con", cit. Acerca de la concreta Ordenanza municipal madrileña MORETÓN SANZ, M. F.: "Patinetes eléctricos", cit. p. 132-133.

26 Sobre las mismas, entre otros, MORELL ALDANA, L. C.: "Vehículos de movilidad personal: un comentario de urgencia a su última regulación transitoria", *Diario La Ley. Tribuna*, <https://diariolaley.laleynext.es>, 7 enero 2020, núm. 9547 [consultado 08/05/2023].

27 PEÑA LÓPEZ, F.: "Hay que regular", cit.

E.²⁸-, recogía una Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo destacándose, entre otros aspectos, que cada anualidad fallecen en las carreteras europeas unas 22.700 personas aproximadamente y otras 120.000 resultan gravemente heridas y, en consecuencia, poco se ha avanzado en el descenso de las "...tasas de mortalidad en la Unión y, en consecuencia, no se ha alcanzado el objetivo de reducir a la mitad el número de muertes en las carreteras entre 2010 y 2020" reflejando tales antecedentes, además, un "precio humano y social inaceptable para los ciudadanos de la Unión y que el coste externo de los accidentes de tráfico en la Unión representa aproximadamente el 2% de su PIB anual". Las únicas referencias que este Informe europeo verifica sobre los VMP aparecen contenidas en sus ordinales 34 y 35 señalando, de una parte, que los nuevos dispositivos de movilidad personal plantean "...serias inquietudes en relación no solo con la seguridad de los propios dispositivos, sino también con su uso seguro en el tráfico" -interesando a la Comisión que considerase la eventualidad de adoptar otro marco de homologación de tipo para estos nuevos dispositivos de movilidad, elaborando orientaciones para los Estados miembros relativas a la gestión de las "cuestiones de seguridad, incluidas normas de tráfico para el uso de dichos dispositivos"- y solicitando, de otra, la actualización de los requisitos del CARE²⁹ a fin de incluir expresamente la "identificación de los accidentes de los dispositivos de micromovilidad, como los patinetes eléctricos y las bicicletas eléctricas". Idénticas menciones a los VMP aparecen reproducidas en los propios ordinales de la ulterior Resolución del Parlamento Europeo, 6 octubre 2021, sobre el Marco de la política de la Unión Europea en materia de seguridad vial para 2021-2030 - Recomendaciones sobre los próximos pasos hacia la "Visión Cero" (2021/2014(INI)) pareciéndose lamentar ahora que el precedente Reglamento (UE) núm. 168/2013 no prestase mayor atención a los VMP.

Al margen de otros cuerpos europeos en España, poco antes del anterior Informe y su correlativa Resolución, el RD 970/2020, 10 noviembre, vino a reformar tanto el Reglamento General de Circulación (RGC³⁰) como el antes citado RGV en materia de medidas urbanas de tráfico³¹ advirtiendo en su preámbulo algo evidente, esto es, que en la esfera urbana el vehículo a motor ha dejado de ser el principal protagonista del tráfico dando paso a un uso compartido de la vía en la cual adquieren gradualmente un característico papel las motocicletas, bicicletas, bicicletas de pedales con pedaleo asistido, VMP y, desde luego, los peatones no persiguiendo las distintas políticas de movilidad y seguridad vial desarrolladas por las diversas administraciones locales sino disminuir la siniestralidad en,

28 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0211_ES.html

29 Base de datos de la UE relativa a los accidentes de circulación en carretera.

30 Aprobado por RD 1428/2003, 21 noviembre.

31 Dicho RD 970/2020 entró en vigor el 2 enero 2021, salvo la reforma que lleva a cabo del art. 50 RGC que entró en vigor a los 6 meses de su publicación en el BOE (tal y como se desprende de su única Disposición Final).

precisamente, el actual contexto urbano. Tratando de subsanar la exclusión de los VMP llevada a cabo por el precedente Reglamento europeo y resaltando su vertiginosa propagación y comercialización este RD 970/2020 reglamenta los requisitos y condiciones de los VMP que ahora son equiparados y definidos formalmente como “vehículos” y, por ende, tienen vetada la circulación por aceras y zonas peatonales conforme previene el art. 121.5 RGC³² debiendo observar, por razones obvias, las normas de circulación de la misma manera que los restantes vehículos aun con determinadas excepciones como sucede con las señaladas en el art. 38.4 RGC³³ que, paradójicamente, han sido objeto de duros reproches³⁴ por el agravio comparativo que supone, p. ej., que el primer ordinal, párrafo 2º, de este último precepto tolere que “...los conductores de bicicletas mayores de 14 años podrán circular por los arcones de las autovías, salvo que por razones justificadas de seguridad vial se prohíba mediante la señalización correspondiente” y, en cambio, esté expresamente vetado a los VMP circular por las autovías lo que no deja de revelar sino un verdadero despropósito jurídico.

La definición legal de VMP aparece recogida en la letra A del Anexo II RGV siendo concebido como aquél “vehículo de una o más ruedas dotado de una única plaza y propulsado exclusivamente por motores eléctricos que pueden proporcionar al vehículo una velocidad máxima por diseño comprendida entre 6 y 25 km/h. Sólo pueden estar equipados con un asiento o sillín si están dotados de sistema de autoequilibrado” descartándose, sin embargo, los vehículos sin sistema de autoequilibrado y con sillín, los concebidos para la competición, los vehículos para personas con movilidad reducida, los vehículos con una tensión de trabajo mayor a 100 voltios de corriente continua o 240 voltios de corriente alterna y, por supuesto, los comprendidos en el ámbito del anterior Reglamento (UE) núm. 168/2013. Este concepto legal de VMP contiene hasta tres rasgos de caracterización, el primero de ellos positivo -al reconocer que puede estar dotado de una o más ruedas lo que permite insertar en él la amplia gama de VMP existentes- y los otros dos de signo negativo porque, de una parte, los VMP solo han de poseer una única plaza y, de otra, exclusivamente han de estar propulsados por motores eléctricos³⁵ que cumplan con unos concretos requisitos técnicos.

Sea como fuere conviene reiterar que los VMP quedan excluidos del concepto de “vehículo a motor” recogido en el Anexo II, letra A, RGV y las únicas exigencias requeridas para circular con ellos vienen indicadas en el art. 22 bis de este mismo

32 “...La circulación de toda clase de vehículos en ningún caso deberá efectuarse por las aceras y demás zonas peatonales”.

33 “...Se prohíbe circular por travesías, vías interurbanas y autopistas y autovías que transcurren dentro de poblado con vehículos de movilidad personal. Asimismo, queda prohibida la circulación de estos vehículos en túneles urbanos”.

34 MORELL ALDANA, L. C.: “A vueltas con”, cit.

35 MORELL ALDANA, L. C.: “Vehículos de movilidad”, cit.; la misma autora en “A vueltas con”, cit.

RGV conforme con el cual: “1. Los vehículos de movilidad personal quedan exceptuados de obtener la autorización administrativa a la que hace referencia el apartado 1 del art. 1. 2. Los vehículos de movilidad personal requerirán para poder circular el certificado de circulación que garantice el cumplimiento de los requisitos técnicos exigibles por la normativa nacional e internacional recogidos en su manual de características, así como su identificación. 3. El manual de características de los vehículos de movilidad personal se aprobará por Resolución del Director General de Tráfico”, por consiguiente, este “certificado de circulación” y el “manual de características” constituyen los dos requisitos requeridos para circular con un VMP hallándose definidos ambos en el art. 3 RGV concibiéndose el primero como “documento expedido por un tercero competente designado por el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico en el que se acredita que el vehículo sometido a ensayo cumple con los requisitos técnicos de aplicación conforme a la normativa técnica nacional e internacional. Los vehículos de movilidad personal deberán obtener dicho certificado y la solicitud del mismo será realizada por los fabricantes, importadores o sus representantes respectivos en España” -art. 3.j) RGV- añadiendo la postrera Resolución de la DGT, 12 enero 2022, por la que se aprueba el Manual de características de los VMP³⁶ el siguiente régimen transitorio en la Sección 33 -y última- de su Anexo: “Todos los modelos que se comercialicen a partir de 24 meses de la entrada en vigor del presente manual deberán contar con dicha certificación. Los vehículos comercializados antes de la entrada en vigor del presente manual o durante el periodo transitorio establecido, podrán circular durante los 5 años siguientes a dicha entrada en vigor”.

En cuanto concierne al referido “manual de características” queda identificado con el “documento elaborado por el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico y aprobado mediante resolución de su titular, en el que se establecerá los requisitos técnicos que los vehículos de movilidad personal deben cumplir para su puesta en circulación, la clasificación de los mismos, los procesos de ensayo para su certificación y los mecanismos que se emplearán para su fácil identificación. El manual se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en la página web de la Dirección General de Tráfico (www.dgt.es). El manual será actualizado cuando se modifiquen los criterios reglamentarios en materia de vehículos, tanto de carácter nacional como de la Unión Europea, o cuando la aparición de nuevas formas de movilidad lo requiera” -art. 3.k) RGV-. Tampoco han faltado críticas a la unilateral confección de este relevante “manual” por la Jefatura Central de Tráfico que, en realidad, constituye un “organismo que de autónomo tiene bien poco, ya que depende de la Administración general del Estado”³⁷.

36 BOE núm. 18, 21 enero 2022, Sección III, pp. 6882-6915.

37 Como enfatiza MORELL ALDANA, L. C.: “A vueltas con”, cit.

Tras el cambio operado por el RD 970/2020 la ulterior Ley 18/2021, 20 diciembre, modificó, entre otros, el art. 47 TRLTCSV incorporando un párrafo 2º que obliga de modo expreso a los conductores de VMP a "...utilizar casco de protección en los términos que reglamentariamente se determine" aunque tal previsión no deje de constituir un fútil brindis al sol por la sencilla razón de que, pese al tiempo trascurrido, todavía no se ha elaborado decreto alguno que delimite las concretas circunstancias para su observancia convirtiéndola, por tanto, en mero papel mojado.

El aludido "Manual de características de los VMP", aprobado por Resolución de la DGT, 12 enero 2022, reitera el anterior concepto de VMP en la Sección I de su Anexo (aclarando que el "sistema de autoequilibrado" es aquél sistema auxiliar de control cuya función es mantener el equilibrio de un vehículo o estructura) expresando a su inicio que el mencionado RD 970/2020 ha dotado a los VMP de un "marco jurídico específico"³⁸, extremo que sólo podemos compartir en parte puesto que se han obviado cuestiones tan relevantes como la eventual obligación de suscribir un seguro preceptivo de responsabilidad civil para la circulación de estos dispositivos, la pretensión relativa a que sus conductores porten algún casco reglamentario como medida de seguridad o la exigencia de una edad mínima para su conducción, importantes materias que lamentablemente todavía se tratan de solventar en la esfera municipal mediante meras ordenanzas locales (anterior art. 7 TRLTCSV) habiéndose pronunciado en fecha reciente el máximo responsable de la DGT proponiendo al respecto que los usuarios de VMP "lleven casco, suscriban una póliza de seguro y hayan cumplido, al menos, 16 años"³⁹ procurando a tal efecto encontrar el consenso correspondiente de la totalidad de los municipios que, al fin y al cabo, resultan ser los "garantes finales de que en las vías urbanas se respete la normativa de circulación".

En fin da la impresión de que se está abordando la ordenación del sector de los VMP de modo espontáneo e impensado -poco menos que "a golpe de noticia"- desperdiçando el legislador una nueva ocasión de conferir una regulación de ámbito estatal, integral y homogénea a los VMP por limitarse a insertar concretos retoques en el RGC y en el RGV que no terminan de ofrecer una "respuesta satisfactoria, a una forma de movilidad urbana, alternativa y sostenible"⁴⁰ descuidando repetidamente esta nueva realidad e imposibilitando que el derecho, en este específico sector, se encuentre a la altura de su tiempo.

38 También MORETÓN SANZ, M. F.: "Patinetes eléctricos", cit. p. 147, concluye que la calificación jurídica conferida ahora a los VMP ha venido a colmar esta laguna.

39 AMADOZ, S.: "La DGT propone una edad mínima para conducir un patinete eléctrico", *Diario El País Motor*, <https://motor.elpais.com/actualidad/la-dgt-propone-una-edad-minima-para-conducir-un-patinete-electrico/>, 2 febrero 2023 "La DGT propone", cit.

40 MORELL ALDANA, L. C.: "A vueltas con", cit.

Respecto de las diversas clases de VMP hemos de subrayar que bajo tales siglas queda englobada toda una amplia gama de dispositivos como sucede, entre otros, con el *segway* -o vehículo de transporte giroscópico compuesto por una plataforma con dos ruedas y un manillar, el cual se conduce por balanceo-, el uniclo o monociclo -o rueda con plataformas laterales donde se colocan los pies, la cual obtiene el equilibrio por sensores, giroscopios y acelerómetros, estando propulsado por motor eléctrico-, el *hoverboard* -o tabla con dos ruedas autoequilibrada que sólo se conduce con los pies- o los *scooters* eléctricos -similares a los patinetes, pero de superior tamaño- aunque, como venimos reiterando hasta la saciedad, el más difundido y utilizado en el actual contexto urbano lo constituye el patinete eléctrico debiéndose indicar que la DGT ha procedido a publicar un listado de las diversas marcas y modelos que disponen de Certificado VMP⁴¹ de conformidad con lo establecido en el Manual de características VMP -introducido por la referida Resolución de la DGT 2022- conteniendo la advertencia de que, a partir del 22 enero 2027, únicamente podrán circular en España aquellos VMP que cumplan con lo dispuesto en el referido Manual de características y, por tanto, que dispongan de número de certificado VMP -tal como prevé el régimen transitorio contenido en la Sección 33 del Anexo de la antedicha Resolución-.

Esta misma Resolución de la DGT se encarga de clasificar los VMP en atención al uso a que se le destine admitiendo, en principio, que éste puede ser de la más variada índole como "...por ejemplo el uso particular, alquiler o "sharing", servicios públicos, usos turísticos, etc." (Sección 1 de su Anexo) decantándose por diferenciar únicamente, bajo una perspectiva técnica, entre VMP "para transporte personal" (Sección 2 de su Anexo) y VMP "para transporte de mercancías u otros servicios" (Sección 3 de su Anexo, siendo definido este último como aquél "tipo de VMP de al menos 3 ruedas, situándose 2 de ellas en el eje más cercano a la carga, y que disponen de una plataforma o cajón habilitado para este uso" a los cuales queda terminantemente vetado que se dediquen a transportar pasajeros) debiendo observar ambas especies los requisitos especificados en el manual de características y siendo responsable el fabricante o su representante autorizado⁴² de obtener el correspondiente certificado de circulación para cada modelo y versión de VMP (Sección 5 de su Anexo).

41 Lista que, actualizada a junio de 2023, recoge también los laboratorios autorizados para certificación de VMP pudiendo consultarse en <https://www.dgt.es/nuestros-servicios/tu-vehiculo/vehiculos-de-movilidad-personal-vmp/>.

42 Siendo definido el «fabricante» como "toda persona física o jurídica que fabrica un VMP o que manda diseñar o fabricar un VMP y es el titular de su nombre, denominación social o marca comercial"; mientras que bajo la expresión «representante autorizado» queda incluida "toda persona física o jurídica establecida en la Unión Europea que ha recibido un mandato por escrito de un fabricante para actuar en su nombre en tareas específicas dentro del ámbito del Manual y que asume las obligaciones del fabricante, en los casos en lo que este se encuentre establecido fuera de la Unión Europea. Los fabricantes establecidos fuera de la Unión Europea deberán disponer de un único representante establecido en la Unión Europea que los represente ante la autoridad competente".

II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE ILICITUD Y RESPONSABILIDAD.

En sentido amplio el ordenamiento jurídico desaprueba la ilicitud de una actuación y cuando el art. 1089 del Código Civil⁴³ (CC) enuncia las fuentes de las obligaciones dispone que éstas emergen de la ley, del contrato, del cuasi contrato, pero también de aquellos "...actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia" motivo por el cual esta última fuente aparece desdoblada en dos grandes tipos de ilícitos, los penales y los civiles, pese a que en ambos la ilicitud del comportamiento dañoso proviene del quebrantamiento del mismo y longevo *alterum non laedere*⁴⁴.

Conviene recordar, en primer lugar, que los ilícitos penales "...actos y omisiones ilícitos" dice el referido precepto- son conductas socialmente reprochables, tipificadas como delito y que se tratan de evitar, sobre todo, bajo la amenaza de sufrir una pena o sanción -estableciendo el art. 1092 CC que las obligaciones civiles deducidas de los delitos⁴⁵ se rigen por el CP remitiéndose, por tanto, a la denominada responsabilidad civil *ex delicto* o derivada de delito ordenada, en particular, en los arts. 109 a 122 CP-. De esta manera el derecho penal abarca todo un elenco de actuaciones ilícitas -respondiendo más a la transgresión que implican del orden público que a la gravedad y lesión de bienes patrimoniales o morales de terceros- castigándolas mediante instrumentos concretos tales como la privación de libertad, la inhabilitación, la suspensión de empleo o cargo público, la multa, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas o, desde luego, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores⁴⁶. En su afán de preservar el interés público la responsabilidad penal (u obligación, al fin y al cabo, de padecer las consecuencias penales del delito perpetrado) atiende básicamente a dos principios el de sanción -anudando un correctivo o escarmiento al culpable- y el de prevención -advirtiendo al ciudadano para que no delinca- hallándose cimentada sobre la noción de culpa -incluso en la simple tentativa prevista en el art. 15 CP⁴⁷- procurando acomodar la sanción penal al grado de culpabilidad de cada individuo⁴⁸.

En segundo término dentro de los ilícitos civiles -"...actos y omisiones... en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia"- se comprenden aquellos

43 Publicado por RD 24 julio 1889.

44 PARRA LUCÁN, M. A.: "La responsabilidad civil extracontractual", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Volumen II. Contratos y responsabilidad civil* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2020, p. 362.

45 En realidad el precepto también incluye a las faltas, sin embargo, La Ley Orgánica 1/2015, 30 marzo, que modificó el CP vino a suprimir los ilícitos constitutivos de faltas (reguladas históricamente en el Libro III CP) transformándolas, en su mayoría, en delitos leves.

46 Sobre las penas y sus clases arts. 32 a 34 CP.

47 "Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito".

48 REVERTE NAVARRO, A.: "La limitación", cit., pp. 107-108.

actos dañosos que no resultan acreedores de respuesta penal y, por reenvío del art. 1093 CC, hallan su regulación, al margen de otras normas sectoriales, en el Capítulo II, Título XVI, Libro IV CC (arts. 1902 a 1910 CC). La responsabilidad civil -u obligación de que un sujeto subsane los daños provocados a un tercero- determina el conjunto de disposiciones atinentes a los daños que se deben reparar; sus supuestos, las personas a quienes se imputa esta clase de responsabilidad y los criterios o títulos de imputación empleados para ello⁴⁹, siendo reprochable la doble ordenación existente en el ordenamiento español sobre esta clase de responsabilidad al cohabitar la anterior responsabilidad civil *ex delicto* prevenida en el CP con la responsabilidad civil independiente, “pura o autónoma” disciplinada en el CC con olvido de que, al fin y al cabo, la cuestión resarcitoria siempre es una cuestión civil⁵⁰. La responsabilidad civil pura no conlleva necesariamente un reproche moral al obligado a reparar los daños producidos ni tampoco se reputa como pena puesto que su principal función es reparadora o resarcitoria (bien *in natura* bien por equivalente) pudiendo cumplir también una función preventiva o disuasoria de futuros daños⁵¹.

Referiremos a continuación unos específicos inconvenientes sobre los VMP acaecidos en el marco penal para ocuparnos en un momento ulterior de los supuestos de responsabilidad civil más habituales y, salvo alguna excepción, más recientes con motivo de la utilización de estos propios vehículos.

III. EL PECULIAR DESCONCIERTO JURÍDICO-PENAL GENERADO POR AUSENCIA DE NORMATIVA.

Al carecer España de legislación específica aplicable a los VMP hasta la entrada en vigor de las modificaciones operadas en el RGC y en el RGV por el mentado RD 970/2020 se han originado concretos desatinos de carácter jurídico contruidos sobre la base de particulares interpretaciones entre las que descuella el que algunos VMP -sobre todo determinados patinetes eléctricos- hayan llegado a ser equiparados judicialmente a los “ciclomotores” por ciertos tribunales -errada postura compartida incluso por algunos autores⁵²- a los efectos previstos -nada desdeñables por cierto- para los delitos contra la seguridad vial sobresaliendo,

49 PARRA LUCAN, M. A.: “La responsabilidad civil extracontractual”, cit., pp. 395-396.

50 Sobre tales críticas DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: “Tratamiento jurisprudencial de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil”, en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (dir. J. ATAZ LÓPEZ y J.A. COBACHO GÓMEZ), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 1813. Señala ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La responsabilidad civil (I)”, en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 596-597, que pese a todos los reproches la jurisprudencia avala la dualidad entre responsabilidad civil *ex delicto* y responsabilidad civil autónoma.

51 PARRA LUCAN, M. A.: “La responsabilidad civil extracontractual”, cit., p. 397.

52 Entre otros BAELO ÁLVAREZ, M. y DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A.: “¿Es el patinete eléctrico un ciclomotor? Luces y sombras ante un limbo jurídico”, *Diario La Ley. Tribuna*, <https://diariolaley.laleynext.es>, 25 octubre 2018, núm. 9286, llegando a negar que antes existiese «un vacío legal respecto de los patinetes eléctricos, sino que les es aplicable todo un conjunto de normas de Derecho vigente de carácter estatal (la relativa

en particular, el tipificado en el art. 384 CP a cuyo tenor “El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción”.

Por su trascendencia expondremos una mera selección de algunas de las resoluciones netamente contradictorias recaídas en el orden jurisdiccional penal -que siempre, no hemos de olvidar, resulta ser preferente⁵³ constituyendo además la última *ratio*- y el desenlace a tan desacertada equiparación ofrecida, anticipamos, por el Pleno de la Sala 2ª del Alto Tribunal español.

I. Motivos utilizados para identificar ciertos VMP con ciclomotores.

En el ámbito punitivo algunos juzgados y audiencias provinciales admitieron asimilar específicos patinetes eléctricos (VMP al fin y al cabo) a “ciclomotores” como, a título de muestra, consideró la SAP Madrid 12 diciembre 2019⁵⁴ al resolver la apelación deducida frente a la Sentencia 16 septiembre 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal (SJP) núm. 20 de Madrid. En esta última resolución la autoridad judicial condenaba a una persona como autor responsable de un delito de conducción de un ciclomotor sin permiso -tipificado en el anterior art. 384 CP- y, además, como autor de otro delito de desobediencia por negarse a la realización de pruebas de detección de sustancias (art. 383 CP⁵⁵) figurando como hechos probados, plenamente aceptados por la mentada SAP, que el acusado “...conducía un ciclomotor marca Flywheel, no matriculado” invadiendo el carril contrario para adelantar a un autobús detenido en una parada; que dicho individuo presentaba -tras ser interceptado por los agentes de la autoridad- una sintomatología compatible con la ingesta de sustancias estupefacientes (no colaborando con tales agentes en la práctica del pertinente test homologado de detección de drogas) careciendo también de permiso de conducir al haber sido privado del mismo por

a los ciclomotores), que además entra en contradicción con las ordenanzas que están aprobando los municipios».

53 Tal y como establece el art. 44 de la Ley Orgánica 6/1985, 1 julio, del Poder Judicial: “El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional”.

54 SAP Madrid 12 diciembre 2019 (JUR 2020, 92684).

55 “El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

pérdida de puntos y, por último, que el patinete -denominado “ciclomotor” en ambas resoluciones- con el cual circulaba el acusado portaba en su parte inferior una placa del fabricante en la que constaba como categoría de homologación L1e-B, así como contraseña de homologación en España y número de homologación. Ante tal extravagante equiparación la principal defensa del condenado se fundó, en síntesis, en el precepto-estrella de la Carta Magna (art. 24 CE) al entender que con ello se transgredía la presunción de inocencia por cuanto de ningún modo el vehículo conducido por el condenado, clasificado en la categoría L1e-B, se podría reputar un “ciclomotor”.

