

**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 14, Época II, Enero 2019 – Junio 2019

ISSN: 2340-4647



REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad
(REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de
Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista
en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA

EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

INTERNACIONAL IGNACIO

LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho Penal
Profesor de Derecho penal de la Universidad San Pablo
CEU Madrid Abogado**

SUBDIRECCIÓN TÉCNICA

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

Profesora Encargada de Derecho Civil.

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

**Profesora Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho
Constitucional**

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho
Penal Profesor de Derecho penal
de la Universidad San Pablo CEU
Madrid Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS - TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho
Internacional Privado**

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña

Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Coruña

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA

Abogado y Expresidente de la Asociación de Abogados de Derecho de Familia

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

Notario y Presidente de Euskaltzandia (Academia de la Lengua Vasca)

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada

Universidad de Granada

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE

Director del Laboratorio de Sistemática humana

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.

Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

GUILLERMO OLIVEIRA
Catedrático de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y
Medicina

Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA
Doctor en Derecho, Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Facultad
de Derecho de la Universidad
Católica Portuguesa . Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC
(Catedrático de Derecho
Constitucional *Universidad de Lisboa*

EDUARDO VERACRUZ PINTO
Profesor de la Facultad de
Derecho de la Universidad de
Lisboa.
Presidente de la Junta de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Lisboa. Miembro
de la Cámara de Seguimiento y
Enlace con los Tribunales
Judiciales del Consejo Superior de
la Judicatura.

Universidad de Lisboa

RAÚL CERVINI
Catedrático de Derecho
Penal y Encargado de
Posgrados e Investigaciones
Internacionales *Universidad*
Católica del Uruguay

ARNEL MEDINA CUENCA
Profesor Titular de Derecho penal
de la Facultad de Derecho de la
Universidad de La Habana.
Expresidente de la Unión Nacional
de Juristas de Cuba. Máster en
Derecho Público por la Universidad
de Valencia (España). Miembro de
número de la Sociedad Cubana de
Ciencias Penales.

Universidad de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE
Profesora Titular de Derecho
Penal, Presidenta de la Sociedad
cubana de Ciencias penales de la
Unión Nacional de juristas de
Cuba, Jefa de la Disciplina
docente de Ciencias penales y
Decana de Postgrados,
investigaciones y relaciones
internacionales de la Universidad
de La Habana

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil y
de Derecho Notarial. Notario.

Universidad de La Habana

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO
Decano Académico de la
Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de
Bogotá.

Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA
Abogada en el Despacho Suarez y
Sanche. Notaria Pública.
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Costa Rica y Universidad
Latina

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.

Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.
Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas.

Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico
por la Facultad homónima de la
Pontificia Universidad Católica
Argentina. Abogada por la
Universidad de Mendoza y
Coordinadora Publicaciones de la
Facultad de Derecho.**

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho

Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del
Tribunal Superior de Justicia del
País Vasco**

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio
Notarial de Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de
Abogados del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora
Social en Fiscalía en el Servicio de
Apoyo a la Administración de
Justicia Junta de Andalucía**

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial
de Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

Universidad de Deusto

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Granada

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001- 2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA

Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada

ÍNDICE

I. PORTADA EDITORIAL

DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK 13 DE DICIEMBRE DE 2006 AL ANTEPROYECTO DE LEY ESPAÑOL DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018
..... 16 - 19 págs.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE
Socio Fundador de IURELICET
ABOGADOS

OSCAR MONJE BALMASEDA
Socio Fundador de IURELICET
ABOGADOS

II. ARTÍCULOS DOCTRINALES

1. EL DERECHO ANTE EL ENVEJECIMIENTO 20 - 26 págs.

MARÍA ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valencia

2. EL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL: UTILIDADES, REQUISITOS Y LIMITACIONES 27 - 46 págs.

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOIA
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Deusto

3. CIBERACOSO SEXUALIZADO Y CIBERVIOLENCIA DE GÉNERO EN ADOLESCENTES. NUEVO MARCO REGULADOR PARA UN ABORDAJE INTEGRAL 47 - 65 págs.

ANA M^a PÉREZ VALLEJO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Almería

4. LA MEDICINA REPRODUCTIVA DEL SIGLO XXI 66 - 71 págs.

CARMEN OCHOA MARIETA
Doctora en Medicina y Cirugía especializada en Reproducción Humana Asistida, Embriología Clínica y Andrología, Directora Médico URA (Unidad de Reproducción Asistida) CER Santander.

5. LA REVOLUCIÓN DEL CRISPR
.....72 – 76 págs.

SARA LUCAS TOCA
Bióloga, embrióloga clínico junior. Master en Biomedicina y Biología molecular.
Universidad de Cantabria. Master en Reproducción Humana Asistida. Universidad de
Valladolid.

**6. DEL HERMANO MEDICAMENTO O SALVADOR A LA TERAPIA GÉNICA:
CUESTIONES LEGALES RESPECTO A LA SITUACIÓN DEL MENOR
ANTE LOS NUEVOS AVANCES BIOMÉDICOS** 77 – 99 págs.

FRANCISCA RAMÓN FERÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universitat Politècnica de València

**7. TRANSHUMANISMO: SU CONFIGURACIÓN E INFLUENCIA
SOBRE EL DERECHO. ALGUNAS CONSIDERACIONES
BÁSICAS** 100 – 111 págs.

KRYSTYNA WOJCIK RADKOWSKA
Universidad de Deusto
Facultad de Derecho

**8. EL CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVIL FRENTE A LOS COCHES
AUTÓNOMOS: LUCES Y SOMBRAS DE LOS SMART CARS**
..... 112 – 120 págs.

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Deusto

**9. LA ACCIÓN POPULAR COMO MECANISMO DE CONTRAPESO AL
PODER DEL MINISTERIO FISCAL**121 – 129 págs.

JOSÉ M^a MORALES BRAVO
Fiscal. Fiscalía Provincial de Bizkaia

10. PARTICIPACIÓN, ADJUDICACIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD
.....130 – 149 págs.

CRISTINA CAROLINA PASCUAL BROTONS
Magistrada. Doctora en derecho

**11. LA CONVENCION DE NUEVA YORK Y LA NECESARIA
REFORMULACION DE LA DISCAPACIDAD**
..... 150 – 158 págs.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto

DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK 13 DE DICIEMBRE DE 2006 AL ANTEPROYECTO DE LEY ESPAÑOL DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018

Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda
Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

En fin, la reforma del sistema de protección de las personas con discapacidad tiene su núcleo central en la modificación de los títulos IX, X, XI XII del libro primero del Código Civil y del régimen de incapacitación, así como de las instituciones tutelares de los menores e incapacitados¹.

Así, el Título IX queda reservado para la tutela y la guarda de menores. En su capítulo primero, el art. 199 CC - AL - (visto supra) se ocupa de los sujetos - siempre menores- con tutela (desamparados y/o enfermos). El Capítulo segundo, se refiere a la figura del defensor judicial (art. 234 CC - AL-) reservada para cuando exista el tradicional conflicto de intereses entre los menores y/o los representantes legales, y cuando el tutor no desempeñe sus funciones. Está por ver en un futuro, la confluencia de supervisión y autorización judicial en los casos del “sistema de apoyos”, la figura del curador representante, del guardador de hecho, las funciones tutelares, y del defensor judicial en la actuación referida.

El Capítulo tercero, se refiere a la Guarda de Hecho, art. 236 CC - AL- (objeto de comentario en profundidad en este trabajo) por lo que sintetizamos ahora con criterio resumido que de la lectura de este precepto se adivina ya la voluntad del “prelegislador” de que deje de ser una institución meramente *de facto*, para otorgarle un carácter en su caso de “continuidad” en las funciones del guardador *ad hoc*, que incluso puede tener funciones tutelares.

El Título X se reserva para la regulación de la mayoría de edad y la emancipación, quedando el Título XI para recoger la regulación del sistema de protección y de medidas de apoyo a las personas con discapacidad en torno a las figuras de los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho, la autotutela y la tutela, y el defensor judicial. El sistema se cierra con el Título XII, que ahora regula la asistencia en caso de prodigalidad y las disposiciones comunes relativas a las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y de asistencia al pródigo².

Como explica CUENCA GÓMEZ, el sistema de sustitución en la toma de decisiones se erige en una pieza central en la configuración tradicional de los sistemas de incapacitación. Por su parte, el sistema de apoyo en la toma de decisiones constituye un pilar imprescindible para garantizar a las personas con discapacidad la igualdad en el ejercicio de su capacidad jurídica reconocida en el artículo 12.2 y, con ello, la igualdad en el ejercicio de los derechos. En este punto,

¹Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (29 de noviembre de 2018) - Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), pág. 61. Y también CUENCA GÓMEZ, P. *Op. cit.* (Reflexiones sobre el anteproyecto de reforma de la legislación civil). En concreto págs. 90 y ss. En donde lleva a cabo un análisis del anteproyecto, deteniéndose en el nuevo título por el libro primero del Cc. Y así concluye que la reforma de este Título incluye como grandes hitos, acordes con el art. 12 CDPD y con la *Observación General N°1*, la supresión de la incapacitación, la eliminación de la tutela en relación con las personas mayores de edad y de la institución de la patria potestad prorrogada, y la regulación de un sistema de apoyos que otorga primacía a las medidas “preventivas” -planificadas anticipadamente por la propia persona con carácter previo al surgimiento de sus necesidades de asistencia y concretadas en los poderes y mandatos preventivos y la autotutela- y articula con carácter subsidiario una pluralidad de instituciones de apoyo -encarnadas en la guarda de hecho, la tutela y el defensor judicial.

² Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (29 de noviembre de 2018) - Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), pág. 61.

conviene aclarar que el artículo 12.2 engloba, tal y como se ha defendido desde diversos ámbitos con argumentos convincentes, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar³.

La capacidad jurídica se configuraría como un atributo universal que no se puede limitar si bien podría admitir diferentes modalidades de ejercicio. De acuerdo con esta interpretación la presunción de capacidad jurídica establecida por el artículo 12.2 se presenta como un principio general que no admite excepciones, como una presunción *iuris et de iure*, y el sistema de apoyo reemplaza completamente al sistema de sustitución, lo que supone no ya la necesidad de reformar y complementar los sistemas de incapacitación y de sustitución vigentes, sino que implica su total desmantelamiento. Esta visión reclamaría, por tanto, una reforma más profunda y radical de la legislación española⁴.

Asumir esta interpretación más «revolucionaria» no supone negar la evidencia de que en algunas situaciones –por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona– la necesidad de apoyo será tan intensa que consistirá en la práctica en una «acción de sustitución». En todo caso, la acción de sustitución, cuya pertinencia deberá ser evaluada en cada caso, se llevaría a cabo en función de la concurrencia de una situación determinada y, en consecuencia, podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad. Además, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa y la historia de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos etc.⁵

Y es que, como venía insistiendo con toda razón desde hace años “premonitoriamente” VIVAS TESÓN, a partir de su incapacitación judicial, la persona pasaba a ser marginada no sólo socialmente sino ya oficialmente, como si tuviera una marca prácticamente indeleble (al estilo de la que se le hace al animal con el hierro candente para que no se pierda), pasando a ser un sujeto resignado a su situación y pasivo socialmente; una suerte de condena del individuo incapacitado a un permanente status personal de marcada inferioridad jurídica. No estábamos muy lejos de la monstruosa costumbre espartana de arrojar a los recién nacidos con alguna malformación o deficiencia por el monte Taigeto⁶.

Partiéndose de tal presupuesto, numerosas personas que, con un déficit o enfermedad no demasiado grave como para impedirle el autogobierno (p.e. meros trastornos neurológicos que no llegan a ser enfermedades mentales, como la narcolepsia, o el mero debilitamiento psicofísico por razón de la edad) o bien no persistente (p. ej. trastornos mentales transitorios, enfermedades de carácter cíclico en las cuales aparecen períodos de agudización o descompensación con grave alteración de las facultades mentales, los cuales se alternan con otros de lucidez y normalidad psíquica en el paciente, como acontece en la esquizofrenia, en crisis pasajeras o en casos de comas post-traumáticos ocasionados por accidentes de tráfico), pero sin plena autonomía psicofísica, caen en una especie de «limbo jurídico-civil», abandonadas a su suerte, pues al no concurrir en ellas los presupuestos de la incapacitación judicial, quedan desprovistas de toda protección legal (con la salvedad de la posible impugnación de la validez de sus actos o de su internamiento

³ CUENCA GÓMEZ, P. “El Sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”. Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, núm. 10, 2012. pág. 73.

⁴ CUENCA GÓMEZ, P. “El Sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”. Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, núm. 10, 2012. pág. 74. Asimismo, CUENCA GÓMEZ, P. “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD), 24 de diciembre de 2018, págs. 85-86, quien recuerda que la exigencia de la igualdad en la capacidad jurídica, porque lo considera una cuestión de “derechos humanos”, debe ser regulada desde los principios y valores que presiden el discurso de los derechos y desde el principio de autonomía. También, RIVERO HERNÁNDEZ, Ponencia “Curatela y otras formas posibles de protección de personas ancianas disminuidas”, impartida el 3.09.2002 en el Congreso sobre tutela institucional y protección de los incapaces, Bilbao, del 2 al 4 de octubre de 2002, www.inforesidencias.com

⁵ CUENCA GÓMEZ, P. “El Sistema de apoyo en la toma...” *Op. cit.* pág. 74. Y también la misma autora en *op. cit.* (Reflexiones sobre el anteproyecto de reforma...), págs. 85-88.

⁶ VIVAS TESÓN, I. “Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad” en *Revista de Derecho, UNED*, nº 7, 2010, págs. 568 y 569.

involuntario en un centro sanitario ex art. 763 de la LEC-2000)⁷.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha propugnado una interpretación del sistema legal de protección de las personas con discapacidad conforme a los principios y valores constitucionales, que la aproximan a la que se impone desde los principios y valores de la Convención, que, por lo demás, se erige en canon interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades reconocidas por la Constitución (artículo 10.2 CE): «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde –dice la STC 174/2002, de 9 de octubre- hemos de declarar que el derecho a la personalidad del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación a la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (artículo 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 Ley Civil que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de la incapacitación (artículos 199 y 200 CC), se erigen en las garantías esenciales del proceso de incapacitación. La incapacitación total solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable»⁸. Después en el último epígrafe nos detenemos con más extensión en el tema procedimental.

Y así, el sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un «continuum», contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación. En primer lugar, porque a la luz del art. 12 estas situaciones se convierten realmente en situaciones extremas y excepcionales y en muchos casos reversibles a través del fomento de relaciones de comunicación significativas y de confianza. En segundo lugar, porque según ya se dijo, las acciones de sustitución no pueden justificarse en la discapacidad de la persona y por tanto pueden tener cabida en las situaciones que no son discapacidad. En tercer lugar, porque la acción de sustitución sólo puede tener lugar en relación con decisiones que necesitan ser adoptadas y que no supongan un daño irreparable a la persona o sus derechos. Y, sobre todo, porque, como también se indicó, deben respetar la identidad, historia de vida etc. de la persona afectada⁹.

⁷ VIVAS TESÓN, I. “Libertad y protección de la persona vulnerable...” *Op. cit.* pág 569.

⁸ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de ley... *Op. cit.* págs. 30 y 31. Este cambio de paradigma en el sistema de protección de las personas con discapacidad comporta no sólo una profunda modificación del régimen jurídico de la discapacidad, sino también un cambio en la concepción de la discapacidad con proyección social y en el tráfico jurídico. El nuevo modelo significa reconocer a las personas con discapacidad como verdaderos actores sociales y en el tráfico jurídico y económico, lo que conlleva implícitamente una alteración en el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual, en la medida en que pasan a ser sujetos del juicio de imputabilidad y a responder per se. En esta idea, cabe afirmar que la interpretación del sistema legal vigente conforme a la Convención que predica la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo lleva implícito el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, como cualidad inalienable consustancial al reconocimiento, pleno e igualitario, de su personalidad, de forma que la discapacidad en modo alguno altera su capacidad jurídica –su aptitud para ser titular de relaciones jurídicas-, sino su capacidad de actuar –de ejercitar los derechos y obligaciones-, que se ve necesitada de la asistencia y del apoyo de otras personas e instituciones, las cuales, en ocasiones, han de sustituir y representar al afectado por la discapacidad.

⁹ CUENCA GÓMEZ, P. “El Sistema de apoyo en la toma de decisiones” *Op. cit.* pág. 75. Y la misma autora en *op. cit.* (Reflexiones sobre el

anteproyecto de Reforma de la legislación civil), especialmente pág. 94, y concluye con razón que si las medidas de apoyo de este Título se reservan para las personas con discapacidad su disponibilidad no podría supeditarse a la posesión de un certificado administrativo oficial lo que sería totalmente contrario a la CDPD, pág. 21. Y también necesaria la lectura de VIVAS TESON, I. *Op. cit.* (libertas y protección de la persona vulnerable) pág. 562 quien acertadamente dice: recuérdese que nuestro legislador, quien ha experimentado una evolución terminológica en la materia, se ha percatado de la enorme importancia de un cuidadoso uso del lenguaje en el entorno de la discapacidad y, así, ya la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, lleva por rúbrica “*Protección patrimonial de las personas con discapacidad*” (no “*discapacitadas*”), estableciendo en Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, que las referencias contenidas en los textos normativos a los “*minusválidos*” y a las “*personas con minusvalía*”, se entenderán realizadas a “*personas con discapacidad*”, y *Op. cit.* (libertas y protección de la persona vulnerable) pág. 562 quien acertadamente dice: recuérdese que nuestro legislador, quien ha experimentado una evolución terminológica en la materia, se ha percatado de la enorme importancia de un cuidadoso uso del lenguaje en el entorno de la discapacidad y, así, ya la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, lleva por rúbrica “*Protección patrimonial de las personas con discapacidad*” (no “*discapacitadas*”), estableciendo en Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, que las referencias contenidas en los textos normativos a los “*minusválidos*” y a las “*personas con minusvalía*”, se entenderán realizadas a “*personas con discapacidad*”, y que dicho término será utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas. Tal ha sido el término empleado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en cuyo preámbulo se reconoce que “*e) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

EL DERECHO ANTE EL ENVEJECIMIENTO

María Elena Cobas Cobiella
Profesora Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Valencia

Fecha de recepción: 22 de marzo de 2019

Fecha de aceptación: 3 de mayo de 2019

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo esencial ofrecer algunas ideas en relación al derecho frente al envejecimiento. Abordando algunas cuestiones que centran el debate, en primer lugar la persona y su protección ante los avatares del envejecimiento, así como los nuevos paradigmas del desarrollo de la ciencia y la tecnología en torno a la calidad de vida y al envejecer con dignidad.

ABSTRACT: The present work has as essential objective to offer some ideas in relation to the law against aging. Addressing some issues that focus the debate, first of all the person and his protection against the vicissitudes of aging, as well as the new paradigms of the development of science and technology around the quality of life and aging with dignity.

PALABRAS CLAVE: Envejecimiento, derecho, ciencia, tecnología

KEYWORDS: Aging, law, science, technology.

“Ciertas porciones de mi vida se asemejan ya a las salas dismanteladas de un palacio demasiado vasto, que un propietario venido a menos no alcanza a ocupar por entero”.

Memorias de Adriano.