Esta SAP Madrid 12 diciembre 2019 confirma en su integridad la resolución impugnada dilucidando en su Fundamento Jurídico (FJ) 2º los tres siguientes extremos: a) Que las características del vehículo se corresponden con la categoría L1e-B equivalente a ciclomotor; b) Que al incluirse en la mencionada categoría L resultaría de aplicación la Directiva 2002/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 18 marzo 2002, relativa a la homologación de los vehículos de motor de dos o tres ruedas a cuyo tenor el vehículo conducido por el recurrente se encuentra clasificado dentro de la categoría de “ciclomotores de dos ruedas (L1e)” y, en último término, c) Que se estima acreditado que el vehículo conducido por el recurrente “...que en su primera declaración ya tilda de “patinete”, no es un patinete sino que se corresponde con un ciclomotor categoría L1e-B” y, en consecuencia, “...debe estar matriculado, debe haberse contratado su seguro obligatorio, debe haber pasado su inspección técnica periódica y debe conducirse con permiso de conducción AM que puede obtenerse a partir de los quince años” de conformidad con lo previsto en el art. 4.2.a) RD 818/2009, 8 mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

De un análisis estrictamente objetivo del contenido de esta SAP Madrid parece que se obvia, entre otras cuestiones, que la aludida Directiva 2002/24/CE fue expresamente derogada, junto con otras, por el art. 81.I del anterior Reglamento (UE) núm. 168/2013 estableciéndose en el ordinal 2º del mismo precepto que “Las referencias a las Directivas derogadas se entenderán hechas al presente Reglamento y deberán leerse, en lo que respecta a la Directiva 2002/24/CE, con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo IX”.

En similar sintonía la ulterior SAP Cáceres 7 febrero 2020⁵⁶ resuelve la apelación interpuesta frente a la SJP núm. 2 de Cáceres 10 octubre 2019 la cual estimó probado que el acusado circulaba en su día con un vehículo de su propiedad, sin matricular, identificado como “ciclomotor tipo L1eB” y que requería, por ende, la tenencia del correspondiente permiso o licencia. Sin embargo, dado que el inculpado ignoraba que tal vehículo necesitase de licencia de conducción para

56 SAP Cáceres 7 febrero 2020 (ARP 2020, 199).

su uso la SJP recurrida reputó en esta ocasión que el acusado fue "...inducido a error al no haber sido debidamente informado de su necesidad para conducir" apreciándose, por consiguiente, un error de tipo (art. 14.1 CP⁵⁷) absolviéndole de la totalidad de los hechos imputados. Descontento con la mentada equiparación el acusado-absuelto formuló apelación frente a dicha resolución mostrando tanto su conformidad con el fallo emitido como su discrepancia con los hechos probados insistiendo en que se limitó a conducir un patinete eléctrico de dos ruedas dotado de asiento, no un ciclomotor, y por ello entendía que no precisaba de matrícula alguna, ni permiso o licencia para conducir, ni tampoco la suscripción de ningún seguro de carácter preceptivo. Ante tal tesisura la señalada SAP Cáceres desestima el recurso suscitado, confirmando la resolución impugnada, con apoyo principal en los motivos esgrimidos en su FJ 3º que, en resumen, arrojan: a) Que el art. 4 del Reglamento (UE) núm. 168/2013 diferencia dentro de los vehículos de categoría L1e -esto es, vehículo de motor de dos ruedas ligero- dos subcategorías, de un lado, vehículos tipo L1e-A (llamados "ciclo de motor") y, de otro, vehículos tipo L1e-B (denominados "ciclomotor de dos ruedas") sucediendo que, según su Anexo I, quedan comprendidos en los de tipo L1e-B "cualquier otro vehículo de categoría L1e que no pueda clasificarse con arreglo a los criterios de vehículos L1e-A" y, en la presente hipótesis, al ser la potencia del vehículo de 1500 W y superando su velocidad máxima los 45 km/h se desprende que, como figura en su placa identificativa, se trata de un vehículo tipo L1e- B, es decir, de un "ciclomotor de dos ruedas"; b) Que el Anexo I TRLTCSV denomina en su apartado 9 "ciclomotor", entre otros, al "vehículo de dos ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada inferior o igual a 50 cm³, si es de combustión interna, o bien con una potencia continua nominal máxima inferior o igual a 4 kW si es de motor eléctrico" considerándose que tales rasgos característicos concurrían con los del vehículo conducido por el acusado-absuelto concluyendo que, por lo general, los vehículos tipo L1e-B denominados por la normativa europea "ciclomotor de dos ruedas" quedarían incluidos dentro del concepto de "ciclomotor" del anterior TRLTCSV y, finalmente, c) Que respecto a la exigencia de obtener la previa y preceptiva licencia o permiso de conducción se remite a lo establecido tanto en el art. 61 TRLTCSV⁵⁸ como en el art. 4.2.a) RD 818/2009, 8 mayo, refiriendo, además, la Instrucción de la DGT 2019/S-149 TV-108, 3 diciembre, sobre aclaraciones técnicas y criterios para la formulación de denuncias de vehículos ligeros propulsados por motores eléctricos, a cuyo tenor: "En caso de que su potencia nominal sea igual o inferior a 4.000 W y desarrolle

57 "El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente".

58 Recogiendo su primer ordinal "La conducción de vehículos a motor y ciclomotores exigirá haber obtenido previamente el preceptivo permiso o licencia de conducción dirigido a verificar que el conductor tenga los requisitos de capacidad, conocimientos y habilidad necesarios para la conducción del vehículo, en los términos que se determine reglamentariamente...".

una velocidad máxima igual o inferior a 45 km/h se tratará un vehículo de la subcategoría L1e-B “ciclomotor de dos ruedas” conforme el Anexo I del Reglamento (UE) nº 168/2013, y el conductor precisará de permiso de conducción de la clase AM”. Con apoyo en estos primordiales argumentos la mentada SAP determina que no todos los patinetes eléctricos se ubican en la categoría de VMP y que los “...vehículos tipo L1e-B como el que conducía el apelante quedan sin embargo, a día de hoy, sometidos a las normas que rigen la utilización de los ciclomotores”.

2. Razones sustentadoras de la tesis contraria.

Frente a la postura precedente otros tribunales del propio orden penal se han alzado negando con rotundidad que un VMP pudiese equipararse con un ciclomotor y en esta dirección se alinea, entre otras, la SAP Girona 29 enero 2016⁵⁹ -dictada mucho antes de la reforma llevada a cabo por el RD 970/2020- al resolver la impugnación formulada contra la SJP núm. 3 de la misma localidad que había condenado a una persona como responsable “...d'un delict contra la seguretat vial (conducció etílica), previst i penat en l'article 379.2 CP⁶⁰... a les penes de set (7) mesos de multa amb una quota diària de sis (6) euros, i privació del dret a conduir vehicles a motor i ciclomotors amb una durada d'un (1) anys i sis (6) mesos”. En esta ocasión el acusado dedujo apelación con base principal en la concurrencia de un error probatorio sobre uno de los elementos delictuales al reputar que no se trataba en modo alguno de ciclomotor el patinete con motor con el que circulaba. La indicada SAP Girona descartó la aplicación de la noción de “ciclomotor” contenida en el Anexo I TRLTCSV –argumento en el que se había fundado la resolución apelada- sosteniendo en su FJ 1º que para estimar “ciclomotor” el patinete conducido por el acusado habría de cumplir los requisitos técnicos recogidos en el TRLTCSV y, por ello, “...debería estar homologado por Industria para poder circular por las vías públicas y llevar su correspondiente certificado de características técnica -tarjeta ITV-” dilucidando seguidamente que, aun llevando motor, los patinetes no precisan de licencia para su conducción, no disponen de placa de matrícula o de licencia municipal “ni son susceptibles de ser asegurados” y carecen de homologación, por lo que las dudas suscitadas acerca de su naturaleza fueron resueltas por una previa Instrucción de la DGT, 21 septiembre 2001, que consideró que “Los patinetes con motor no se encuentran recogidos en la clasificación y categorías de los vehículos a efectos de homologación y de cumplimentación de las tarjetas de inspección técnica o de la

59 SAP Girona 29 enero 2016 (JUR 2016, 63025).

60 Precepto que sanciona con pena de prisión de 3 a 6 meses o con la de multa de 6 a 12 meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días, y, en cualquier supuesto, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 y hasta 4 años a quien “...condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”.

documentación necesaria para la matriculación recogidas en el anexo II del R. G. de Vehículos... y no se pueden considerar vehículos de motor a los efectos de la Ley de Seguridad Vial. En cuanto a la posible asimilación de estos patinetes con motor a los ciclomotores, los patinetes autopropulsados no tienen la condición de vehículos, salvo que estén debidamente homologados, para lo cual deberían cumplir con la Directiva 92/61 CEE relativa a recepción de vehículos de dos o tres ruedas, lo que les permitiría su matriculación como si de un ciclomotor se tratara. Tampoco se trata de bicicletas ni de bicicletas con pedaleo asistido como se puede deducir de las definiciones que de estos vehículos se contienen en el citado anexo II". Con apoyo principal en dicha Instrucción la SAP vino a concluir que, en opinión de la DGT, los patinetes con motor "no son vehículos en sentido estricto y deberán ser utilizados fuera de las vías públicas, con fines recreativos" (sic) y, en consecuencia, al carecer el patinete de la condición de vehículo se desvanecía uno de los elementos del tipo por el que se condenaba al recurrente -conducción de un ciclomotor- procediendo su absolución⁶¹.

Parece omitir esta SAP Girona el anterior Reglamento (UE) núm. 168/2013 y la interpretación relativa a que tal vez podría encajar cada concreto patinete con motor en alguna de las numerosas categorías que recoge conforme con los específicos rasgos técnicos que dicho patinete reuniera; pudiéndosele rebatir que no descubrimos óbice alguno para que el mismo pudiera haber sido objeto de algún tipo de seguro voluntario a tenor de lo establecido en los dos primeros preceptos de la Ley 50/1980, 8 octubre, de Contrato de Seguro⁶² (LCS); que las variadas circulares, comunicaciones o instrucciones emitidas por la DGT carecen de valor normativo y que, en último término, un patinete con motor -como ha corroborado después la escasa legislación recaída en la materia- goza de la consideración de vehículo, circula por vías públicas y su empleo no se reduce, desde luego, a finalidades recreativas. Con todo compartimos el pronunciamiento judicial de fondo relativo a la absolución del acusado al no identificar su "patinete con motor" con un "ciclomotor" y, al hilo de ello, rechazar la aplicación de las eventuales disposiciones sancionadoras previstas para los distintos hechos tipificados derivados de la circulación de este último.

Valiéndose de razones diferentes la SAP Murcia 14 julio 2020⁶³ revoca la previa SJP núm. 1 de Lorca que había condenado a una persona como autora responsable del delito previsto en el art. 384 CP -conducción sin permiso- a la pena de multa

61 En similares términos SAP Zaragoza 10 marzo 2022 (JUR 2022, 205528).

62 "El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas" (art. 1 LCS), agregando su art. 2 "Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa...".

63 SAP Murcia 14 julio 2022 (JUR 2020, 266849).

de 1800 euros -con la responsabilidad civil subsidiaria del art. 53 CP⁶⁴- y abono de costas. La resolución impugnada admitió como hechos probados que la acusada conducía en 2019 por la localidad de Águilas un "...vehículo de dos ruedas, provisto de acelerador y sillín, pero no de pedales, marcha Citycocco 1400W, con la consideración de ciclomotor... a sabiendas de que carecía de la licencia que le habilitaba para ello" si bien esta SAP Murcia muda tales antecedentes fácticos suprimiendo toda referencia al "ciclomotor" agregando ahora "...sin que existiera normativa estatal en vigor a la fecha de los hechos sobre el tipo de vehículo de que se trata y sus características técnicas y sobre la necesidad de obtener, o no, permiso o licencia para conducirlo". La defensa también cuestionó en el presente supuesto que el vehículo de la acusada tuviese la consideración legal de "ciclomotor" aduciendo, en primer lugar, que se trataba de un VMP carente -cuando sucedieron los hechos- de "...normativa legal estatal, específica y homogénea, que los regule dependiendo exclusivamente sus limitaciones o especificaciones de la propia normativa local de cada municipio, sin que una mera ordenanza municipal pueda prevalecer sobre la regulación legal definitiva", agregando asimismo que la Instrucción 19/V-134 de la DGT aplicada por el juzgador *a quo* (sustentadora tanto de la denuncia como de la ulterior condena penal) transgredía los principios de jerarquía normativa y de legalidad penal -al entender que una simple Instrucción de la DGT no podía variar el TRLTCSV que no reglamentaba como "vehículo de motor" el conducido por la acusada- interesando, en último término, que se apreciase alguna clase de error, bien de tipo o de prohibición. Por su parte el Ministerio Público se limitó a interesar la confirmación de la sentencia impugnada (F 1º de la indicada SAP Murcia).

En este definido asunto la AP declara, en síntesis y entre otras consideraciones, que: a) El tema jurídico controvertido, además del eventual error padecido por la acusada, se reduce a una cuestión de "...tipicidad penal, de principio de legalidad penal, de normas penales en blanco, de jerarquía normativa y de seguridad jurídica" y, en menor medida, a la "conciencia de la antijuridicidad, lo que engarza directamente con el elemento subjetivo del tipo penal, el dolo (arts. 5 y 12 CP) -el error es el reverso del dolo-" (F 2º); b) La Instrucción 2019/S-149 TV-108 de la DGT -que suprimía la anterior 19/V-134- era posterior a los hechos y, por tanto, inaplicable no pudiendo mantenerse que sea "...*lex certa* de cara a la aplicación

64 Cuyo primer ordinal recoge "Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente... También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo".

del principio de legalidad penal (art. 25 CE⁶⁵) o el de tipicidad (arts. 1⁶⁶ y 2.1⁶⁷ CP)” puesto que, en todo caso, conforma una “...normativa administrativa interna -especialmente dirigida a las Policías y Entidades Locales- que... no sirve para construir el tipo penal por el que se ha condenado en este caso, como norma penal en blanco” poniendo en tela de juicio que de existir alguna ordenanza municipal aplicable al supuesto -extremo no acreditado- la misma pudiera tener “fuerza normativa suficiente para construir, a modo de norma penal en blanco, la tipicidad penal” (FJ 3º); c) Una Instrucción de la DGT, tras aludir específica legislación jurídico-administrativa, carece de naturaleza normativa y de fuerza obligatoria respecto de terceros no siendo, por tanto, de obligada aplicación por los tribunales al constituir “...simples órdenes internas sobre la manera de funcionar una Administración, o los funcionarios que, directa o indirectamente, dependen de ella” y su eventual incumplimiento no se podría integrar en el delito previsto en el art. 384, párrafo 2º, CP (FJ 4º), y d) El hecho de que la conducta delictiva sea establecida en una norma con rango inferior al legal colisiona con la necesidad de conocimiento de la antijuridicidad por sus destinatarios suscitándose, además, otros inconvenientes como la seguridad jurídica vinculada al principio de legalidad penal -con mención nuevamente del primero de los preceptos del CP- (FJ 5º).

Con base en lo anterior dicha SAP Murcia revocó la SJP impugnada, absolviendo a la acusada y determinando en su FJ 6º que “...ni las Instrucciones de la DGT aludidas, ni una posible Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Águilas -que nadie invoca ni se conoce- tienen potencial suficiente, en función de los principios de jerarquía normativa, principio de legalidad, seguridad jurídica y taxatividad del tipo penal por el que se condena, para poder construir una norma penal en blanco respecto a las características del vehículo como supuesto “ciclomotor”... ni para determinar que la conducción de.. VMP, carentes por completo de regulación normativa estatal, exija de la obtención de permiso o licencia para conducirlo. Será una ley, o una disposición administrativa equivalente a estos efectos, la que habrá de establecerlo”.

3. La solución aportada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

Como era esperable el Ministerio Público dedujo casación por infracción de ley contra la precedente SAP Murcia 14 julio 2020 al entender aplicados indebidamente, de una parte, el art. 384.2 CP, el apartado 9 del Anexo I TRLTCSV y los arts. 2 y 4 del Anexo I del Reglamento (UE) 168/2013 y, de otra, el art. 14 CP siendo resuelta

65 “1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento...”.

66 “1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración...”.

67 “1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración...”.

tal impugnación por el Pleno de la Sala de lo Penal (Sala 2ª) del Alto Tribunal español en STS 10 febrero 2022⁶⁸ cuyo FJ 1º admite abiertamente que el asunto suscitado abarca interés casacional al concurrir diferentes pronunciamientos de las diversas AP que recogen "...doctrina contradictoria sobre el tema sometido a este control". Así las cosas el Pleno de la Sala 2ª viene a expresar en apretado resumen:

A) Que cuando fue aprobada la Instrucción de la DGT 2019/S-149 TV-108 la reforma del RGV -que contiene el concepto legal de VMP- se encontraba todavía tramitándose; que no figura Ordenanza alguna sobre la circulación de VMP en el municipio de Águilas cuando sucedieron los hechos; que ni una eventual Ordenanza municipal ni las Instrucciones de la DGT gozan de vis normativa bastante para cimentar, como norma penal en blanco, la tipicidad penal; que a tenor de ciertas disposiciones del Reglamento (UE) 168/2013 y del TRLTCSV el vehículo conducido por la acusada tal vez podría equipararse formalmente a un "ciclomotor" siendo, en realidad, un VMP y, por consiguiente, no podría identificarse con un "...ciclomotor en una reglamentación estrictamente bipartita" que no permite distinguir entre ciclomotores y VMP -por cuanto entonces se asimilarían a los ciclomotores "...todos los vehículos de dos ruedas con motor y sin pedales,... lo que, evidentemente, no es así... si bien debería ser esto objeto de adecuada aclaración, y con la mayor precisión posible, por parte del legislador o por la Administración, mediante norma reglamentaria"- y, por último, que al no constar en autos ningún dictamen pericial al respecto -dado que la cuestión última se contrae en definir el VMP conducido- se ha de verificar una interpretación favorable a la acusada -aplicándose, por ende, el *in dubio pro reo*- (FJ 3º).

B) Que en el presente caso resultaba de todo punto preciso un informe pericial sobre el vehículo conducido por la acusada -con apoyo en el Dictamen 2/2021, 21 junio 2021, del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial corroborando que la mayoría de VMP no se hallan homologados ni matriculados y que el concepto de VMP ofrecido ahora por el RGV, tras la reforma del RD 970/2020, constituye una "...categoría autónoma (e independiente de otras, como las de vehículos a motor y ciclomotores)"- y, por tanto, que no quedaba acreditado que el vehículo de la acusada no fuese un VMP -al no demostrarse si contaba o no con sistema autoequilibrado, sillín e ignorándose asimismo su velocidad máxima o el resto de sus otros caracteres-. Que, en definitiva, hoy no resultaría factible "...incriminar la conducción de los VMP en las infracciones penales del Capítulo IV del Título XVII del Código Penal⁶⁹, pues no están incluidos en las correlativas fórmulas típicas" a no ser que estas últimas sean utilizadas encubierta o fraudulentamente con el fin de ocultar, "tras una aparente clasificación VMP, lo que es auténticamente,

⁶⁸ STS 10 febrero 2022 (RJ 2022, 902).

⁶⁹ Rubricado "De los delitos contra la Seguridad Vial".

cuanto menos, un ciclomotor (incluso una motocicleta), intentando burlar de esa forma la reglamentación” para finalizar, *obiter dictum*, rememorando que la actual realidad social revela una profusión de dispositivos VMP que requiere una “... clasificación administrativa más clara, dada la diversidad de aparatos con capacidad de circulación, o bien la pronta exigencia de una certificación administrativa, que acredite su configuración técnica, necesaria para su circulación, en los términos que, ciertamente, ya se van legislando en esta materia. Lo propio respecto a la necesidad, o no, de precisar de algún tipo de licencia, conocimientos o capacidad de habilidad técnica para circular con estos nuevos vehículos, y los demás aspectos que se consideren de interés, dada la incidencia en la seguridad vial que a todos nos ha de preocupar” (FJ 4º).

Con fundamento en ambos razonamientos la Sala 2ª en Pleno desestima por completo la casación interpuesta frente a la mentada SAP Murcia siendo reproducidos, en esencia, estos propios argumentos en el FJ 2º de las postreras STS 23 junio 2022⁷⁰ y SAP Las Palmas 14 septiembre 2022⁷¹.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE VMP.

Examinada como antecede la responsabilidad penal emanada de la conducción de VMP nos centraremos ahora en la eventual responsabilidad civil en que puede incurrirse con motivo de su utilización que, como se sabe, conforma aquél instituto encauzado a prestar a quien sufra un daño o perjuicio (dañado) debido al comportamiento, activo u omisivo, de otro (dañador) los instrumentos jurídicos necesarios para lograr la reparación del daño producido -reparación *in natura* o específica- o, de no ser posible, su compensación -que, en general, consistirá en una indemnización de carácter dinerario o reparación por equivalente-. Consiste la responsabilidad civil, a fin de cuentas, en la sujeción del dañador -*damñator*- que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro a la obligación de reparar o, en su caso, compensar el daño producido teniendo presente que sin daño no existe responsabilidad.

Ante la ausencia de una ordenación concreta sobre la responsabilidad civil derivada del uso de VMP los tribunales de este orden jurisdiccional se valen, por lo general, de los arts. 1902 -responsabilidad civil por hecho propio- y 1903 CC -responsabilidad civil por hecho ajeno- en conexión con el concepto de culpa del art. 1104 CC⁷² como título de imputación que, dentro del sistema de

70 STS 23 junio 2022 (JUR 2022, 225434).

71 SAP Las Palmas 14 septiembre 2022 (JUR 2022, 375443).

72 “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

responsabilidad civil extracontractual, componen una especie de derecho de daños común aplicable a cualquier hipótesis que carezca de regulación especial y que sirve, además, para colmar los posibles vacíos o lagunas que se puedan plantear en los regímenes que utilizan otros criterios de imputación específicos, todo ello sin perjuicio de otras disposiciones sectoriales que se reputen aplicables en cada caso concreto (LCS, normativa protectora de consumidores y usuarios, etc.). En fin que hoy sólo cabe diferenciar dos grandes ámbitos en el derecho de daños, de una parte, el presidido por el elemento culpabilístico -título tradicional que constituye la regla general- y, de otra, el más excepcional de responsabilidad objetiva -que ha de estar previsto de antemano y de modo expreso por el legislador⁷³- motivo por el cual cabe vaticinar, como abrevia MORETÓN SANZ, que en esta esfera se retorna a la responsabilidad civil “en toda su extensión”⁷⁴ aunque matizada a veces -como veremos- con la inclusión de la doctrina del riesgo⁷⁵ entendida en su doble aspecto de, por un lado, creación de peligro -que basaría la obligación de indemnizar daños derivados del ejercicio de actividades que impliquen, por su carácter peligroso, un alto riesgo de provocarlos- y, por otro, riesgo en sentido económico o aplicable a conductas dañosas desplegadas con motivo de la realización de una actividad empresarial donde lo decisivo radica en desempeñar la actividad dentro de cuya esfera los daños causados se pueden considerar inevitables, pero previsibles y asegurables (tesis que cimienta el longevo aforismo *commoda cuiusque rei eum sequi quem sequentur incommoda* o, de manera más breve, *cuius commoda, eius incommoda*⁷⁶, esto es, a quien correspondan los beneficios le incumben también los inconvenientes).

De combinar el tradicional régimen de responsabilidad subjetiva con la teoría del riesgo -ya sea entendido como productor de peligro o en su otra significación económica- se incrementa el nivel de diligencia al ser preciso adoptar medidas para sortear posibles accidentes, concurre una inversión del *onus probandi* -permitida por el art. 217 LEC⁷⁷- y, en resumidas cuentas, se reconoce una determinada presunción de culpabilidad⁷⁸ -tolerada por la vía del art. 386 LEC-.

73 ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La responsabilidad civil (I)”, cit., p. 600, resaltando dicha autora que el riesgo ya no se equipara a título de imputación de la responsabilidad objetiva sino que sólo «permite invertir la carga de la prueba de la culpa y presumirla».

74 MORETÓN SANZ, M. F.: “Patinetes eléctricos”, cit., p. 148.

75 Sobre la evolución experimentada en la responsabilidad por riesgo y su ulterior acomodo al régimen de responsabilidad subjetiva DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: “La responsabilidad por riesgo”, *Big Data Jurist* (ISDE), Madrid, 2017, pp. 1-7, hallándose ambos criterios, culpa y riesgo, recogidos en los *Principles of European Tort Law* (PETL) cuyo art. 1:101 establece la norma general —o *Basic norm*—.

76 ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La responsabilidad civil (I)”, cit., p. 617, PARRA LUCÁN, M. A.: “Responsabilidad por hecho propio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Volumen II. Contratos y responsabilidad civil* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2020, p. 448.