Marguerite Yourcenar

SUMARIO: I.Estado de la cuestión. II. Derecho y envejecimiento. Dos aristas del problema. III. ¿El derecho se encuentra actualizado ante los nuevos retos de la ciencia y la tecnología? IV. Concluyendo. V. Bibliografía.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

La vejez es un naufragio señala la literatura francesa¹⁰, aunque más cabría decir mejor que vivir ya lo es, pero evidentemente la vejez es larga, solitaria y sobre todo en la actualidad que la prolongación de la vida humana constituye uno de los fenómenos más importantes de nuestro tiempo, dado el aumento de la esperanza de vida, pero que no viene aparejada en la mayoría de los casos de una calidad de la misma. La actitud que se tenga frente a ella puede variar y dependerá de factores sociales, de educación e incluso culturales, algunos tratan con honores y confort a sus mayores, otros los consideran inútiles, los abandonan a su suerte¹¹ y lo que es peor en más de una ocasión muchas personas tratan a los ancianos como niños.

El aumento de la esperanza de vida ha traído aparejado un nuevo panorama tanto científico como jurídico, así han aparecido técnicas como la clonación o más actual comienza a hablarse de la criónica, o de la criopreservación¹², igual que nuevas disciplinas en orden a la protección de las personas cuando llegan a una determinada edad.

Señala en este sentido ANDRÉS MOYA: “vivir más, de acuerdo, pero en todo caso vivir bien. Sirva esta última frase como reclamo de atención a la Gerociencia, una nueva rama de la ciencia donde se encuentran, por un lado, científicos de la biomedicina que persiguen la comprensión básica de los mecanismos moleculares y celulares que expliquen el envejecimiento y por otro los geriatras, que buscan mejorar la calidad de vida de las personas mayores. La Gerociencia intenta comprender la estrecha relación existente entre el envejecimiento y las enfermedades crónicas asociadas a la edad avanzada. Dado que la vejez representa el mayor factor de riesgo para la inmensa mayoría de las enfermedades crónicas, se ha postulado la “hipótesis de la gerociencia”, según la cual los mecanismos básicos del envejecimiento juegan un papel importante en la mayor susceptibilidad de los individuos de edad avanzada a múltiples enfermedades crónicas. El gran defensor de esta nueva disciplina y proponente principal de la hipótesis referida es el Dr Felipe Sierra, Director de la División de la Biología de la Edad del “National Institute on Aging, National Institute of Health” en Estados Unidos.

La comprensión de tales mecanismos podría ser determinante para curar, limitar, o al menos posponer la aparición y/o severidad de múltiples enfermedades crónicas. Si nos atenemos a esto y llegamos a comprender esos mecanismos, tendremos en nuestras manos la opción de intervenir con antelación suficiente para, en última instancia, poder lograr una mayor esperanza de vida sana, de vida sin afectación por enfermedades crónicas y discapacidades asociadas a ellas¹³.

Envejecer con calidad de vida, con apoyo, y lo que es más importante manteniendo la dignidad que en vida se tuvo es una obligación de los profesionales, de la familia, de la sociedad y

¹⁰ Comentando que se caracteriza por la degradación del cuerpo, y del alma, la dependencia, aunque a la vez es la serenidad, la experiencia, los ancestros y la permanencia en la memoria de la familia y la sociedad. Vid. P. MALAURIE et L. AYNÉS., *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*. Séptima Edición, Lextenso Edición, Collection Droit Civil, 2014, p. 292.

¹¹ Vid la gran obra *El país de las sombras largas*, de Hans Ruesch, obra donde se describe como a los ancianos que ya no podían sostenerse ni eran de provecho a la sociedad esquilaban los dejaban morir en el hielo, como una costumbre ancestral.

¹² Vid F. VIOLAT BORDONAU., “Criónica: Puerta a la inmortalidad”, en *Fronteras de la Ciencia*, n° 3. Universidad Metropolitana UMET, 2018, p. 11- 12. F. LLEDÓ YAGÜE, / S. INFANTES ESTEBAN., *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos*, Editorial Dykinson. Madrid, 2019, p. 63 - 64.

¹³ A. MOYA., “Vivir más, pero vivir bien”, *Columna Salud. Vida diaria*. By Agencia Ángel Metropolitano.dia <https://angelmetropolitano.com.mx/2019/09/30/vivir-mas-pero-vivir-bien/?fbclid=IwAR38gjROAR5VOIB-Km2zTZ0Gwy3jhok91sJUONN17GA1akfy7OGSLEqrpE>, consultado 7 de octubre 2019.

fundamentalmente de las políticas estatales. A ello se une los nuevos retos de la ciencia y la tecnología que se dedican a estudiar, investigar y solventar muchas de las enfermedades que impiden la calidad de vida en general, con vistas bien de retardar el envejecimiento o si es posible acompañarlo o dotarlo de una salud ajustada, evitando o previniendo enfermedades. Estamos en presencia o por lo menos es lo que ha de ser de una medicina preventiva, de una medicina regenerativa y lo que es más importante volcada en la salud tanto física como mental¹⁴.

Un estudio serio requiere un enfoque multidisciplinario, en orden político, social y económico, incluso de formación en tratamiento de la vejez y en interacción con las diversas disciplinas, como la psicología, trabajo social, medicina, biología entre muchas otras, porque coadyuvaría a un análisis desde otras perspectivas, no condicionado por la formación de cada especialidad.

El Derecho ha ido siempre a la zaga de la ciencia y ello ha influido en la rigidez y poca flexibilidad de algunas categorías jurídicas, y en el pensamiento dogmático y positivista a la hora de decidir sobre los conflictos, ello que es una debilidad y no sería consecuente con la opinión que tengo es también su fortaleza, porque las categorías han sistematizado tanto las costumbres, como hasta el quehacer de la jurisprudencia ofreciendo una seguridad jurídica que protege tanto los actos como los negocios jurídicos, razón por la cual en ocasiones cuando en temas como la discapacidad o la capacidad modificada judicialmente se intenta la búsqueda de protección de la persona y la dignidad humana, así como las propuestas legislativas en general en estos temas, es difícil saber si serán acertados los nuevos enfoques o simplemente generaremos más problemas, al cambiar el marco conceptual, porque no está demasiado claro, que ajustar las categorías a las Convenciones internacionales resuelva la problemática del envejecimiento o la protección de las personas bien de tercera o de cuarta edad¹⁵. Ahora bien siempre resulta un alivio y reconforta que se estén tratando estos temas, pero cualquier estudio que se haga de la materia deberá hacerse desde una visión global y no sesgada.

II. DERECHO Y ENVEJECIMIENTO. DOS ARISTAS DEL PROBLEMA.

Derecho y envejecimiento constituyen dos aristas de un problema, que es la persona como centro de atención del debate, tomando como punto de partida que el envejecimiento constituye un camino gradual, de difícil determinación en cuanto al momento exacto, sobre todo porque depende de muchos factores biológicos, médicos, sociales y económicos. No envejece igual una persona con determinadas condiciones de vida que otra y la calidad en que se haga también tiene sustratos económicos y sociales además de los biológicos.

El derecho civil al trabajar con la persona, tiene en cuenta dos grandes elementos que condicionan el estado civil, la edad y la capacidad. El derecho se ha ocupado de la minoría de edad, no así de la edad en orden al envejecimiento; habida cuenta que no es posible ubicar un límite de edad en cuanto al desenvolvimiento de la persona y la capacidad de autogobierno; razón por la cual una edad avanzada no constituye causa para limitar la capacidad de una persona¹⁶.

¹⁴ Recordemos que el concepto de salud abarca las dos modalidades. La salud es entendida como: “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”, tal como aparece en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Official Records of the World Health Organization*, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Téngase además en cuenta que en fecha 25 de mayo de 2019, la OMS ha considerado “*la patología del “síndrome del trabajador quemado o burnout”* como enfermedad profesional

¹⁵ Conceptos que igualmente se ofrecen con vistas a distinguir los períodos de tiempo de vida, pero realmente las personas tienen una edad y jurídicamente esto no tiene consecuencias jurídicas en orden a la mayoría de edad. Pasa de igual forma cuando se habla de colectivos, para referirnos bien a personas vulnerables o a personas con diferente orientación sexual, las etiquetamos para diferenciar, y a veces no sé si ello es bueno o malo. Pero en cualquier caso no es ahora objetivo de este trabajo.

¹⁶ La edad avanzada, por sí sola, no es causa de incapacidad; la senilidad o senectud, como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico (STS. 25.10.1928); tampoco el hecho de que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos (_SSTS. 12.5.1998. Vid. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) Sentencia número. 520/2011 de 26 octubre, AC\2014\2154.

Las personas tanto menores como mayores de edad son sujetos de derechos y deberes¹⁷, de forma tal que la disminución de las capacidades cognitivas como consecuencia del envejecimiento no impide que la persona pueda seguir ostentando su autonomía de la voluntad y su capacidad de decisión, porque la edad y el deterioro no constituyen causas de incapacitación como se ha señalado.

La ancianidad ha de verse como un estadio de la vida, debe constituir una etapa de apoyo y no de limitaciones externas, y mucho menos de merma del respeto a la dignidad de la persona y al libre albedrío que es lo que dignifica al hombre, por tanto no constituye una causa de incapacitación, ni total ni parcial¹⁸, ya que como señala la doctrina francesa :“*la vejez es la causa frecuente de la incapacidad, pero no entraña en sí misma la alteración de las facultades ni la dependencia. Se trata de un proceso biológico que termina en la muerte, pero que es extraordinariamente diverso*”¹⁹, siendo esta diversidad lo que sujeta la actuación en sede de envejecimiento a la casuística y a la situación personal de cada individuo, con independencia de que se elaboren guías de actuación o se regulen principios que puedan ordenar el tratamiento y el acompañamiento de estas personas.

Téngase en cuenta que limitar el ejercicio de la capacidad de una persona o sujetarla a alguna modificación se aprecia por los tribunales con una visión restrictiva, como una medida de protección de la persona, la cual, con independencia de la edad, o de la situación mental en que se encuentre sigue siendo titular de los derechos fundamentales, aunque determina su forma de ejercicio. Tal como ha sostenido el Tribunal Supremo en reciente jurisprudencia²⁰, y avalada por abundante jurisprudencia en la materia entre las que destacan la STS de 29 de septiembre de 2009²¹.

De ahí que la prueba en los procesos de incapacitación se sujete a reglas especiales, recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que han de ser interpretadas de acuerdo con la Convención de los derechos de las personas con discapacidad²², y por ello los juicios en relación a la incapacidad no pueden apreciarse como ha señalado reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo²³ como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Téngase además en cuenta que la declaración de modificación de la capacidad de una persona se hará teniendo en cuenta la concreta necesidad de la misma, como si de un traje a la medida se tratará. Sin embargo en sede de envejecimiento existen diversas cuestiones que se escapan del ejercicio del derecho a pesar de que la legislación en la materia ²⁴ intenta atemperarse a los

¹⁷ Vid “**Derechos y deberes de las personas mayores en situación de dependencia y su ejercicio en la vida cotidiana**”, A. VILÀ I MANCEBO, P. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, y V.O. DABBAGH ROLLÁN., (Coordinadores), Colección Estudios de la Fundación, N. °6, Estudios de la Fundación Pílares para la autonomía personal, n. ° 6, 2019, pp. 1-186.

¹⁸ Vid J.ALVENTOSA DEL RÍO, y M.E. COBAS COBIELLA., “Problemática de la capacidad de obrar durante el envejecimiento de la mujer. Dilemas ante su protección jurídica”, *El reto del envejecimiento de la mujer: propuestas jurídicas de futuro* (dir CANIZARES LASO, A), LÓPEZ DE LA CRUZ, L y SABORIDO SÁNCHEZ, P, Tirant Lo Blanch, 2018, Colección Libro Homenaje, pp. 473-486.

¹⁹ MALAURIE et AYNÉS., *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, op. cit., p. 292.

²⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia número. 544/2014 de 20 octubre, RJ/2014/5610.

²¹ Cfr (RJ 2009,2901). Recurso número 1269/2006). STS de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012/9713), Recurso número 671/2012.

²² Convención firmada en Nueva York, el 13 de diciembre 2006 (RCL 2008, 950). y ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), que forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 CE y artículo 1.5 CC. Resulta importante destacar que la Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a "adoptar" una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar".

²³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia número. 244/2015 de 13 mayo. (RJ 2015\2023).

²⁴ Constitución Española (BOE) núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (BOE-A-1978-31229). Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889). Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE) núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, BOE-A-2006-21990), Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de procesos sobre la capacidad de las personas (BOE) núm. 7, de 08/01/2000.).Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria de 2

nuevos tiempos, al orden internacional y a la protección de las personas de edad avanzada y de grupos más vulnerables, como es el caso de los menores, por ejemplo, pero resultando insuficiente, porque el tratamiento del envejecimiento no sólo se resuelve con la normativa, requiere empatía, formación y sobre todo asimilación de que estas personas siguen siéndolo y gozan de la protección de sus derechos fundamentales²⁵, y en la medida de lo posible y en orden a la afección mental que se tengan o a la situación de dependencia en que se encuentren deben ser respetadas, sobre todo la autonomía de la voluntad y la independencia, así como todos los derechos que le son inherentes como la dignidad, el honor y la imagen, ya que la disminución de las capacidades cognitivas no tiene por qué venir aparejada a la pérdida de autonomía, ni tampoco la persona inmersa en un trato paternalista o de sumisión.

El entorno familiar, los cuidadores, los profesionales de los centros y las propias figuras que la ley regula²⁶ con vistas a la tutela de los intereses de estas personas, a la representación en cuanto sea necesario de las mismas deben ser conscientes de la responsabilidad y el sacrificio que ello conlleva y sobre todo deberían contar cuando sea posible de una formación específica en el tratamiento de personas de edad avanzada y partiendo de la premisa que las personas cualquiera que sea su edad, tienen el derecho a ser informados, respetados y ser oídos de una manera efectiva y real.

La protección por tanto, ante el envejecimiento ha de encaminarse tanto a la libertad, autonomía y salud, como a las cuestiones patrimoniales, que son las dos grandes problemáticas que afectan a la persona. Por una parte la libertad de movimiento, de decisión, de autogobierno respecto de su vida, y por otra la disposición del patrimonio, la gestión del mismo y la seguridad de las transacciones, todo ello sin obviar las dificultades con la familia y con terceros (cuidadores, familia política y la propia sociedad)²⁷.

El derecho en este sentido, cuenta con algunos mecanismos que pueden de alguna forma atemperar la insuficiencia de sistematización en orden a la protección de la vejez. Así figuras como el albacea en los testamentos, la propia cautela socini, el documento de voluntades anticipadas o la mediación familiar y la mediación intergeneracional pueden- si se emplean debidamente- pueden ofrecer alguna protección a la persona en determinados supuestos²⁸, y fundamentalmente frente a situaciones de conflictividad entre los más ancianos, la familia, los más jóvenes y las delicadas cuestiones que se generan por la administración del patrimonio o por la futura herencia de las personas, que suele ser uno de los temas que más castiga y enrarece las relaciones

De futuro se está trabajando, aunque lentamente en la modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de capacidad en correspondencia con los principios de la Convención Internacional sobre los derechos sobre personas con discapacidad), abogándose por un modelo de apoyo a las personas que padecen de alguna discapacidad, aprobándose el Anteproyecto de Ley de reforma del derecho civil en materia de discapacidad²⁹ fundamentado en la toma de decisiones por parte de las personas, teniendo en cuenta su voluntad y preferencias, y en un sistema de apoyos.

III. ¿EL DERECHO SE ENCUENTRA ACTUALIZADO ANTE LOS NUEVOS RETOS DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA?

Vivimos en un mundo cada vez más acelerado. La ciencia y la tecnología son imparables, frente a

de julio («BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, BOE-A-2015-7391).

²⁵ Como ha reafirmado la STS Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia número. 282/2009 de 29 abril (RJ/2009/2901). *“que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección”*.

²⁶ Léase tutores, curadores, defensores judiciales, guardadores de hecho. Figuras ordenadas y reguladas en los códigos civiles.

²⁷ Cfr la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

²⁸ Sirva de ejemplo, el derecho francés que a través de **LOI n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, regula el mandato de protección futura.**

²⁹ *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Documenta, pp. 247-310.

la fragilidad del ser humano, que continúa anclado al cuerpo y a una mente sujeta a los avatares del entorno, con una vida limitada física y mental, a pesar de que como se ha señalado las personas viven mucho más tiempo en comparación con siglos anteriores. No obstante la inmortalidad sobre la que tanto se ha escrito y se ha pensado sigue siendo inalcanzable.

A esto cabe añadir la aparición de Internet que ha traído aparejado cambios en la forma de relacionarse, de acceder al mundo³⁰, haciendo posible una comunicación y publicidad al instante, y a pesar de las distancia, y que de igual forma afecta a todos los públicos, con independencia de la edad y calidad de vida, pero que está encaminada a la par que la ciencia a transformar la vida humana, en temas como la inteligencia artificial y la nanotecnología, que permitirá en el futuro actuar en el cuerpo humano y en la salud, revolucionando la medicina, la investigación, al orientarse a la recuperación del cuerpo humano, a retardar el envejecimiento y sobre todo a mejorar la calidad de vida. ¿Quizás estemos en presencia de la reconstrucción del cuerpo humano, de la misma forma que se reemplazan piezas en un coche? No tengo la respuesta a fecha de hoy, es sólo anticipar ideas, pero sólo es mera especulación.

No obstante actualmente se debate en temas de tecnología y salud, cuestiones como los objetos conectados en el campo de la salud, haciéndose referencia a cepillos inteligentes que conectados a la red nos indiquen si podemos encontrar caries, o relojes inteligentes que puedan monitorear los signos vitales y avisar a los médicos de algún problema, por ejemplo el infarto, o detectar enfermedades o facilitar recomendaciones para la salud³¹. Hablándose también de telemedicina como una nueva forma de realizar la actividad sanitaria, caracterizado por la aplicación de las TIC en todas las áreas de actuación de la gestión sanitaria, en la formación, investigación, sirva de ejemplo la receta electrónica., la historia clínica electrónica y la tarjeta sanitaria electrónica³².

Centrándonos un poco en lo que al derecho concierne, no hay que ser demasiado talentoso para saber que le queda un largo camino por recorrer en estos temas. El derecho frente a la ciencia sigue siendo vetusto, lento y a la par protector y ofreciendo seguridad jurídica.

Las estructuras conceptuales y categorías jurídicas en este sentido no están pensadas ni por asomo para asumir los citados paradigmas, cuesta todavía un debate centrado en temas como la gestación subrogada o la propia eutanasia³³, como para abordar con precisión un debate en este sentido. Piénsese en los actuales códigos civiles o en las legislaciones de protección a los derechos de los pacientes, son de alcance limitado en relación al crecimiento potencial de la investigación, a los avances de la ciencia y la tecnología, y algunos hechos científicos que no podemos negar ni mucho menos ignorar como las técnicas de clonación, los ensayos transgénicos en animales y la aparición de empresas o proyectos de empresas³⁴ cuya finalidad entre otras en la criónica que es la preservación a bajas temperaturas de seres humanos que la medicina contemporánea ya no puede mantener con vida, con vistas a mantener los cuerpos para tratarlos médicamente y reanimarlos en el futuro³⁵.

La problemática en este sentido es ardua y digna de abordar en trabajos más profundos. De igual forma que los avances en sede de inteligencia artificial y en la posibilidad de transferir conocimientos y quizás nuestra memoria, recuerdos y todo lo que identifica a ser humano a un nuevo cuerpo o quizás a una estructura más duradera son retos que el derecho tendrá que ir

³⁰ Internet multiplica los riesgos por tratarse de un medio de masas por excelencia, a lo que se suma la característica instantánea de la difusión y la extensa publicidad que tiene, dicho de otra forma la informática ofrece una memoria ilimitada y no degenerativa, contrariamente a cada hombre. L. PAILLER., *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée*. Droit des technologies, Cuarta Edición, Préface de Fabien Marchandier, Éditions Larcier, 2014, p. 8.