77 Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil.

78 PARRA LUCÁN, M. A.: “Responsabilidad por hecho propio”, cit. pp. 448-450; ATIENZA NAVARRO, M. L., *ibidem*, DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: “La responsabilidad por riesgo”, cit., pp. 4-6. Sobre aplicaciones concretas de la doctrina del riesgo por tribunales españoles aludiendo a los PETL puede consultarse DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: “Tratamiento jurisprudencial”, cit., pp. 1823-1849.

A continuación esquematizamos la generalidad de las hipótesis más modernas, con alguna salvedad, suscitadas y decididas en este orden civil relativas a la pertinente declaración de responsabilidad por daños con motivo de la utilización de VMP al concurrir ya una nutrida colección de resoluciones provenientes de la denominada “jurisprudencia menor” advirtiendo, con carácter previo, que dejaremos a un lado otra serie de cuestiones -como la concreta determinación del *quantum* indemnizatorio en cada asunto y su debida adecuación al baremo en vigor- cuyo examen desbordaría por motivos obvios el objeto de nuestro estudio.

I. Sobre atropellos a peatones con un VMP.

Convenimos en diferenciar aquí los atropellos a peatones en su zona prioritaria, los acaecidos con un VMP alquilado y asegurado, los provocados por menores de edad y los ocurridos dentro de un establecimiento, centro o empresa comercial.

A) Atropello con VMP en acera o zona peatonal.

Este tipo de siniestros constituyen, por desgracia, los más habituales pudiendo traer a colación la SAP 31 enero 2022⁷⁹ resolutoria de la apelación formulada frente a la SJPI núm. 57 de la propia capital que había apreciado en parte la demanda de la actora por las lesiones padecidas al salir de un bar y ser atropellada en la misma acera por la demandada-conductora de un VMP -patinete eléctrico-. La citada SAP reduce el *quantum* indemnizatorio fijado por el juzgador *a quo* declarando, entre otros extremos, la inexistencia de caso fortuito o fuerza mayor con base en que la circulación por zona peatonal -acera- del VMP impone al conductor una singular atención -o sea, incremento del nivel de diligencia- debido a que se trata de una zona de prioridad de los peatones y, después de recordar las reformas operadas en el RGC y RGV, enmarca el suceso dentro de la esfera de la responsabilidad subjetiva del art. 1902 CC por la (FJ 2º) “...negligencia en la conducta de la demandada que generó una situación de riesgo en la seguridad de los viandantes del que debe responder” lo que equivale a insertar el criterio del riesgo -concebido aquí como generador de la situación de peligro- en el sistema de responsabilidad por culpa.

Otro accidente similar fue decidido en SJPI núm. 18 de Zaragoza, confirmada luego por la SAP Zaragoza 27 abril 2022⁸⁰ la cual estima en parte la demanda formulada por una Cía. aseguradora -ejercitando la subrogación contemplada en el art. 43 LCS⁸¹- frente al conductor de un patinete por daños causados a la

79 SAP Barcelona 31 enero 2022 (JUR 2022, 136737).

80 SAP Zaragoza 27 abril 2022 (JUR 2022, 241520).

81 “El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización...”.

peatón-asegurada en octubre de 2018. En esta ocasión el conductor perdió el control del VMP patinándole la rueda trasera y, aunque tuvo tiempo de bajar del mismo sin caerse, el vehículo siguió derrapando hasta golpear a la asegurada, derribándola y ocasionándole determinadas lesiones, de modo que atendiendo a que el demandado circulaba con un "...vehículo que puede alcanzar velocidades de hasta 25 Kms/hora por una vía peatonal (lo que en estos momentos está prohibido, aunque en la fecha de producción del accidente, 18/10/2018, estaba permitido), y en una hora, las 9 de la mañana, de notable afluencia de peatones, se genera un importante riesgo para la seguridad de los mismos, riesgo superior al ordinario que pueden padecer aquéllos, que circulan confiados y despreocupados por el carácter peatonal de la calle" viniendo a concluir, en su FJ 2º, que no cabe calificar el atropello padecido por la peatón de simple "...mala suerte"... sino de un deficiente control en la conducción el vehículo por parte del demandado, no adecuando su velocidad a las necesidades de la vía" o, dicho en otros términos, en la negligente conducción del VMP en este caso concreto que provoca un riesgo -en su misma y anterior acepción de generador de peligro- respecto de los peatones.

B) Atropello con un VMP arrendado y asegurado.

Al respecto la SAP Madrid 26 noviembre 2018⁸² resuelve la apelación deducida contra la SJPI núm. I de Alcobendas que estimó, aunque solo en parte, la demanda del actor frente a una Cía. aseguradora por los daños producidos en 2013 cuando, caminando por una zona peatonal, el demandante fue arrollado por un "patinete eléctrico o Segway" propiedad de una mercantil que tenía suscrito una póliza de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor y otras coberturas (como la voluntaria de responsabilidad civil y fianzas). De su FJ 1º se desprende que la anterior SJPI reputa legitimada pasivamente a la aseguradora demandada matizando que, pese a que los VMP no se consideran "vehículos de motor" y, por tanto, el siniestro acaecido no se puede reputar "hecho de la circulación", la Cía. demandada es la responsable al existir un seguro voluntario en el cual es "...objeto de cobertura la responsabilidad civil voluntaria" -destacándose que en la propia póliza se equipara el segway con un "vehículo de motor"- viniendo, sin embargo, a rebajarse los importes indemnizatorios inicialmente interesados en la demanda por los daños personales ocasionados a la vista de los informes periciales practicados y aplicando a las cantidades determinadas los intereses contemplados en el vasto art. 20 LCS⁸³. Esta

82 SAP Madrid 26 noviembre 2018 (AC 2018, 1867), resolución referida también por MORETÓN SANZ, M. F.: "Patinetes eléctricos", cit. p. 140-141.

83 Precepto que se ocupa de disciplinar la mora *solvendí* cuando la aseguradora correspondiente inobserva su obligación de abono. Indica PARRA LUCÁN, M. A.: "La responsabilidad civil extracontractual", cit., p. 397, que a diferencia de los *punitive damages* de raíz norteamericana en el ordenamiento español resulta extraño que el responsable de los daños abone a la víctima, además del correspondiente *quantum* indemnizatorio, una suma adicional en concepto de pena privada -señalando dicha autora como relevante salvedad el art. 164 RD Legislativo 8/2015-; también DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: "La responsabilidad por riesgo", cit., p. 4.

SAP Madrid confirma la resolución de instancia declarando en resumen: a) Que a pesar de que el VMP no resulte calificable de “vehículo a motor” y el ilícito no provenga de un hecho de la circulación el siniestro se produjo por un defectuoso “manejo o funcionamiento del patinete” actuación generadora de responsabilidad civil tanto en su “autor como en el propietario y derivadamente en la Aseguradora” con apoyo en el art. 73 LCS⁸⁴ insertándose dentro de las coberturas de seguro concertado quedando, por ende, obligada esta última a responder por los daños y perjuicios ocasionados por un hecho contractualmente previsto (FJ 2º). b) Que, tras reputar correcto el empleo de los conceptos de sanidad, estabilidad lesional, rehabilitación y secuelas -delimitados jurisprudencialmente- y las reglas contenidas en el baremo establecido en el Título IV del TRLTCSV -arts. 32 a 143- y su Anexo (FJ 3º y 4º), considera asimismo procedente la aplicación del “carácter sancionador” que suponen los intereses previstos en el art. 20 LCS al apreciar injustificado la demora en el abono de las indemnizaciones por la aseguradora demandada por cuanto -como recoge su FJ 5º- “sin negar la existencia del aseguramiento” cuando se le formularon las reclamaciones previas, no propuso ninguna oferta motivada o pago de las sumas que entendía podían corresponderle “...aunque pudieran existir otros responsables”. Por tanto en el atropello a un peatón con un VMP alquilado y asegurado declara responsables al conductor del mismo, a su propietario y a la Cía. aseguradora siempre que el daño causado se encuentre dentro de la cobertura de la póliza suscrita, habiéndose procedido sólo frente a la Cía. con base en la acción directa del art. 76 LCS.

En cambio la SAP Islas Baleares 27 enero 2021⁸⁵ rechaza la apelación interpuesta frente a la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia (SJPI) núm. 3 de Manacor que inopinadamente apreció la excepción de prescripción respecto de la acción ejercitada por el actor -atropellado en 2015- contra la entidad propietaria y arrendadora de un patinete eléctrico al entender transcurrido el plazo anual prevenido en el art. 1968 CC. Tras dejar sentado -con mención de diversa jurisprudencia de la Sala 1ª- que las diligencias preliminares pueden interrumpir la prescripción (FJ 2º) reputa acreditado que “...el único y exclusivo responsable del accidente fue el conductor del patinete, quien perdió el control del vehículo y se introdujo en dirección prohibida... y, sin poder detener el patinete, embistió

En conexión con ello no sobra indicar que la Sala de lo Civil (Sala 1ª) viene incluyendo también como otra excepción similar la prevista en el art. 20 LCS por cuanto la indemnización establecida por tal precepto tiene carácter sancionador y un fin preventivo «...en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado», FJ 2º de, entre otras, STS 14 marzo 2018 (RJ 2018, 1084).

84 Cuyo primer párrafo dispone que mediante el seguro de responsabilidad civil “...el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”.

85 SAP Islas Baleares 27 enero 2021 (AC 2021, 580).

al demandante" (FJ 3°), de manera que al no dirigirse la demanda frente a este último y entender inaplicable el art. 1903 CC dicha SAP se limita a desestimar la apelación formulada.

En esta propia línea la SAP Barcelona 31 enero 2022⁸⁶ viene a revocar la SJPI núm. 31 de la propia localidad que había condenado a la Cía. aseguradora a indemnizar los daños padecidos por la actora a consecuencia del atropello sufrido por un patinete eléctrico -conducido en zona prohibida por un tercero que lo había arrendado previamente- con aplicación, además, de los aludidos intereses del art. 20 LCS. La aseguradora dedujo apelación oponiéndose a la íntegra estimación de la acción directa del art. 76 LCS⁸⁷ ejercitada por la demandante declarando la SAP que la controversia se contrae en resolver si el daño padecido se debe indemnizar o no con cargo a la póliza suscrita "...por ser civilmente responsable de su causación la asegurada por dicho contrato... así como sus empleados y técnicos en plantilla, legalmente habilitados para el ejercicio de la profesión, siempre que se encuentren en el desempeño de sus funciones y deberes por cuenta de la asegurada" decidiéndose, sin embargo, que la causa del daño padecido vino constituida por el negligente empleo del patinete eléctrico por parte de su arrendataria, quien resultaba ser extraña a la organización de la aseguradora, apreciándose que tal conducta quedaba al margen de la cobertura de la póliza puesto que, en primer término, la arrendataria del patinete no ostentaba la cualidad de asegurada -"...no estamos ante un seguro obligatorio que ampara al propietario por la circulación de un vehículo a motor quien quiera que sea su conductor"- y, en segundo lugar, figura como no contratada la eventual responsabilidad civil en la que pudiesen incurrir "...los "participantes" en la actividad del asegurado" resultando, en síntesis, la arrendataria como única responsable de los daños producidos a la actora a la luz del art. 1902 CC por ser "...ajena por completo al ámbito de organización y control" de la Cía. aseguradora (FJ 1°).

De estas últimas resoluciones cabe extraer que el hecho dañoso ha de encontrarse cubierto por la póliza del seguro voluntario concertado puesto que, en otro caso, el civilmente responsable de los daños ocasionados no será otro que el conductor-arrendatario del VMP que se erige en el verdadero causante de los mismos en esta clase de accidentes.

86 SAP Barcelona 31 enero 2022 (JUR 2022, 130626).

87 "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".

Un expediente curioso ocurrido en 2006 fue el resuelto por la SAP Islas Baleares 8 octubre 2009⁸⁸ -una de las incipientes resoluciones civiles dictadas en la materia- cuando revocó la previa SJPI núm. 5 de Palma que había absuelto tanto a la Cía. aseguradora como al propietario del patinete eléctrico arrendado, conducido por un cliente-arrendatario, con el cual se habían ocasionado daños materiales a un turismo. La referida SJPI apreció la oposición formulada por la Cía. contra la demanda por la ausencia de cobertura de la póliza suscrita al circular el patinete por una vía apta para “vehículos a motor” (FJ 1º); sin embargo, la SAP estima la apelación deducida por el dueño del turismo dañado fundándose -en su FJ 2º- en que no fue discutida la ocurrencia del accidente, “...ni la titularidad de ambos vehículos, ni los daños y la responsabilidad del conductor del patinete eléctrico en la causación de aquellos”, así como que el propietario codemandado venía dedicado al arriendo de tales patinetes “...obteniendo un lucro” imputándole, por ende, la responsabilidad prevenida en los arts. 1902 CC y siguientes CC condenándole al abono del principal reclamado, más intereses legales desde la fecha del accidente y costas. En esta específica resolución la citada AP, más que limitarse a aplicar el régimen de responsabilidad subjetiva indicado donde el auténtico responsable sería el conductor-arrendatario del patinete, se decanta por conjugar el art. 1903 CC -responsabilidad del empresario- con el criterio del riesgo entendido ahora en su acepción económica -*cuius commoda, eius incomoda*-.

Bajo un ángulo similar la reciente SAP Zaragoza 16 marzo 2023⁸⁹ confirma la previa SJPI núm. 1 de la misma localidad -salvo en lo relativo a la concreta fijación del *quantum* indemnizatorio- que condenó solidariamente a un arrendador de VMP y su Cía. aseguradora por las lesiones padecidas en 2019 por un menor -de apenas 8 años de edad- que, estando en compañía de sus abuelos en un centro de ocio infantil, arrendó un patinete eléctrico adaptado impactando poco después contra una valla de separación ubicada dentro del espacio delimitado en el establecimiento del demandado. Tras quedar acreditado que los abuelos del menor interesaron la oportuna asistencia de un empleado del centro para la entrega del vehículo arrendado e información sobre su manejo y que tal asistencia fue insatisfactoria al limitarse a la entrega del patinete y una breve “...explicación de su funcionamiento, palanca de freno, palanca de acelerado y giro, sin que complete con un mínimo de rigor y detalle tales explicaciones y supervise el desenvolvimiento inicial del manejo del vehículo por el menor”, dicha SAP reputa que no cabe presumir que el menor supiera conducir el patinete ni tampoco se puede desplazar la responsabilidad de su seguridad a la persona que lo tenía a su cargo en ese instante por entender que la “...actividad diligente para cumplir con el estándar exigido por el ordenamiento jurídico en el presente supuesto, dada la forma de contratar, la naturaleza de la actividad, las características del menor

88 SAP Islas Baleares 8 octubre 2009 (JUR 2009, 469103).

89 SAP Zaragoza 16 marzo 2023 (JUR 2023, 132386).

y el lugar en el que se realiza la actividad pasa por instruir, siquiera breve pero detalladamente, en la forma de uso, dar unas recomendaciones prudentes para el correcto uso del vehículo y supervisar la actividad inicial del menor” y dado que nada de ello observó el personal del establecimiento del demandado dicho comportamiento se considera negligente de conformidad con el art. 1104 CC (FJ 2º) no aplicándose, por ende, la doctrina del riesgo en su acepción de creación de peligro. Por su lado la Cía. aseguradora adujo también falta de cobertura del daño debido a la póliza contratada considerando al respecto la SAP -en su FJ 3º- que el patinete adaptado para ser usado por niños no era, en la fecha del siniestro, un VMP porque tal catalogación les fue conferida por el ulterior RD 970/2020 y teniendo en cuenta la edad del menor, la compañía de sus abuelos, el abono del alquiler mediante fichas adquiridas en el propio establecimiento y el desarrollo de la actividad en la explanada del negocio, sin exceder sus límites, la misma “...entra claramente dentro de las instalaciones recreativas/parque infantil” y, por tanto, “...no se celebró fuera de la empresa, que parece ser el supuesto contemplado por la exclusión de la cobertura”. En cuanto a la ausencia de prueba sobre las características técnicas del patinete arrendado la SAP indica que el *onus probandi* sobre tal extremo corre a cargo de quien niega la cobertura de la póliza y que lo único demostrado fue el alquiler del vehículo “...sin reparo o limitación alguna para su uso por un niño de 8 años, acompañado de sus abuelos, dentro de los límites de la explotación y sin experiencia previa. No consta, por tanto, que fuera una actividad ajena a la declarada y sí que, en la forma en que se desarrolló esta ínsita en la actividad asegurada” concluyéndose que la producción del daño “... no fue tanto por la falta de medidas de seguridad, sino por incumplimiento de la explotadora del negocio de la debida información, formación y supervisión del menor sobre el uso del vehículo” pareciéndose conjugar aquí también la culpa con el criterio del riesgo en su significación económica junto con los deberes accesorios de protección -*Schutzpflichten*- derivados del principio de *bona fides* (art. 7 CC) teniendo presente en todo momento, desde luego, la corta edad del lesionado acogiendo de modo implícito la conocida doctrina jurisprudencial conforme con la cual a un menor de edad sin capacidad para discernir jamás se le puede declarar responsable de sus propios actos ni tampoco se puede considerar que el hecho dañoso obedezca a la culpa exclusiva de la víctima puesto que dada su edad su comportamiento únicamente podría calificarse, a lo sumo, de imprevisible⁹⁰.

C) Atropello con patinete conducido por menores.

En tales supuestos los tribunales civiles reproducen la doctrina recaída en torno al párrafo 2º del art. 1903 CC⁹¹ como sucede, entre otras, en la SAP Málaga 30

90 PARRA LUCÁN, M. A.: “Responsabilidad por hecho propio”, cit., p. 443.

91 “...Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”.

abril 2020⁹² confirmatoria de la condena impuesta a las madres de dos menores de edad -con absolución del padre separado de uno de ellos al apreciarse su falta de legitimación pasiva- quienes al circular con el "...patinete modelo Fliker (siendo intrascendente quien condujera el mismo)" no especificándose si se trataba o no en este caso de un VMP, lesionaron a la actora y, por consiguiente, aplicando el art. 1903 CC se declara en su FJ 2º la responsabilidad de ambas codemandadas, o sea, de "...Dª Flor (madre de la menor Sofía, quien se encuentra en situación de rebeldía procesal...) y la... de Dª Salvadora (madre del menor Secundino, que se encontraba ejerciendo la guarda y custodia en la fecha de los hechos⁹³)". Con copiosa doctrina jurisprudencial rememora la SAP que la responsabilidad civil de los progenitores derivada de ilícitos ejecutados por los hijos que se hallen bajo su potestad (art. 1903 CC) aparece fundada en la vulneración del deber de vigilancia que a los primeros incumbe -culpa *in vigilando*- partiendo de una presunción de culpa en quien desempeña los poderes y deberes que aglutina la patria potestad con inversión del *onus probandi*, de manera que la debida acreditación relativa a que se han adoptado las precauciones apropiadas para impedir el hecho dañoso requiere una rigurosa prueba de la diligencia empleada, ajustándose a las circunstancias del tiempo y del lugar, lo que supone introducir un "...matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a responder a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad".

En otros términos esta regla de responsabilidad se prosigue aplicando como si no fuese por negligencia, aunque formalmente sea catalogada de responsabilidad por culpa *in vigilando* o *in educando*, no admitiéndose la exoneración de los progenitores al configurarse como un verdadero sistema de responsabilidad objetiva⁹⁴.

D) Atropello con patinete en centro comercial.

Se trata del supuesto examinado por la SJPI núm. 3 de Fuengirola que estimó la demanda por daños interpuesta por la actora quien, hallándose en un establecimiento regentado por la mercantil Decathlón, fue golpeada en el tobillo por un patinete que otro cliente estaba probando discriminando la resolución, eso sí, porcentajes de responsabilidad al imputar un 70% del siniestro al cliente y un 30% a Decathlón. La SAP Málaga 13 diciembre 2021⁹⁵ muestra su disconformidad, tras valorar la prueba obrante, con tal distinción de responsabilidad mancomunada

92 SAP Málaga 30 abril 2020 (JUR 2020, 272540).

93 Una vez más se mantiene aquí el discutible criterio de hacer responsable al progenitor que tiene la guarda del menor en el momento de ocasionarse los daños, PARRA LUCÁN, M. A.: "Responsabilidad por hecho ajeno", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Volumen II. Contratos y responsabilidad civil* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2020, p. 470.

94 PARRA LUCÁN, M. A.: "Responsabilidad por hecho ajeno", cit., p. 468-469.

95 SAP Málaga 13 diciembre 2021 (JUR 2022, 98109).

verificada por el juzgador *a quo* señalando, en esencia, que la demandante reviste la condición de consumidora a los efectos prevenidos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU⁹⁶) el cual establece criterios concretos de responsabilidad para determinados casos -arts. 147 y 148- que han de aplicarse dentro del ámbito de las acciones de responsabilidad civil previstas en el CC (art. 1101 para deducir responsabilidad contractual o arts. 1902 y siguientes para la extracontractual) de modo que si el actor perjudicado es consumidor o usuario en los términos recogidos en el TRLGDCU y los hechos tienen encaje en sus preceptos resultará aplicable el sistema de responsabilidad de la "...acción ejercitada en conjunción con el establecido en dicha Ley, en principio más favorable para el consumidor" apreciando (FJ 4º) que la mercantil Decathlón incurre en responsabilidad con base en los arts. 1902 y 1903 CC -"...pues regentando un establecimiento comercial abierto al público, y constando acreditado que en la página web en la que se anuncia se invita expresamente a los clientes a probar patinetes y otros artilugios, debió extremar las medidas de seguridad para evitar riesgos, ubicando la zona de pruebas en un lugar apartado del público y convenientemente señalizado"- entretanto que el cliente codemandado también actuó de manera negligente -puesto que "...la zona no estaba excluida del uso de los clientes, circunstancia de la que era, o debía ser consciente, y que imponía un uso racional del patinete, evitando piruetas o una velocidad inadecuada, precauciones que obviamente no adoptó"- terminando por atribuir, en consecuencia, un 50% de responsabilidad a cada uno de los codemandados implicados en el accidente incorporando al régimen de responsabilidad subjetiva la doctrina del riesgo en su doble vertiente antes advertida -o sea, económica y de generación de peligro-.

2. Otro tipo de siniestros con VMP implicado.

Por último ensamblaremos aquí, a modo de circunspecto cajón de sastre, otra clase de reclamaciones civiles por daños incoadas con motivo de la utilización de VMP:

A) *Cáida de motorista por conducción negligente de un VMP.*

La SAP Barcelona 22 septiembre 2022⁹⁷ viene a confirmar la SJPI núm. 3 de la misma ciudad que estimó la demanda planteada por un motorista y su Cía. aseguradora frente a un conductor de VMP -segway en este caso- en reclamación de cantidad por los daños personales, materiales y sanitarios padecidos a consecuencia de la caída sufrida por el actor con su motocicleta al "...irrupir de

96 Aprobado por RD Legislativo 1/2007, 16 noviembre, recogiendo su art. 3 las definiciones de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable.

97 SAP Barcelona 22 septiembre 2022 (JUR 2022, 336459).

forma sorpresiva el demandado conduciendo un VMP” hallándose el semáforo en fase verde para el demandante, obligándole a accionar el sistema de frenado para evitar la colisión y provocándole la caída de la cual se derivaron los daños. En su FJ 2º expresa dicha SAP, en aras a confirmar la precedente declaración de responsabilidad civil del demandado efectuada en la instancia, que el eventual debate sobre si “...el acceso a la calzada del VMP fue por el paso peatones o por el chaflán es irrelevante a los efectos de imputar la responsabilidad, pues en ambos casos la conducta del demandado fue antirreglamentaria... sin que pueda imputarse al actor ninguna conducta imprudente, ni siquiera levísima” acentuando que, de conformidad con el principio de confianza en la normalidad del tráfico, todo “...conductor o usuario de la vía espera que los demás actúen y cumplan las normas de circulación y hagan un uso adecuado de las vías, lo que aquí no ocurrió por la conducta negligente del demandado al acceder de forma sorpresiva a la calzada por lugar totalmente inadecuado o con el semáforo que le afectaba en fase roja”.

B) Colisión de turismo con un VMP.

La primera de las hipótesis que examinaremos en esta sede es la resuelta por la SAP Álava 18 septiembre 2017⁹⁸ que aprecia un concurso de culpas en un siniestro sucedido en 2015 cuando la demandante conducía un “monopatín eléctrico” y, al incorporarse a un paso de peatones, fue atropellada por un turismo ocasionándole diversas lesiones. La previa SJPI núm. 2 de Vitoria-Gasteiz había desestimado la demanda al apreciar culpa exclusiva de la víctima, sin embargo, la aludida SAP -tras entender que la “...instrucción 16/V-124 regula el tráfico de éstos aparatos a los que califica como “vehículos”” delegando en los municipios la aprobación de la normativa para su uso y circulación- considera aplicables determinadas disposiciones del RGC, sobre todo su art. 121.4⁹⁹ en defecto de ordenanza municipal en Vitoria-Gasteiz, llegando a cotejar la circulación del VMP implicado con la de una bicicleta (FJ 2º) aunque matizando inapropiadamente que en este específico supuesto “...se trata de dos vehículos a motor”¹⁰⁰. Concluye esta SAP que los dos conductores implicados procedieron de manera indebida apreciándose finalmente una concurrencia de culpas respondiendo la Cía. aseguradora del turismo de la “...mitad de la indemnización que corresponda a la

98 SAP Álava 18 septiembre 2017 (JUR 2017, 301617).

99 “Los que utilicen monopatines, patines o aparatos similares no podrán circular por la calzada, salvo que se trate de zonas, vías o partes de éstas que les estén especialmente destinadas, y sólo podrán circular a paso de persona por las aceras o por las calles residenciales debidamente señalizadas con la señal regulada en el artículo 159, sin que en ningún caso se permita que sean arrastrados por otros vehículos”.

100 Extremo negado en SAP Almería 6 julio 2022 (JUR 2023, 5809) admitiendo en el epígrafe 14º de sus razonamientos la existencia de una «... laguna legal en el supuesto de los conocidos patinetes eléctricos, recordando que la instrucción es del año 2016, y previamente, un solo año antes, en el año 2015, se publicó el Real Decreto Legislativo 6/2015... que no incluye en su ámbito de aplicación estos aparatos de movilidad personal».

actora por los daños derivados del siniestro” (FJ 3º) más los intereses del art. 20 LCS (FJ 5º).

A nuestro modesto criterio, a pesar de la anualidad en que aconteció el accidente, no resulta equiparable la utilización de un VMP con la de una bicicleta, unos patines o un monopatín y, desde luego, no se trata tampoco de ningún vehículo a motor compartiendo, sin embargo, la salomónica solución alcanzada pese a la injustificable inaplicación del específico régimen de responsabilidad previsto en el RD Legislativo 8/2004, 29 de octubre.

La SAP Cantabria 24 febrero 2022¹⁰¹ rechaza la impugnación deducida contra la SJPI núm. 10 de Santander que estimó la demanda presentada por el conductor de un turismo y su Cía. aseguradora debido a los daños padecidos al colisionar con un VMP -patinete eléctrico- conducido por el demandado a la altura de un paso de peatones. Para confirmar la resolución de instancia dicha SAP reputa acreditado -en su FJ 2º- que el demandado se “...introdujo en el paso de peatones de forma súbita, sin mirar, si hubiese mirado hubiese visto al vehículo” y que no portaba tampoco ninguna señal luminosa “...ni en el patinete ni en la ropa” concluyendo, por tanto, que el generador del riesgo en el presente accidente fue el “...el conductor del patinete, al cruzar el paso de peatones... sin mirar, introduciéndose de forma repentina en una zona sin visibilidad y sin llevar señal luminosa alguna”.

En cambio en un supuesto parecido la SAP Islas Baleares 1 diciembre 2022¹⁰² aprecia parcialmente la impugnación deducida contra la SJPI núm. 1 de Palma -aunque sólo para reducir el importe de la indemnización fijada- que estimó la demanda presentada por el conductor de un VMP -patinete eléctrico- contra la Cía. aseguradora del conductor de un turismo por daños derivados de la colisión de ambos vehículos a la altura de un paso de peatones en 2019. La SAP considera esta vez de aplicación el régimen establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor¹⁰³ que recoge un doble sistema de responsabilidad según el daño sea ocasionado a personas o bienes¹⁰⁴, viniendo a declarar en su FJ 2º que la “...conductora del vehículo debió extremar la precaución” al encontrarse ante un paso de peatones y tener una furgoneta al lado que le reducía visibilidad considerándose que “... no agotó la diligencia que le era exigible atendidas las circunstancias del tráfico” entretanto que el mero hecho de que el demandante circulase en VMP “...si es

101 SAP Cantabria 24 febrero 2022 (JUR 2022, 120539).

102 SAP Islas Baleares 1 diciembre 2022 (JUR 2023, 48506).

103 Aprobado por RD Legislativo 8/2004, 29 de octubre.

104 Sobre dicho régimen DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: “La responsabilidad por riesgo”, cit., pp. 7-10.

que era el caso, no supone... más que una infracción administrativa, pero no incide en la causación del siniestro" (sic).

También la SAP Huesca 31 diciembre 2022¹⁰⁵ estima en parte la apelación formulada contra la resolución del Juzgado mixto núm. 4 de la misma localidad que desestimó la demanda de la conductora de patinete eléctrico contra la conductora de un turismo y su Cía. aseguradora por daños sufridos al colisionar ambos vehículos a la altura de un paso de peatones. En esta ocasión la citada SAP aprecia una concurrencia de culpas admitiendo, de un lado, la "...responsabilidad en la conductora del patinete por cuanto circulaba por un carril bici adyacente al paso de peatones, no estando prevista tal posibilidad en una Ordenanza Municipal, siendo por ello de aplicación la Instrucción 2019/s-149TVI08, invocada en la contestación a la demanda y vigente en el momento de la producción del accidente. De acuerdo con tal Instrucción, los VMP tienen la consideración de vehículos y deben circular por la calzada, vías y terrenos de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Tráfico" mientras que, de otro, también aprecia responsabilidad en la conducta de la demandada porque "...después de parar en el paso de peatones, emprendió su marcha sin cerciorarse completamente de que en ese momento cruzaba el patinete por el lado izquierdo del carril bici... desconociéndose la velocidad a la que circulaba tal VMP" existiendo en el lugar del accidente, además, dos señales verticales advirtiendo del "peligro por la proximidad de un paso para ciclistas... y... de un paso de peatones" de manera que se concluye que la demandada tampoco "...adoptó la precaución que exigían las señales verticales ni se cercioró debidamente, instantes previos a continuar su marcha, de que nadie estuviera cruzando en ese momento por el paso de peatones, diligencia que en cualquier caso le era exigible" (FJ 1º) imputándole, por consiguiente, el mismo grado de negligencia que a la actora en la producción del siniestro.

C) Caída de conductor de VMP motivada por animales.

Tal hipótesis se aborda en la SAP Madrid 15 junio 2021¹⁰⁶ confirmatoria de la anterior SJPI núm. 43 de la misma ciudad la cual apreció en su integridad la demanda interpuesta por el conductor de un VMP frente a la propietaria de unos perros por los daños padecidos en junio de 2018 al caer al suelo debido a que se le aproximaron tales animales sueltos en el interior de un parque. No deja de sorprender *ab initio* que el actor en su demanda señalase que se hallaba paseando con unos "patines" siendo en la contestación a la misma cuando, en realidad, se viene a dilucidar que el actor circulaba con un VMP -un *segway* en este concreto supuesto- (FJ 1º). En cuanto aquí importa, tras evocar abundante doctrina jurisprudencial recaída en

¹⁰⁵ SAP Huesca 31 diciembre 2022 (JUR 2023, 55900).

¹⁰⁶ SAP Madrid 15 junio 2021 (JUR 2021, 296813).

torno al art. 1905 CC¹⁰⁷, la citada SAP enfatiza en su amplio FJ 5° la naturaleza objetiva de esta clase de responsabilidad fundada en el riesgo inherente a la tenencia o utilización en provecho propio de los animales la cual requiere únicamente una "...casualidad material, estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal o de quien se sirve del mismo por su mera tenencia", de manera que los habituales ataques a personas de perros sueltos sujetos a la propiedad de alguien e integrados en su patrimonio resultan hoy inadmisibles "...cuando los avances científicos permiten la utilización de medios técnicos adecuados para el control de estos animales" resultando irrelevante cualquier otra apreciación subjetiva sobre la naturaleza del animal en cuestión –su mayor o menor tamaño, raza, etc.- puesto que el CC "...no deja margen alguno a la distinción entre animales fieros o mansos; y lo que sí es relevante es que la presunción de responsabilidad del poseedor de un animal que no lo controla y propicia que se escape, es que el animal persiga y asuste" como aconteció en el presente caso. En cuanto a una posible aplicación de la doctrina del riesgo invocada por la defensa de la demandada, al encontrarse el actor circulando en un VMP¹⁰⁸, subraya la AP que fueron los perros los que persiguieron el segway conducido por el actor "...muy de cerca y aunque no lo llegasen a tocar, se acercaron peligrosamente al mismo provocando la caída. Por otro lado, la Ordenanza de movilidad sostenible del Ayuntamiento de Madrid que regula el uso de patinete eléctrico (VMP o vehículos de movilidad personal) entró en vigor el 24 de octubre de 2018, es decir, con posterioridad al accidente. No obstante, se trata de una norma administrativa y, aunque hubiera entrado en vigor, no afecta al caso, porque no puede imputarse la caída a culpa exclusiva de la misma".

D) Explosión de VMP por defecto de fabricación.

Se trata del supuesto analizado en la SAP La Rioja 4 abril 2022¹⁰⁹ confirmatoria de la SJPI núm. 2 de Logroño que estimó la demanda deducida por la Cía. aseguradora del perjudicado condenando solidariamente al vendedor -proveedor- de un patinete eléctrico¹¹⁰ y a la mercantil fabricante del mismo por los daños

107 "El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido".

108 Doctrina del riesgo acogida, sin embargo, en SAP Madrid 5 julio 2021 (JUR 2012, 279503) confirmatoria de la SJPI núm. 48 de la misma localidad que rechazó la demanda por daños formulada por uno de los participantes en un paseo con segway organizado por la demandada -una entidad deportiva- por el parque del Retiro. En esta ocasión la SAP consideró que «...aunque la conducción de un Segway pueda no merecer la calificación de una práctica deportiva, si reviste caracteres propios de dicha actividad» destacándose que el actor participó «...voluntariamente y tras veinte minutos de instrucciones, y de manipular el Segway en un paseo por el retiro con dicho vehículo, el cual no está exento de riesgos, como no lo está una simple bicicleta, o un patinete, pues requiere un control de un mecanismo y de la velocidad propia de los mismos por su conductor» para terminar sosteniendo en el propio FJ 4° que «...resulta manifiesto que los ciudadanos normales no conducen este tipo de vehículos de modo habitual» (sic) desafortunada manifestación justificada sólo por el año en que fue dictada esta resolución.

109 SAP La Rioja 4 abril 2022 (JUR 2022, 196342).

110 Véase art. 138.2 TRLGDCU.

sufridos por el asegurado al explosionar el citado VMP en el interior de su domicilio. Resulta de aplicación el régimen de responsabilidad recogido en los arts. 135 a 146 TRLGDCU relativo a los daños causados por productos¹¹¹ disponiendo el art. 139 que “El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos” indicando la citada SAP -en su FJ 3º- los tres principales argumentos que siguen en aras a confirmar la SJPI impugnada: a) Que la jurisprudencia tiene recalcado que lo fundamental del concepto de “defecto radica en la falta de seguridad”; b) Que pese a la dicción del anterior art. 139 TRLGDCU no es preciso acreditar el específico defecto generador del daño bastando con la prueba de que existe “...aunque no se pueda determinar la clase del mismo; habrá de convencer al Juzgador de que el producto era inseguro”, y c) Que el producto defectuoso aparece definido en el art. 137 TRLGDCU¹¹² no acreditándose en este caso que el VMP reuniera “...las condiciones de seguridad que todo producto debe ofrecer; la explosión de la batería y las consecuencias dañosas que produjo son imputables a un defecto de fabricación, al cumplirse los requisitos con los que se define un producto defectuoso”. En fin que se adopta aquí el sistema de responsabilidad objetiva -al no mencionarse la culpa en momento alguno- basada en la doctrina del riesgo caracterizada también -como antes señalamos- por presumir la culpa de los codemandados (mercantil fabricante y proveedor) con inversión del *onus probandi* e incrementando, además, el nivel de diligencia exigible.

V. CONCLUSIONES

I. La considerable propagación y utilización de los VMP experimentadas en las áreas urbanas, sobre todo en la última década, no ha sido atendida por el legislador hasta la promulgación del RD 970/2020, 10 noviembre, al quedar aquéllos excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) núm. 168/2013. Esta inicial falta de normativa ha acarreado que la regulación del uso de los VMP se venga dejando prácticamente en manos de los diferentes Ayuntamientos, al margen de las directrices contenidas en las instrucciones de la DGT, teniendo presente que sólo algunos de ellos han procedido a la efectiva ordenación, a veces de manera bien diversa, mediante ordenanzas municipales de circulación.

II. Merced a la reforma operada por el RD 970/2020 la actual regulación de los VMP ha permitido disminuir en parte la ingente inseguridad jurídica reinante en esta esfera al ser calificados, al menos, de “vehículos” y requiriéndose tanto

¹¹¹ Sobre los rasgos característicos de este régimen de responsabilidad por bienes o servicios defectuosos, DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: “La responsabilidad por riesgo”, cit., pp. 16-18.

¹¹² Siendo definido en su primer ordinal como aquél “...que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación” extenso concepto legal que abarca los defectos de diseño, información y fabricación.

el certificado de circulación como el manual de características de cada VMP para tolerar su circulación. No obstante se trata de una mínima reglamentación que adolece de lagunas y deficiencias constatándose la desatención e, incluso, la negligencia del legislador a la hora de disciplinar el uso de tales VMP como se revela, a título de muestra, con la dicción del párrafo 2º del art. 47 TRLTCSV introducido por la Ley 18/2021, 20 diciembre, que obliga a los usuarios de VMP a utilizar casco de protección en los términos que se determinen sin que hasta la fecha se haya desarrollado todavía por vía reglamentaria tal previsión. Algo parecido ocurre con la absoluta omisión de cuestiones tan notables como la hipotética exigencia de suscribir un seguro de responsabilidad civil o la fijación de una edad mínima para los usuarios de VMP echándose en falta -como tantas veces tiene interesado un sector doctrinal y determinadas audiencias- una ordenación estatal, completa y uniforme sobre dichos dispositivos.

III. Precisamente la falta de disposiciones legales acerca de los VMP ha propiciado el surgimiento de tesis fundadas en heterogéneas interpretaciones sobre los mismos llegando algunas de las formuladas en el orden jurisdiccional penal a identificar por completo ciertos VMP con “ciclomotores” con fundamento principal en la similitud de sus rasgos técnicos y el contenido de determinadas instrucciones de la DGT. En aras a solventar la concurrencia de criterios judiciales antagónicos en la materia el Pleno la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha corroborado que ni una ordenanza municipal ni siquiera las Instrucciones de la DGT gozan de bastante fuerza normativa para asentar, como norma penal en blanco, la tipicidad penal no pudiéndose, por tanto, incriminar la utilización de VMP en los delitos contra la seguridad vial al no estar insertos en los tipos correspondientes.

IV. Asimismo el defecto de normativa existente hasta la entrada en vigor del RD 970/2020 ha provocado también el dictado de algunas resoluciones civiles contradictorias en específicas demandas por daños en cuya producción interviene un VMP dada la heterogeneidad de los casos contemplados. En siniestros en que un VMP atropella a un peatón en su zona prioritaria -acera o tramo peatonal- se suele condenar al conductor del dispositivo apreciando negligencia en la conducción (art. 1902 CC) conjugada con el riesgo entendido como generador de una situación de peligro. En los siniestros en que el VMP implicado se encuentra arrendado y asegurado son declarados responsables civiles unas veces tanto el conductor como el propietario y la Cía. aseguradora siempre que el evento dañoso esté inserto en la cobertura de la póliza concertada; otras únicamente su conductor al apreciarse culpa exclusiva en la producción del daño descartando la aplicación de la responsabilidad del empresario (art. 1903 CC) si el daño ocasionado no se encontrara cubierto por la póliza, no faltando tampoco pronunciamientos que optan por condenar al propietario-arrendador con apoyo en el art. 1903 CC,

los deberes de protección que le incumben y la doctrina del riesgo en su versión económica (*cuius commoda, eius incomoda*). En accidentes por daños ocasionados por un patinete conducido por menores de edad se aplica la responsabilidad objetiva o, si se prefiere, cuasi-objetiva de los progenitores (art. 1903 CC) y en los casos en que el daño se origine a un cliente por otro en el interior de un establecimiento comercial se enfatiza la condición de consumidor del primero a los efectos del TRLGDCU para declarar la responsabilidad subjetiva del cliente-dañador (art. 1902 CC) junto con la del empresario (por aplicación del art. 1903 CC y el riesgo entendido en su acepción económica).

V. En accidentes con daños en que se han visto involucrados un vehículo a motor y un VMP, antes de la modificación operada por el RD 970/2020, se ha llegado a equiparar este último con una bicicleta o un monopatín pero matizando desafortunadamente que se trata de un “vehículo a motor” apreciándose, a efectos de responsabilidad, concurso de culpas en la causación del daño. Otras veces se ha declarado la culpa exclusiva del conductor del VMP implicado -con fundamento bien en el art. 1902 CC y el principio de confianza en la normalidad del tráfico, bien en el propio precepto y el riesgo entendido como generador de peligro- no faltando otros casos en que se declara como único responsable al conductor del vehículo a motor por aplicación del sistema de responsabilidad establecido en el RD Legislativo 8/2004, 29 de octubre, apreciándose en algunos supuestos una concurrencia de culpas de ambos conductores. Para el caso de que el accidente obedezca a la aproximación de animales al VMP con resultado de daños para su conductor se ha empleado el régimen de responsabilidad objetiva del art. 1905 CC y, finalmente, también se ha aplicado aquella parte del TRLGDCU dedicada a los daños causados por productos condenando solidariamente al proveedor y al fabricante de un VMP por defecto de fabricación al explosionar el mismo en el interior del domicilio de su propietario.

BIBLIOGRAFÍA

AMADOZ, S.: “La DGT propone una edad mínima para conducir un patinete eléctrico”, *Diario El País. Motor*, <https://motor.elpais.com/actualidad/la-dgt-propone-una-edad-minima-para-conducir-un-patinete-electrico/>, 2 febrero 2023 [consultado 30/05/2023].

ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La responsabilidad civil (I)”, en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 595-624.

BAELO ÁLVAREZ, M. y DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A.: “¿Es el patinete eléctrico un ciclomotor? Luces y sombras ante un limbo jurídico”, *Diario La Ley. Tribuna*, <https://diariolaley.laleynext.es>, 25 octubre 2018, núm. 9286 [consultado 09/05/2023].

DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: “Naturaleza de las “medidas cautelares” de la LTCS: supuestos de adopción. Singular alusión al abandono de vehículo”, *Tráfico y Seguridad Vial. Revista de Derecho de la Circulación, La Ley*, 2000, núm. 18, pp. 4-19. [disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3193541].

- “La responsabilidad por riesgo”, *Big Data Jurist (ISDE)*, Madrid, 2017, pp. 1-28 [disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3196059].

- “Tratamiento jurisprudencial de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil”, en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (dir. J. ATAZ LÓPEZ y J.A. COBACHO GÓMEZ), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1801-1865 [disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3933880].

GARCÍA-VALLE PÉREZ, M. R.: “Responsabilidad por daños causados por patinetes eléctricos”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2021, núm. 79, pp. 9-38.

LÓPEZ, M.: “Radiografía de la movilidad en bici y patinete”, <https://revista.dgt.es/es/reportajes/2022/03MARZO/0331-Observatorio-radiografia-bici-y-patinete.shtml>, 31 marzo 2022 [consultado 12/05/2023].

MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (MITECO): *Directrices para la creación de zonas de bajas emisiones (ZBE)*, MITECO, Madrid, 2021.

MORELL ALDANA, L. C.: “A vueltas con los vehículos de movilidad personal: examen del RD 970/2020, de 10 de noviembre”, *Diario La Ley. Tribuna*, <https://diariolaley.laleynext.es>, 24 noviembre 2020, núm. 9742 [consultado 09/05/2023].

- "Vehículos de movilidad personal: un comentario de urgencia a su última regulación transitoria", *Diario La Ley. Tribuna*, <https://diariolaley.laleynext.es>, 7 enero 2020, núm. 9547 [consultado 08/05/2023].

MORETÓN SANZ, M. F.: "Patinetes eléctricos y responsabilidad civil: los vehículos de movilidad personal y su siniestralidad", en AA.VV.: *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del Derecho español y comparado* (dir. por I. VIVAS TESÓN), Tecnos, Madrid, 2021, pp. 123-149.

PARRA LUCÁN, M. A.: "La responsabilidad civil extracontractual", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Volumen II. Contratos y responsabilidad civil* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), Edisofer, Madrid, 2020, pp. 395-413.

- "Responsabilidad por hecho propio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Volumen II. Contratos y responsabilidad civil* (coord. Por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2020, pp. 415-465.

- "Responsabilidad por hecho ajeno", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Volumen II. Contratos y responsabilidad civil* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2020, pp. 467-486.

PEÑA LÓPEZ, F.: "Hay que regular los patinetes eléctricos", *La Voz de Galicia*, https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/opinion/2019/10/14/regular-patinetes-electricos/0003_201910G14P14994.htm , 14 octubre 2019 [consultado 02/05/2023].

PERONA GÓMEZ, A.: "Los vehículos de movilidad personal y la responsabilidad municipal en caso de accidente", *Economist & Jurist*, 2019, núm. 235, pp. 22-29.

REVERTE NAVARRO, A.: "La limitación del esfuerzo terapéutico y la responsabilidad del médico", en AA.VV.: *Bioética y Medicina Intensiva. Dilemas éticos en el paciente crítico* (coord. por J.A. GÓMEZ RUBÍ y R. ABIZANDA CAMPOS), Edika Med, Barcelona, 1998, pp. 105-120.

LA GESTACIÓN SUBROGADA. SITUACIÓN JURÍDICO-
SOCIAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. A PROPÓSITO
DE LA STS 277/2022, 31 MARZO 2022

*SURROGATE PREGNANCY. LEGAL AND SOCIAL SITUATION IN THE
SPANISH SYSTEM. REGARDING STS 277/2022, 31 MARCH 2022*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 740-765

Ángela NADAL
PASTOR

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: El presente trabajo aspira a llevar a cabo un recorrido por la actual situación jurídica en la práctica de la gestación subrogada, comúnmente conocida como “vientre de alquiler” en España. En primer lugar, se analizará la posición del ordenamiento jurídico español respecto a esta realidad y los derechos que se ven envueltos en esta práctica. Posteriormente, se estudiará la evolución de la doctrina respecto al reconocimiento e inscripción de la gestación subrogada en España, comenzando por las primeras resoluciones de carácter administrativo, más laxas en su permisión, avanzando hasta la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, que adopta una postura firme en contra de su reconocimiento. Todo ello, se realizará analizando los derechos que se ven afectados en esta práctica y como confronta la legislación y orden público actual. Finalmente, se establecerán conclusiones respecto a la práctica y reconocimiento de esta técnica en España.

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada; técnicas de reproducción asistida; derechos humanos; doctrina jurisprudencial; Tribunal Supremo; interés superior del menor; derechos de la gestante.

ABSTRACT: *This paper aims to carry out a tour of the current legal situation in the practice of surrogate pregnancy, commonly known as “surrogate womb” in Spain. First, the position of the Spanish legal system regarding this reality and the rights involved in this practice will be analysed. Subsequently, the evolution of the doctrine regarding the recognition and registration of surrogate pregnancy in Spain will be studied, starting with the first administrative resolutions, laxer in their permission, advancing to the most recent doctrine of the Supreme Court, which takes a firm stand against its recognition. All this will be done by analysing the rights that are affected in this practice and how it confronts current legislation and public order. Finally, conclusions will be drawn regarding the practice and recognition of this technique in Spain.*

KEY WORDS: *surrogate pregnancy; assisted reproduction techniques; human rights; jurisprudence; Supreme Court; best interests of the child; rights of the pregnant woman.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA GESTACIÓN SUBROGADA. CONCEPTO Y SITUACIÓN EN ESPAÑA.- I. ¿Qué interpretación se le da al conjunto normativo español? - 2. Derechos y principios reconocidos en nuestro ordenamiento.- 3. Doctrina administrativa.- III. DOCTRINA JUDICIAL.- I. Antecedentes de hecho.- 2. El interés superior del menor.- 3. Respeto a la vida privada y familiar.- 4. Respeto de la dignidad de la mujer gestante.- 5. Reconocimiento de resoluciones extranjeras.- 6. Fallo.- IV. COMPARACIÓN ENTRE LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL.- V. SITUACIÓN FUERA DE NUESTRAS FRONTERAS. NUEVOS PROYECTOS INTERNACIONALES.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Hoy en día la posibilidad de tener hijos no queda únicamente reservada a la concepción del modo tradicional y natural. La ciencia ha conseguido numerosos avances en el ámbito de las llamadas “técnicas de reproducción asistida” que permiten esquivar la infertilidad.