³¹ T.G. VARGAS OSORNO., “Contratos celebrados a través de un objeto conectado”, *Les objets connectés*, sous la direction de Martine Behar- Touchais, 2018, Actes de journées du 17, 18 et 19 octobre 2017, Colección Bibliothèque de 1, IRJS. André Tunc, Institute de Recherche Juridique de la Sorbonne, p. 157.

³² J.M. PÉREZ GÓMEZ., “La protección de los datos de salud”, *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, RALLO LOMBARTE, A y GARCÍA MARAMUT, R., (Editores), Tirant Lo Blanch, 2015, p. 624.

³³ Téngase en cuenta que precisamente la eutanasia constituye una fórmula que se plantea como consecuencia de una existencia sin calidad ni dignidad.

³⁴ Cfr Cecryon

³⁵ <https://www.cecryon.com/crionica/>

abordando, requiriendo un esfuerzo complejo de asimilación y comprensión ante estos nuevos paradigmas.

¿Quisiéramos que toda nuestra vida estuviera regida por máquinas inteligentes?, esta es una pregunta que quizás deberíamos hacernos y discutir, ya no sólo en el plano científico, sino también desde la filosofía y otras ciencias del saber.

La cautela y los límites en estos temas deben marcar el camino a seguir, debemos proteger al hombre del propio hombre y a la sociedad de la propia sociedad. La ciencia ficción incluso en el cine no siempre tiene un final feliz³⁶, pero a la par hay que apostar y arriesgar, ello forma parte de la condición humana.

IV. CONCLUYENDO

Es probable, que más que el derecho ante el envejecimiento lo adecuado sería la sociedad ante el envejecimiento, porque el problema es colectivo, y multidisciplinar. Requiere de un pensamiento profundo y sobre todo de la concientización de que la vejez nos llegará a todos y es un deber y responsabilidad no sólo con nuestros mayores, sino con nosotros mismo en un futuro que parece a veces más distante de lo que está.

En cualquier caso es un tema abierto al debate y a futuras reflexiones que puedan coadyuvando las experiencias acumuladas trazar principios que aúnen las ciencias implicadas y pongan el envejecimiento de la población como una de las problemáticas más acuciantes en nuestros días.

V. BIBLIOGRAFÍA.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., y COBAS COBIELLA, M.E., “Problemática de la capacidad de obrar durante el envejecimiento de la mujer. Dilemas ante su protección jurídica”, *El reto del envejecimiento de la mujer: propuestas jurídicas de futuro* (dir CANIZARES LASO, A), LÓPEZ DE LA CRUZ, L y SABORIDO SÁNCHEZ, P, Tirant Lo Blanch, 2018, Colección Libro Homenaje, pp. 473-486.

LLEDÓ YAGÜE, F. / INFANTES ESTEBAN, S., *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos*, Editorial. Dykinson. Madrid, 2019.

MALAUURIE P et AYNÉS L., *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*. Séptima Edición, Lextenso Edición, Collection Droit Civil, 2014.

MÉMETEAU, G y GIRER M., *Cours de Droit Médical*, Cinquième édition LEH, Édition, 2016, pp. 9-843.

MOYA A., “Vivir más, pero vivir bien”, *Columna Salud. Vida diaria*. By Agencia Ángel Metropolitano.diaria <https://angelmetropolitano.com.mx/2019/09/30/vivir-mas-pero-vivir-bien/?fbclid=IwAR38gjROAR5VOIB-Km2zTZ0Gwy3jhok91sJUONN17GA1akfqy7OGSLEqrpE>, consultado 7 de octubre 2019.

PAILLER L., *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée*. Droit des technologies, Cuarta Edición, Préface de Fabien Marchandier, Éditions Larcier, 2014.

PÉREZ GÓMEZ, J.M., “La protección de los datos de salud”, *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, RALLO LOMBARTE, A y GARCÍA MARAMUT, R., (Editores), Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 621- 668.

VARGAS OSORNO, T. G., “Contratos celebrados a través de un objeto conectado”, *Les objets connectés*, sous la direction de Martine Behar- Touchais, 2018, Actes de journées du 17, 18 et 19 octobre 2017, Colección Bibliothèque de 1, IRJS. André Tunc, Institute de Recherche Juridique de la Sorbonne, pp. 157-167.

³⁶ Recordemos películas como Gattaca o El extraño caso de Benjamin Button.

VIOLAT BORDONAU, F. “Criónica: Puerta a la inmortalidad”, en *Fronteras de la Ciencia*, nº 3. Universidad Metropolitana UMET, 2018.

EL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL: UTILIDADES, REQUISITOS Y LIMITACIONES

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 21 de marzo de 2019

Fecha de aceptación: 25 de abril de 2019

RESUMEN: La videoconferencia posibilita la comunicación de imagen y sonido en tiempo real entre dos puntos distantes, de manera que la distancia física deja de ser un impedimento para la celebración de comparecencias en los procedimientos judiciales, como si los participantes se encontraran en la misma Sala. En este trabajo, trataremos la regulación actual del uso de la videoconferencia en la Administración de Justicia, analizando las ventajas, requisitos y condicionamientos de su utilización, con especial referencia al proceso penal.

ABSTRACT: Videoconferencing enables image communication and real-time sound between two distant points, so that the physical distance is no longer an impediment to the celebration of Appearances in judicial proceedings, as if participants will be in the same room. In this work, We will discuss the current regulation of the use of videoconferencing in the Administration of Justice, analyzing the advantages, requirements and conditioning of its use, with special reference to the process penal.

PALABRAS CLAVE: la regulación actual del uso de la videoconferencia

KEYWORDS: regulation of the use of videoconferencing

SUMARIO: I.Introducción; II.Regulación: 1. Derecho interino,2. Derecho internacional; III. Aplicaciones de la videoconferencia en el ámbito judicial; IV. Ventajas del uso de la videoconferencia en el ámbito de la administración de justicia; V. Requisitos para la utilización de la videoconferencia; VI. Limitaciones al uso de la videoconferencia; VII. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Durante las dos últimas décadas del siglo XX y las dos primeras del siglo XXI se ha producido un espectacular desarrollo de las tecnologías de la información y comunicaciones.

Además de su uso estrictamente privado, las Administraciones Públicas (estatales, autonómicas o locales), en un esfuerzo por acercarse a los ciudadanos, hacen uso de las nuevas tecnologías y ofrecen información y servicios a través de Internet, así como direcciones de correo a las que el ciudadano puede dirigirse para formular preguntas o hacer sugerencias.

En este trabajo trataremos la regulación actual del uso en la Administración de Justicia de la videoconferencia, que posibilita la comunicación de imagen y sonido en tiempo real entre dos puntos distantes, de manera que la distancia física deja de ser un impedimento para la celebración de comparecencias, como si los participantes se encontraran en la misma Sala.

La implantación del sistema de videoconferencia, como una herramienta más de trabajo en la Administración de Justicia, ha de enmarcarse dentro del plan de modernización de la misma contemplado en el "Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia", suscrito el 28 de mayo de 2001 entre el Gobierno y los Partidos Popular y Socialista.

Los puntos 12 y 14 de dicho Pacto contemplaban la adopción de medidas encaminadas a utilizar las nuevas tecnologías. Con ello se pretendía modernizar las oficinas judiciales, agilizar los procedimientos y abaratar los costes, aunque el objetivo último era, como recoge el Preámbulo de la "Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia" (Proposición no de ley aprobada el 16 de abril de 2002 por el Pleno del Congreso de los Diputados por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios), "dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia".

Dentro de esa labor de incorporación de las nuevas tecnologías, se ha llevado a cabo un plan de instalación progresiva de equipos de videoconferencia en Tribunales, Centros Penitenciarios y de Menores³⁷.

II. REGULACIÓN

La utilización de la videoconferencia en el ámbito judicial tiene un amplio respaldo legal, no sólo en el Derecho interno, sino también en el ámbito comunitario y en el más amplio del Derecho Internacional.

1. DERECHO INTERNO

Comenzando por el Derecho Interno, la primera referencia expresa a la posible utilización de la videoconferencia, en todos los órdenes jurisdiccionales, la encontramos en el párrafo tercero del artículo 229 LOPJ, añadido por la disposición adicional única de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. Dicho precepto, con referencia a las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, señala que "Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal"³⁸.

³⁷GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V., "Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia", LA LEY 1391/2003.

³⁸ Antes de que se introdujera una previsión expresa, existían, sin embargo, determinados preceptos que servían de cobertura legal para su utilización, si bien, las dudas que se planteaban aconsejaban una regulación específica que, en algunos aspectos, aún resulta insuficiente.

Entre los preceptos habilitadores, con anterioridad a la reforma de 2003, cabe mencionar el artículo 230 de la Ley

A partir de esta autorización general, en la LECrim existen varios preceptos que permiten la utilización de esta técnica, tanto en la fase de instrucción, como durante el juicio oral, para declaraciones de testigos, peritos, e incluso del mismo acusado, siempre que ello venga justificado por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia resulte particularmente gravosa o perjudicial, con una previsión expresa para los testigos menores de edad, a efectos de evitar la confrontación visual con el inculpado.

En concreto, en el ámbito de la legislación procesal penal, la videoconferencia fue introducida de manera expresa mediante la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre que, al mismo tiempo que modificaba la LOPJ en los términos antes señalados, introdujo en el artículo 325 de la LECrim su posible utilización en la fase de instrucción para las comparecencias de los imputados, testigos o peritos³⁹ y en el artículo 731 bis LECrim para las sesiones del juicio oral, tanto para oír a los acusados como a los testigos o peritos, cuando el Juez lo acuerde de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia resulte particularmente gravosa o perjudicial.

La LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformó determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el objeto de que, en los casos de testigos menores de edad, el Juez pudiera acordar la utilización de cualquier medio técnico o audiovisual que permita la práctica de las pruebas que sean necesarias evitando la confrontación visual del testigo con el inculpado. Así se dispone en el artículo 448.3º LECrim, respecto a la práctica de la diligencia en la fase de instrucción de la declaración del testigo menor de edad, completando lo dispuesto en el artículo 455 LECrim, añadido por la LO 14/1999, de 9 de junio, respecto a la diligencia de careo entre el acusado y testigos menores de edad, que no se llevarán a cabo salvo que el juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés del testigo, previsión que se reitera para la práctica de esta diligencia en el plenario.

El artículo 707 LECrim, en su último párrafo, también modificado por la LO 8/2006, de 4 de diciembre (disposición final 1ª.3), se refiere a la declaración testifical del menor de edad en el juicio, señalando, en la misma línea, que el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba. Se supera así la regulación anterior en la que se exigía que dicha medida fuera acordada por el órgano judicial en resolución motivada, previa existencia de un informe pericial, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dichos testigos.

La redacción de este artículo, en la misma línea, se ve nuevamente modificada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, siendo la actual redacción la siguiente: “La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la

Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, que en su redacción dada por la Ley Orgánica 16/1994, ya preveía de forma genérica el uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, estableciendo que los Tribunales “podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus funciones”, sin perjuicio de las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y demás normas que resulten de aplicación.

³⁹ Para adaptarlo a la nueva terminología, se modifica de nuevo, en los siguientes términos “*El juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como investigado o encausado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*” El término «investigado o encausado», contenido en el presente apartado, se introduce en sustitución del anterior término «imputado» conforme establece el número 2 del apartado veintiuno del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación”.

El artículo 448 LECrim, tras la modificación introducida igualmente por la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima, también contiene expresamente la previsión de la posibilidad de que la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada se lleve a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

Se trata, además, de una medida acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional que, entre otras, en la sentencia 174/2011 de 7 de noviembre en la que, a pesar de estimar el recurso de amparo debido a que la exploración de los menores no se había practicado en sede judicial y con intervención de las partes, señala, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio, que puede llevarse a efecto a través de un experto incluso evitando la confrontación visual con el acusado mediante dispositivos físicos de separación, la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia; e incluso indica el Tribunal Constitucional las pautas a seguir para la validez de la exploración como prueba preconstituida, señalando que “si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso”. En términos similares se pronuncia en la STC 57/2013 de 11 de marzo⁴⁰.

Por último, cabe mencionar el artículo 306 LECrim, último párrafo, que se refiere al uso de la videoconferencia por el Ministerio Fiscal en la fase de instrucción, sin que exista, en este caso, una previsión similar para la fase del juicio oral. Concretamente dispone dicho precepto que “Cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el Fiscal podrá intervenir en las actuaciones cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del art. 505, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido”.

2. DERECHO INTERNACIONAL

En el ámbito de la Unión Europea, el uso de la videoconferencia se regula, de forma expresa y de manera detallada, en el artículo 10 del Convenio de la Unión Europea para la asistencia judicial en materia penal, de 29 de mayo de 2000.

Dicho precepto contempla la utilización de la videoconferencia, con carácter general, para las declaraciones de los testigos y peritos, regulando de manera más restrictiva el recurso a este sistema cuando se trate de imputados o acusados. Cabe distinguir, por tanto, dos supuestos:

Por un lado, la audición de testigos y peritos situados en un Estado miembro cuando deban ser oídos en otro Estado miembro. En estos casos, se exige solicitud de la autoridad judicial del Estado en el que se sigue el procedimiento, con expresión de los motivos por los que la comparecencia personal del perito o testigo no sea oportuna⁴¹ o posible y que el uso de la

⁴⁰ Vid. la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la materia en VIGUER SOLER, P., “Estatuto de la víctima, protección del menor y prueba preconstituida”, LA LEY 20534/2017. Diario La Ley, Nº 9116, Sección Dossier, 11 de Enero de 2018, Editorial Wolters Kluwer

⁴¹ De acuerdo con el Informe Explicativo de este Convenio, Informe Explicativo 2000/ C 379/02, el concepto de “oportuno” podría aplicarse en los casos en que el testigo sea especialmente joven, de edad muy avanzada o no goce de buena salud,

videoconferencia no sea contraria a los principios fundamentales del Derecho⁴² del Estado en que se halla el testigo o perito, así como que se asegure que la persona que deba ser oída por videoconferencia no tenga menos derechos que si participara en una audiencia que tuviera lugar en el Estado requirente.

En segundo lugar, la audición del acusado, para la que el Convenio exige acuerdo entre las autoridades implicadas y el consentimiento del acusado.

Además del Convenio de 2000, ha de mencionarse la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal de fecha 15 de marzo de 2001, en cuyo artículo 8 se hace referencia a las medidas que han de establecerse para garantizar la protección de la víctima a la hora de prestar declaración en audiencia pública

Asimismo el artículo 10.4 del Reglamento (CE) N° 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil⁴³ señala que el órgano jurisdiccional requirente, podrá solicitar al órgano jurisdiccional requerido que utilice los medios tecnológicos de comunicación en la realización de la obtención de pruebas, en particular la videoconferencia y la teleconferencia.

El órgano jurisdiccional requerido accederá a la petición salvo que sea incompatible con el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido o existan grandes dificultades de hecho, si bien, en este último supuesto, el mismo artículo 10.4 señala que si en el órgano jurisdiccional requirente o requerido no se dispone de acceso a los medios técnicos mencionados, los órganos jurisdiccionales podrán facilitarlos de mutuo acuerdo.

La videoconferencia, como medio válido e instrumento útil de incorporación de la prueba a la fase del juicio oral se contempla igualmente en la *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014*, en cuyos apartados 5 a 7 del art. 24 regula las condiciones para la utilización de la videoconferencia⁴⁴. En la *Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre*, se contempla como instrumento técnico que hace posible la asistencia letrada; en la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre*, como fórmula técnica para hacer oír a la víctima residente en el extranjero.

Otras normas internacionales ha destacar en este ámbito son las siguientes:

- El Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, ratificado por España mediante LO 6/2000, de 4 de octubre, en su artículo 63 establece que “El acusado estará presente durante el juicio. Si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe

en tanto que el concepto de “posible” se aplicaría por ejemplo en los casos en que el testigo corra un grave riesgo si comparece en el Estado miembro requirente.

⁴² Según el mencionado Informe, la referencia a los “principios fundamentales del Derecho” implica que no podrá denegarse una solicitud por la mera razón de que en la ley del Estado requerido no se prevea la audición por videoconferencia de peritos y expertos, o de que, con arreglo a la legislación nacional, no se cumplan una o más condiciones de detalle para realizar dicho tipo de actuaciones.

⁴³Publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea DOCE L 174/1 de 27 de junio de 2001.

⁴⁴ Con algo más de un año de retraso sobre el plazo máximo de transposición que finalizó el 22 de mayo de 2017, el legislador ha aprobado la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

El artículo 197 de la Ley 23/2014, tras la reforma operada por la Ley 3/2018, regula las especialidades para la emisión de una Orden Europea de Investigación que tenga por objeto la comparecencia por videoconferencia u otro modo de transmisión audiovisual. *Vid.* sobre esta nueva regulación LOPEZ JARA, M., “Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación”, *Diario La Ley*, N° 9252, Sección Tribuna, 5 de septiembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 5913/2018.

el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Estas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario”.

El artículo 68, bajo el epígrafe “Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones” contempla la posibilidad de que se decrete que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o se permita la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales, añadiendo el mismo precepto que la Corte podrá permitir al testigo que preste testimonio por medio de una grabación de vídeo o audio. Las citadas medidas, en ningún caso podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado ni serán incompatibles con éstos.

-Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 que en sus arts. 18.18 y 24.2 se refiere a la videoconferencia, el primero como un modo de llevar a cabo la asistencia judicial recíproca a la hora de tomar declaración a testigos y peritos y el segundo como una medida de protección de testigos frente a posibles represalias.

- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Los artículos 32.2 y 46 se refieren a la videoconferencia, como medida de protección de testigos, peritos y víctimas frente a posibles represalias y como modo de llevar a cabo la asistencia judicial recíproca a la hora de tomar declaración a testigos y peritos, respectivamente.

III APLICACIONES DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL ÁMBITO JUDICIAL

A la vista de los preceptos mencionados, resulta patente que la utilización de la videoconferencia o alguna técnica similar puede aplicarse para la práctica de diligencias sumariales en el proceso penal o pruebas en juicios o vistas, en cualquiera de sus instancias y en todos los órdenes jurisdiccionales, y especialmente, el interrogatorio de partes, testigos o peritos, cuando por razón de la distancia, la dificultad del desplazamiento, circunstancias personales o cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las citadas personas en la sede del tribunal.

Son numerosas las Sentencias⁴⁵ admitiendo la utilización de la videoconferencia en relación con la prueba pericial, especialmente para la ratificación de informes elaborados por peritos del Instituto Nacional de Toxicología u Organismos análogos⁴⁶.

Asimismo, se admite para la declaración de testigos residentes en el extranjero⁴⁷ o a una distancia geográfica considerable de la sede del Tribunal⁴⁸ o para testigos protegidos⁴⁹ o en los

⁴⁵ Vid. entre otras, además de las citadas a lo largo del trabajo, STS, Sala Segunda, de lo Penal, 298/2019 de 7 de junio de 2019, Rec. 2554/2018; STS Sala Segunda, de lo Penal, 200/2017 de 27 de marzo de 2017, Rec. 1232/2016;

⁴⁶ En este sentido, cabe mencionar la SAP, Sección 1ª de Lleida, de 15 de noviembre de 2002, que admite la práctica de la pericial de informe de análisis cuantitativo y cualitativo de droga por el laboratorio oficial que lo llevó a cabo a través de videoconferencia. La SAP, Sección 1ª, de Navarra de 6 de febrero de 2003, sobre la pericial practicada mediante videoconferencia de los técnicos del Instituto Nacional de Toxicología que habían analizado la sustancia intervenida y que declaraban desde Barcelona. Vid. igualmente, SAP, Sección 23ª, de Madrid, de 20 de enero de 2006, rec. 14/2005; SAP, Sección 1, de Burgos, de 9 de octubre de 2002, rec. 16/2001; ATS, Sala Segunda, de 23 de noviembre de 2006, rec. 1315/2006.

⁴⁷ Vid. SAN, Sala de lo Penal, Sección 2ª, de 30 de octubre de 2003, rec. 8/2002; SAP, Sección 2ª, de Tarragona, de 12 de diciembre de 2007, rec. 45/2003; STC, Sala Segunda, 82/2006 de 13 de marzo de 2006, rec. 5634/2004.

⁴⁸ Vid. SAP, Sección 20ª, de 15 de noviembre de 2006, rec. 489/2006.

⁴⁹ En este sentido en la SAP, Sección 2ª, de las Palmas, de 8 de noviembre de 2004, rec. 17/2003 se declara la validez de la declaración prestada por videoconferencia por testigos protegidos ya que los mismos “fueron interrogados ampliamente por parte del Ministerio fiscal y de los Letrados de las acusaciones y defensas, que pudieron, no sólo oírlos, sino también ver sus reacciones, de modo que la restricción de ver a los testigos sólo operó para los procesados y para el público que acudió a la sesión del juicio correspondiente”.

En todo caso, como apunta la STS 1215/2006 de 4 de diciembre "Para que la víctima o testigo pueda declarar por

que concurren circunstancias que aconsejan su no presencia física en la Sala y el contacto directo con el acusado⁵⁰, especialmente en los procesos penales por delitos contra la libertad sexual o de violencia de género⁵¹.

Igualmente, respecto a la práctica de la prueba, puede ser un instrumento útil para aquellas urgentes cuyo aseguramiento impide su suspensión y dilación a momentos posteriores. En este sentido alude VELASCO NÚÑEZ⁵² a los supuestos que afectan a personas impedidas, enfermas o con riesgo de fallecimiento inminente, o cuyas funciones les limitan su disponibilidad horaria (vgr. médicos, funcionarios de los Cuerpos de Seguridad, etc.), o testigos circunstanciales o que se hallen protegidos por la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Pero la práctica de la prueba en los casos expuestos no es esta la única utilidad que cabe predicar de la videoconferencia en el proceso, sino que puede ser un instrumento idóneo también en los siguientes casos:

a) Para la realización de ruedas de reconocimiento previstas en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de imputados encarcelados⁵³.

b) Para facilitar las relaciones entre los Jueces y entre los Fiscales, a efectos de unificar criterios procesales y gubernativos, estableciendo una comunicación entre organismos que, sin este medio, pueden encontrar dificultades para reunirse, como pueden ser Juntas de Jueces provinciales o autonómicas, o Juntas de Fiscales de la capital con destacamentos ubicados en distintos partidos judiciales, o cualquiera de ellos con las Salas de Gobierno o con los órganos del Consejo General del Poder Judicial, o de éstos entre sí⁵⁴.

c) Para permitir el seguimiento de un juicio oral que haya suscitado gran expectación al público o medios de comunicación, sin las limitaciones de espacio de las salas de vistas. En relación con dichos supuestos añade VELASCO NÚÑEZ que, además, se garantizaría la tranquilidad de ánimo que también se precisa para las declaraciones de los intervinientes en todo tipo de procesos y, en especial, en los llamados macroprocesos⁵⁵.

videoconferencia no es preciso que se le haya otorgado el estatuto de "testigo protegido".

⁵⁰ Vid. SAP, Sección 1ª, de Alicante, de 5 de febrero de 2005, proc. 19/2003, para un supuesto de declaración de una víctima de una agresión sexual.

⁵¹ GARRIDO CARRILLO, F., "La fe judicial y la documentación de los actos judiciales en la Administración de Justicia digitalizada", LA LEY 237/2011.

⁵² VELASCO NÚÑEZ, Eloy, "La videoconferencia llega a los Juzgados", *Diario La Ley*, N.º 5481, Año XXIII, 13 de febrero de 2002, Ref. D-49, pág. 1786, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 1278/2002, pág. 4.

⁵³ Señala respecto a esta posibilidad VELASCO NÚÑEZ que "Poniendo a la persona que haya de ser reconocida a la vista del que hubiera de verificar el reconocimiento, desde un punto en que no pudiese ser visto, si así lo decide el Juez por parecerle más conveniente, la videoconferencia permite establecer la comunicación unidireccional que exige su práctica, sin otra alteración que la sustitución de la tradicional ventana de la sala de reconocimientos por la pantalla de recepción de la videoconferencia y, además, con las innumerables ventajas de no proximidad física, no excarcelación en su caso y mayor tranquilidad que para la víctima o testigo proporciona una mayor distancia geográfica". (VELASCO NÚÑEZ, Eloy, "La videoconferencia llega a los Juzgados", *Diario La Ley*, N.º 5481, Año XXIII, 13 de febrero de 2002, Ref. D-49, pág. 1786, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 1278/2002, pág. 2).

Vid. sobre los pasos dados para la utilización de la videoconferencia para la práctica de las ruedas de reconocimiento, LEAL MEDINA, J., "La diligencia de rueda de reconocimiento como instrumento de investigación policial y judicial. La identificación del acusado en el juicio como prueba de cargo", *Diario La Ley*, N.º 8148, Sección Doctrina, 13 de septiembre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-309, Editorial LA LEY, LA LEY 4414/2013.

⁵⁴ VELASCO NÚÑEZ, Eloy, "La videoconferencia llega a los Juzgados", *Diario La Ley*, N.º 5481, Año XXIII, 13 de febrero de 2002, Ref. D-49, pág. 1786, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 1278/2002, pág. 2.

⁵⁵ VELASCO NÚÑEZ, Eloy, "La videoconferencia llega a los Juzgados", *Diario La Ley*, N.º 5481, Año XXIII, 13 de febrero de 2002, Ref. D-49, pág. 1786, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 1278/2002, pág. 4.

IV VENTAJAS DEL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Vistas las aplicaciones de la videoconferencia, resulta evidente que son numerosas las ventajas que cabe predicar de su utilización⁵⁶. Entre tales ventajas, centrándonos en el ámbito de la Administración de Justicia, se han destacado las siguientes⁵⁷:

a) En primer lugar, se señala que la utilización de la videoconferencia puede ser adecuada para la consecución del principio de economía procesal, al suponer un ahorro de tiempo y dinero⁵⁸, dado que por un lado, se reducen desplazamientos, al poder intervenir en las actuaciones judiciales peritos, testigos y partes con domicilio o residencia fuera del partido judicial del Juzgado o Tribunal actuante⁵⁹. En este sentido, se ha señalado que reduce costes, al evitar el pago de dietas a peritos y testigos y los gastos de custodia y traslados de presos. Igualmente reduce los gastos derivados de la comparecencia como testigos de policías destinados en el momento de la declaración en otra Comunidad autónoma o provincia⁶⁰.

b) Por otro lado, favorece el cumplimiento del principio de concentración de las actuaciones procesales, al evitar aplazamientos, suspensiones o demoras en los señalamientos de las diferentes actuaciones judiciales por motivos de distancia física, lo que acaba redundando en una mejor organización del trabajo en los Juzgados y Tribunales.

c) En tercer lugar, la utilización de la videoconferencia permite salvar los inconvenientes que plantea la quiebra de los principios de concentración e inmediación que se produce en los supuestos, excepcionales, en los que se admite que la prueba se practique a través del auxilio judicial, tanto nacional como internacional.

d) Relacionado con lo anterior, hay que mencionar la posibilidad de que sea el Juez que conoce del asunto el que intervenga en la práctica de la prueba y no el órgano del domicilio de la parte, testigo o perito.

e) Abundando en las ventajas, permite evitar el problema de la victimización secundaria, especialmente relevante en supuestos de violencia de género y en aquellos procedimientos penales en los que la víctima es un menor.

⁵⁶ Vid. poniendo de manifiesto las ventajas de la videoconferencia, entre otros, FONS RODRÍGUEZ, Carolina, “La videoconferencia en el proceso civil (la telepresencia judicial)”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, Comunicaciones, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, págs. 54 a 56; VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis y MARTÍN MARTÍN, Gervasio, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Vol. I, THOMSON/ARANZADI, Cizur Menor, 2008, págs. 634 a 636. MAGRO SERVET, añade a las ventajas mencionadas en el texto, en relación con el proceso penal, la mayor seguridad al evitarse el traslado de reclusos y presos preventivos a los órganos judiciales, disminuyendo los riesgos de fuga y accidentes de tráfico. (MAGRO SERVET, Vicente, “La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales”, *Diario La Ley*, núm. 5806, Sección Doctrina, 19 de junio de 2003, Año XXIV, Ref. D-146); VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “La videoconferencia llega a los Juzgados”, *Diario La Ley*, N.º 5481, Año XXIII, 13 de febrero de 2002, Ref. D-49, pág. 1786, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 1278/2002, págs. 3 y ss.

⁵⁷ Reproducimos las ventajas que ya apuntábamos en GUTIERREZ BARRENENGOA, A., “La utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia”, en *Derecho y nuevas tecnologías* / coord. por Ana I. Herrán, Aitziber Emaldi Cirión, Marta Enciso Santocildes, Vol. 2, 2011 (Segunda parte. Nuevas tecnologías: un reto para el derecho en la sociedad de la información), ISBN 978-84-9830-276-9, págs. 121-134.

⁵⁸ En este sentido, menciona MAGRO SERVET la agilización de la actividad jurisdiccional, al permitir a tiempo real la realización de actuaciones judiciales con puntos diversos y distantes en espacio y tiempo de la sede del órgano judicial, que de hacerse por conducto ordinario tardaría días o meses. (MAGRO SERVET, Vicente, “La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales”, *Diario La Ley*, núm. 5806, Sección Doctrina, 19 de junio de 2003, Año XXIV, Ref. D-146).

⁵⁹ En relación con el ahorro de medios, tanto materiales o económicos, como personales, cita como ejemplo VELASCO NÚÑEZ que en el Centro Penitenciario de Picassent, situado a 30 km, de la ciudad de Valencia, excarcelan diariamente de 20 a 40 internos, para lo cual 800 funcionarios policiales dedican, en su conjunto, más de 1 millón de horas anuales de trabajo (VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “La videoconferencia llega a los Juzgados”, *Diario La Ley*, N.º 5481, Año XXIII, 13 de febrero de 2002, Ref. D-49, pág. 1786, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 1278/2002, pág. 3).

⁶⁰ GARRIDO CARRILLO, F., “La fe judicial y la documentación de los actos judiciales en la Administración de Justicia digitalizada”, LA LEY 237/2011.

En relación con la violencia de género, la Instrucción 7/2005 de la Fiscalía General del Estado establece que “Se procurará potenciar por las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer el sistema de videoconferencia u otro similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido como medio de intervención a fin de evitar el desplazamiento del Fiscal adscrito a la Sección a sede distinta (art. 306 LECrim, 3 Estatuto, e Instrucción 3/2002 FGE) en las órdenes de protección, compareciendo de diligencias urgentes, de medidas de prisión”.

f) Lo anteriormente expuesto guarda relación con otra de las ventajas que plantea este sistema y que es el ahorro de costes sociales, por la mayor tranquilidad y confianza con la que se practican los reconocimientos en rueda y las declaraciones testificales, al producirse a varios kilómetros de distancia del imputado.

g) Se logra por otro lado mayor seguridad, al evitar la excarcelación y consiguiente traslado de presos o para hacer ruedas de reconocimiento en la cárcel.

h) Ahorro de tiempo para los profesionales, especialmente la policía y los abogados. Concretamente en relación con la policía no sólo se ahorraría tiempo al evitar el traslado de presos, sino también si sus declaraciones en los juicios se llevaran a cabo por este sistema.

V REQUISITOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA

En cualquier caso, la utilización de esta técnica requiere el cumplimiento de los presupuestos y requisitos que, ante la falta de una regulación sistemática, han de extraerse de las normas que la autorizan y la jurisprudencia dictada en su aplicación.

Asimismo, resulta, a mi juicio, interesante a este respecto, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2002, de 1 de marzo, acerca de actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia:

a) Por un lado, desde un punto de vista técnico o tecnológico, el mecanismo que se utilice deberá permitir la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes. Se garantiza así la posibilidad de contradicción de las partes.

b) Por otro lado, su utilización debe ser acordada por el Juez o Tribunal, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. El tribunal puede acordar de oficio la utilización de la videoconferencia, aunque las partes no la hayan solicitado, para practicar la prueba (interrogatorio de parte o de testigo o perito) que, ésta sí, han debido proponer previamente⁶¹.

c) La resolución judicial deberá revestir la forma de auto. A este respecto ha de tenerse en cuenta que, al menos de momento, la videoconferencia no sustituye con carácter general la presencia física de las partes en la Sala del juicio, y precisamente, por su carácter excepcional, la resolución en la que se acuerde su utilización deberá estar debidamente justificada.

En cualquier caso, la falta de resolución se considera en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007, rec. 264/2006 como una mera irregularidad formal que no vulnera el derecho de defensa si no produce efectiva indefensión, argumentando el Alto Tribunal que aunque no se proveyera *ex profeso*, el recurrente conocía que se había solicitado y admitido el interrogatorio a una víctima de un delito de secuestro y tortura, sin que en esa mera irregularidad formal se aprecie vulneración del derecho de defensa, ya que dicha parte conocía que la prueba había sido propuesta y aceptada pudiendo por tanto desplegar al respecto toda su estrategia defensiva, máxime cuando vio, oyó, interrogó y obtuvo respuesta a sus cuestiones.

Siguiendo una línea de argumentación similar, la STS de 27 de febrero de 2007, indica que

⁶¹ En este sentido se manifiesta FONS RODRÍGUEZ, a partir de la consideración de que el medio de prueba es el interrogatorio y la videoconferencia una de las formas posibles de llevarse a cabo, por lo que, concluye, “propuesto el mismo y admitido por el juzgador, éste de oficio puede acordar su práctica mediante videoconferencia”. (Vid. FONS RODRÍGUEZ, Carolina, “La videoconferencia en el proceso civil (la telepresencia judicial)”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, Comunicaciones, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, págs. 59 y 60).

el hecho de que no se hubiese puesto en conocimiento del recurrente que el acusado fuese a declarar en el juicio oral por medio de videoconferencia constituye una mera irregularidad procesal sin relevancia constitucional ya que, en todo caso, la parte impugnante conocía que dicha prueba había sido propuesta y aceptada pudiendo por tanto desplegar al respecto toda su estrategia defensiva, sin que su práctica por el citado medio telemático suponga vulneración alguna del derecho a la defensa, tal y como ha resuelto en supuestos similares la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 275/2005 y 957/2006) ya que aquélla pudo ver al testigo, oírle e interrogarle, habiendo existido inmediación, oralidad y contradicción, no bastando la mera alegación de indefensión sino que es preciso que ésta haya incidido efectivamente en la posición procesal de la defensa, bien porque sus preguntas no hayan obtenido respuesta o porque la misma no haya sido percibida en todas sus dimensiones⁶².

d) Ha de garantizarse la identidad de las personas que intervienen. En relación con dicha labor de acreditación dispone concretamente el apartado segundo del párrafo tercero del artículo 229 LOPJ que “En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión⁶³ o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal⁶⁴ o por cualquier otro medio procesal idóneo”.

Del tenor literal del precepto parece desprenderse que la presencia del Letrado de la Administración de Justicia sólo es exigible en la sede del Juzgado que acuerda la práctica de la diligencia. Sin embargo, en relación con este requisito, no hay acuerdo en la doctrina, y en las distintas resoluciones relativas al mismo, también se aprecian distintos criterios. Básicamente cabe distinguir tres posturas:

- Por un lado, la que ajustándose al tenor literal, considera que es suficiente la presencia del Letrado de la Administración de Justicia en el Juzgado exhortante⁶⁵.

- Por otro lado, algunos autores consideran que pese a la dicción literal del artículo 229.3 *in fine* LOPJ, no es el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado o Tribunal

⁶² La SAP de Murcia, Sección 1ª, de 16 de julio de 2007, rec. 38/2002, en un supuesto en el que no se adoptó resolución judicial acordando este instrumento, reitera que “la falta de resolución fundamentadora no es bastante para privarles de valor como prueba”, considerando es que “lo esencial es que concurren razones de utilidad, seguridad, de orden público o de simple gravosidad o perjuicio para el declarante y no se ocasione indefensión a las partes”, añadiendo además que “la irregularidad procesal, que es el máximo calificativo que merece, no ha ocasionado indefensión material alguna a los acusados”.

⁶³ Podría ser el envío al órgano judicial por fax, correo electrónico o cualquier otro medio del Documento Nacional de Identidad o pasaporte del interviniente.

⁶⁴ Quizá aplicable a los supuestos de peritos que intervienen habitualmente, como pueden ser los del Instituto de Toxicología o Instituciones análogas (*Vid.* MAGRO SERVET, Vicente, “Las nuevas tecnologías en el proceso penal. En particular, el uso de la videoconferencia”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 58, CGPJ, 2004, pág. 204).

⁶⁵ DE LA MATA AMAYA, José, “La utilización de la videoconferencia...”, *op.cit.*, pág. 1.285. En este sentido señala MAGRO SERVET que “No es preciso que en la sede en donde se ubica el testigo o perito para declarar por videoconferencia sea una sede judicial con presencia de un secretario judicial, ya que quien da fe de su identidad es el secretario judicial del lugar donde se sigue el juicio. Así, los peritos del Instituto de Toxicología, por ejemplo, están declarando desde el propio centro de trabajo en donde han instalado un equipo de conferencia para evitar traslados y en los casos de médicos forenses de otros partidos judiciales distintos a aquel donde se sigue el juicio suelen interesar este sistema de declaración para evitar entorpecer su trabajo diario de emisión de informes o reconocimiento de lesionados”. Cuando el testigo declara en otra sede judicial, entiende este autor que no se requiere la presencia del secretario judicial en el otro punto, sino que previamente habrá sido identificado por remisión previa de documentación al juzgado de lo penal o Audiencia Provincial en donde se celebre el juicio” (MAGRO SERVET, Vicente, “Viabilidad de la utilización de la videoconferencia en el juicio oral para la práctica de la prueba testifical y pericial”, *La Ley Penal*, núm. 52, Sección Práctica Penal, septiembre 2008, pág.113).

Pone de manifiesto GARRIDO CARRILLO que son diversos los medios y mecanismos para que el Letrado de la Administración de Justicia, desde la propia sede del Tribunal o Juzgado que ha acordado el uso de la videoconferencia, acredite la identidad de cualesquiera personas que intervengan en un procedimiento judicial por videoconferencia, citando entre ellos la remisión de documentación (como el DNI), la exhibición directa de la documentación, por conocimiento personal o por la identificación por parte del Letrado de Administración de Justicia del tribunal donde acuda el testigo a testificar. (GARRIDO CARRILLO, F., “La fe judicial y la documentación de los actos judiciales en la Administración de Justicia digitalizada”, *LA LEY* 237/2011, págs. 6 y 7).

que haya acordado la medida quien ha de acreditar la identidad del declarante, sino el que la practica, es decir, el exhortado⁶⁶.

- En tercer lugar, hay quien defiende que la identificación de la persona con la que se practica la diligencia a distancia a través de videoconferencia se puede realizar ante el secretario u oficial habilitado del Juzgado o Tribunal exhortado o ante el secretario u oficial del exhortante, a través del lector de documentos⁶⁷.