No obstante, el desarrollo de la ciencia permite llegar hasta límites que antes eran insospechados para el ser humano. Aquí es donde surge el problema. Es nuestra sociedad la que debe poner el límite entre lo científicamente posible y lo éticamente válido.

Dentro de esta encrucijada se halla la gestación subrogada. Se trata de una técnica permitida en algunos países en el mundo, pero mayoritariamente vetada, especialmente en Europa. No obstante, las legislaciones son permisivas con el reconocimiento de la filiación surgida de esta manera, y se salvaguarda esta práctica dejando vacíos legales en su regulación.

El asunto es de especial interés puesto que la administración española, permitía de manera rápida y sencilla que se inscribiera la filiación de niños nacidos por esta técnica. No obstante, la situación ha sufrido un cambio radical, desde la sentencia del Tribunal Supremo 31 marzo 2022.¹ En ella se veta la oportunidad de recurrir a este sencillo proceso y se obliga a los padres a adoptar a sus hijos.

En consecuencia, nuestro sistema de justicia se ha opuesto a una práctica que se encontraba asumida por la sociedad española en general, y realiza un recorrido exhaustivo por todo nuestro ordenamiento relacionándolo con todos los derechos y principios que inspiran el mismo, de manera que justifica su decisión con una base sólida.

¹ STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

• **Ángela Nadal Pastor**

Graduada en Derecho por la Universidad Cardenal Herrera CEU. Correo electrónico: angelanadapastor@gmail.com.

A través de este trabajo, pretendo hacer un examen jurídico de la ya citada sentencia así de la contraposición de la gestación subrogada con nuestro sistema jurídico y los derechos en él reconocidos. En él, se pretende analizar desde los principios generales más básicos, hasta las leyes más concretas que son base para la nulidad de esta serie de contratos en España, y demostrar como forma parte de un sistema coherente, y que no es una decisión tomada a la ligera por el Tribunal Supremo, sino una exigencia de derecho que era necesaria ya en nuestra sociedad.

II. LA GESTACIÓN SUBROGADA. CONCEPTO Y SITUACIÓN EN ESPAÑA.

En el momento que se habla de técnicas de reproducción asistida, es imprescindible acudir a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En ella, no nos encontramos ninguna definición genérica sobre las técnicas de reproducción humana asistidas (en adelante, TRHA). El art. 1 remite al anexo primero de la misma en el que dispone cuales son las TRHA permitidas:

“1. Inseminación artificial.

2. Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.

3. Transferencia intratubárica de gametos.”²

De esta disposición se aprecia que la gestación subrogada no es considerada en nuestro país como una TRHA, al contrario, el art. 10 de la misma ley la prohíbe de manera contundente:

“Art. 10. Gestación por sustitución.

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 de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”³

2 Anexo I Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

3 Art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

Por lo tanto, de este mismo artículo se podría extraer una definición del concepto de gestación subrogada. Se trata de un contrato, una convención entre una mujer que se denominará gestante y uno o unos padres comitentes por el cual la gestante se compromete a gestar al hijo de otras personas, que puede llevar o no los gametos de los comitentes, y renuncia a cualquier derecho de maternidad sobre el futuro niño.

Generalmente esta serie de contratos suelen conllevar una prestación compensatoria, pero la ley evita hacer mención de la misma de manera intencional, para evitar la permisividad de la “gestación subrogada altruista”.

Según estudios realizados, a este tipo de gestación accede un numeroso y variado número de sujetos. De un estudio realizado, se concluye que es mayor el número de parejas heterosexuales que acuden esta técnica, si bien es cierto que las parejas homosexuales están más visibilizadas debido al hecho de que suelen tener más problemas para la inscripción.⁴ Además se suele recurrir a esta técnica por las dificultades que presenta el procedimiento de adopción tradicional.⁵

I. ¿Qué interpretación se le da al conjunto normativo español?

El art. 10 de la LTRHA presenta en su redacción, *a priori*, una prohibición total de la maternidad subrogada. De hecho, de forma oficial, esta es la postura de nuestro país tal y como se respondió en la pregunta número 24 del cuestionario mandado por la Conferencia de la Haya a diferentes países en el marco de trabajo de la cuestión.⁶

Analizando más exhaustivamente el artículo, se extraen las siguientes conclusiones:

El apartado primero, prohíbe la celebración de estos contratos.

Por otro lado, el apartado segundo reconoce el principio jurídico de *mater semper certa est*. De esta manera se cierra completamente a cualquier posibilidad de que la madre sea otra que no sea la gestante del bebé.

Pero el apartado tercero deja una puerta abierta al reconocimiento de esta en el momento que admite que se sí que se podrá reconocer la paternidad del padre.

4 MORERO BELTRÁN, A.M.: “Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español”, *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2018/2, papel 199, p. 10.

5 MORERO BELTRÁN, A.M.: “Características familias”, cit., p. 11.

6 HERMIDA BELLOT, B.: “Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la UE, la CDIPriv y el CDI”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, n° 767, p. 1216.

Asimismo, debe complementarse con otro artículo, el art. 45 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante LRC) que dispone, en relación con el deber de inscripción de los hijos:

“3. Los progenitores. No obstante, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la Entidad Pública correspondiente.”⁷

Parece que el artículo dispone la existencia de un derecho a la renuncia al bebé por parte de la madre. No obstante debe analizarse más en profundidad la literalidad del apartado.

Dispone la renuncia en el momento del parto, no de manera anterior a este, como ocurre en los contratos de gestación subrogada, donde la renuncia es de manera anterior e irrevocable. Esta renuncia no está pensada para amparar los supuestos de maternidad subrogada, sino que ampara la posible decisión posterior de dar al hijo en adopción, siempre con el límite de 6 meses posteriores a la fecha de parto.⁸

2. Derechos y principios reconocidos en nuestro ordenamiento.

En adición se deben analizar los derechos y principios reconocidos que entran en juego dentro de la utilización de este tipo de técnicas. Estos derechos existen para proteger un elemento de la dignidad del ser humano. Esta última tiene una triple función en la configuración de los derechos.

La dignidad es la base de todos los derechos, es el fin por el cual se reconocen, y al mismo tiempo sirve de límite para el ejercicio de los mismos.⁹ Esta triple función es necesario tenerla muy presente a lo largo del siguiente capítulo. Recapitulamos a continuación una serie de derechos:

En primer lugar, se menciona dentro de esta controversia, el derecho a la paternidad. Pero, ¿debemos considerar esto como un derecho? Más bien se podría tratar de un “derecho” creado de manera intencional, sin verdadera base jurídica ni digna, apoyado en la tendencia actual garantista y creadora de nuevos derechos.

La paternidad, sí que tiene una serie de derechos asociada, tal y como se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico, pero no hay un derecho a ser padre, hay un deseo de lo mismo.

7 Art. 45 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22/07/2011.

8 MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.: “Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto”, *El notario del siglo XXI*, 2016, n° 65, p. 49.

9 MARRADES PUIG, A.: “La Gestación Subrogada En El Marco De La Constitución Española: Una Cuestión De Derechos”, *Revista Estudios Deusto*, Vol. Enero-Junio 2017, p. 221.

Por lo tanto, el querer ser padre no entraría dentro del concepto de dignidad. No hay un ámbito de la dignidad que proteja y reconozca como indispensable para salvaguardar el valor de la persona el tener hijos. Al contrario, en una sociedad como la actual, en la que cada vez se ensalza más el individualismo, parece totalmente contradictorio que se pretenda recalcar esta faceta. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su art. 12 sí que reconoce el derecho de los padres y madres a formar una familia¹⁰. Sin embargo, se debe recordar que este texto legal contiene derechos no fundamentales, y de tipo civil y políticos, orientados a los poderes públicos. Este es el caso de este derecho, que pretende el respeto de las familias y de la vida familiar, una vez que se tiene y el derecho a formarlas, pero no a toda costa.

En conclusión, el derecho a ser padre no puede considerarse como relevante en el estudio de la cuestión en tanto en cuanto es un deseo personal.

En segundo lugar, como se ha mencionado en los párrafos anteriores, sí que existen los derechos de la maternidad/paternidad. ¿Qué se entiende por este concepto? Son aquellos derechos y garantías asociados a la tenencia de los hijos. Tienen por objetivo proteger la relación paterno-filial. Es aquí donde la gestación subrogada sí que no encuentra encaje. Si los derechos humanos se tienen por el mero hecho de serlo, por nuestra dignidad, ¿cómo es posible que esta tipología de contratos obliga a renunciar a ellos? ¿Se puede renunciar a un derecho? Si hacemos una sencilla comparativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la respuesta debería ser negativa, tal y como vemos en varios ejemplos, entre los que se quiere destacar el derecho al suicidio. El Código Penal, castiga con penas de prisión a aquellas personas que colaboren con una persona para que se quite la vida (se dejará ahora de lado la cuestión de la nueva Ley sobre Eutanasia).

En tercer lugar, el derecho a la salud y a la integridad física y moral, especialmente vulnerado en el supuesto de las mujeres gestantes, y reconocido en el art. 15 de la Constitución Española. Bien sabido es, que tanto el embarazo como el parto, entrañan una serie de riesgos a la madre. El hecho de “alquilar” un embarazo es aceptar una serie de riesgos, que aunque se firmen y se acepten, van en contra de este derecho y de la integridad de la propia gestante. Se sigue la justificación del apartado anterior, una persona no puede renunciar a sus propios derechos, y el ordenamiento se encarga de preservar la dignidad de las personas, incluso cuando aún estas no quieran.

En cuarto lugar, el derecho de los niños y el interés superior del menor. Quizá se trate del concepto más conflictivo de este asunto, y el que más polémica genera.

10 Art. 12 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los DDHH y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4/11/1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5. BOE núm. 243, de 10/10/1979, pp. 23564 a 23570 (7 pp.).

Se considera en que punto puede favorecer al niño que se impongan trabas a su inscripción y el reconocimiento de su filiación con los padres comitentes. También se plantea la forma en la que se vulnera su dignidad en el momento en el que su nacimiento se "mercantiliza" y se convierte en una transacción con generalmente una compensación económica asociada. Esta cuestión se analizará con más profundidad en los siguientes capítulos.

3. Doctrina administrativa.

La mayoría de los problemas que surgen dentro del campo de la gestación subrogada, y donde se encuentra la mayor controversia son en el momento de la inscripción de los menores nacidos por estas técnicas. En este punto es donde debe analizarse con profundidad la cuestión y la posición del Estado español ante la misma. Pese a que algunos organismos internacionales, como luego se comprobará pretenden armonizar la legislación en la cuestión, o al menos crear una serie de directrices comunes, la realidad es que a día de hoy no hay ningún tipo de consenso sobre cómo proceder ante la inscripción de un bebé nacido por gestación subrogada.

La doctrina administrativa dentro de este campo refiere a las diversas resoluciones de DGRN respecto a la inscripción de niños, de la que se quiere destacar Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

Esta resolución pivota sobre dos ejes principales para tomar su resolución, la protección del interés superior del niño y la protección de los derechos de las mujeres gestantes en los contratos de gestación subrogada.

Respecto a la protección del interés superior del menor, la resolución afirma que se debe tener en cuenta que a través de la inscripción de menores nacidos por esta técnica cuando alguno de los progenitores tenga nacionalidad española, que no sirva para encubrir un caso de tráfico infantil y que no se niegue al niño el derecho a conocer su origen biológico.¹¹

Respecto a los derechos de la mujer, se requiere que se documente que el consentimiento fue real e informado y que tuviera suficiente capacidad para otorgarlo.¹²

De esta manera, la solución a la que se llega es que para poder inscribir a los menores nacidos por gestación subrogada, solo será necesario que se presente

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

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

junto a la inscripción, una sentencia judicial del país en el que se llevó a término el embarazo y el parto en el que se reconozca la filiación.¹³

III. DOCTRINA JUDICIAL.

Hasta hace unos pocos meses, solo existía una única sentencia del Tribunal Supremo en la que se estableciera algo de doctrina sobre la gestación subrogada. La situación cambió desde la STS 31 marzo 2022¹⁴.

En ella se continúa la línea de la primera sentencia de 2014¹⁵. ¿En qué se parecen y en qué ha evolucionado el nuevo pronunciamiento judicial?

I. Antecedentes de hecho.

Las sentencias contienen unos supuestos de hecho similares. En ambas dos la problemática fue la de unos padres que pretendieron acceder al Registro Civil con la filiación de su hijo nacido por gestación subrogada, y les fue denegada la inscripción.

En la STS 6 febrero 2014¹⁶ nos hallamos ante una pareja homosexual de hombres, cuyo hijo ha nacido en Los Ángeles y le fue denegada la inscripción en el Registro Consular de esta misma ciudad.

En la STS 31 marzo 2022¹⁷ el nacimiento del menor ocurre en Tabasco, México, y la situación vuelve a ser la misma, se deniega la inscripción del bebé a nombre de sus padres cuando acuden al Registro Civil en España.

Respecto a ambos casos, la posible discriminación por el hecho de ser homosexuales, en la STS 6 febrero 2014, se desestima totalmente en la sentencia, afirmando que cuando ellos comparan su caso con el caso de dos mujeres que deciden acudir al registro para inscribir a su hijo, estas sí que han utilizado una TRHA reconocida en nuestro ordenamiento como es la inseminación artificial, o la fecundación in vitro, por lo que se desestima de manera radical el posible motivo discriminatorio.¹⁸ Por lo tanto, en este análisis jurídico se va a dejar de lado dicha cuestión, puesto que solo se plantea en una de las sentencias y como se aprecia, queda desestimado el motivo totalmente.

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

14 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

15 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

16 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

17 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

18 FJ 4 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

En ambos casos se decide acudir a la vía judicial para ello, y a continuación se analizarán las principales argumentaciones de las mismas y sus puntos en común.

2. El interés superior del menor.

El interés superior del menor se podría definir como “un principio jurídico garantista, que potencia el reconocimiento de los derechos a favor de todos los niños, niñas y adolescentes y su efectiva vigencia. Rige sobre toda medida o norma porque cualquier decisión relacionada con la niñez debe tener en cuenta principalmente aquello que aporte al reconocimiento del niño o niña como sujeto de derechos, lo que incluye que se tendrá que garantizar su participación en el proceso de toma de decisiones, su opinión y el ejercicio efectivo de sus derechos en general”.¹⁹ El interés superior del niño tiene una triple vertiente como derecho, como principio de interpretación y como norma de procedimiento.²⁰

En ambas sentencias se toma muy en consideración este principio, que no se encuentra expresamente recogido en nuestra Carta Magna, aunque tiene anclaje en el art. 39 de la misma²¹, y son varios los textos legales que la reconocen.²² Pese a ello cabe remarcar que “el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»”.²³

Los recurrentes de los dos casos consideran que ellos son los mejores padres que pueden tener los recién nacidos, puesto que los son quienes manifestaron el consentimiento inicial para ser padres²⁴. También que se debería proteger la familia “de facto”, es decir aquella que viene funcionando como tal²⁵. Alegan así los padres que si ellos son los que se han estado ocupando del niño desde su nacimiento, a favor de ellos debe estar la filiación.

Las dos sentencias sostienen una postura similar en lo que viene siendo el interés superior del menor. Este no puede prevalecer sobre cualquier decisión ni puede amparar la vulneración de otros derechos como son la dignidad de la

19 Interés Superior del Niño. *UNICEF*. 2015.

20 Cfr. Interés Superior del Niño. *UNICEF*. 2015.

21 Cfr. FJ 5.2. STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

22 Cfr. FJ 5.2. STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

23 FJ 5.2 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

24 Cfr. FJ 5.4. STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

25 Cfr. FJ 1.6 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

mujer gestante y la nulidad reconocida en nuestro ordenamiento del contrato de gestación subrogada.

Así se expresa rotundamente en la STS 6 febrero 2014: “La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.”²⁶

El Tribunal tiene en consideración en ambas resoluciones que la decisión de no inscribir la filiación de manera automática puede suponer una serie de perjuicios en los menores. Esto es debido a que se cosifica al bebé que nacerá por gestación subrogada y se le priva de la posibilidad de conocer sus orígenes.²⁷

Se debe remarcar que “el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que España es parte, se establece: «Los Estados partes 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»”.^{28 29}

La venta de niños también se prohíbe en el art. I 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, firmada y ratificada por España. Su definición se encuentra en el art. 2.a) del Protocolo Facultativo se 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 de cualquier otra retribución”.^{30 31}

Podría pensarse que no se incluye la gestación subrogada dentro de la venta de niños, si bien el “Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Asamblea General de la ONU, 15 de enero de 2018, la expresión «para cualquier fin o en cualquier forma» que emplea el citado art. 35 de la Convención supone que la

26 FJ 5.5 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

27 Cfr. FJ 3.9 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

28 FJ 3.3 STS 31 marzo 20122 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

29 Art. 35 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904 (8 pp.).

30 Cfr. FJ 3.4 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

31 Art. I Instrumento De Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. «BOE» núm. 92, de 17 de abril de 2002, pp. 14494 a 14497 (4 pp.).

gestación por sustitución no supone una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en dicha norma. Y que la gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición de «venta de niños» del art. 2 a) del Protocolo Facultativo cuando concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) «remuneración o cualquier otra retribución»; b) el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución”.³²

Para demostrar hasta qué punto se cosifica a los menores, se va a exponer un caso ocurrido en Tailandia. Este país, permite la gestación subrogada. En el año 2014, una pareja australiana encargó a una gestante de 21 años que llevara a cabo el embarazo de su bebé. Se quedó embarazada de mellizos, y a los 4 meses en una prueba médica se descubrió que uno de ellos tenía Síndrome de Down. En ese momento, la pareja intentó forzar a la mujer gestante a que abortara, a lo que ella se negó. Lo que ocurrió fue que tras el parto, la pareja decidió abandonar al bebé con la madre tailandesa, quien carecía de recursos para poder criarlo y volvió a Australia solo con el bebé que ellos consideraban que “cumplía los requisitos”. Finalmente tras varias movilizaciones sociales y campañas, se consiguió dinero para poder mantener al bebé, llamado “Gammy”, pero estos van a acabarse en poco tiempo, según declaraciones de la madre.³³

Se trata de uno de muchos ejemplos, que muestran cómo se cosifica al bebé que va a nacer a la madre y como si fuera un “producto defectuoso” se renuncia a él, olvidándose de que es una persona humana con valor y dignidad intrínsecos.

3. Respeto a la vida privada y familiar.

En ambas sentencias se alegó que la decisión de no querer inscribir a los pequeños vulneraba el art. 8 del Convenio Europeo de Derecho que dice así:

“Derecho al respeto a la vida privada y familiar

I. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”³⁴

32 FJ 3.5 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

33 REDACCIÓN: “Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada”. *BBC Mundo*. 2 de agosto de 2014. https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm [Consulta: 7 de octubre de 2022].

34 Art. 8 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los DDHH y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4/11/1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5. «BOE» núm. 243, de 10/10/1979, pp. 23564 a 23570 (7 pp.).

Se explica que este artículo no puede ser tenido en consideración desde el momento que la denegación de la inscripción vulnera el orden público internacional y además, se actúa en contra de los derechos de la mujer gestante. Así se reconoció en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo.³⁵ Además, se completa con las declaraciones del Comité de Bioética Español que en 2017 concluyó que el deseo de unas personas a ser padres no puede ser a toda costa y no se puede vulnerar los derechos de otros.³⁶

Asimismo, se quiere ahondar más en esta cuestión y demostrar como es el propio artículo el que permite esta decisión. Su apartado segundo dice así.

“2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”³⁷

El apartado segundo permite las injerencias de las autoridades públicas en caso de que entren en conflicto con otra serie de derechos y principios que son base de nuestro sistema. Aquí es donde se encuentra la justificación de carácter legal, ya que la gestación subrogada y la prohibición de inscripción de la filiación van contra nuestro orden público en tanto en cuanto el art. 10 de la LTRHA declara nulo este tipo de contrato y también cuando numerosos son los derechos constitucionalmente reconocidos que se ven vulnerados con estas prácticas.

No se está prohibiendo a los padres comitentes formar una familia, solo se pide que esto se haga de manera que no se vulneren los derechos de otras personas. Numerosas son las maneras ofrecidas por el ordenamiento jurídico en los que no se entra en conflicto con otra serie de derechos, por lo tanto, el hecho de que se prohiba la gestación subrogada no vulnera el derecho de las familias, sino que protege el derecho de las madres gestantes y de los niños nacidos así.

4. Respeto de la dignidad de la mujer gestante.

Nos encontramos ante uno de los argumentos más puestos en alza en ambas sentencias. En los dos textos se considera la gestación subrogada como un ataque a la gestante y a sus derechos.

35 Cfr. FJ 5.10 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

36 Cfr. FJ 3.12 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

37 Art. 8 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los DDHH y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4/11/1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5. «BOE» núm. 243, de 10/10/1979, pp. 23564 a 23570 (7 pp.).

Recordamos que el art. 15 CE dispone: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.³⁸

Cualquier persona, independientemente de su origen sexo, raza o religión, tiene derecho a vivir, y no de cualquier manera, sino salvaguardados su integridad de una manera global. El contrato de gestación subrogada atenta contra esta integridad, y aunque exista consentimiento, es necesario recordar que las personas no pueden disponer de sus derechos más esenciales, por lo que no sería válido.

Para comprender de qué manera el contrato de gestación subrogada vulnera esta serie de derechos fundamentales, no hace falta más que leer sus disposiciones³⁹, y la renuncia a derechos que debe realizar la gestante.

“B.- La gestante sustituta renuncia a todos sus derechos como la madre legal del niño y ayudará en todos los actos legales necesarios para declarar a la futura madre como madre legal del niño.

C.- La gestante sustituta declara y acepta que no es la madre legal, natural, jurídica o biológica del niño. [...]”⁴⁰

En primer lugar, acudimos a las primeras disposiciones del contrato, que disponen las líneas esenciales del contrato. Como se aprecia, la madre, pese a ser la portadora del bebé durante todo el embarazo y la persona que lo dará a luz no tiene ningún derecho sobre el niño. Cabe analizar más en profundidad esta cuestión.

Anteriormente, en este mismo trabajo, se ha afirmado que no existe un derecho a ser padre o madre. No obstante, cabe recordar que en el momento que una mujer se queda embarazada, o que una pareja concibe un bebé, sí que surgen una serie de derechos que no son separables del propio embarazo, los derechos a la maternidad y a la paternidad. No es posible renunciar a estos derechos y ya se ha explicado anteriormente la significación del art. 45 de la Ley del Registro Civil, pensado solamente para aquellos supuestos en los que la madre quiera dar en adopción al hijo, siempre a posteriori del parto, cuando hayan transcurrido como mínimo 6 meses desde la fecha de parto.

38 Art. 15 Constitución Española BOE núm. 311, de 29/12/1978.

39 El contrato se encuentra recogido en el FJ 1.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

40 FJ 1.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

“E.- La gestante sustituta está de acuerdo a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre o por recomendación del médico tratante.”⁴¹

Se ataca en este párrafo al derecho a la integridad física, recogido en el art. 15 CE. Este derecho salvaguarda el propio cuerpo humano. Es ilógico que, para realizar cualquier intervención, por mínima que sea, siempre se requiera el consentimiento de las personas. Solo cabe pensar en todas las intervenciones quirúrgicas o pruebas en las que se pide que la persona firme un consentimiento informado; como para que se pueda permitir que sea otra persona la que decida hacerlo. Parece una situación similar a la que ocurre en los controles de detección de drogas y alcohol en carreteras. Aquí los policías cuentan con la autoridad y la aquiescencia del Estado para poder realizarlo, en aras de un bien común mayor, como es la protección del bien jurídico de la seguridad vial. ¿Qué bien jurídico podría estar protegiendo esta cláusula? Nada, más allá del mero deseo de una persona de querer ser padre a toda costa.

“H.- A partir de la semana 30 (treinta) de gestación la gestante sustituta no podrá alejarse a más de 50 (cincuenta) millas del hospital elegido para el nacimiento del niño [...].”⁴²

Aquí se confronta el derecho del art. 17 de la Constitución Española que determina el derecho a la libertad y el art. 19 que reconoce el derecho a la libertad de movimiento y elección de residencia. En el momento en el que se prohíbe a una persona, el poder desplazarse de manera libre, se trata de un contrato que va en contra de la propia dignidad humana.

“B.- En caso que la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto.”⁴³

Se vuelve a atentar de nuevo contra la dignidad de la persona en su integridad física. Ni siquiera el propio ser humano puede disponer de su propia vida, y aquí en este contrato es otra persona la que decidirá si mantener con vida o no a un tercero. En España, existe la figura del testamento vital en el que la persona puede disponer sus últimas voluntades respecto a los aspectos médicos. De esta manera, en el contrato se deja en manos de un tercero totalmente ajeno a la persona (ni siquiera se trata de un familiar cercano) la decisión sobre si continuar o no la vida

41 FJ I.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

42 FJ I.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

43 FJ I.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

de otra persona. ¿Acaso tienen los comitentes mayor dignidad que la gestante que pueden decidir sobre su vida? No, así lo reconoce el art. 14 CE cuando afirma que todos son iguales, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación; o el art. 9.3 también de la Carta Magna.

“E.- La entrega del niño a la futura madre será inmediatamente después del parto.”⁴⁴

Se trata de uno de los mayores ejemplos de renuncia a la maternidad. La madre renuncia a su hijo, que ha gestado y llevado dentro de ella durante nueve meses. La gestación no es una técnica, sino todo un proceso que involucra todo el cuerpo de la mujer.⁴⁵ Está demostrado que son numerosos los peligros⁴⁶, tanto físicos, como emocionales, que conlleva un embarazo, por lo que no nos hallamos ante un simple proceso mecánico. Además, recientes estudios han probado como durante el embarazo se transmite una parte de carga genética de la madre gestante al bebé, por lo que se atentaría contra el vínculo creado entre ambos, siendo también perjudicial para el bebé.

En numerosos países las madres reciben cursos para aprender a disociarse del bebé. Esto supone reconocer el vínculo emocional que se crea entre ambos, por lo tanto ¿no hacen un reconocimiento expreso estas empresas de que están yendo contra la naturaleza humana? No hay necesidad de entrenar a futuras madres a no querer a su futuro hijo, si no se las obligara a tener que separarse de él.

“B.- La gestante sustituta reconoce haberse informado médicamente y psicológicamente de todos los riesgos derivados al proceso de antes, durante y después de la entrega del niño, incluido, pero no limitando, la muerte, la pérdida de un órgano reproductor, depresión, problemas de fertilidad en el futuro, etc. La gestante sustituta libera a la futura madre de cualquier responsabilidad civil o penal que deriven de estos riesgos asociados al proceso de gestación sustituta y acepta que la futura madre sólo se hará cargo de los pagos determinados en el presente acuerdo. [...]”⁴⁷

Finalmente, la renuncia que se realiza a no poder reclamar nada, ningún daño o responsabilidad a los padres comitentes culmina el “marco jurídico” que envuelve esta serie de contratos.

44 FJ I.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

45 MARRADES PUIG, A.: “La Gestación”, cit., p. 231.

46 La OMS recoge los riesgos graves frecuentes en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>, y en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.STA.MMRT>, se muestra la tasa de mortalidad materna por cada 100.000 nacidos vivos.

47 FJ I.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

Se podría afirmar que la madre lo firma libremente, ¿pero nos hallamos de verdad ante una libertad genuina?

La mayoría de los países en los que está legalizada esta práctica, son considerados países pobres o en los que la población vive en su mayor parte en la pobreza. ¿Se habla entonces de libertad y voluntad o de necesidad?⁴⁸ Al igual que ocurre con el debate de la prostitución, no se puede defender que es la mujer la que elige libremente llevar a cabo esta práctica, cuando es la única que le puede ofrecer una solución rápida a su falta de recursos.⁴⁹

Para combatir este argumento, en numerosas ocasiones se habla de la posibilidad de gestación subrogada altruista, por ejemplo como ocurre en Australia. En este supuesto, se debe tener en cuenta, por un lado que nunca se suele hablar de un servicio totalmente gratuito, sino que siempre hay una especie de contraprestación económica, en principio para cubrir gastos del embarazo y similares, pero cuya cantidad suele ser más elevada que la necesaria, siendo así una especie de donación a la gestante y convirtiéndolo de este modo en remunerada, pero bajo otro nombre.

Por otro lado, en el supuesto de que sí existiera una verdadera gestación subrogada de carácter totalmente gratuito, no se puede dejar a la persona disponer de sus propios derechos y menos de los más fundamentales. Como ya se ha comentado este tipo de contratos atenta necesariamente contra numerosos derechos de la persona, tanto de la gestante como de los niños nacidos por este método y la sociedad, en aras ya del propio bien común no puede permitirlo, si de verdad se tiene en cuenta de manera efectiva la dignidad de la persona del art. 10 de la Constitución Española.⁵⁰

No es prohibir la gestación, ya que atentaría contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en estos supuestos se está prohibiendo un contrato que mercantiliza el cuerpo de la mujer y el bebé resultante. En ellos, afirman las sentencias, se instrumentaliza a la persona, en el momento en el que la mujer es considerada como medio para lograr un fin, y no como un fin en sí misma⁵¹.

¿Se puede considerar que se trata a la mujer de incubadora humana? La respuesta debe ser afirmativa, en tanto en cuanto, solo importa el resultado que se obtiene de ella, y no el proceso o la propia mujer en el contrato, a quien se le obliga a renunciar a numerosos derechos y es tratada cual objeto. Algunas

48 Cfr. MARRADES PUIG, A.: "El debate sobre la gestación subrogada en España: Dignidad, deseo y derechos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2017, 30, p. 169.

49 Cfr. FJ 3.8 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

50 MARRADES PUIG, A.: "La Gestación", cit., p. 170.

51 Cfr. FJ 3.7 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

personas alegan que no se la utiliza en su totalidad como un instrumento, ya que sigue siendo fin, pero es incompatible pensar una dignidad que solo es respetable "a medias".

Ningún derecho es absoluto, y tampoco lo es el derecho a la maternidad, ni el derecho a la reproducción.⁵²

El derecho a la maternidad no es el derecho a tener un hijo o hija, se trata más bien del derecho al respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, sin más limitaciones que las que se deriven de la dignidad y de los derechos de las demás personas.⁵³

5. Reconocimiento de resoluciones extranjeras.

Ambas sentencias son dictadas por supuestos en los que no se ha permitido la inscripción de menores nacidos por gestación subrogada. En ambas se analiza el reconocimiento de sentencias extranjeras, pero es especialmente en la de 2014 en la que el estudio es más exhaustivo .

Según la STS 6 febrero 2014⁵⁴, el objeto de litigio no se ha planteado sobre cuál es la norma aplicable al reconocimiento⁵⁵, sino si sería posible la inscripción y reconocimiento de la misma.

El objeto del litigio es determinar si la inscripción de la filiación no vulnera el principio de orden público. Primero, cabe recalcar que el Reglamento (UE) No 1215/2012 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil no es aplicable al asunto porque como afirma el art. 1.2 "Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable;"⁵⁶

En consecuencia, el principio de respeto del orden público se reconoce en el art. 14 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional⁵⁷ .

52 MARRADES PUIG, A.: "La Gestación", cit., p. 232.

53 MARRADES PUIG, A.: "La Gestación", cit., p. 232.

54 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

55 Cfr. FJ 3.2. STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

56 Art. 1 Reglamento (UE) No 1215/2012 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

57 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. «BOE» núm. 182, de 31 de julio de 2015, pp. 65906 a 65942 (37 pp.).

¿Pero qué es el orden público? Se trata del conjunto de valores y principios reconocidos por una sociedad y considerados como necesarios para mantener la paz social.

¿Podemos considerar que aceptar tal resolución vulneraría el orden público español? Para ello se debe partir de cuáles son los valores reconocidos como esenciales en nuestro ordenamiento, y no hay mejor ejemplo para poder hablar de ello que el texto de nuestra Carta Magna. En él, se reconocen los derechos fundamentales que amparan a todas las personas.

Desde el art. 15 que reconoce al derecho a la vida y a la integridad física y moral, y otros que reconocen el derecho a la libre circulación, a la libertad. También debe acudir al art. 10 que reconoce la dignidad de todas las personas y el libre desarrollo de la personalidad, incluida la del menor y la de la madre gestante.

Dentro de los derechos relativos a la familia “también forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).”⁵⁸ Todos estos derechos se reconocieron como configurantes del orden público español en la STC 23 febrero 1989.⁵⁹

Finalmente si se completan estas disposiciones con los textos legales de menor rango, que como se debe recordar, siempre están inspirados en la Constitución, el hecho de que la LTRHA declare como nulo tal contrato no puede llevar más que a la conclusión de que el hecho de reconocer tal decisión extranjera sería introducir en nuestro sistema, validar una forma de contrato que no se considera legítimo.

Porque si es la propia ley la que lo prohíbe, no puede reconocerse un contrato del que la filiación es “la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes”.⁶⁰

La filiación por gestación por sustitución es contraria, a mi parecer, al orden público español, entendiéndose este como el conjunto de valores y principios que sostiene nuestro sistema. Si se reconociera este tipo de filiación, se abriría la puerta al reconocimiento de cualquier resolución emitida en país extranjero, con el mismo resultado que el acto aquí prohibido. Así, evadir la ley española sería muy sencillo y no tendría ningún sentido que se cree una serie de derechos y garantías, si con la simple huida al extranjero, cualquier persona es capaz de evadirlos.

58 FJ 3.5 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

59 STC 54/1989, de 23 de febrero (ECLI:ES:TC:1989:54).

60 FJ 3.11 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

6. Fallo.

Pese a la similitud del discurso de ambas sentencias, el fallo de ambas no es coincidente.

En la STS 6 febrero 2014⁶¹, la primera que empieza a sentar doctrina, el Tribunal Supremo opta por una posición más laxa. Determina que se inste a la correcta inscripción de los menores⁶², es decir, pese a condenar la gestación subrogada, le pesan más los argumentos de la necesidad de establecer la filiación del menor y le da preeminencia a la familia “de facto” que al orden público español.

En cambio, la STS 31 marzo 2022⁶³ va un paso más allá y decide no permitir la inscripción del niño nacido por gestación subrogada.⁶⁴ En la sentencia se exponen las dos vías por las que se puede obtener la filiación con el bebé. Por un lado, la reclamación de paternidad; y por otro lado, la adopción.⁶⁵ En este segundo procedimiento, es necesario recordar, que el Código Civil dispone una serie de medidas para asegurar la idoneidad de los futuros adoptantes. En este caso, la resolución determina que la familia “de facto” por el breve periodo de tiempo que llevan con el recién nacido no es suficiente para asegurar la idoneidad de los padres comitentes para tener el niño.⁶⁶

En conclusión, se aprecia como la sentencia más reciente, es más osada con la decisión que toma y opta por ir en contra de lo que se encontraba socialmente aceptado en la práctica, como era que la inscripción de la filiación de estos menores era automática. Decide decretar de manera práctica, y no solo en la ley escrita la nulidad de esta tipología de contratos, al no permitir tampoco su inscripción en España. De esta manera, acaba con la aceptación velada de los mismos que se llevaba produciendo hasta entonces y haciendo cumplir así el art. 10 de la LTRHA y asegura el respeto de los derechos humanos fundamentales reconcomidos en nuestra Carta Magna.

61 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

62 Cfr. Fallo STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

63 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

64 Cfr. Fallo STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

65 Cfr. FJ 4.9 y 4.10 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

66 Cfr. F4.12 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

IV. COMPARACIÓN ENTRE LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL.

Tras el análisis exhaustivo de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN y las STS 6 febrero 2014⁶⁷ y 31 marzo 2022⁶⁸ se pretende realizar una pequeña comparación entre ambas doctrinas.

Se aprecia que la doctrina administrativa es mucho más laxa que la doctrina judicial. Esta primera defiende que la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada es la mejor situación para el conflicto que se plantea, doctrina que comparte la STS 6 febrero 2014. Se puede explicar también la similitud de sus disposiciones debido a la proximidad temporal.

No obstante, en el año 2022 la decisión tomada va más allá y se niega a reconocer la inscripción automática de los menores nacidos por gestación subrogada. ¿Qué puede haber llevado a este cambio de decisión?

En el año 2014 cuando el Tribunal Supremo se pronunció, se tuvieron en cuenta los conflictos y vulneraciones de derechos que suponen la aceptación tácita de la gestación subrogada. Porque sí, la inscripción al final es aceptar de manera velada esta forma de reproducción, ya que permite a los padres comitentes que de manera muy rápida y sencilla esquiven la ley española y después puedan volver a inscribir a su hijo sin ningún problema.

Las dos resoluciones que permiten la inscripción priorizan el interés superior del menor de manera principal y dejan de lado las consideraciones del orden público nacional. Es aquí donde la sentencia de 2022 ha dado un paso innovador en el momento que reconoce que el orden público español está constituido, entre otros, por la protección de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños que nacen por esta vía.

Se ha desarrollado también la cuestión en el ámbito internacional, y cada vez más organismos internacionales han intentado erradicar esta serie de prácticas. Según las anteriores resoluciones, con el reconocimiento judicial en el país de origen del bebé que afirmara la filiación era suficiente para poder inscribirlo.

Se olvidan ambos textos que están dejando en manos del mismo país que permite la gestación subrogada, el decidir que se ha hecho con todas las garantías. ¿Acaso es posible tener confianza en la resolución del propio país que puede permitir esto? Es como dejar a un tribunal extranjero decidir sobre nuestro orden público, aquello que se va a considerar como lícito dentro de nuestras fronteras. No, deben ser las instituciones españolas, las que determinen la validez de este

67 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

68 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

contrato y de esta filiación, y si nuestro orden público no lo permite, no dejar que se inscriban a los menores nacidos por esta técnica.

De esta manera, son nuestras propias instituciones las que con la ley española, van a intentar erradicar de una manera real y efectiva esta práctica. Cabe remarcar que no se trata de dejar a los menores y a los padres comitentes en una situación de total desamparo, sino intentar que cada vez se recurra menos a este tipo de técnicas.

Es por ello, que la STS 31 marzo 2022⁶⁹ da un paso adelante en la resolución y eliminación de este tipo de prácticas y debería ser tomado de ejemplo a nivel internacional.

V. SITUACIÓN FUERA DE NUESTRAS FRONTERAS. NUEVOS PROYECTOS INTERNACIONALES.

Enlazándolo con el capítulo anterior, es cierto que a nivel nacional se ha dado un enorme paso adelante en la erradicación de estas prácticas. A nivel internacional, el proceso parece que está ocurriendo a la inversa.

La Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado lleva desde hace 8 años trabajando en un proyecto de Protocolo sobre la filiación en el contexto de la gestión subrogada.⁷⁰

Esta se apoya en los Principios de Verona publicados por la ONG SSI (Servicio Social Internacional) en febrero de 2021.⁷¹

Ambos textos se basan en facilitar el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por esta serie de técnicas, si bien no plantean soluciones para poder erradicar esta serie de prácticas. Parece que en los dos se da un paso atrás en la protección de los menores y de las madres gestantes. Se deja de lado la idea de que es necesaria la protección de las madres gestantes y de estos niños y que no se va a conseguir favoreciendo la filiación, puesto que solo encumbrará la realización de estas prácticas, sino que se debe luchar de manera global para evitar que se lleven a cabo.

69 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

70 Cfr. "Llamamiento para condenar el proyecto de protocolo de la Conferencia de La Haya y los Principios de Verona, que pretenden fomentar la gestión subrogada transfronteriza". *Comisión para la investigación de los malos tratos a mujeres*. 24 de junio de 2002, <https://malostratos.org/llamamiento-para-condenar-el-proyecto-de-protocolo-de-la-conferencia-de-la-haya-y-los-principios-de-verona-que-pretenden-fomentar-la-gestacion-subrogada-transfronteriza/> [Consulta: 7 de octubre de 2022].

71 Cfr. "Llamamiento para condenar el proyecto de protocolo de la Conferencia de La Haya y los Principios de Verona, que pretenden fomentar la gestión subrogada transfronteriza". *Comisión para la investigación de los malos tratos a mujeres*. 24 de junio de 2002, <https://malostratos.org/llamamiento-para-condenar-el-proyecto-de-protocolo-de-la-conferencia-de-la-haya-y-los-principios-de-verona-que-pretenden-fomentar-la-gestacion-subrogada-transfronteriza/> [Consulta: 7 de octubre de 2022].

El texto legal que se prevé que sea sometido a votación en 2023, trata de “enfriar” el procedimiento negándose a utilizar términos como “madre de alquiler”, que sustituye por expresiones como “sustituta” o “mujer de alquiler”.⁷²

Parece que el panorama internacional está más en favor de no enfrentarse de manera directa a este problema. Si bien, hay que reconocer que es difícil llegar a un acuerdo o consenso en la materia, y más aún regular sobre la misma cuando hay diferentes puntos de vista en cada país, los organismos internacionales deberían tener en cuenta los derechos que se ponen en juego en esta serie de contratos, y al igual que ya se ha hecho en otras materias, tratar de penalizar estas al máximo.

Bien es sabido, que el derecho puede hacer que se tienda a ver las realidades de manera positiva o negativa en función de cómo se legisle en una materia. El plus de reproche que supone que la legislación vaya en contra de una práctica como es la gestación subrogada, debería ser tomado encuentra también desde el punto de vista sociológico.

La decisión que pretende tomar la Conferencia de la Haya, iría en contra de lo dispuesto en su Convenio sobre adopción internacional que prohíbe que el consentimiento para dar al hijo en adopción se dé antes del parto y que lleve consigo ningún tipo de remuneración.⁷³

De esta manera, se aprecia que en el ámbito internacional se va a dar un paso hacia atrás en la abolición de estas prácticas. Se va a crear un convenio que pretende facilitar la filiación por estos métodos y que además estará plagado de eufemismos para intenten ocultar la realidad que se esconde tras esta práctica.

VI. CONCLUSIONES.

Tras el estudio en profundidad de la situación, se pueden extraer las siguientes conclusiones.

Nuestro ordenamiento establece como nulos los contratos de gestación subrogada en el art. 10 de la LTRHA, y se justifica correctamente en ambas STS 6 febrero 2014⁷⁴ y 31 marzo 2022⁷⁵.

72 Cfr. “Qué Se Sabe Del Proyecto De La Conferencia De La Haya Sobre Gestación Por Sustitución (Explotación Reproductiva)”. *Coalition Internationale pour L’Abolition de la Maternité de Substitution*. 27 de octubre de 2010. <http://abolition-ms.org/es/noticias/que-se-sabe-del-proyecto-de-la-conferencia-de-la-haya-sobre-gestacion-por-sustitucion-explotacion-reproductiva/> [Consulta: 7 de octubre de 2022].

73 CORONADO SOPEÑA, N.: “La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el lobby no tan callado de los vientres de alquiler”. *Público*. 12 de octubre de 2020. <https://www.publico.es/internacional/conferencia-haya-derecho-internacional-privado-lobby-no-callado-vientres-alquiler.html> [Consulta: 7 de octubre de 2022].

74 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

75 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

La doctrina española ha vivido una gran evolución en este ámbito. En un principio, las resoluciones de la DGRN y la STS 6 febrero 2014 permitían la inscripción de los menores nacidos por este tipo de métodos. Desde el año 2022, nuestro Tribunal Supremo cierra la posibilidad a este reconocimiento directo, e invita a los usuarios de estas técnicas a recurrir al reconocimiento de la paternidad y a la adopción de los menores, siendo procedimientos más largos y costosos.

Este avance se ha dado debido a que la gestación subrogada, supone una vulneración de numerosos principios de nuestro ordenamiento, que afectan directamente al orden público español.

En primer lugar, se debe hablar del supuesto derecho de los padres a formar una familia y el respeto a la vida privada y familiar. Respecto a este, se debe concluir que no existe un derecho a ser padres, sino que hablamos de un deseo, que como tal, no puede ser salvaguardado por el ordenamiento jurídico. Distintos son los derechos asociados a la paternidad. Al ser padres, se adquieren una serie de derechos inherentes a la paternidad, sobre los que no se puede renunciar, cosa a lo que obliga la gestación subrogada, no siendo posible que una persona renuncie a un derecho reconocido para salvaguardar su dignidad. La gestación subrogada va en contra de estos principios de dignidad de la persona humana al obligar a una persona a renunciar a derechos básicos a favor de un mero deseo.

En segundo lugar, cabe referirse al interés del menor. Este actúa como un principio articular de nuestro ordenamiento y sobre el cual muchas disposiciones legales están construidas. El interés del menor debe guiar las decisiones de los poderes públicos, pero no puede suponer una puerta abierta a una vulneración constante de derechos. Asimismo, esta práctica supone una modalidad de tráfico de seres humanos, tal y como afirma la Relatora Especial de la ONU. Por lo tanto, no se justifica que el reconocimiento de la gestación subrogada defienda el interés superior del menor; cuando en realidad su misma práctica vulnera de forma radical los derechos del propio niño.

En tercer lugar, se analizan los derechos de la mujer gestante. Nuestra Carta Magna reconoce numerosos derechos fundamentales, basados en la dignidad inviolable de la persona humana (art. 10 Constitución Española). Este tipo de contratos, exigen una serie de renunciaciones que vulneran derechos como son la integridad física y psicológica o la libertad de movimiento, entre otros, por lo tanto, son una práctica totalmente contraria a los valores más esenciales de nuestro sistema, que son base y articulan el mismo.

Esto supone admitir que la gestación subrogada es una práctica que va en contra de nuestro ordenamiento y orden público, que vulnera numerosos derechos y por lo tanto no puede ser aceptada dentro de nuestras fronteras.

Asumido lo anterior, se debe exponer que el reconocimiento de resoluciones extranjeras debe hacerse de acuerdo a la ley española puesto que si no, no se juzga si están vulnerando nuestro orden público, y evidentemente serán válidas si se juzga con la legislación del país que ya permite de por sí la gestación subrogada, por ello se vulnera el orden público español cuando se permite la inscripción directa de bebés nacidos por este método.

En conclusión, la gestación subrogada está en contra y vulnera todo nuestro sistema de derechos y valores y la prohibición por parte del Tribunal Supremo es adecuada a derecho, y supone un gran avance en esta materia teniendo en cuenta el retroceso experimentado en el ámbito internacional.

BIBLIOGRAFÍA

MARRADES PUIG, A.: "El debate sobre la gestación subrogada en España: Dignidad, deseo y derechos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2017, 30, pp. 153-177.

MARRADES PUIG, A.: "La Gestación Subrogada En El Marco De La Constitución Española: Una Cuestión De Derechos", *Revista Estudios Deusto* Vol. 65/1, Enero-Junio 2017, pp. 219-241.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.: "Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto", *El notario del siglo XXI*, núm. 65 (2016), pp. 48-51.

HERMIDA BELLOT, B.: "Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la UE, la CDIPriv y el CDI", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 767 pp. 1193-1229.

MORERO BELTRÁN, A. M.: "Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español". *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2018/2, papel 199, CEIC UPV/EHU Press, pp. 1-18.

RECENSIONES



CANDELARIO MACÍAS, M. I.: *El aseguramiento de la innovación tecnológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.



La incorporación de las nuevas tecnologías afecta, de forma significativa, a las actividades de la vida cotidiana. A ello no resulta ajeno el mercado asegurador. En virtud de ello, resulta posible asegurar la propiedad intelectual con carácter general y, más en concreto, la propiedad industrial. Esta última resulta un elemento nuclear en la actualidad, ya que incrementa la riqueza en virtud de la creatividad y la innovación. Existe la posibilidad de que la propiedad industrial sea vulnerada, ofreciendo, ante esta eventualidad, medidas ciertamente eficaces el mercado asegurador. El seguro, en relación a los derechos de propiedad industrial, se conoce en los Estados Unidos desde finales de la década de los ochenta del siglo pasado. A grandes rasgos, esta tipología de seguro se aproxima al de responsabilidad civil respecto a que cubre el riesgo del nacimiento, a cargo del asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios producidos, por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado.