- Por último, la más garantista que exige que la acreditación por el Letrado de la Administración de Justicia de las personas que intervienen se lleve a cabo tanto en el Juzgado o Tribunal que acuerda la diligencia como en el que la practica⁶⁸. Según este planteamiento, en cada Juzgado, se debería acreditar la identidad de las personas intervinientes en él, siendo, por tanto, necesaria la presencia del Letrado de la Administración de Justicia tanto en el Juzgado exhortante, como en el exhortado.

e) Las diligencias practicadas a través de videoconferencia deberán documentarse procediéndose a su grabación o mediante acta extendida por el Letrado de la Administración de Justicia⁶⁹, a quien corresponde garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido (art. 453 LOPJ). En caso de presencia de Letrado en el órgano exhortado, deberá enviar el acta al exhortante para su unión a los autos.

VI LIMITACIONES AL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA

Mientras el art. 229 de la LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa, el art. 731 bis de la LECrim. rodea esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la

⁶⁶ FONS RODRÍGUEZ, Carolina, “La videoconferencia en el proceso civil (la telepresencia judicial)”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, Comunicaciones, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pág. 57.

⁶⁷ VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “La videoconferencia llega a los Juzgados”, *Diario La Ley*, N.º 5481, Año XXIII, 13 de febrero de 2002, Ref. D-49, pág. 1786, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 1278/2002, pág. 7. Para el caso de que la diligencia se practique en un Centro Penitenciario o de detención, considera que “la identificación del interno se efectuará con la ayuda de los funcionarios del mismo”.

⁶⁸ Así lo entienden VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis y MARTÍN MARTÍN, Gervasio, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Vol. I, THOMSON/ARANZADI, Cizur Menor, 2008, pág. 636.

Vid. en este sentido la Instrucción 3/2002. La SAP de Madrid de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002/124743) señala que “la garantía de autenticidad y fehaciencia la otorga la presencia, tanto en el lugar donde se encuentra el declarante como en la sede del tribunal de un secretario judicial, quienes redactarán las correspondientes actas: una, expresando la identificación del testigo o perito, la realidad de la conexión por videoconferencia con el juzgado o tribunal exhortante, la hora y el día en la que se llevó a cabo la diligencia, y demás incidencias que se hayan producido, uniendo ese acta al exhorto que se devuelva, sin perjuicio de poder remitir por vía más rápida (fax o correo electrónico) copia de la misma; y la otra, del secretario del tribunal ante el que se celebra el juicio, en la que constará la forma en que se ha practicado la prueba y el contenido de las manifestaciones del testigo o perito”.

VELASCO NÚÑEZ, si bien admite que se puede optar por una intervención dúplice del fedatario público, considera que “con el visualizador o lector de documentos y objetos anexos a la videoconferencia, no es necesario, pues el secretario sustituye la firma de los ausentes por lectura y diligencia de actas y documentos”. (VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “La videoconferencia llega a los Juzgados”, *Diario La Ley*, N.º 5481, Año XXIII, 13 de febrero de 2002, Ref. D-49, pág. 1786, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 1278/2002).

MONTESINOS GARCÍA, entiende que aunque resulta sumamente deseable la presencia del secretario judicial en ambos puntos de conexión serán múltiples las ocasiones en las que el despliegue de medios sea excesivo y los secretarios judiciales puedan ayudarse de los técnicos al servicio de la Administración a la hora de corroborar la integridad y calidad de la comunicación desde, por ejemplo, los centros penitenciarios, en los que, en la práctica, el preso se ve auxiliado por un funcionario de prisiones y no por el propio Secretario judicial, si bien admite que en otros supuestos, dada la relevancia del caso o circunstancias de la declaración, se requerirá su presencia. (*Vid.* MONTESINOS GARCÍA, Ana, *La videoconferencia...cit.*, págs. 125 y 126).

⁶⁹ En este sentido la STS de 18 de abril de 2005, no aprecia indefensión por el hecho de que se haya recibido declaración a testigos a través de videoconferencia por el hecho de que no se grabara la declaración, sino sólo se levantara acta por el Secretario Judicial.

constatación de un gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato⁷⁰.

En el caso de la práctica de pruebas o diligencias sumariales, la decisión judicial deberá estar basada en la existencia de razones de utilidad, seguridad o de orden público u otras condiciones que resulten gravosas o perjudiciales para quien deba acudir a un tribunal por un procedimiento penal en concepto de imputado, testigo o perito⁷¹.

Por otro lado, el empleo de la videoconferencia en el proceso penal debe resultar proporcional e idóneo en aras a conseguir el fin pretendido, debiendo el tribunal rechazar su utilización cuando afecte a los derechos de las partes, siendo el juicio más estricto cuando se trate de la intervención del acusado⁷².

Debe garantizarse igualmente el respeto de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y defensa y que no se vulneren los derechos a la prueba y a la tutela judicial efectiva.

A este respecto, en mi opinión, estamos ante una técnica que garantiza especialmente dichos principios⁷³. Así, en relación con la publicidad, no se infringe en ningún momento si las partes, testigos o peritos declaran desde un lugar en el que exista un equipo de envío de la imagen a la Sala de Vistas donde celebra el juicio, lugar en el que habrá, a su vez, un equipo receptor de la imagen. En cuanto al público en general, sería suficiente con que se permitiera el acceso de las personas que así lo deseen en los locales donde se estuviera llevando a cabo la conexión, colocándose la pantalla en un lugar que permita el visionado de las actuaciones que se practiquen a través de la videoconferencia y con un volumen que garantice que la retransmisión sea audible para todos los presentes⁷⁴. Para el Tribunal Supremo no existe la más mínima afectación del principio de publicidad, sino que más bien “pueden mejorar las condiciones de publicidad de las actuaciones judiciales, en cuanto las nuevas tecnologías garantizan la “asistencia” a las actuaciones judiciales de un número mayor de personas y permite seguimiento especializado (prensa) en mejores condiciones”⁷⁵.

Por lo que se refiere al principio de concentración, no sólo no se infringe, sino que, como ya se ha señalado, la videoconferencia favorece la concentración de las actuaciones procesales, al evitar aplazamientos, suspensiones o demoras en los señalamientos de las diferentes

⁷⁰ STS 161/2015, de 17 de marzo.

⁷¹ GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma, “Sobre la no validez del sistema de videoconferencia en el denominado juicio del “motín de Fontcalent””, *La Ley Penal*, núm. 23, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, enero, 2006, pág. 103.

En la STS, Sala Segunda, de 10 de octubre de 2008 (rec. 10051/2008) incluye el Alto Tribunal entre las razones que pueden justificar la celebración de juicio por videoconferencia con los acusados, además de razones de seguridad, cuando, “por las circunstancias externas, las sesiones pudieran verse seriamente alteradas por concentraciones masivas de personas en los alrededores de la sede del tribunal”.

⁷² MONTESINOS GARCÍA, Ana, *La videoconferencia...cit.*, pág. 120.

⁷³ En este sentido señala el ATS, Sala Segunda, de 23 de noviembre de 2006 que “No parece que el sistema de videoconferencias, cuya transmisión se efectúa en tiempo real pueda estimarse, sino lo contrario, que implique una vulneración de los derechos a la contradicción e intermediación de la prueba ni al derecho de los inculcados a someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el Fiscal. Las declaraciones de testigos son percibidas directamente por los miembros del Tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas. Es con la finalidad de garantizar la necesaria contradicción por lo que la Ley exige que el sistema sea bidireccional y transmita de forma simultánea la imagen y sonido”.

Hay numerosas sentencias que afirman que no existe contradicción entre la videoconferencia y los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, tales como la oralidad, la intermediación y la contradicción (SSTS 641/2009, de 16 de junio; 957/2006, de 05 de octubre; 1351/2007, de 05 de enero; AATS 961/2005, de 16 de junio; 1301/2006, de 04 de mayo; 1462/2006, de 21 de junio; 2314/2006, de 23 de noviembre).

⁷⁴ Para DE LA MATA AMAYA, la videoconferencia incluso mejora las condiciones de publicidad de las actuaciones judiciales, ya que permite garantizar la asistencia de un número mayor de personas y proporciona mejores condiciones para un seguimiento especializado de las mismas a través de los medios de comunicación. (DE LA MATA AMAYA, José, “La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales”, *Actualidad Penal*, quincena 16 al 29 de diciembre, 2002, Sección Doctrina, pág. 1.283), criterio compartido por VELASCO NÚÑEZ, E., “Videoconferencia y administración de justicia”, *Diario La Ley*, N° 5630, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2002, Año XXIII, Ref. D-217, pág. 1776, tomo 5, LA LEY 2423/2002, pág. 2.

⁷⁵ Sentencia de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo 331/2019 de 27 Jun. 2019, Rec. 1376/2018.

actuaciones judiciales por motivos de distancia física, existiendo una equiparación jurídica entre presencia física y virtual.

En cuanto a la intermediación, si bien no existe presencia física del tribunal, y no ser directo el contacto visual, se trata de una técnica que, gracias a la bidireccionalidad y transmisión simultánea de la imagen y sonido, al menos permite que sea el mismo tribunal que va a dictar la sentencia el que interroga en el momento, directamente, preservándose en definitiva las ventajas que plantea la intermediación. En este sentido señala VELASCO NÚÑEZ que “Mediante este innovador sistema, que aporta frescura del interrogatorio en vivo, no por escrito, abierto, por tanto, a posibles aclaraciones y contraalegaciones, y que permite una apreciación directa, sin intermediario, de las reacciones humanas ante la práctica de las diligencias (art. 453 Ley de Enjuiciamiento Criminal) el Juez o Tribunal, puede practicar por sí mismo, cuantas actuaciones procesales requiera la causa o pleito, dando cumplimiento al principio de intermediación en su más pura esencia”. A mayor abundamiento, y especialmente si la calidad de la imagen es buena el tribunal puede apreciar matices, actitudes y gestos de todos los conectados. En la Sentencia de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo 331/2019 de 27 de junio de 2019, rec. 1376/2018, en relación con el cumplimiento del principio de intermediación, el Alto Tribunal dice que en cuanto a “la fase de instrucción, la utilización de la videoconferencia, lejos de suponer un obstáculo para la intermediación, permite un mejor cumplimiento de este principio, en cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce del asunto presencie directamente la práctica de la prueba, en los casos de auxilio judicial, tanto nacional como internacional (incluso, en este último caso, posibilitando la directa aplicación de la legislación nacional en la práctica de la diligencia de que se trate)”⁷⁶.

En relación con el juicio oral, considera que, se produce una equiparación jurídica de la presencia física con la presencia virtual.

El principio de contradicción queda igualmente garantizado por la posibilidad de ambas partes de participar activamente en la práctica de las pruebas. Por supuesto, si existieran problemas técnicos que impidan que las partes puedan interrogar al testigo o perito debería suspenderse el juicio hasta que se subsane la deficiencia técnica.

En relación con el derecho de defensa, es obligado referirse a la Sentencia núm. 678/2005, de 16 de mayo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la que, estimando los recursos de casación interpuestos por varios de los procesados, se anula no solo la sentencia dictada por la Sección 1ª de Audiencia Provincial de Alicante en el juicio del “motín de Foncalent”, sino la propia celebración del juicio oral que se había llevado a cabo mediante el sistema de videoconferencia. En esta sentencia el Alto Tribunal niega que pueda recurrirse al uso de la videoconferencia con acusados, salvo casos muy puntuales debidamente motivados por razones de excepcionalidad⁷⁷. El argumento fundamental para justificar la nulidad se basa en que el letrado “podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia”. El Tribunal Supremo parte de que la proyección de los principios básicos del procedimiento es “distinta según se trate de la declaración distante de un testigo o la práctica del informe del perito, que tan sólo requieren garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes, que cuando estamos ante la participación de los propios acusados, especialmente en el momento

⁷⁶ En relación con el quebrantamiento del principio de intermediación y contradicción, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 779/2012 de 22 de octubre de 2012, Rec. 10423/2012, ya se señala que “el sistema de videoconferencia, cuya transmisión se efectúa en tiempo real, no se puede estimar que implique una vulneración de tales derechos ni del derecho de los inculcados a someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el Fiscal. Las declaraciones de testigos son percibidas directamente por los miembros del Tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas. Es con la finalidad de asegurar y garantizar la necesaria contradicción por lo que la Ley exige que el sistema sea bidireccional y transmita de forma simultánea la imagen y sonido”.

⁷⁷ Dice literalmente que “...Sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando la presencia del propio acusado se trate. Amén de aquellos otros supuestos como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una conducta perturbadora con la expulsión del desobediente, en los que, precisamente, la posibilidad de que siga su juicio a través de medios electrónicos desde un lugar externo de la Sala, como acontece en procedimientos de los que conocen ciertos Tribunales supranacionales, se erige en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, de manera inevitable, esa situación...”.

cumbre del juicio oral, a los que ha de permitírseles intervenir activamente en el ejercicio de su propio derecho de defensa”.

En este sentido el Tribunal considera que “Mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios y las pericias, tan sólo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no sólo puede ser “objeto” de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de “sujeto” activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio juicio”. Por ello el Alto Tribunal considera relevante su presencia real y efectiva en el lugar de celebración de la vista oral y que pueda comunicarse directamente con su Abogado para un correcto asesoramiento y asistencia, porque el inculpado puede mejorar su defensa estando en posición en que pueda intercambiar con su Letrado comentarios o información, como ocurre en el Juicio por Jurado. De lo contrario, según este planteamiento, se reduciría y mermaría el derecho de defensa, al verse limitadas las funciones de asesoramiento y asistencia del Letrado, salvo que se arbitre un sistema de comunicación permanente e independiente entre el defensor y el defendido.

En la línea de todo lo apuntado, creemos que merece ser transcrita la Sentencia de 17 de marzo de 2015, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que aborda el tema de los límites del uso de la videoconferencia en el proceso penal. En este sentido, comienza recordando que “el proceso penal no ha podido sustraerse al avance de las nuevas tecnologías. Y la utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de actos procesales de indudable relevancia probatoria, forma parte ya de la práctica habitual de los Tribunales de justicia. (...) La casuística jurisprudencial ha visto plenamente justificada la videoconferencia, por ejemplo, cuando un testigo residente en la península tiene que declarar en Mallorca (STS 172/2007, de 27 de febrero de 2007), o cuando unos peritos de A Coruña tienen que declarar en Las Palmas de Gran Canaria (ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006). Con mayor motivo, por tanto, cuando el testigo reside en Gran Bretaña (ATS 2171/2006, de 26 de octubre de 2006). El ATS de 19 de septiembre de 2002 contempla el supuesto de un testigo que está de baja médica durante un período de seis meses, y concluye que en tal caso es razonable acudir a la videoconferencia. En la STS 971/2004, de 23 de julio de 2004, por ejemplo, admitimos la validez de la declaración de un testigo prestada mediante videoconferencia desde Estados Unidos, antes incluso de su regulación expresa en nuestras leyes procesales. Sobre su incidencia en relación con los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, hemos reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediatez y la contradicción (cfr. SSTS 641/2009, de 16 de junio; AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005; 1301/2006, de 4 de mayo de 2006 ; 1462/2006, de 21 de junio de 2006 ; SSTS 957/2006, de 5 de octubre de 2006; 1351/2007, de 5 de enero de 2007). El ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006, subraya que el interrogatorio de testigos mediante videoconferencia no vulnera los derechos de contradicción e inmediatez de la prueba, “sino lo contrario”.

“Pese a todo ello”, añade el Alto Tribunal que “la progresiva familiarización del proceso penal con las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, no se ha despojado de cierto aroma de subsidiaria excepcionalidad. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 120/2009, 18 de mayo de 2009, FJ 6º y 2/2010, 11 de enero, FJ 3º ha proclamado que, si bien es cierto que «en nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediatez que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “no es menos cierto que “cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista.» “Esa idea” añade el alto Tribunal “restrictiva bebe sus fuentes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso *Marcello Viola c. Italia*, §§ 67, 70, 72 a 76 ; y de 27 de noviembre de 2007, caso *Zagaría c. Italia*, § 29, ha admitido el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos -tales como « la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable»-

y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado. La restricción tampoco es ajena a la literalidad del art. 731 bis de la LECrim, que, desde luego, no sugiere una relación de absoluta equivalencia. El recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado –en lo que aquí interesa, a tenor de los términos de la impugnación– a la concurrencia de razones de “utilidad” o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede del órgano ante el que se desarrolle el plenario « resulte gravosa o perjudicial”. Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables.”

Por último, en relación con el uso de la videoconferencia para el interrogatorio de los acusados, se remite a la STS 678/2005, antes mencionada, declarando que “el sacrificio de la comunicación directa de aquél con su Abogado puede encerrar, como regla general, una inevitable erosión del derecho de defensa. De ahí que, pese a la mención específica que el art. 731 bis de la LECrim hace al imputado entre aquellos cuyo testimonio puede ser ofrecido mediante videoconferencia, es lógica la exigencia de fundadas razones de excepcionalidad que, mediante el adecuado juicio de proporcionalidad, respalden la decisión de impedir el contacto visualmente directo del órgano de enjuiciamiento con el imputado (cfr. STS 678/2005, 16 de mayo)”. Todo ello sin perjuicio de que, tal como admite el Alto Tribunal, “El ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad. Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico-convencional del principio de inmediación sigue siendo considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurran razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas”⁷⁸.

VII CONCLUSIONES

La utilización de la videoconferencia como técnica para la práctica de la prueba no puede afectar a los principios básicos de publicidad, concentración, contradicción e inmediación, debiendo preservarse por supuesto el derecho de defensa de las partes, en las mismas condiciones que cuando se practica en presencia del tribunal.

En general, dichos principios no resultan afectados y se puede considerar prácticamente normalizada para la práctica de pruebas personales que por razón, entre otras, de la distancia geográfica entre la residencia de los testigos y peritos y la sede del Tribunal supondrían una gran dificultad en su práctica y la consiguiente dilación.

El Tribunal Supremo mantiene sin embargo un planteamiento más restrictivo, considerándose de aplicación subsidiaria su utilización en relación con la declaración del acusado en el proceso penal, al considerar la presencia física un valor que preservar, solo sacrificable cuando concurran razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas, debiendo justificarse en cada caso concreto, respetándose el principio de proporcionalidad.

CIBERACOSO SEXUALIZADO Y CIBERVIOLENCIA DE GÉNERO EN ADOLESCENTES. NUEVO MARCO REGULADOR PARA UN ABORDAJE INTEGRAL

Ana M^a Pérez Vallejo
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Almería

Fecha de recepción: 3 junio 2019
Fecha de aceptación: 28 junio 2019

RESUMEN: Este estudio tiene por objeto arrojar nuevas evidencias sobre el problema emergente del ciberacoso en redes sociales e internet, incluida la violencia de género. Visibilizar esta realidad ya supone disminuir el riesgo de las víctimas. Pero urge implementar estrategias multidimensionales para atajar el problema. Desde este enfoque, damos cuenta de recientes previsiones normativas -muy imbricadas entre sí- a nivel nacional y europeo. Las medidas propuestas se canalizan en sede de prevención y requieren la responsabilidad y colaboración de todos los agentes implicados. Deben generalizarse mejores prácticas y establecer rigurosos mecanismos de protección y control. Un acceso seguro a internet y a contenidos audiovisuales adecuados, dado el impacto que ejercen sobre este colectivo especialmente vulnerable.

ABSTRACT: This study aims to shed new evidence on the emerging problem of cyberbullying on social networks and the Internet, including gender violence. Making visible this reality already means reducing the risk of victims. But it is urgent to implement multidimensional strategies to tackle the problem. From this approach, we report recent regulatory provisions - very much interwoven with each other - at national and European level. The proposed measures are channeled at the headquarters of prevention and require the responsibility and collaboration of all the agents involved. Best practices should be generalized and rigorous protection and control mechanisms established. Secure access to the internet and adequate audiovisual content, given the impact they have on this especially vulnerable group.

PALABRAS CLAVE: ciberacoso, ciberviolencia de genero, privacidad, contenidos audiovisuales, alfabetización digital y mediática

KEYWORDS: cyberbullying, gender cyberviolence, privacy, audiovisual content, digital and media literacy

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2.- NUEVAS EVIDENCIAS DEL CIBERACOSO EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. 2.1. Bullying y cyberbullying, en ambas direcciones. 2.2. Material autoproducido y ciberacoso sexualizado en red 3. CIBERVIOLENCIA DE GENERO. 3.1. Fenómeno emergente y cifras preocupantes. 3.2. Dinámica en las relaciones adolescentes asociadas al “amor romántico” 4. INTERVENCIÓN MULTIDIMENSIONAL FRENTE AL CIBERACOSO 4.1. Marco normativo y agentes implicados. 4.2. Internet segura: políticas de acceso y control de empresas. 4.3. Sensibilización, alfabetización digital y mediática. 5. REFLEXIÓN FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El Informe de UNICEF sobre el *Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital*, analiza por primera vez, y de manera integral, las diferentes formas en que la tecnología digital está afectando las vidas y las posibilidades vitales de los niños.⁷⁹ En él se solicita la mejora del acceso a internet de los más desfavorecidos, por ser una oportunidad de aprendizaje para ellos. Pero a la vez se describen los peligros y pide proteger a los niños en el mundo digital. Hoy es pacífico admitir que dentro de la violencia que sufren los niños, niñas y adolescentes (NNyA), fenómenos como el ciberacoso, ponen en evidencia, cómo Internet y las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs), se han convertido en uno de los principales medios para su comisión. Actualmente las redes sociales (RRSS) prioritarias en España son WhatsApp, Facebook, Youtube e Instagram. Facebook pierde la primera posición y se confirma que el móvil es el principal dispositivo de acceso (95%);⁸⁰ siendo los adolescentes los usuarios más activos y a la vez, los más vulnerables a los riesgos en red. Riesgos, que, de materializarse, culminan en un atentado contra derechos fundamentales de este colectivo vulnerable. El derecho al honor, intimidad personal, y propia imagen (art. 18.1 CE), el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4),⁸¹ el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), a su integridad física y moral (art. 15 CE), a la vida y a la indemnidad sexual. Conductas punibles, con efectos devastadores y secuelas de difícil cuantificación, que pueden marcar toda su vida. De lo que da buena cuenta, el amplio abanico de resoluciones judiciales consultadas, que solo muestran la punta del iceberg. Pues la violencia digital es silenciosa y el anonimato que proporciona el universo digital, facilita, no solo la ejecución e impunidad de estas conductas; sino que refuerza la vulnerabilidad de las víctimas. Una aproximación a los datos de este fenómeno permite visibilizar el estado actual de la cuestión y determinar qué tipo de medidas se pueden adoptar o cómo se puede intervenir en este campo.

2. NUEVAS EVIDENCIAS DEL CIBERACOSO EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Partiendo de la dificultad de contar con datos precisos sobre la verdadera dimensión del problema, la realidad refleja, con cifras significativas, como aumentan los casos de menores que son objeto de persecución física, psíquica y sexual, presencialmente y/o en RRSS. En España, los últimos datos disponibles señalan que el ciberacoso a NNyA ha aumentado un 65% en los últimos cinco años.⁸² Y con clara tendencia al sexo femenino. Como revela el reciente Informe *Violencia Viral*. “las niñas y adolescentes tienen más riesgo de sufrir delitos cibernéticos” (Save the Children, 2019).⁸³ Al respecto, realizados algunas consideraciones, focalizando nuestra atención,

⁷⁹ Vid. Informe *El Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital* (UNICEF, 2017), p. 6.

⁸⁰ IabSpain, *Estudio Anual de Redes sociales 2019*, p. 50.

⁸¹ El art. 18.4 CE dice que: «la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

⁸² Según los datos recogidos en el Sistema Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior y facilitados en una respuesta parlamentaria al PSOE, de los 824 casos de todo 2012 se ha pasado a los 1.364 registrados entre enero y octubre de 2017. En total, el Gobierno ha contabilizado casi 6.500 victimizaciones en los últimos cinco años.

⁸³ SAVE THE CHILDREN (Dir. SASTRE A., Coords. DEL MORAL, c. SANJUÁN, C.), *Violencia viral. Análisis de la violencia contra la infancia y adolescencia en el entorno digital*. Julio 2019, p. 34.

en las principales situaciones de riesgo a los que se exponen los NNyA en RRSS e internet: *ciberbullying*, *grooming*, *sexting* y violencia de género digital.

2.1. *Bullyng y ciberbullyng*, en ambas direcciones.

Nuevos datos reiteran que en el mundo, uno de cada tres adolescentes, sufre acoso escolar (UNESCO, 2018).⁸⁴ Y diversas investigaciones confirman que posiblemente quienes llevan a cabo *bullying*, también emplean el ciberespacio como un espacio más para perpetrarlo.⁸⁵ Si bien, sobre la prevalencia de una u otra conducta, una revisión sistemática de 32 estudios realizada a 120.000 menores de edad, encontró una tasa más alta de acoso tradicional, en el 13,30% (acoso físico, verbal y relacional o social); en contraste con el ciberacoso, que llegó a 7,62%. Los menores de edad que habían sido víctimas de ambos tipos de intimidación representa un porcentaje menor, (6,9%).⁸⁶ Datos que vienen a ser muy similares a otros, como los detallados en el informe “Yo a eso no juego” que apunta cómo un 9,3% ha sufrido acoso y un 6,9% ciberacoso. (Save the Children, 2016).⁸⁷ Y también, a los obtenidos en el Primer estudio que analiza el fenómeno del *ciberbullying*, desde la perspectiva de los menores afectados, que sitúa en el 6,9% a las víctimas. (Fundación Anar 2016).⁸⁸ Cabe resaltar, a propósito de la prevalencia de chicos y chicas, que diversos estudios sugieren que en el *ciberbullying* las víctimas son prioritariamente chicas.⁸⁹

Nótese que en el *ciberbullying* concurren las mismas notas que en el acoso tradicional: intencionalidad, repetición y desequilibrio de poder; pero presenta la particularidad de que la repetición ya no consistiría en agredir a un niño o niña varias veces. Bastaría con subir una sola vez una imagen o un video indeseados a una red social y que la vean varias personas. “La repetición se produciría cada vez que se vea esa imagen, se comparta o los comentarios crueles o abusivos que la pueden acompañar”.⁹⁰ La rápida difusión de este contenido y a un gran número de personas, que, a su vez, pueden reenviarlas un número indefinido de veces aumenta, además, el sentimiento de vulnerabilidad de la víctima, que no se siente segura en ningún momento ni lugar.⁹¹ La co-ocurrencia entre ambos fenómenos y en las dos direcciones, empieza a tener reflejo en nuestros Tribunales.

En la primera dirección, esto es, primero una situación contrastada de acoso escolar y de forma concurrente ciberacoso, cabe citar, los hechos objeto de enjuiciamiento que resuelven algunas sentencias.

- La SAP de Granada de 19 de enero de 2017⁹² describe la situación persecución y acoso tendentes a marginar a una *compañera* de clase, con reiteradas humillaciones que iban “desde acorralarla en el patio, reírse de ella por su defecto ocular llamándola ojo loco,

⁸⁴ Vid. Nota de prensa UNESCO (1.10.2018) “Nuevos datos revelan que en el mundo uno de cada tres adolescentes sufre acoso escolar”. Disponible en <https://es.unesco.org/news/nuevos-datos-revelan-que-mundo-cada-tres-adolescentes-sufre-acoso-escolar>

⁸⁵ Vid. DEL REY, R./ FELIPE, P. y ORTEGA-RUIZ, R. “Bullying and cyberbullying: Overlapping and predictive value of the co-occurrence”. *Psicothema*. Vol. 24, nº 4, 2012, p. 608. RESETT, S. “Co-ocurrencia e interrelaciones entre la victimización, cybervictimización, bullying y cyberbullying en adolescentes” *Anuario de Psicología*, nº 49, 2019, p. 46.

⁸⁶ GARCÍA GARCÍA, J., ORTEGA, E., DE LA FUENTE, L., ZALDÍVAR, F., GIL-FENOY, M.J. (2017) “Systematic Review of the Prevalence of School Violence in Spain” *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 237, pp. 125-129.

⁸⁷ Para la elaboración del informe se entrevistaron a 21.487 estudiantes, de entre 12 y 16 años de edad. Al ser una encuesta representativa, detalla el trabajo, los resultados se pueden extrapolar al conjunto de la población, con el resultado de que el número de estudiantes de centros públicos que han sufrido acoso tradicional es de 111.000 y 82.000 ciberacoso. Vid. Informe “Yo a eso no juego. Bullying y ciberbullying en la infancia”. SAVE THE CHILDREN, España. AA.VV. (Coord. Ana Sastre) Febrero 2016, p. 29.

⁸⁸ FUNDACIÓN ANAR y Fundación Mutua Madrileña, *Acoso escolar: I Estudio sobre el bullying según los afectados y líneas de actuación*. Madrid, 26 de abril de 2016, pp. 26 y 27.

⁸⁹ Estudios pioneros en la materia ya apuntan que en el *cyberbullying*, las chicas son más acosadas en todas las agresiones de este tipo. Vid. BUELGA, S., CAVA, M.J y MUSITU, G. Cyberbullying: Victimización entre adolescentes a través del teléfono móvil y de Internet. *Psicothema*, 22 (2010), p. 789. En la misma línea el Informe Save the Children señala que las chicas salen peor paradas, tanto en el caso de caso tradicional como en el ciberbullying: un 10,6% han sufrido acoso (frente a un 8% de chicos), y un 8,5% ciberacoso (frente a un 5,3% de chicos). Informe “Yo a eso no juego. Bullying y ciberbullying en la infancia”. Save the Children, 2016, p. 29.

⁹⁰ Vid. ORJUELA LÓPEZ, L. et al.: Informe sobre “Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción”. (Save the Children). Madrid, Octubre 2013, p. 22.

⁹¹ BUELGA, S., et. Al. Op.cit. p. 784.

⁹² SAP de Granada, (Sección 1^ª), núm. 6/2017 de 19 Ene. 2017, (Rec. 15/2016). Ponente: Rosa María Ginel Pretel.

bizca o tuerta”. Manifestándole "por qué me mira la bizca ésta, ya verás". “La tonta ésta, mira la gajo ésta, no me mires que me caes mal”. A lo que se unían otros actos tendentes al aislamiento de la chica, impidiendo a otros alumnos relacionarse con ella, bajo amenaza de ser también objeto de burlas. A tal efecto se crea una cuenta en *Tuenti* con el nombre de la niña y en la que se compartieron comentarios insultantes hacia ella provocándoles graves secuelas. El informe psicológico detalla el sufrimiento psíquico al que se vio sometida la víctima.

- La SAP de Vizcaya de 25 de enero de 2019,⁹³ califica los hechos objeto de enjuiciamiento como “la culminación de un proceso de acoso escolar en sentido estricto, prologado en el tiempo, aunque no haya presentado rasgos de fuerte o extrema violencia verbal o física”. En este caso la *niña*, previamente acosada en el colegio, fue grabada desnuda por una compañera con su teléfono móvil, mientras se duchaba en los vestuarios. Para la Sala “las imágenes difundidas a través de las redes sociales son nítidas y permiten identificar perfectamente a la alumna, lo que evidencia que su captación no fue una mera casualidad, sino fruto de ese contexto de acoso que estaba sufriendo la menor”. Lo que evidentemente agravó de forma drástica la situación.

En la otra dirección, esto es, primero un acto de ciberviolencia en RRSS y posteriormente un proceso de *bullying* en el colegio, podemos citar la SAP de Zaragoza de 27 de febrero de 2018. Sentencia, que califica los hechos acontecidos como el “*summun del trato más degradante que puede dársele a un niño*”.

En este caso se trata de un video realizado por un joven youtuber que tituló “El niño de IKEA” donde se veía al menor llegando a un establecimiento de dicha cadena y sacando una pistola de su bolsillo dispara en el pecho a la imagen del menor, embadurnando la pantalla de chorros de sangre (...)”, entre otras escenas igualmente denigrantes. Video hecho “con toda profesionalidad”, a juicio de la Sala, y que el agresor subió a la plataforma Youtube, degradando la imagen del niño. Hechos que generaron al menor, un proceso concurrente de *bullying* en el colegio, al verse sometido a las continuas burlas de los compañeros que vieron y compartieron el video.⁹⁴

Estos pronunciamientos que solo muestran la punta del iceberg, revelan, a nuestro juicio, cómo estos actos execrables y la implicación y/o complicidad que reportan las RRSS, son tendencia al alza y prolongan el hostigamiento de forma ilimitada (sufrimiento psíquico, síntomas ansioso-depresivos, desestabilización emocional, etc.). En suma, procuran a NNyA graves secuelas de difícil estimación, que pueden marcarles toda la vida.

2.2.: Material autoproducido y Ciberacoso sexualizado en red.

Otra contrastada evidencia, apunta, que el ciberacoso ya no se limita al entorno escolar, ni se produce solo entre iguales. Preocupa y mucho, la captación de menores a través de RRSS, con fines o elementos sexuales, que puede ser casi instantánea o durar semanas o meses y desembocar en encuentros o citas *offline*. Este fenómeno no es nuevo; el Consejo de Europa, en el año 2010, lanzó la Campaña “Uno de cada Cinco”,⁹⁵ al objeto de prevenir la violencia sexual hacia NNyA. Pero se afirma, que es posible, que esta cifra esté subestimada, ya que la mayoría de las investigaciones disponibles se refieren, únicamente, al abuso sexual que conlleva contacto físico:

⁹³ SAP de Vizcaya, (Sección 5^a), núm., 24/2019 de 25 Enero 2019, (Rec. 143/2018) Ponente: Ilmo. Sr. D. María Elisabeth Huerta Sánchez (LA LEY 22174/2019).

⁹⁴ El autor de los hechos, un *youtuber* de 22 años, fue condenado al constatarse la existencia de un menoscabo grave a la integridad moral de menor (ex artículo 173-1 CP) por darse todos los requisitos que contempla el tipo: - Acto de claro contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.- Padecimiento físico o psíquico. - Un comportamiento que sea degradante o humillante incidiendo en el concepto de dignidad de la persona afectada. - Que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad. Y en concepto de responsabilidad civil se le condena al pago de 5.000 euros, siendo responsable civil subsidiario, la entidad Google INC, al ser propietaria del canal Youtube.

⁹⁵ “Uno de cada cinco” es el número de NNyA que se estima padecen este tipo de violencia. Council of Europe (2010), *Campaign to Stop Sexual Violence against Children*. Disponible en <http://www.coe.int/oneinfive>.

obviando, la creciente captación de NNyA a través de RRSS y del incremento de su exposición a material pornográfico a través de internet.⁹⁶

Actualmente y a nivel mundial, se reitera que las TICs han facilitado la producción, distribución y el intercambio de material sexualmente explícito y de otro contenido ilegal que se emplea para explotar y abusar de los niños (UNICEF, 2017).⁹⁷ En nuestro país, un estudio realizado a una muestra de menores de entre 11 y 16 años, en el marco del Proyecto europeo EU Kids online,⁹⁸ arroja datos preocupantes: el 21% de los niños entrevistados han tenido contacto *online* con alguien que no han conocido cara a cara; y el 9% han acordado un encuentro con alguien que han conocido solo a través de Internet. En igual sentido, Save the children (2017) reitera que las redes sociales son, cada vez más, una vía por la que los abusadores entran en contacto con potenciales víctimas. El 2,4% de las y los estudiantes de la ESO declara que alguien ha publicado o compartido fotos suyas en las que salía desnudo/a o medio desnudo/a sin su permiso.⁹⁹ Datos que corrobora el Ministerio del Interior. En 2018, Agentes de la Policía Nacional, han identificado a más de 100 menores de edad que habían publicado en redes sociales vídeos autoproducidos de contenido sexual. Las publicaciones de imágenes comprometidas se hacían a través de sus cuentas particulares en los distintos perfiles de Instagram, Periscope, Twitter, o Youtube; siendo los motivos de publicación, entre los más mayores, la búsqueda de seguidores para sus canales de Youtube y más *likes* en sus publicaciones.¹⁰⁰

Estas acciones, donde los propios menores son los protagonistas, propician convertirse en víctimas potenciales de diversos atentados contra su honor, intimidad, indemnidad sexual, libertad, etc. Pero sin ser conscientes de la amenaza o riesgo que comportan estas conductas. Así ocurre con el *grooming*, *sexting*, tráfico de pornografía infantil, trata de menores y raptó psicológico por sectas, previo contacto a través de las TICs. Los menores de entre 13 y 16 años son los más los más proclives a ser víctimas y con una clara tendencia hacia el sexo femenino. Una breve referencia se impone sobre el *grooming* y el *sexting*.¹⁰¹

- El *child grooming*¹⁰² (ex art. 183 ter CP) es un fenómeno cada vez extendido. Así lo revelan algunas cifras. La Fundación Anar observa un “alarmante” aumento del *grooming* (410%);¹⁰³ y la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2018) confirma este dato: el Ministerio Público actuó ante 159 casos de *grooming*. “Un delito, que en solo un año repuntó un 62,2%, el triple que los expedientes relacionados con pornografía infantil.”¹⁰⁴ Consiste en realizar acciones deliberadas para seducir o ganarse la confianza del menor (embaucamiento), con el fin de establecer una relación y un control emocional y preparar el terreno para el posterior abuso sexual. Se trata de conseguir conductas de contenido sexual cada vez más explícito, hasta llegar a chantajear y

⁹⁶ *Los costes de la violencia contra la infancia // Impacto económico y social*. (Coord.: RAMOS, R.), Educo 2018 - Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Facultad de Derecho p. 18.

⁹⁷ Vid. Informe *El Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital* (UNICEF, 2017), p. 7.

⁹⁸ Estudio realizado en la Universidad del País Vasco. Disponible / adjuntos/Informe_Espa%C3%B1a_completo_red.pdf. (último acceso 11.09.2019)

⁹⁹ SAVE THE CHILDREN “OJOS QUE NO QUIEREN VER” Los abusos sexuales a niños y niñas en España y los fallos del sistema (2017), pp. 32 y 33.

¹⁰⁰ Ministerio del Interior (Sala de prensa) “La Policía Nacional desarrolla el primer macrooperativo contra la difusión online de material sexual infantil autoproducido”. Madrid, 27/04/2019.

¹⁰¹ Vid. PÉREZ VALLEJO, A.M^a y PÉREZ FERRER, F. *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*. Ed. Dykinson, 2016, pp. 119 y ss.

¹⁰² Tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el delito de ciberacoso que estaba regulado en el art. 183 bis CP, pasa a recogerse en el art. 183 ter que tipifica los actos conocidos como “grooming” o la captación de menores con fines sexuales a través de Internet. La STS de 24 de Febrero 2015 (RJ 2015/1405) señala al respecto que se trata de un listado abierto. El contacto tiene que ser por medio tecnológico (Internet, teléfono o cualquiera otra tecnología de información y la comunicación). Los menores protegidos son aquellos menores de 16 años (antes de la reforma solo contemplaba a los menores de 13 años. En el caso de autos, el contacto se produjo por medio de la red social Facebook, que se ubica en Internet. La menor contactada tenía 12 años.