La autora de la obra es María Isabel Candelario Macías que es Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. En cuanto a su

formación académica, cabe señalar que es Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca, contando, a su vez, con diversos postgrados. Ha sido profesora invitada en distintas Universidades de Argentina, Brasil, Costa Rica, Francia, Italia, Perú, Portugal, México y Reino Unido, entre otras. Ha recibido el Premio de Excelencia joven personal investigador 2010-UC3M. Responsable del área de conocimiento de Derecho Mercantil del Departamento de Derecho Privado desde 2008 hasta mayo 2021. Coordinadora y responsable del Grupo de investigación PROINDTEN de Propiedad Industrial y Nuevas Tecnologías. Es, además, autora de diversas monografías y publicaciones periódicas relacionadas con el Derecho concursal, contratos mercantiles; Derecho de sociedades; y Derecho de la propiedad industrial.

Respecto a la editorial en la que se edita la monografía, Tirant lo Blanch se posiciona como una de las mejor valoradas en la clasificación SPI (Scholarly Publishers Indicators) que realiza el grupo ILÍA del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). El SPI es 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, y que ofrece una serie de rankings general, por disciplinas, de editoriales extranjeras y de editoriales españolas.

En cuanto a la sistemática de la monografía, la misma cuenta con un capítulo inicial dedicado a la introducción y un capítulo final referido a las conclusiones. Los capítulos centrales versan sobre los aspectos nucleares del tema abordado. En este sentido, el capítulo segundo se refiere a cuestiones de carácter general relativas a la reglamentación de la contratación electrónica y la digitalización. El capítulo siguiente se centra en los antecedentes, contexto, concepto y naturaleza jurídica de la propiedad industrial. Finalmente, se analiza el seguro en materia de propiedad industrial.

En la actualidad, es patente que nos encontramos ante un entorno fuertemente digitalizado. De hecho, en este sentido, se ha hablado de que estamos ante la denominada cuarta revolución industrial. El mundo del seguro no puede ser ajeno a cuanto se plantea. Asimismo, las nuevas tecnologías no solo inciden en la configuración de nuevas vías de negocio desconocidas, sino que también repercuten en la forma de trabajar de las aseguradoras. Estas últimas, cada vez más, emplean informaciones del *big data* o el Internet de las cosas para ofertar productos personalizados y con un precio lo más ajustado posible a los riesgos que se cubren. Recientemente, se ha acuñado el término de *Insurtech* para referirse a las nuevas compañías del sector asegurador que hacen un uso significativo de las nuevas tecnologías. El mencionado término anglosajón define al sector que

aglutina a las compañías de seguros tradicionales, las empresas tecnológicas y a las *startups* disruptivas que utilizan las nuevas tecnologías.

La autora, con buen criterio, presta atención, en el capítulo segundo, a la regulación de la contratación electrónica y la digitalización. Como acertadamente dispone, estamos frente a un cambio del modelo de negocio (de la reacción a la prevención) donde se tiene en consideración el nuevo entorno digital y la evolución del cliente consumidor. Otro de los elementos vinculados con la digitalización del seguro obedece al uso de la cadena de bloques *-blockchain-*. Esta última cobra una especial relevancia cuando se vincula con los contratos inteligentes *-smart contracts-*, la inteligencia artificial, robots o drones. La idea de que se pueda contratar en virtud de códigos informáticos implica incertidumbre jurídica que deberá superarse para que el sector asegurador pueda mejorar su operativa.

El examen de la propiedad industrial en un sentido amplio, con especial atención del contexto, los antecedentes y la naturaleza jurídica se aborda en el capítulo tercero. En efecto, la protección jurídica de las invenciones a través de las patentes la encontramos a nivel nacional, ya que cada Estado tiene su propia legislación, así como en virtud de un elenco de tratados y convenios de carácter internacional mediante la que se busca establecer reglas comunes que faciliten la solicitud y la obtención de patentes a nivel internacional.

Una de las alternativas de la inmensa mayoría de las empresas nacionales será la tutela de sus innovaciones y signos distintivos que son sus activos intangibles. Asimismo, debe considerarse que es la opción de implantar sus productos en el mercado extranjero.

El capítulo cuarto analiza el seguro sobre la propiedad industrial. Las empresas cada vez son más conscientes de la singularidad de sus activos y recursos intangibles. En este sentido, las corporaciones tecnológicas los identifican, valoran y gestionan de manera adecuada. Por ello, son muchas las empresas que se plantean contratar seguros para proteger este tipo de recursos. Ahora bien, algunos podrían considerar que el secreto industrial puede emplearse como mecanismo alternativo para tutelar la invención en lugar de una cobertura asegurativa que sería más costosa. Ante la singularidad de la salvaguarda de la propiedad industrial, dirigida a las empresas que normalmente no están acostumbradas a registrar sus activos intangibles, este seguro es un incentivo para identificarlos y dar garantías a los inversores, así como seguridad en el mercado internacional. Cuando se contrata este seguro se amparan, entre otros, los siguientes extremos: costas procesales; daños y perjuicios; y gastos de defensa a nivel nacional e internacional. El seguro que se comenta ofrece un elenco amplio de funcionalidades que contribuyen a la expansión internacional de las empresas, ya que no siempre se cuenta con una invención registrada a nivel internacional. Cuando esta última se vulnera, surgen

múltiples inconvenientes que se pueden solventar por la vía aseguradora. Uno de los hándicaps más importantes a esta novedosa forma de contratación es su elevada prima. Además, el pago aumenta de manera proporcional en función de cómo sea el riesgo o cobertura que se debe amparar. En todo caso, el importe abonado debe concebirse más como una inversión que como un gasto que se compensa al lograr una ventaja competitiva.

En definitiva, en momentos como los actuales de crisis económica y financiera se hace necesario fomentar las inversiones en I+D+i. El resultado de dichas invenciones puede dar lugar a las distintas modalidades de propiedad industrial. La innovación resulta necesaria para el desarrollo de las empresas y la economía en general, si bien, en la práctica, España, en esta materia, se encuentra por detrás de sus socios europeos. Dicho fenómeno es todavía más visible en el caso de las pequeñas y medianas empresas. Los avances tecnológicos son resultado de las actividades científico técnicas. En virtud de ello aparecen nuevos productos, procedimientos, modelos de utilidad o mejoras de diverso alcance. La propiedad industrial es uno de los instrumentos legales que el empresario dispone para ejercer sus actividades comerciales, industriales o de servicio. Los progresos deben ser parte del patrimonio de la empresa y estar protegidos jurídicamente, de manera que la competencia no tenga acceso a los mismos. Resulta, en esta línea, especialmente sugerente el empleo de la póliza asegurativa de estas nuevas modalidades de propiedad industrial. Como queda patente, a lo largo de la obra que se ha reseñado, el seguro de propiedad industrial constituye una clave estratégica para poder competir en el mercado internacional.

Dr. Eduardo Carlos Dittmar
EAE Business School; UNIE Universidad

DE LAS HERAS GARCÍA, M. A.: *La delación abintestato y sus regímenes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 180 pp.



Dentro de la concreta esfera del Derecho sucesorio la ordenación de la sucesión legal o abintestato, en particular, la que pervive en el territorio regido por el Derecho común se encuentra cuestionada, entre otras razones, por anteponer los intereses de los ascendientes del causante a los del cónyuge de este último e ignorar por completo la figura de una eventual pareja de hecho del finado (habida cuenta del absoluto silencio que sobre la misma persiste en mantener el Código civil). A raíz de ello valga subrayar lo oportuno que resulta el presente estudio monográfico al aglutinar las diversas regulaciones establecidas sobre la sucesión intestada facilitando, de otro lado, su debido contraste con continuas alusiones a los principales criterios doctrinales esbozados al respecto. Frente a una precedente y tradicional corriente crítica sobre esta clase de sucesión *mortis causa* no cabe obviar que, como se desanuda del mismo prólogo, según los datos ofrecidos por el Consejo General del Notariado en el año 2020 descendió la firma de testamentos otorgados en un 4% verificando lo propio el número de herencias registradas (en concreto, en un 7'18% respecto de la anualidad precedente) careciéndose, sin embargo, de una estadística oficial que descubra el porcentaje real que suponen en España las denominadas coloquialmente «herencias sin testamento» en relación

con el número total de personas fallecidas por cuanto no resulta posible cruzar los datos de las defunciones contabilizadas por el Instituto Nacional de Estadística con los provenientes de las actas de notoriedad mediante las que se llevan a cabo las correspondientes declaraciones de herederos abintestato debido, entre otros inconvenientes, a que en numerosas ocasiones estas últimas actas no se corresponden cronológicamente con el momento, ni siquiera con el año, en que se produjo la efectiva defunción del causante aunque, de verificarlo, se podría mantener que aproximadamente un 20% de las personas que fallecen en España lo hace sin otorgar testamento lo cual constituye, la mayoría de ocasiones, fuente generadora de heterogéneos conflictos intrafamiliares e, incluso, de desprotección patrimonial del cónyuge o, en su caso, pareja de hecho del finado.

El autor de esta aportación es Profesor Contratado Doctor del Departamento de Derecho civil de la Universidad de Alicante teniendo en su haber académico más de dos décadas de dedicación docente, dos sexenios de investigación reconocidos y, además, resulta ser miembro de los Grupos de Investigación en materia de Responsabilidad Civil y Discapacidad y Familia. La monografía en cuestión comienza con un breve prefacio donde se ponen de relieve las principales pautas que presiden los dos capítulos que abarca cimentados en consistentes argumentos procedentes, en especial, de la doctrina francesa, italiana y, por supuesto, española más autorizada.

En su primer capítulo el autor nos ofrece determinadas notas preliminares sobre la sucesión intestada abordando, por ende, su concepto, naturaleza, principales notas características (concretadas en su universalidad, compatibilidad, supletoriedad y complementariedad respecto de la sucesión testamentaria, sin obviar la necesidad de crear un título formal mediante el correspondiente acta de declaración de herederos abintestato) con expresa referencia a las distintas construcciones teóricas existentes sobre su fundamento mismo. Paralelamente verifica específicas observaciones sobre el *nomen iuris* que se anuda a este tipo de sucesión a la vista de la ordenación establecida en la esfera del Derecho común, en los derechos forales o especiales e, incluso, en la loable Propuesta de Código civil suscitada en 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho civil y otras normas administrativas para concluir que sería conveniente erradicar la denominación sucesión «legítima» en aras a evitar posibles confusiones terminológicas con el sistema legitimario todavía en vigor. A continuación, prosigue su particular singladura relacionando el instituto de la desheredación con la sucesión intestada planteando la posibilidad de que, mediante el primero, tal vez se podría excluir a los legitimarios o si, en su caso, sería posible excluir de la sucesión legal -mediante el otorgamiento de testamento previo- a otra clase de herederos legales llegando a analizar, en particular, una eventual exclusión del Estado. Tampoco se escapa del presente estudio la negativa valoración que le merece al autor la incorporación

del estrambótico art. 914 bis del Código civil por la Ley 17/2021, 15 diciembre, de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento civil, sobre el régimen jurídico de los animales, enfatizando el amplio marco normativo de Derecho comparado del cual proviene (hallándose especialmente inspirada por la Ley portuguesa núm. 8/2017, 3 marzo) y efectuando asimismo determinadas y duras consideraciones críticas al novedoso régimen que ha venido a implementar el precepto en cuestión que, como se procura evidenciar, resulta a todas luces mejorable. Buena prueba de ello lo ha constituido la ulterior modificación de este último artículo a virtud de la Disposición Final 1ª de la Ley 16/2022, 5 septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), reforma del mentado precepto que sólo en parte parece haberse hecho eco de los anteriores reproches vertidos al mismo por el autor. Seguidamente se muestran los principales sistemas de llamamiento o delación abintestato existentes discriminándose, de un lado, los derivados del modelo objetivo o real y, de otro, los provenientes del modelo subjetivo o personal verificando una compendiada (aunque también pormenorizada en ciertos aspectos) evolución histórica de la sucesión intestada (desde su configuración en el Derecho arcaico hasta las Novelas justinianas, ofreciendo asimismo ciertos pilares provenientes del Derecho germánico) a fin de conformar un enfoque panorámico sobre el heterogéneo desarrollo que la misma ha experimentado después en las respectivas legislaciones y territorios, con singular referencia a los ordenamientos francés, italiano y español.

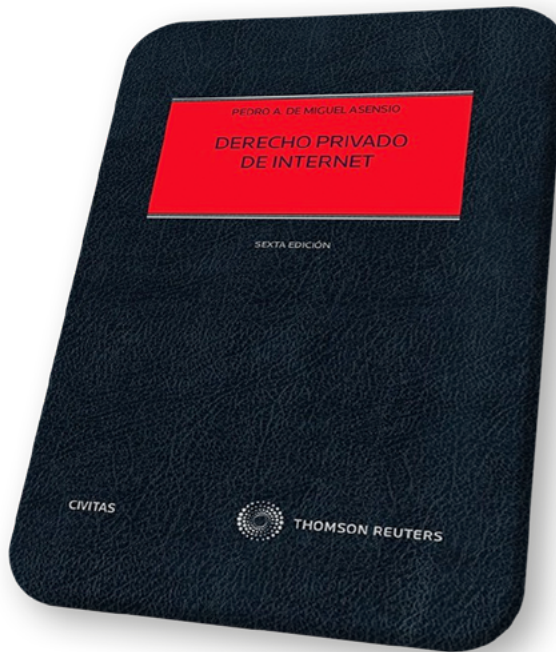
En el capítulo segundo analiza el autor, bajo una perspectiva crítica, la reglamentación de la sucesión legal prevista en el Derecho común abordando, en particular, los supuestos en que procede, los criterios que gobiernan el orden de los llamamientos y, sobre todo, el régimen legal al cual se acomoda a lo largo de las cuatro secciones contenidas en el capítulo IV, Título III, Libro III del Código civil. A continuación analiza los rasgos definitorios de la jurisdicción voluntaria y sus expedientes, tanto en la regulación precedente como en la actual, en aras a resaltar sus marcadas diferencias sustantivas y procesales ocupándose, en concreto, de la configuración de la declaración de herederos abintestato como expediente de jurisdicción voluntaria, refiriendo asimismo el actual régimen de división judicial de la herencia y la homónima declaración de herederos administrativa prevista para el delimitado supuesto en que tenga lugar, dentro de la sucesión intestada, el

último y residual llamamiento a favor del Estado, la comunidad autónoma o, en su caso, la entidad pública respectiva. Termina el presente estudio monográfico con un examen actualizado de las distintas regulaciones establecidas sobre la sucesión legal en las diversas Compilaciones forales (tras las importantes modificaciones legislativas operadas por la Ley foral 21/2019, la Ley balear 7/2017, la Ley gallega 2/2006, la Ley catalana 10/2008, el Decreto legislativo aragonés 1/2011 y la Ley vasca 5/2015 respectivamente) que, sin duda, pronto habrán de ser objeto de nueva revisión por causa de la reciente normativa promulgada, en particular, en materia de discapacidad. Asimismo, contiene una sucinta y última referencia final al régimen de la sucesión intestada contemplado en la aludida Propuesta de Código civil de 2018 con carácter previo a ofrecer las conclusiones obtenidas sobre la materia.

En resumen, nos hallamos ante un examen acerca de una de las áreas trascendentales del Derecho de sucesiones que supone, sin duda alguna, un análisis monográfico de referencia sobre la delación legal o intestada no pudiendo más que aconsejar, por consiguiente, su lectura a cuantos resulten atraídos por este concreto sector del ordenamiento.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, 6ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022.



La red de redes modificó la actividad cotidiana del consumidor y/o usuario desde fines de la década de los noventa del siglo pasado. Aunque, a priori, no es demasiado tiempo, ha sido suficiente para revolucionar nuestra existencia en todos los ámbitos de la realidad social. En la actualidad, ya no sólo se accede a Internet a través de los ordenadores convencionales, ya que existen otros instrumentos adicionales como *tablets*, *smartphones*, frigoríficos, asistentes inteligentes o vehículos autónomos. Con el transcurso de los años, cada vez más dispositivos se conectarán a Internet. Desde entonces se han aprobado una multiplicidad de normas legales, a nivel nacional y comunitario, sobre la materia, que están en permanente cambio.

La presente edición -6ª- ofrece un estudio exhaustivo y actualizado de la normativa que afecta a Internet y las actividades que tienen lugar en las redes digitales. Además de las distintas alternativas de ordenación de la Red, el autor se refiere a un elenco de materias conexas como, entre otras, son: los servicios de la sociedad de la información; las plataformas en línea; las redes sociales; la responsabilidad por contenidos ilícitos en Internet; la protección de la privacidad;

la promoción de los juegos de azar; los nombres de dominio; la firma electrónica; la problemática que plantean los buscadores; y el desarrollo de novedosos mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos.

El autor de la obra es Pedro A. de Miguel Asensio. Es catedrático de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Es Doctor en Derecho (UCM) y Master of Laws, LL.M. (Universidad de Ámsterdam). Ha sido Visiting Scholar en la Harvard Law School en 2005 y 2006, habiendo desarrollado su actividad investigadora también en el Instituto Max-Planck de Derecho internacional privado de Hamburgo y en el Instituto Max-Planck sobre Innovación de Múnich. Desde 2011 es co-director del Committee on Intellectual Property and Private International Law de la International Law Association. Director de la Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Es autor de más de un centenar de publicaciones en más de doce países, entre las que se incluyen libros y estudios doctrinales.

Por lo que respecta a la sistemática de la obra, cabe indicar que la misma cuenta con un total de siete extensos capítulos cuyos aspectos más significativos se analizarán a continuación.

El primero de los capítulos, relativo a la caracterización y organización de Internet, trata un elenco de cuestiones de índole general. Internet es un elemento clave de la denominada sociedad de la información, pues facilita los más variados servicios electrónicos interactivos y la comunicación de todo tipo de informaciones. En este sentido, el autor analiza el fundamento y configuración de Internet. Seguidamente, se refiere a la gobernanza y coordinación de Internet, destacando el análisis que se realiza del ICANN -Internet Corporation for Assigned Names and Numbers-. También son objeto de examen los nombres de dominio y las direcciones de Internet. Se analizan, de manera independiente, la regulación de ciertos contratos que tienen lugar en la Red, a saber: acceso a Internet y servicios de comunicación electrónica; desarrollo de páginas web y adquisición de contenidos; alojamiento de sitio web y computación en la nube; redes sociales; y los contratos publicitarios. El capítulo finaliza con las alternativas que existen para la ordenación de la Red, desempeñando una sugerente labor complementaria la autorregulación de la industria.

Los servicios de la sociedad de la información en un sentido amplio se abordan en el capítulo segundo. Este último principia con el examen del marco normativo y la delimitación de tal modalidad de servicios. El concepto de servicios de la sociedad de la información engloba las actividades típicas de los prestadores de servicios de Internet y de los suministradores de servicios y de contenidos en línea, incluida la actividad de los prestadores de servicios de redes sociales y la organización de subastas. Seguidamente, se aborda la dimensión internacional

del régimen de los servicios de la sociedad de la información, dedicando, entre otras cuestiones, el autor especial atención a ciertas normativas como el Reglamento sobre geobloqueo, el Reglamento sobre servicios de intermediación, y el Reglamento sobre la difusión de contenidos terroristas en línea. También se presta consideración al examen de los contenidos ilícitos y la responsabilidad en Internet. Especial valoración merece el examen de los aspectos internacionales de la responsabilidad civil. El estudio de la determinación de los responsables y, en particular, del régimen jurídico de los prestadores de servicios de intermediación cierra el segundo capítulo. Interesa destacar que, con buen criterio, incorpora el análisis de la nueva Ley de servicios digitales de la Unión Europea.

Las aplicaciones y servicios de Internet se caracterizan por el empleo de técnicas que facilitan el acceso por terceros a datos personales y su tratamiento, con frecuencia sin el consentimiento -ni siquiera el conocimiento- de los afectados. La protección de datos de carácter personal se aborda en el capítulo tercero. A este respecto, la exposición se inicia con las implicaciones que Internet tiene en la materia, para, a continuación, referirse al marco normativo -en el que la autorregulación desempeña una sugerente labor complementaria-. La posibilidad de obtener y tratar numerosa información, acerca de las preferencias y conductas de las personas, con gran frecuencia de manera imperceptible para los afectados, más allá de sus importantes riesgos para la intimidad, tiene un extraordinario potencial económico. Respecto a la normativa que, en este sentido, se analiza, el autor no sólo se limita a la de carácter nacional, dado que, cuando resulta procedente, se refiere al Reglamento General de Protección de Datos. Asimismo, se presta especial atención al tratamiento de datos en el marco de determinados servicios -como, entre otros, son los sitios Web, las redes sociales, los buscadores, la computación en la nube, el Internet de las cosas y la publicidad-. Otras materias que, igualmente, también se abordan son la transferencia internacional de datos; las autoridades de control; y la protección judicial civil frente a un responsable o encargado.

El régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad en España experimentó una profunda transformación con la Ley 29/2009, vinculada a la evolución normativa en el seno de la Unión Europea. Un capítulo nuclear de la obra es precisamente el cuarto relativo a las prácticas comerciales desleales, las comunicaciones comerciales y el Derecho de Defensa de la Competencia. En sede de las prácticas comerciales desleales, el autor se refiere a la cláusula general y los tipos específicos, a saber: engaño, confusión, denigración, imitación e infracción de normas. La autorregulación, materializada en códigos de conducta, desempeña una labor muy relevante a propósito de las comunicaciones comerciales. Por lo que a las comunicaciones comerciales se refiere, el autor analiza ciertas cuestiones de índole general como las comunicaciones comerciales no solicitadas, desde

la perspectiva del Derecho nacional y europeo, y otras materias de especial actualidad como la publicidad realizada por influencers. La expansión del recurso a usuarios de redes sociales, como medio para la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, tuvo lugar en un contexto de ausencia de regulación específica. En este escenario, el desarrollo de un instrumento de autorregulación como el código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad adoptado en 2020 en el marco de Autocontrol, resulta un valioso instrumento. También se analizan las limitaciones aplicables a la publicidad y comercio de determinados bienes y/o servicios como el tabaco, los juegos de azar, y los medicamentos. En cuanto a la defensa de la competencia, tras estudiar el marco normativo, se refiere a determinadas prácticas colusorias, la distribución en línea y el abuso de información dominante.

La regulación de la propiedad industrial se trata en el capítulo quinto. Debido al alcance global de Internet, las actividades de explotación e infracción de los bienes inmateriales presentan típicamente carácter internacional cuando se llevan a cabo a través de ese medio. Los bienes inmateriales adquieren una especial importancia en el contexto de la sociedad de la información en la medida en que resultan esenciales para la protección de los contenidos que se difunden en las redes. El análisis de esta materia comienza con el estudio de las invenciones, las patentes y los secretos empresariales, para, seguidamente, aludir a los signos distintivos y los nombres de dominio. La infracción de marcas en la Red se encuentra sometida a los mismos presupuestos y límites que operan fuera de este medio. Así, la protección marcaria en Internet está también limitada por el principio de especialidad. Asimismo, el autor se detiene en el examen de los mecanismos extrajudiciales de protección de marcas. La eventual problemática que suscitan las marcas en Internet, desde la perspectiva de la legislación española y comunitaria, se estudia a continuación. El autor, en este orden de cuestiones, alude a la posibilidad de que se empleen como palabras clave en servicios publicitarios, o nombres de dominio.

Los desafíos derivados de la generalización del uso de Internet, así como la rápida evolución de sus posibilidades y servicios han conducido a una situación en la que, en el ámbito de la propiedad intelectual, las demandas de adaptación del ordenamiento jurídico, y las exigencias de una aplicación respetuosa con el contexto y la realidad social siguen siendo especialmente intensas. El capítulo siguiente versa sobre los derechos de propiedad intelectual. Para valorar el régimen de la propiedad intelectual en Internet, el punto de partida obligado sigue siendo que el desarrollo tecnológico ha hecho posible la digitalización de los más variados tipos de información. Inicialmente, en esta materia, se aborda la evolución del marco normativo al respecto, para, posteriormente, analizar los objetos protegidos, a saber: los programas de ordenador; las bases de datos; las obras multimedia; y sitios y páginas Web. En este sentido, también se hace

referencia al régimen jurídico que impera en ciertas actividades y servicios como los enlaces, buscadores, difusión de música y redes P2P.