¹⁰³ Fundación Anar, (2018). Evolución de la violencia en la Infancia y en España según las víctimas (2009-2016). Recurso en línea: <https://objetivo.anar.org/wp-content/uploads/2018/04/Evolución-de-la-Violencia-a-la-Infancia-en-España-según-las-V%C3%A9ctimas-2009-2016.pdf> (Último acceso 14.9.2019)

¹⁰⁴ Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado (2018). Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMFIS18.PDF?idFile=f9e5ea88-f1f6-4d21-9c24-d2ffd93eabc3 (Último acceso 14.9.2019)

obtener fotos o vídeos pornográficos, y por último, el contacto sexual. Contemplando de esta forma tres fases: la primera el contacto, la segunda el acercamiento y la tercera la consumación. La STS de 21 de marzo de 2017 describe el *modus operandi* y señala al respecto que:

“ (...) los “groomers” crean perfiles falsos en redes sociales u otras plataformas de chat similares inventándose una vida o persona que no son. Además de entablar conversaciones por tiempos prolongados, el propósito del diálogo es establecer confianza y pedir al menor contenido sexualmente explícito. Las fotos y vídeos eróticos son el principal medio de acción del “Grooming”, este primer paso puede producir un encuentro físico, lo que desenlaza en un acoso moral, o algo peor como una violación o un asesinato. Asimismo, una vez que la víctima decide compartir material a través de engaños, el “groomer” comienza a chantajear al menor, amenazándolo con publicar sus fotos y vídeos si no entrega más o se niega a un encuentro personal.¹⁰⁵

Nótese que el agresor puede ser un mayor o menor de edad (al no excluirlo el tipo penal); y la víctima es siempre un menor (16 años); que por regla general y por su sentimiento de culpabilidad, no pone los hechos en conocimiento de sus progenitores. Los datos más recientes confirman que la edad media en la que sufren esta violencia está en torno a los 15 años y que quien más frecuentemente abusa, es una persona desconocida (49,18 %). (Save the Children, 2019).¹⁰⁶

- El *sexting* o difusión (no consentida) de imágenes comprometidas de contenido sexual (ex art. 197.7 CP)¹⁰⁷ es también otro fenómeno en alza, entre iguales y no iguales. Desde distintos sectores se advierte, que es una de las acciones más comunes en adolescentes de entre 11 y 16 años.¹⁰⁸ “Suele ocurrir a los 14 años por primera vez y la persona con la que más frecuencia lo provoca fue la chica o chico con la que salían”.¹⁰⁹ También con prevalencia de las chicas como víctimas, frente a los chicos que son quienes lo difunden. La Fiscalía General del Estado viene alertando, desde hace algunos años, cómo, a través de la aplicación WhatsApp, se realizan “conductas vejatorias, amenazas o se difunden fotos y videos de contenido sexual, facilitados muchas veces voluntariamente por la víctima a otro menor de su entorno”.¹¹⁰ Con la particularidad de que el reenvío de las grabaciones o imágenes de contenido sensible, puede aparecer vinculado al entorno escolar para humillar o ridicularizar al afectado, generando un proceso concurrente de ciberbullying, en el que estarán implicados varios menores de edad. Compañeros del menor víctima, pueden utilizarlas, para mofarse, hacer comentarios dañinos sobre su persona, provocando un sinfín de padecimientos y un atentado a su dignidad y otros derechos fundamentales, que ningún menor tiene obligación de soportar.

Las conductas de sexting o sexteo revisten entre adolescentes formas muy variadas, en ocasiones, de difícil encaje penal. La Memoria de la Fiscalía General del Estado señala al respecto que su calificación jurídica puede ser dificultosa;¹¹¹ pues, según los casos, podría encajar al tiempo dentro del delito del art. 197.7 CP, o en otra modalidad de descubrimiento y revelación de secretos del mismo art. 197 CP, o en un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP, o en el nuevo delito de acoso del art. 172 ter CP. Por lo que parece, no está resuelto, el problema de la adecuada tipificación de las conductas de *sexting*.

Pero en ocasiones, el envío de este material sexualmente explícito, se hace voluntariamente por el menor, a un mayor de edad. Acción que puede ser el paso previo a la “*sextorsión*”, que se concreta en la “amenaza” de publicar dicho material sensible. Así se confirma en la sentencia

¹⁰⁵ Vid. STS (Sala de lo Penal) de 21 de marzo de 2017. Roj: STS 1055/2017. Ponente: F. Monterde Ferrer.

¹⁰⁶ SAVE THE CHILDREN (2019). *Violencia viral*, op. cit. p. 57.

¹⁰⁷ Nueva regulación tras la LO 1/2015 de reforma del CP.

¹⁰⁸ Según los datos publicados en la guía sobre sexting del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (Inteco) y Pantallas Amigas, el 8,1% de los adolescentes españoles de 10 a 16 años reconoce haber recibido en su teléfono móvil fotos o vídeos de chicos o chicas conocidos en una postura sexy. El 4% reconoce haber protagonizado este tipo de imágenes. Vid. Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INTECO). Recurso en línea: https://www.incibe.es/guias/Guia_sexting

¹⁰⁹ SAVE THE CHILDREN (2019) *Violencia viral*, op. p. 60.

¹¹⁰ Memoria de la Fiscalía General del Estado (2015), Ap. 6.2.2.1 *Referencia a delitos en particular. h) Delitos cometidos o difundidos por vía informática*, p. 494.

¹¹¹. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2016 pp. 539 y 540.

187/2018 del Juzgado de lo Penal número 2 de Valencia, de 10 de mayo de 2018 que condena a dos años de prisión a un joven de 22 años que amenazó a una menor a la que había conocido a través de Tuenti con difundir fotos de contenido sexual que ésta, voluntariamente le había enviado.

Los hechos se remontan a 2015, cuando el joven y la víctima comenzaron a conversar a través de Internet en abril de 2015 después de que él le enviara a la niña una solicitud de amistad en una red social, que la menor aceptó. Poco después, le solicita que le enviara fotos de contenido sexual, a lo que la menor accedió. También contactaron a través de la aplicación WhatsApp, enviándole ella, en fechas no determinadas, distintas fotografías y videos de naturaleza sexual en los que aparecía desnuda y se le veía la cara. Meses después, cuando dejó de contestarle y de enviarle fotos, el condenado la amenazó con difundir las imágenes en redes sociales.

El agresor fue condenado a los delitos de corrupción de menores, exhibicionismo y provocación sexual y amenazas.¹¹²

3. CIBERVIOLENCIA DE GENERO

3.1. Fenómeno emergente y cifras preocupantes

El ciberacoso irrumpe como nueva forma de manifestarse la violencia de género. Se afirma que los “modelos de masculinidad hegemónicos”¹¹³ están detrás de este tipo de violencia. Y todo apunta, que, en mayor o menor medida, siguen presentes en la adolescencia. En nuestro país, la Estadística de Violencia Doméstica y de Género ofrece datos preocupantes sobre este fenómeno emergente. Así, el mayor aumento en el número de denuncias se dieron en el tramo de chicas de menos de 18 años (18,7%). Incrementándose las víctimas que están bajo protección en más de un 15% (de 569 a 653 jóvenes); la cifra más alta recogida desde 2013 (INE, 2018)¹¹⁴. De forma paralela, se hace preciso visibilizar el progresivo aumento de los adolescentes enjuiciados, con o sin imposición de medidas, por violencia de género contra sus parejas o ex parejas.

En 2016 hubo 177 y en 2017 fueron 266. Los datos de 2018 muestran que sigue creciendo el número de víctimas y apenas desciende el de menores enjuiciados, que asciende al 92,37% (190 españoles y 40 extranjeros) con imposición de medidas y 7,6% sin imposición de medidas.¹¹⁵ Y en el primer trimestre de 2019, han sido 74 los menores enjuiciados por delitos cometidos en el ámbito de la violencia contra la mujer. Se impusieron medidas en un 90,54% de los casos, afectando a 67 menores, de los que 56 eran españoles (75,68%) y 11 extranjeros (14,86%). Sin imposición de medidas el 9,46%, de los que 7 eran españoles y ningún extranjero. Por lo que en el primer trimestre de 2019 se ha detectado un repunte en el número de menores enjuiciados, 74, frente a los 59 menores del primer trimestre de 2018 (un 25% más).¹¹⁶

En la misma línea, la Fundación ANAR (2018) cifra el “alarmante” aumento de la violencia de género en adolescentes en un 682%.¹¹⁷ Y si bien, estos datos generales sobre la violencia de género en adolescentes, no desagregan el medio utilizado para su comisión, no cabe

¹¹² La sentencia de conformidad incluye, además, la condena a pagar más de 2.100 euros de multa y la obligación indemnizar a la menor con 2.000 euros por los daños morales sufridos.

¹¹³ RUÍZ REPULLO, C. *Voces tras los datos. Una mirada cualitativa a la violencia de género en adolescentes*. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2016, p. 67 .

¹¹⁴ Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género. Año 2017 (INE, 2018). Nota de prensa, 28 de mayo de 2018, p. 6.

¹¹⁵ Informe sobre Violencia de Género Año 2018, p. 36.

¹¹⁶ Vid. Informe sobre Violencia de Género 1º Trimestre de 2019. Observatorio contra la violencia domestica y de genero. CGPJ Se contabilizan los datos de los 82 Juzgados de Menores de todo el territorio, p. 36.

¹¹⁷ Fundación Anar, (2018). Evolución de la violencia en la Infancia y en España según las víctimas (2009-2016). Recurso en línea: <https://objetivo.anar.org/wp-content/uploads/2018/04/Evolución-de-la-Violencia-a-la-Infancia-en-España-según-las-V%C3%ADctimas-2009-2016.pdf>

duda, que las nuevas tecnologías, se presentan como el nuevo escenario de la violencia de género y el teléfono móvil se ha convertido en un auténtico instrumento de control.

3.2. Dinámica en las relaciones adolescentes asociadas al “amor romántico”

Se confirma que “las TICs incrementan considerablemente la posibilidad de control y presión, así como la gravedad de las consecuencias que puede tener el acoso”.¹¹⁸ Preocupa sobremanera esta nueva forma de violencia psicológica o de control, pues, bajo paraguas del falso mito del “amor romántico”,¹¹⁹ se están normalizando comportamientos abusivos o de control extremo, que superan los límites. Actos que pueden derivar, a su vez, en otras conductas de ciberviolencia sexualizada en línea, sin más razón, que la de imponer su voluntad (el agresor) y continuar con el sometimiento de la víctima. Nótese, que en el entorno digital la violencia de género puede ser psicológica, que utiliza estrategias de control, aislamiento y manipulación emocional. Y ante la negativa de continuar la relación, el agresor (pareja o expareja) prosigue la escalada de la violencia, que puede concretarse, bien, en la amenaza de la publicación no consentida de imágenes íntimas o *sextorsión*; o en conductas intrusivas y no deseadas (*stalking*) que comprometen la sensación de tranquilidad y seguridad personal de la víctima.¹²⁰ Nuevas figuras delictivas relacionadas con la violencia de género, particularmente el *stalking* (acecho). El art. 172 ter CP regula *ex novo* este tipo penal, tras la LO 1/2015 de reforma del CP,¹²¹ por conductas relacionadas con el acoso a través de medios digitales. El envío de mensajes repetitivos o llamadas continuas y a horas intempestivas, son conductas de persecución intrusiva, incesante u obsesiva que empiezan a reconocerse y visibilizarse entre las chicas.

Estas dinámicas en las relaciones de parejas adolescentes, muestran claramente, características definitorias de la violencia de género. Sin que las chicas sean conscientes de que este modelo de dominio/sumisión, emplea estrategias humillantes que afectan a la privacidad, intimidad y libertad de la víctima, que solo percibirá, cuando quiera y no puedan salir. Dentro de esta dinámica o bucle del maltrato, no es inusual, que las jóvenes víctimas, minimicen, en un primer momento, la violencia y presenten sentimientos encontrados. De una parte, la justificación de la violencia: si me controla me quiere y los celos son una prueba de amor, lo que acentúa el mito del amor romántico. Y de otra parte, la menor víctima, puede tener sentimientos de culpa y un estado de miedo y tensión constantes. Circunstancias muy presentes en quienes sufren la violencia psíquica o invisible.

Desde estas consideraciones, se evidencia, de un lado, un repunte de conductas machistas en adolescentes; y de otro, se confirma la persistencia y transmisión intergeneracional de desigualdades, roles y estereotipos asociados al sexo. Aspectos estrechamente interrelacionados con el aumento desmedido de la violencia de género y ciberacoso sexualizado en RRSS e internet.

De acuerdo a esta observación, la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017,¹²² destaca precisamente “la estrecha interrelación entre los estereotipos y el marcado

¹¹⁸ Vid. *La evolución de la adolescencia española sobre igualdad y prevención de la violencia de género* (2014). Investigación promovida por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, María José DÍAZ-AGUADO JALÓN, M^a J (Dir.). MARTÍNEZ ARIAS, R. (metodología) y MARTÍNEZ BABARRO, J.(ejecución técnica). Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones, p. 10.

¹¹⁹ Sobre esta creencia fuertemente arraigada del amor romántico, véase RUBIO GARAY, F. CARRASCO, M.A., AMOR ANDRÉS, P.J., LÓPEZ-GONZÁLEZ, M^a A. “Factores asociados a la violencia en el noviazgo entre adolescentes: una revisión crítica”. *Anuario de psicología jurídica*, N^o. 25, 2015, pp. 47-56. En parecido sentido, se afirma que la asunción de los mitos del discurso del amor romántico parece ser una de las justificaciones más habituales para permitir ciertas actitudes que se parecen mucho a los primeros estadios de la violencia de género, y las redes sociales como principal medio de comunicación entre su grupo de iguales no pueden ser ajenas, sino cómplices e influyentes de esta lacra social. BLANCO RUIZ, M^a A. “Implicaciones del Uso de las Redes Sociales en el Aumento de la Violencia de Género en Adolescentes”, *Comunicación y medios* n. 30 (2014). p.129.

¹²⁰ SAP Lleida, Sección 1^o, n^o. 128/2016, de 7 de abril.

¹²¹ Véase un análisis de este tipo penal en JÍMENEZ SEGADO, C. (2016). “Stalking o “stalkeo”: el delito de acoso persecutorio.” *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N^o. 925. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2016). “El nuevo delito del art. 172 ter y el acoso telemático: crónica de un desiderátum represivo jurídico”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N^o. 915

¹²² Vid. Ap. 35 y 36 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2014-2015 (2016/2249(INI)).

aumento de casos de acoso contra las mujeres y de sexismo en internet y en las redes sociales, que dan lugar a nuevas formas de violencia contra las mujeres y las niñas, como el ciberhostigamiento, el ciberacoso, el uso de imágenes degradantes en línea y la distribución en redes sociales de fotos y vídeos privados sin el consentimiento de las personas implicadas, etc.” Y se insta a la Comisión y a los Estados miembros que aúnen fuerzas mediante una estrategia europea global para prevenir y combatir la violencia de género, con vistas a crear un marco que reconozca como infracciones penales las nuevas formas de ciberviolencia, y que instauren un servicio de apoyo psicológico a las mujeres y niñas víctimas de la ciberviolencia. En la misma línea, la más reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de febrero de 2019, sobre la involución en el ámbito de los derechos de la mujer y la igualdad de género en la UE, refiere, expresamente, un retroceso en estos derechos y muestra preocupación “ante la intensificación de la violencia en línea, incluido el acoso y el acecho” (Ap. 9). De forma más incisiva “insta” adoptar estrategias educativas por ser un instrumento clave para prevenir todas las formas de violencia, “en particular la de género, especialmente en la adolescencia”.

A nuestro juicio, visibilizar esta realidad ya supone disminuir el riesgo de las potenciales víctimas. Pero las conductas de dominio y sumisión entre parejas adolescentes en redes sociales y telefonía móvil están menos exploradas y requieren una mayor investigación. Es preciso realizar estudios que arrojen nuevas evidencias y cuestionen la influencia de la tecnología digital y de los medios de comunicación audiovisuales en el mantenimiento de estereotipos de género y patrones violentos sexualizados en línea; y el impacto que pueden tener para llevar a cabo la violencia de género.

4. INTERVENCIÓN MULTIDIMENSIONAL FRENTE AL CIBERACOSO

4.1. Marco normativo y agentes implicados

Como ha quedado expuesto, las RRSS e internet suponen una amenaza cierta para conculcar gravemente los derechos fundamentales de NNyA. Por lo que es necesario adoptar medidas de corte transversal y multidimensional. Al respecto, los ejes actuales de las políticas públicas a nivel nacional y en la UE, plantean nuevos retos y desafíos para el legislador en un momento crucial. Estamos a la espera del tan anunciado Pacto Nacional por la Educación, la definitiva implementación del Pacto Nacional contra la violencia de Género¹²³ y el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia; lamentablemente paralizado por el adelanto de la elecciones. Anteproyecto que se autodescribe como integral, al tratar de abarcar todos y cada uno de los sectores y ámbitos en los que conviven los niños y niñas menores de edad.

De forma paralela, cabe citar dos Estrategias del Consejo de Europa que se encuentran en plena ejecución. Una, la Estrategia para los derechos del niño (2016-2021), que aborda, entre otras esferas prioritarias de actuación, la de garantizar una vida libre de violencia y garantizar los derechos del niño en el entorno digital. Y otra, la Estrategia de Igualdad de género 2018-2023, que vuelve a poner el acento en “que las redes sociales, son objeto de uso abusivo y que, a menudo, mujeres y niñas sufren amenazas violentas y sexualizadas en la red” (ap. 44).

Previsiones que guardan conexión y entroncan directamente, con el nuevo marco jurídico propuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (RGPD)¹²⁴ para la protección de los datos personales en la UE y la nueva Ley Orgánica

¹²³ El Pacto de Estado contra la violencia de género se aprueba en Diciembre de 2017. Recoge un total de 214 medidas que se estructuran en diez ejes: por lo que aquí interesa destacamos el Eje 1.- Ruptura del silencio. Sensibilización y prevención: 55 medidas. Eje 4.- Intensificar la asistencia y protección de las y los menores: 16 medidas. Eje 8.- Visualización y atención a otras formas de violencia contra las mujeres: 20 medidas.. Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad. Delegación del gobierno para la violencia de género. Disponible en: http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/laDelegacionInforma/2017/pdfs/DGVG_CONF_SECTORIAL_PACTO_ESTADO_VG.pdf

3/2018, de 6 de diciembre Protección de Datos y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD).¹²⁵ Nótese que se añade a la rúbrica de la norma la “garantía de los derechos digitales”,¹²⁶ fruto de la preocupación que rodea a la cuestión de la protección de la información personal ante los retos que suponen los avances tecnológicos.¹²⁷ Sin obviar, la nueva la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (Directiva UE 2018/1088) que presenta un nuevo marco regulador para el sector audiovisual en Europa y refuerza la protección de los menores ante contenidos potencialmente dañinos. Con la particularidad de que las medidas adecuadas previstas para dicha protección, aplicables a los servicios de radiodifusión televisiva (cadenas de televisión), deben aplicarse también a los servicios de comunicación audiovisual a petición o a la carta. Esto es, a las plataformas de intercambio de videos, por ser los menores quienes, en mayor medida, consumen contenidos audiovisuales (Considerando 20 y 45).

En este punto, se hace preciso recordar que el Comité de los Derechos del Niño examinó los informes periódicos quinto y sexto combinados de España (CRC/C/ESP/5-6) y aprobó en su 2282^a sesión, el 2 de febrero de 2018. En las observaciones finales sobre los Derechos y libertades civiles (arts. 7, 8 y 13 a 17) y en lo referente al *acceso a la información pertinente*, el Comité recomienda que el Estado parte establezca el consejo estatal de medios audiovisuales y asigne recursos para su funcionamiento como órgano regulador del contenido de los programas de televisión apropiados para los niños. También recomienda que el Estado parte elabore iniciativas para regular el acceso a Internet y a los medios digitales y su utilización y actualice los planes de estudios escolares en relación con la protección de los niños a este respecto (ap. 20).