El último capítulo de la obra se centra en la contratación electrónica en un sentido amplio. En dicha materia se estudia la normativa española y la europea. La categoría de los contratos electrónicos, entendida como la integrada por los contratos celebrados mediante el intercambio de mensajes de datos por medios electrónicos, no es una realidad específica de Internet, que solo es uno de los medios de comunicación empleados para la formación de contratos de tal categoría. Respecto al régimen jurídico de la contratación electrónica, cabe señalar la especial repercusión del proceso de elaboración y aplicación de normas uniformes de origen extraestatal, a saber: modelos de contratos, recopilaciones de principios del comercio internacional y textos de reglas uniformes. Se analiza el procedimiento contractual en las diversas etapas del acuerdo entre las partes hasta llegar a la perfección del mismo. Seguidamente, se atiende a la ejecución de las obligaciones. En este último sentido, se analizan cuestiones como el derecho de desistimiento, así como la responsabilidad del empresario y los derechos del consumidor. En cuanto a los medios de pago, además de los de carácter tradicional -como las tarjetas bancarias, los cheques y las transferencias-, el autor, con buen criterio, presta atención a otros más recientes como los pagos móviles y las criptomonedas.

Como ha quedado patente, la monografía, que ha sido objeto de recensión, efectúa un completo examen, plenamente actualizado, de las más diversas cuestiones que se suscitan en la regulación jurídica de Internet. Este último es la manifestación principal y más representativa de una importante transformación de la realidad social, que altera en el entorno digital, propio de la denominada sociedad de la información, algunos de los fundamentos tradicionales sobre los que han operado los ordenamientos jurídicos. La Red está sometida a una constante y rápida evolución que condiciona la continua adaptación del ordenamiento jurídico en este ámbito, ya sea en virtud de la elaboración de nuevas reglas ya sea como consecuencia de los avances en la interpretación y aplicación de las ya existentes. La regulación de Internet se encuentra sometida a un singular dinamismo cuyas particularidades están contempladas en esta obra.

Dr. Eduardo C. Dittmar
UNIE Universidad; EAE Business School

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M. (dirs.): *Protección jurídica de la privacidad. Inteligencia Artificial, Salud y Contratación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022.



Los avances científicos y la tecnología desarrollada en los últimos años han implicado avances sustanciales, progreso y oportunidades para el desarrollo de la humanidad con carácter general. En virtud de la innovación, se han llegado a alcanzar cotas de bienestar en lugares ciertamente insospechados. Estamos, qué duda cabe, ante un punto de no retorno, a nivel social, en el que se están configurando nuevas realidades en el marco de las relaciones humanas. Ahora bien, no todo son prerrogativas, dado que los procesos de cambio, en los que estamos inmersos y de los que somos protagonistas, plantean retos y riesgos acerca de los que debemos reflexionar. Existen múltiples avances que suscitan conflictos a nivel legal, como, entre otros, son: la ultraconectividad tecnológica; la supresión del dinero en metálico; el recurso al *big data* que realiza una monitorización constante de nuestros movimientos; y la coparticipación de cierta información en virtud de redes sociales y determinadas aplicaciones. Estamos, en definitiva, ante situaciones que suscitan retos de cierta complejidad para los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas. Nuestra actividad cotidiana en la red y aplicaciones móviles tiene consecuencias que no deben de pasar desapercibidas. Con nuestras acciones,

como actualizaciones de *software* o instalación de determinadas apps, en cierta medida, cedemos nuestra libertad. La oferta gratuita de determinados servicios no lo es tal, sino que lo es en base a la cesión de nuestra intimidad y libertad.

Esta monografía, de carácter colectivo, agrupa un conjunto de contribuciones que tuvieron su origen en el Congreso *Law Privacy* celebrado, en la Universitat de Valencia, el 21 de abril de 2021. En el mismo se trataron, desde el punto de vista jurídico, las cuestiones que planteaban distintos avances tecnológicos en múltiples ámbitos. En este sentido, como veremos a continuación, se trataron aspectos relacionados con la investigación biotecnológica, la medicina personalizada o los datos genéticos, la salvaguarda de la salud y el tratamiento de las herramientas de anonimización y seudonimización de los datos. También a lo que acontece en relación a la inteligencia artificial, el uso de algoritmos predictivos y el régimen jurídico de los vehículos autónomos. Estamos, en suma, frente a un cambio de paradigma que afecta a los derechos fundamentales como la privacidad y la dignidad. La monografía es objeto de edición por Thomson Reuters Aranzadi -parte de la colección asociada a la Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías-. Teniendo en consideración el ranking efectuado por SPI -Scholarly Publishers Indicators-, en el área jurídica, ocupa la primera posición (ICEE -índice citas editoriales españolas-).

El prólogo, realizado por MARTÍNEZ VELENCOSO, presenta la obra haciendo alusión a las particularidades del congreso científico que fue fundamento de la misma. La conferencia inaugural fue impartida por el Delegado Europeo de protección de datos que manifestó reticencias en cuanto a que los datos personales pudieran llegar a ser entendidos como contraprestación, pues podría llegar a ser reputado un atentado a la dignidad humana. El respeto a la privacidad del individuo es un valor superior a escala comunitaria. Asimismo, se hace alusión a los diversos paneles en los que se estructuró el congreso. El común denominador de los mismos, en todo caso, fue la protección de la privacidad.

El primer capítulo, a cargo de MARTÍNEZ VELENCOSO, se refiere a los retos jurídicos de la economía de los datos. El legislador debe dotar de infraestructura legal al denominado mercado digital. A nivel de la Unión Europea, han tenido lugar diversas iniciativas desde 2015 hasta la actualidad. La solución que habría que tomarse, por parte del Derecho contractual, pasa por la interacción entre el Reglamento General de Protección de Datos y la Directiva 2019/770 y otras normas europeas de salvaguarda de los consumidores. Algunas de las cláusulas que se incluyen en los contratos de suministro de servicios digitales podrían plantear un desequilibrio en la ordenación de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los intereses de los consumidores. Como plantea la autora, en ciertos supuestos, no se llega a superar el control de transparencia en el sentido dado

por la jurisprudencia del TJUE. Por ello, la doctrina plantea la adaptación de la Directiva de cláusulas abusivas para su aplicación a los contratos de suministro de servicios y contenidos digitales.

Las cuestiones actuales que plantea la Inteligencia Artificial -IA- y el Big Data, son objeto de examen en el capítulo segundo. Como su autor, PLAZA PENADÉS, indica, ambos fenómenos son una consecuencia del desarrollo de la Sociedad de la Información y del Conocimiento dentro de la denominada cuarta revolución industrial que ha dado origen a una economía moderna fundamentada en datos y algoritmos que son la base del Big Data, la IA, Drones y Robots. Nos encontramos ante fenómenos de carácter transversal que afectan a todos los sectores económicos -agrario, turismo, transporte, y medicina-. Estamos frente a cuestiones tecnológicas que deben ser objeto de disciplina legal. Los procesos de alfabetización digital básica deben incorporar los aspectos legales esenciales que los usuarios deben conocer de estas cuestiones y los medios que, en la actualidad, tienen para poder ejercitar tales derechos y garantizar su observancia. Las empresas y los centros de investigación que operen en el ámbito del Big Data y la IA deben conocer como salvaguardar las aplicaciones, productos y servicios fundamentados en los mismos y cómo han de utilizarse en cuanto a los derechos fundamentales y el marco normativo vigente. Es conveniente definir una nueva normativa en materia de IA para lo que debe esperarse a que se aprueben los Reglamentos que la UE tiene previstos aprobar sobre el particular. En concreto, debe prestarse especial atención a la Propuesta de Reglamento de IA y la Propuesta de Reglamento de Responsabilidad en materia de IA.

El capítulo tercero se refiere a la revolución inteligente de las máquinas pensantes. Su autor, LLEDÓ YAGÜE, efectúa un sugerente análisis desde la personalidad electrónica. No debemos confundir los dispositivos tecnológicos con las funciones propias del cerebro humano, si bien, en ámbitos y espacios concretos, pueda combinar razonamientos (que, en realidad, únicamente son combinaciones algorítmicas). Los robots inteligentes no podrán sentir, pensar, actuar, pues las máquinas autónomas carecen del argumento subjetivo de la conciencia que los humanos sienten como propia, pero que las máquinas no tienen. El robot deberá estar al servicio de la persona y, asimismo, cabe señalar que su inteligencia será imposible replicarla ni tampoco generar un razonamiento que le lleve a la credibilidad, a comprender el valor intrínseco de la libertad.

El siguiente capítulo, que lleva por rúbrica "Daños en el capitalismo de la vigilancia", tiene como autor a RUDA GONZÁLEZ. En efecto, como manifiesta, prácticamente todos somos objetos de vigilancia por las grandes empresas de Internet que controlan nuestros datos. Recientemente, se ha extendido la idea de que los datos son propiedad de las personas, y que las grandes empresas de Internet

despojan a sus usuarios de esos datos. Así, se produce no solo una vulneración de la privacidad, sino que se pone en riesgo la libertad, lo que se ha dado en llamar el capitalismo de la vigilancia. La teoría del capitalismo de la vigilancia, que aplica la idea de la propiedad a los datos como objeto, está plagada de dificultades. El hecho de que los datos no sean un bien escaso, junto con la inexistencia de un fallo de mercado, que justifique la intervención del regulador para atribuir la supuesta propiedad a un sujeto u otro, determina que la aplicabilidad del concepto de propiedad en este caso sea ciertamente dudosa.

Los nuevos retos que plantea la IA y, en concreto en cuanto a la ética y la responsabilidad, se analizan por RAMÓN FERNÁNDEZ. La autora procede a realizar una reflexión, para poder delimitar los comportamientos que se admiten y cómo encajar la responsabilidad en el supuesto de producirse un daño. En el ámbito de la responsabilidad, se suscita una disquisición doctrinal entre la concesión o no de personalidad jurídica a los robots y su aplicación a la responsabilidad civil.

Los contratos con contenidos y servicios digitales se abordan por MUÑOZ GARCÍA en el capítulo sexto. La Directiva 2019/770 fija un nuevo régimen global de la resolución en el Derecho europeo, siendo una resolución cualificada desde que el contrato incorpora un elemento capital: los datos. Y, como ocurriese con el desistimiento, la aportación dejará su impronta en cualquier contrato de contenidos y servicios digitales en el que se aporten datos.

Por su parte, los vehículos autónomos y los problemas que plantean en materia de privacidad, desde una perspectiva norteamericana, se estudian por LUBOMIRA KUBICA. Uno de los primeros análisis en profundidad sobre cómo el uso de vehículos autónomos puede afectar el derecho a la privacidad en los Estados Unidos fue realizado por Dorothy Glancy en 2012. Ciertas propuestas regulatorias, en materia de privacidad, respecto a los vehículos autónomos, tienen como objetivo crear un marco legal flexible, un régimen de derecho blando -*soft law*- que podría lograrse en virtud de un sistema de certificación de terceros. Dentro de este método, actualmente se señala como el más adecuado el sistema de privacidad por diseño -*Privacy by Design*-, vigente en Canadá.

La Agencia para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos a Gran Escala en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante eu-Lisa), como guardiana de la privacidad de los viajeros irregulares, se estudia por CRUZ ÁNGELES. El acceso a los sistemas de gestión de la información a gran escala está muy regulado. Cada Estado miembro debe notificar a eu-LISA los organismos encargados de hacer cumplir la ley que están autorizados a consular los datos con el objetivo de prevenir, detectar o investigar delitos de terrorismo y otros delitos graves. Los datos no podrán transferirse ni ponerse a disposición de ningún tercer país, organización internacional o entidad privada establecida dentro o fuera de la Unión Europea.

Aunque, en casos de investigaciones relativas a la identificación de un nacional de un tercer país y prevenir o detectar delitos de terrorismo, se pueden hacer ciertas excepciones. Existe la posibilidad de resolver ciertos conflictos mediante sistemas de IA, siempre que se respeten los principios generales, pero existen otras dos cuestiones que son de importancia para la resolución de disputas en línea. La primera es la privacidad, dado que, al comenzar un proceso de resolución de disputa a través de un sistema de IA, debe proporcionarse datos personales para que, a través de un algoritmo, el sistema proporcione una solución aplicable al caso. La segunda es la responsabilidad civil, pues concurren discrepancias en cuanto a la categoría jurídica en la que debe enmarcarse la responsabilidad civil derivada de daños ocasionados a terceros a través de un sistema de IA. La norma general establece que será responsable civil la persona, física o jurídica, que se encuentre detrás del sistema de IA y no podrá aplicarse responsabilidad a un robot.

La relación que impera entre los ODR -Online Dispute Resolution- y la IA es objeto de estudio por FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA. Con la aplicación de los ODR y de los sistemas de IA, en el ámbito de la mediación, lo que se plantea no es la creación de un robot que haga la función del mediador, sino de un sistema experto que dé respuestas automáticas para cada situación particular. La IA, en el ámbito de las ODR, va a tener dos funciones diversas. La primera será asistencial, como elemento de apoyo tanto a las partes como al mediador. La segunda, decisoria, que implica que se sustituirá al humano que debe resolver o mediar y será la IA la que juzgará.

La relación entre la telemedicina y la seguridad de los datos personales se trata por GIL MEMBRADO. La pandemia del coronavirus ha supuesto el detonante para que lo que era una realidad utilizada para los casos de difícil acceso a la asistencia sanitaria, a consecuencia de la distancia, se haya convertido en un complemento idóneo de la consulta presencial. Hace tiempo que convivimos con la historia clínica digital y con la receta electrónica y transitamos hacia el Big Data y la IA. Recientemente, debido a la pandemia del covid-19, ha eclosionado la telemedicina, como una nueva modalidad de asistencia sanitaria, que plantea ciertos retos en materia de protección de datos a los que se refiere la autora.

Parcialmente vinculado con la temática anterior, COBAS COBIELLA, se refiere, a continuación, a la investigación en salud y la protección de datos personales. La movilidad que caracteriza la sociedad actual conduce a la necesidad de acciones conjuntas de difícil desarrollo porque las estructuras sanitarias y el sistema sanitario de cada país, no se encuentra preparado para asumir los nuevos paradigmas. La pandemia del COVID-19 así lo demostró, hizo tambalear el mundo y los cimientos de la sanidad. La finalidad fundamental de este capítulo es acercar la teoría a

la cotidianeidad de los investigadores en la investigación y a los retos que han de enfrentarse, respecto a la normativa, en sus proyectos de investigación, ya que para un jurista puede parecer sencillo entender la norma, pero no para un científico.

La intimidad genética vs. Interés general y, en concreto, el problema del consentimiento, como base legitimadora del tratamiento, se analiza por SANCHO LÓPEZ. Los avances de la tecnología del Big data, en connivencia con el carácter sensible de la información que se desprende de los datos genéticos, constituyen, en consecuencia, un riesgo potencial respecto de la salvaguarda de la libertad individual y la autodeterminación informativa y, en última instancia de la dignidad del individuo, así como de sus derechos fundamentales como la protección de datos o su intimidad personal y familiar. El procesamiento de los datos genéticos implica múltiples riesgos para las personas, ya que son susceptibles de provocar una mayor lesividad para los derechos fundamentales, más allá de lo que sucede con otros datos de carácter personal. Los datos genéticos gozan de un régimen jurídico específico, dotado de una protección mayor y sensiblemente diferenciada del resto de datos personales.

Finalmente, vinculado con lo anterior, MURILLO ROLDÁN aborda el examen de la protección de datos genéticos en la investigación Big Data en salud, analizando, para ello, el Derecho español y el colombiano. El Big Data en el sector salud es muy útil toda vez que hace referencia al análisis y la recopilación de información y datos de personas con unas características específicas que tendrán el objetivo de extraer toda la información necesaria para ser estudiada, y dar una información pertinente sobre otras personas quizás en las mismas condiciones, lo que permitirá establecer de una manera más clara, los posibles y futuros tratamientos.

En definitiva, como ha quedado patente, la tecnología resulta necesaria, pues, entre otros extremos, constituye un elemento positivo de transformación y progreso humano. Con carácter general, da origen a distintos avances que mejoran las condiciones de vida de sus destinatarios. Ahora bien, deben observarse ciertos límites, y, entre otros aspectos, respetar los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas. La presente monografía reformula categorías jurídicas tradicionales para adaptarlas a las nuevas realidades y modelos de negocio que tienen lugar en la sociedad digital.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School

MUÑOZ VELA, J. M.: *Cuestiones éticas de la inteligencia artificial y repercusiones jurídicas. De lo dispositivo a lo imperativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022.



La realidad cotidiana pone de manifiesto que la Inteligencia Artificial -IA en adelante- constituye una tecnología que está modificando, con celeridad, la forma en la que vivimos y trabajamos. Sus avances son asombrosos, pues, por citar algunos supuestos, es susceptible de realizar diagnósticos médicos, efectuar juegos y apuestas, escribir artículos científicos o registrar sus propias patentes. Lo deseable es que la IA estuviera dentro de ciertos límites o patrones éticos y normativos. Ahora bien, recientemente, en un debate organizado por la Universidad de Oxford, se preguntó a la propia IA si podría llegar a ser ética. Tal consulta fue realizada a Megatron -modelo de aprendizaje automático-, respondiendo que la IA nunca sería ética. Su argumento no dejaba indiferente, ya que consideraba que la IA no era lo suficientemente inteligente para que la misma sea moral o ética. La única forma de evitar una carrera armamentística gracias a la IA es no disponer de la misma. Megatron fue más allá, en sus argumentos, y señaló que, a largo plazo, la mejor IA será aquella que sea parte de nosotros -presente en nuestros cerebros- como una entidad consciente. El problema, en definitiva, no reside en la falta de ética de la IA, sino de los seres humanos.

A todo cuanto se anticipa se refiere la presente monografía editada por la Editorial Thomson Reuters Aranzadi -parte de la colección asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial-. Teniendo en consideración el ranking efectuado por SPI -Scholarly Publishers Indicators-, en el área jurídica, ocupa la primera posición (ICEE -índice citas editoriales españolas-).

El autor de la obra es MUÑOZ VELA, abogado especialista en Derecho Digital, ciberseguridad y privacidad, así como director jurídico de Adequa Corporación. También es Doctor en Derecho y profesor en Derecho digital.

El prólogo de la obra, a cargo de PLAZA PENADÉS, presenta la misma exponiendo ciertas consideraciones de interés. Como acertadamente dispone, no debe temerse a las máquinas y a estas nuevas aplicaciones y servicios de IA, sino a determinados hombres que las pueden utilizar indebidamente. En ciertos casos, especialmente sensibles, como infraestructuras críticas, el Derecho y los cuerpos dedicados a la seguridad y defensa no deben subestimar dichas amenazas.

En cuanto a su sistemática, la obra tiene diez grandes apartados (si bien los dos últimos se refieren, por un lado, a la resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones para la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y a los aspectos conexos, y, por otro, la bibliografía). Seguidamente, nos referiremos, de manera somera, a cada uno de ellos, poniendo de manifiesto las notas más características al respecto. El autor formula sus reflexiones teniendo especial consideración de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas.

Tras una breve introducción, el segundo apartado versa sobre el concepto de ética, su integración y aplicación por sistemas inteligentes. Los retos y las responsabilidades éticas de la IA resultan complejos, estando vinculados con sus niveles de automatización, autonomía, impredecibilidad y demás capacidades con las que esté dotada.

El apartado tercero se refiere a los principios y normas éticas básicas de la IA. El hecho de que la IA deba contar con un marco ético para el desarrollo, despliegue y aplicación para garantizar que sea segura y fiable ha determinado que distintos actores (gobiernos, empresas, asociaciones profesionales e investigadores) colaboren en su definición. Ahora bien, en la actualidad, no hay pleno consenso. De las diversas iniciativas aprobadas sobre la materia, el autor destaca la Conferencia de Asilomar organizada por Future of Life Institute. En la misma se establecieron 23 principios o recomendaciones con el objetivo de reducir los eventuales riesgos que pueda plantear la IA y poder aprovechar todo

su potencial para beneficiar a la humanidad. A juicio del autor, deben construirse marcos éticos sólidos reconocidos y aceptados por la industria generadora de sistemas de IA que, a su vez, sean parte de su propia autorregulación.

El marco ético en Europa se trata en el apartado siguiente. A este respecto, debe repararse en que la UE pretende liderar el consenso internacional en el ámbito ético respecto a la IA. Tras enumerar los diversos documentos sobre la materia, el autor se centra en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, sobre normas de Derecho civil en relación a la robótica. Dicha resolución incorpora una Carta sobre robótica junto con un código de conducta para los ingenieros en robótica, así como un código deontológico para los Comités de ética de la investigación. Más adelante, el autor se detiene en el análisis de la declaración sobre la inteligencia artificial, la robótica y los sistemas autónomos, en la que se recogen los principios éticos que deben inspirar la futura ordenación de los mismos en la Unión Europea. También se estudian las directrices europeas para una IA fiable definidas por la Comisión Europea. Las directrices y la comunicación analizadas se limitaron a los aspectos éticos, obviando las cuestiones jurídicas y la referencia a los futuros marcos reguladores. Toda esta cuestión se abordó en el libro blanco sobre la IA. Existen países de la Unión Europea que han avanzado en el ámbito de la autorregulación, en materia de IA, como Dinamarca -con un sello de ética- y Malta -con un sistema voluntario de certificación-.

El siguiente apartado alude a la Propuesta Regulatoria Europea que es una IA centrada en el ser humano, ética y confiable. También se refiere a la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones dirigidas a la Comisión en relación a un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas. La Propuesta de Reglamento, como señala el autor, se construyó sobre la base y con el objetivo de garantizar una IA antropocéntrica -el ser humano como eje- y antropogénica -con origen en el ser humano-. Resulta sugerente que la Propuesta, de inicio, plantea una fusión entre enfoques y técnicas legislativas diversas, es decir, la inclusión de la ética y el denominado soft law en un instrumento normativo de alcance general y eficacia directa como es un Reglamento, bajo pretensión de dar lugar a un hard law, pero sin instrumentos coercitivos y sancionadores asociados en caso de incumplimiento. El autor de la obra no comparte el posicionamiento y la opción final sobre la que se construyó la Propuesta de Reglamento, dado que, a su juicio, hay principios y normas éticas esenciales que deberían ser exigibles a cualquier sistema de IA como la seguridad o control y supervisión humana.

La ética y la responsabilidad se analizan en el apartado sexto. Desde una perspectiva ética, los sistemas de IA deben ser seguros y estar sujetos a control y supervisión humana, y deberían serlo con independencia de su nivel de

riesgo inicial. La ética resulta más significativa que nunca en la sociedad digital y la innovación tecnológica ha de fundamentarse en la ética en consonancia con la finalidad última de la tecnología, que es satisfacer necesidades humanas, resolver problemas, mejorar la vida y, en suma, el mundo. De acuerdo con el desarrollo tecnológico actual y la regulación jurídica vigente, en materia de responsabilidad, un sistema de IA no puede ser imputable ni puede ser responsable, ni ética ni jurídicamente, ni a nivel civil ni penal. Tampoco tiene personalidad jurídica.

La ética en el diseño o *Ethic by design*, objeto de análisis en el apartado séptimo, es un requerimiento ineludible de acuerdo con los principios y normas éticas esenciales que deben integrar los sistemas de IA. La existencia de unos principios y normas éticas contribuyen a garantizar y potenciar los beneficios de la IA, a reducir sus riesgos y a fomentar un entorno de confianza y seguridad, positivo para todas las partes implicadas, en el que se debe garantizar un equilibrio en constante tensión entre la innovación y la competitividad empresarial, y la seguridad y confianza de los ciudadanos en el uso de la tecnología, lo que, a su vez, representa un motor para la inversión y desarrollo de la tecnología.

Las conclusiones se incorporan en el apartado octavo. La IA supone numerosos beneficios para la sociedad en general y los gobiernos, Administraciones públicas, empresas y ciudadanos en particular. Todo ello resulta visible en determinados sectores como, entre otros, la salud, la educación, la industria, las finanzas y el transporte. La elaboración de los próximos marcos jurídicos sobre los éticos contribuirá a que el uso de la IA apoye los valores de la sociedad y actúe en beneficio tanto de la inclusión como del bien común.

En definitiva, estamos frente a una sugerente obra que analiza, con rigor, la necesaria incidencia de la ética en la IA. La ética debe formar parte de los sistemas de IA, desde su diseño y concepción, durante todo su ciclo de vida, mediante la elaboración de principios y normas éticas que regulen la misma, así como incluso la acotación de los ámbitos en los que pueda utilizarse de forma segura. El despliegue de la IA que no cuente con una evaluación previa de sus riesgos, responsabilidad y supervisión puede suscitar graves peligros para los bienes y derechos más significativos del ser humano, por lo que es necesario una regulación adecuada.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School