Las previsiones normativas anteriormente citadas están imbricadas y responden al abordaje multidimensional que requiere el ciberracoso sexualizado y la violencia de género digital en adolescentes. La seguridad es una de las prioridades más reivindicadas en el ámbito de las Tecnologías de la información y comunicación, frente a las situaciones de riesgo analizadas. Lo que demanda la implicación de instituciones, administraciones, empresas, medios de comunicación y por supuesto la insustituible colaboración de los centros educativos y las familias. En sede de prevención, el primer enfoque, sigue apuntando a los dos espacios primarios de socialización de NNyA, como agentes implicados: familia y escuela. Pero la intervención no debe limitarse solo a estos espacios. La sociedad en general, los medios de comunicación y el sector privado pueden y deben jugar un papel importante en este campo. Los medios de comunicación deben implicarse, particularmente los medios audiovisuales, como agente socializador y por la decidida influencia que ejercen los contenidos que genera y que son consumidos con habitualidad por este colectivo. Al mismo tiempo, se apunta que el poder y la influencia del sector privado, “deben aprovecharse para promocionar normas éticas de la industria en materia de datos y privacidad, así como otras prácticas que beneficien y protejan a los niños en línea”.¹²⁸

4.2. Internet segura: políticas de acceso y control de empresas

Como se ha visto, la sobreexposición de NNyA en redes sociales, sin controles efectivos y a edades cada vez más tempranas, es una realidad; que es pareja, a los riesgos a los que se exponen. Sin ser conscientes, de la privacidad e intimidad, del valor de sus datos personales y la conexión con la ciberseguridad. En este punto, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (RGPD), presta especial atención a la protección de los menores, dado que sus datos personales merecen una protección específica. En relación a la información y los controles, el RGPD establece la creación de Códigos de conducta relativos a los requisitos que debe cumplir la información que se facilita a los niños y niñas, las medidas diseñadas para protegerlos, así como propuestas sobre el modo en que ha de recabarse el

¹²⁵ BOE» núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 2018.

¹²⁶ El Título X reconoce el elenco de derechos digitales tales como el derecho a la neutralidad de Internet, el acceso universal a la Red, el derecho a la seguridad digital, el derecho a la educación digital y la protección de los menores en Internet, el derecho de rectificación en Internet y el de actualización de informaciones en medios de comunicación digital, el derecho al olvido en búsquedas de Internet y en servicios de redes sociales o servicios equivalentes, el derecho a la portabilidad en servicios de redes sociales y equivalentes y el derecho al testamento digital.

¹²⁷ RODRÍGUEZ ROCA, A. “Un nuevo orden para proteger los datos personales”. *Revista Acta Judicial* n° 3, enero-junio 2019, p. 124

¹²⁸ Vid. UNICEF 2017, Informe *El Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital*, ob. cit. p. 5.

consentimiento de los representantes legales (art. 40.2 RGPD).

El Reglamento reabrió en nuestro país el debate sobre la edad mínima exigida a NNA para otorgar consentimiento válido¹²⁹ y poder registrarse en los servicios digitales. Edad que según el Reglamento (ex art. 8)¹³⁰ se fija a los 16 años.¹³¹ Por debajo de esta edad, sería necesario el consentimiento de padres o tutores del menor. Sin embargo, este límite, oscilará entre los 13 (límite mínimo) y 16 años, pues el Reglamento permite que cada Estado miembro pueda establecer su propio umbral en este tramo de edad. Como cláusula de salvaguarda se dispone que lo anteriormente dispuesto no afectará a las disposiciones generales del derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño. Nuestra normativa ha fijado tradicionalmente la edad de los 14 años.¹³² Esta edad se mantiene tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018 (art. 7 LOPDGDD) en adaptación de nuestra legislación al RGPD, aunque la cuestión no estuvo exenta de polémica por falta de consenso.¹³³ A nuestro juicio es correcto que se haya mantenido la edad de 14 años para prestar válido consentimiento, teniendo en cuenta otras edades con significación jurídica y para las que, tal vez, deberíamos repensar una mayor coherencia y cierta unanimidad. Para los menores de 14 años, los titulares de la patria potestad podrán seguir ejercitando en su nombre los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición u otros que pudieran corresponderles en el contexto de la protección de sus datos personales.

Si bien, hay que incidir en que, a los 14 años, la vulnerabilidad sigue siendo muy alta, ante el peligro latente que supone la sobreexposición de NNyA en redes sociales. Y generalmente, las conductas de ciberacoso, como se ha expuesto, llevan aparejadas una vulneración de la privacidad. Por lo que urge implementar medidas de concienciación, sensibilización, educación digital, controles efectivos y sanciones. Al respecto, el art. 73 a) LOPDGDD establece como infracción grave, el tratamiento de datos personales de un menor de edad, sin recabar su consentimiento, cuando tenga capacidad para ello, o el del titular de su patria potestad o tutela (en el caso de menores de 14 años). Y el art. 84 (LOPDGDD), bajo la rúbrica “Protección de los menores en Internet” establece dos previsiones de gran alcance:

- Una relativa a la difusión de datos, para lo que se prevé que “La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

- Otra, referida al *uso equilibrado* y responsable de los dispositivos digitales por parte de los menores a fin de garantizarles el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. A este respecto, se hace un llamamiento a los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales. Previsión que a nuestro juicio, pone el acento, en la denunciada falta de control parental y restricciones del uso de internet en la

¹²⁹ El art. 4, apartado 11, contiene la definición del «consentimiento del interesado», como “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen

¹³⁰ El art. 8 del Reglamento establece las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información, estableciendo los siguientes: “en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó.”

¹³¹ Hay que recordar que Google, Facebook y Twitter se quejaron a los reguladores por el aumento de la edad mínima a los 16 años.

¹³² Así el art. 13 del RD 1720/2007, que desarrolla la LOPD de 1999, al señalar que “podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento”, añadiendo que, “en el caso de los menores de esa edad se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”.

¹³³ Nótese que el art. 7 del Proyecto recogía que, por regla general, el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando este sea mayor de *trece años* con objeto de asimilar el sistema español al de otros Estados de su entorno (EM). Sin embargo, las enmiendas planteadas al articulado del Proyecto manifestaron la falta de consenso. El grupo Unidos Podemos solicitó elevar la edad mínima hasta los 16 años, haciéndola coincidir con la establecida en el RGPD; y el Grupo Parlamentario Socialista mantenerla en los 14 años.

familia. En este punto, y en lo referente a las limitaciones de uso que establecen padres y madres, el informe *Violencia viral* (Save the Children, 2019),¹³⁴ apunta que el 51,9% de participantes encuestados no tenían normas y, quienes sí tenían, la regla más común, era/es el límite de horas de conexión y la explicación sobre los riesgos que se podrían encontrar navegando por la red.

De otra parte, y en relación al uso excesivo de internet, hay que advertir otra evidencia, que no parece tener fácil solución. Se afirma que los teléfonos inteligentes están alimentando una “cultura del dormitorio”,¹³⁵ y para muchos niños, el acceso en línea es cada vez más personal, tiene un carácter más privado y está menos supervisado. Provocando a su vez conductas adictivas a Internet,¹³⁶ no incluidas aún en el DMSV, pero que, sin duda, están generando un serio problema de salud y altas dosis de agresividad en este colectivo cuando los padres les privan de su uso.

En otro orden de cosas, pero vinculadas con la edad mínima para prestar consentimiento válido, resulta complejo establecer mecanismos eficientes para controlar la veracidad de los datos aportados. Sabemos que los niños y niñas comienzan a crearse perfiles sociales incluso, antes de los diez años. Por lo que, se queda corto, que el RGPD hable de que el responsable hará “esfuerzos razonables” (...) “teniendo en cuenta la tecnología disponible” (art. 8.2). En igual sentido, el art. art. 73 b) LOPDGD se prevé también como infracción grave el no acreditar la realización de “esfuerzos razonables” para verificar la validez del consentimiento prestado por un menor de trece años o por el titular de su patria potestad o tutela. Por lo que los mecanismos de control por parte de los responsables siguen abiertos y sin concreción.

A tal efecto, se propone desde algún sector seguir ciertos métodos o criterios propuestos en otras legislaciones y experiencias a nivel comparado.¹³⁷ Con cita expresa a la Children's Online Privacy Protection Rule («COPPA»), revisada en 2013¹³⁸ y de conformidad con los requisitos de la Children's Online Privacy Protection Act; para la que se ha propuesto nuevamente una actualización. Su objeto es extender la protección de la privacidad a los niños hasta los 15 años, establecer nuevos límites sobre cómo las empresas pueden recopilar y utilizar la información de los niños,¹³⁹ así como codificar un conjunto de controles parentales y prohibiciones relativas a la publicidad dirigida a menores de 13 años o crear nuevas salvaguardas para los datos de los niños en la industria del juego. La vulneración de esta normativa, ha provocado que la «app» TikTok, para crear y compartir vídeos cortos, haya sido sancionada con 5.7 millones de dólares en EE.UU. por recopilar ilegalmente datos personales de menores.¹⁴⁰

Debe requerirse, por tanto, un control específico y eficaz por el responsable del

¹³⁴ SAVE THE CHILDREN (2019), *Violencia viral*, op. cit. p. 53.

¹³⁵ Vid. Informe *El Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital* (UNICEF, 2017), p. 3.

¹³⁶ La Estrategia Nacional de Adicciones 2017-2024, señala que el 18% de la población de adolescentes y jóvenes de catorce a dieciocho años, usa de manera abusiva las tecnologías. Si bien probablemente su uso se irá normalizando con la edad, dentro de este porcentaje de población suele incrementarse el fracaso escolar y es más frecuente el consumo de drogas.

Disponible

en:

http://www.pnsd.mscbs.gob.es/pnsd/estrategiaNacional/docs/180209 ESTRATEGIA_N.ADICIONES_2017-2024_aprobada_CM.pdf

¹³⁷ Véase al respecto, RECIO GAYO, M. “El consentimiento en el RGPD: comentarios al borrador de Directrices del Grupo de trabajo del artículo 29”. *Diario La Ley*, N° 1, Sección Ciberderecho, 19 de Diciembre de 2017. BRITO IZQUIERDO, N. “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos”. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, N° 14, 2017 (Ejemplar dedicado a: Menores y redes sociales), pp. 17-31.

¹³⁸ Federal Register/Vol. 78, No. 12/Thursday, January 17, 2013/ Rules and Regulations

¹³⁹ No se considerará que un operador ha recopilado información personal conforme a este párrafo si toma medidas razonables para eliminar toda o prácticamente toda la información personal de las publicaciones de un niño antes de que se hagan públicas y también para eliminar dicha información de sus registros

¹⁴⁰ La aplicación recolectó ilegalmente información personal de niños, contraviniendo la ley que protege la privacidad de los menores en la Red (« Children's Online Privacy Protection Rule»), la cual exige que los sitios web y los servicios en línea dirigidos a los niños obtengan el consentimiento de los padres antes de recopilar información personal de los menores de 13 años. TikTok, era conocedora de que muchos niños estaban usando la aplicación, pero aún así, no buscaron el consentimiento de los padres antes de recopilar nombres, direcciones de correo electrónico y otra información personal de usuarios menores de 13 años.

tratamiento de los datos, teniendo en cuenta el nivel de riesgo. Téngase en cuenta que para usar, por ejemplo, la aplicación WhatsApp, solo hay que aceptar las condiciones de uso. Pero en líneas generales, se afirma por la OCU que el 88% de los usuarios acepta los términos y condiciones en Internet sin leerlos, alegando como principal motivo, para el 78% de los encuestados, que para usar el servicio se ven obligados a aceptar las condiciones impuestas por las empresa.¹⁴¹ Las medidas que actualmente proporciona WhatsApp para controlar que se cumpla la normativa de acceso a menores de edad están, entre otras, las de evidenciar la propiedad de la línea telefónica con copia del DNI junto con la copia de la factura del servicio telefónico; evidenciar de la patria potestad con una copia del certificado de nacimiento o adopción y acreditar, etc. Si bien, WhatsApp ha presentado la nueva actualización de su aplicación a través del programa Beta de Google Play, con la que se elevará la versión a la 2.19.222. Con ella y en cumplimiento del RGPD se establece la prohibición del uso de WhatsApp a menores de 16 años para los residentes de cualquier país de la región europea. La duda que surge inmediatamente es, si esta medida, se acabará cumpliendo o no.

4. 2. Sensibilización, alfabetización digital y mediática

Como se ha ido desvelando, es un imperativo, la necesidad de la educación digital y uso responsable de las TICs, responsabilizando a todos los agentes implicados. Al respecto la nueva Ley Orgánica 3/2018 (LOPDGDD), dedica el art. 82 al derecho a la seguridad digital y el art. 83 a garantizar el derecho a la educación digital. Insta al “aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales”.

Respecto a los padres y Centros educativos, urge adoptar medidas preventivas dirigidas a fomentar la parentalidad positiva (contenido transversal/universal), y empoderar a madres y padres para poner límites y educar en valores a sus hijos. Lo que incluye educación digital que necesariamente debe combinarse con ofrecerles formación en igualdad de género y afectivo-sexual. En colaboración, claro está, con los centros educativos. El fin no es otro que empoderar a los NNyA, como potenciales víctimas, para que asuman responsabilidades sobre la privacidad y el valor de sus datos. Así como para que adquieran conciencia crítica sobre ciertos contenidos digitales a su alcance, que en ocasiones desvirtúan la realidad y contribuyen a la reproducción de estereotipos de género. Nótese que el art. 4.1 letra f) del Anteproyecto, eleva a categoría de principio rector el “empoderamiento de las personas menores de edad para la detección y adecuada reacción ante posibles situaciones de violencia ejercida sobre ellos”. En este punto, y en relación a los menores, la Disposición final décima de la LOPDGDD modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en el sentido de incluir una nueva letra l) en el apartado 1 del art. 2, relativo a «La capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva.». La nueva Ley refuerza especialmente la educación digital y establece que el Gobierno deberá remitir en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley un Proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar estos derechos y las Administraciones educativas tendrán el mismo plazo para la inclusión de dicha formación en los currículums. (Disposición adicional decimonovena de la LOPDGDD).¹⁴² El art. 33 Anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (2018). bajo la rúbrica de “Formación en materia de seguridad digital”, dice que: «Las Administraciones Públicas deberán incorporar contenidos obligatorios y específicos para la capacitación de los menores de edad en materia de seguridad digital. Dicha formación se incluirá tanto en los bloques de contenidos como con carácter transversal, debiendo implantarse

¹⁴¹ Vid. Organización de Consumidores y Usuarios (OCU). Disponible en <https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas-de-prensa/2018/privacidad070318>

¹⁴² Expresamente la Disposición adicional decimonovena, bajo la rúbrica “Derechos de los menores ante Internet” señala que “En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet, con el fin de garantizar su seguridad y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre los mismos es ejercida mediante las nuevas tecnologías

desde la etapa de educación primaria.»

Previsiones necesarias, porque como es sabido, se echa en falta que los currículums académicos no cuenten con formación específica respecto a la violencia digital en todas sus aristas y manifestaciones. Y no todos los Colegios promueven actividades y charlas formativas por especialistas para que los niños y niñas conozcan los riesgos de internet. A sabiendas que estas acciones son una de las intervenciones más efectivas para atajar el problema desde los centros educativos. Si bien, hay que recordar que por la Instrucción 7/2013 de la Secretaria de Estado y Seguridad, del Ministerio del Interior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado vienen cooperando con charlas y talleres dirigidas a padres, docentes y menores para prevenir situaciones de riesgo derivadas del mal uso de las redes sociales e internet, especialmente, “Ciberbullying”, “Grooming” o el “Sexting”.

Asimismo, los medios de comunicación audiovisual deben corresponsabilizarse en garantizar la alfabetización mediática y el control de contenidos, por la decidida influencia e impacto que ejercen en jóvenes y adolescentes. El art. 43 del Anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia,¹⁴³ alude expresamente al diagnóstico y control de contenidos contra la violencia de género. Para lo que es preciso incrementar las condiciones y medidas que favorecen el positivo papel de los medios de comunicación y las nuevas tecnologías contra esta lacra. Para lo que se sugiere generalizar mejores prácticas, que son muchas y muy influyentes, así como fortalecer a la adolescencia, a través de la alfabetización mediática para que puedan aprovechar las oportunidades y protegerse de los riesgos que pueden implicar.

El Consejo Audiovisual de Cataluña, se lamenta, “al comprobar que en las plataformas de intercambio de vídeos, en los blogs y en los sitios webs y en las redes sociales hay un retroceso en cuanto a la lucha contra la discriminación y los estereotipos de género, advirtiendo que los contenidos sexistas se concentran en internet, mientras que se han moderado en la radio y en la televisión.”¹⁴⁴

Situación que se corregirá cuando se lleve a cabo la transposición de la Directiva UE 2018/1088, que modifica la Directiva 2010/13/UE (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).¹⁴⁵ Precisamente y para reforzar la protección de menores, se extiende su ámbito de aplicación, tanto a los servicios de radiodifusión televisiva (televisión) como los servicios de vídeo a la carta. Por tanto, la protección y control de contenidos que propone la nueva Directiva, tendrán el mismo tratamiento jurídico que los demás “servicios de comunicación audiovisual”, cuando incluyan contenidos audiovisuales. En suma, se aplicará a las cadenas de televisión, y también a las plataformas de video a la carta, como Netflix, y de distribución de videos, como YouTube y Facebook, que tienen un decisivo poder influyente en NNYA.

La Directiva UE 2018/1088 inserta un nuevo art. 6 bis en la Directiva 2010/13/UE. Este precepto, insta a los Estados miembros a facilitar información suficiente y que se adopten las medidas adecuadas para velar por que los servicios de comunicación audiovisual, perjudiciales al desarrollo físico, mental o moral de los menores, no sean vistos ni oídos. Medidas que incluirán, la elección de la hora de emisión e instrumentos de verificación de la edad. Estableciéndose medidas más estrictas respecto a los contenidos más nocivos (como la violencia gratuita y la pornografía). Y respecto a las plataformas de intercambio de videos y RRSS, como se ha dicho, se adoptarán las mismas medidas de control de contenidos (ex art. 28 ter); teniendo en cuenta que los contenidos más nocivos, estarán sujetos a las medidas más estrictas de control de acceso. De forma paralela y respecto a las comunicaciones comerciales audiovisuales, el art. 9 apartado c) incide en que las mismas no podrán: i) atentar contra el respeto a la dignidad humana, ii) incluir

¹⁴³ Art. 43 ubicado en el CAPÍTULO VII “De las nuevas tecnologías”, del TÍTULO III bajo la rúbrica, “Concienciación, prevención y detección”

¹⁴⁴ Consejo Audiovisual de Cataluña. Nota de prensa (5/03/2019). Disponible en <https://www.cac.cat/es/actualitat/cac-alerta-que-actualmente-los-contenidos-sexistas-se-concentran-internet-mientras-que>

¹⁴⁵ Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual

o fomentar cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual, y g) no podrán producir perjuicio físico, psíquico o moral a los menores. Para el cumplimiento de las nuevas medias, la nueva Directiva propone la vía de la correulación (art. 4 bis, ap.1), mediante mecanismos tales como los sistemas de denuncia a las plataformas por parte de los usuarios, la verificación de la edad, la calificación de los contenidos por parte de los autores y el control parental.

En suma, erradicar contenidos audiovisuales nocivos y aquellos que puedan producir perjuicio físico, psíquico o moral a los menores es una prioridad que hay que atender. Y es que, a nuestro juicio, los videojuegos, videoclip musicales, series, películas o el canal Youtube, siguen reproduciendo estereotipos de género y en ocasiones, contenidos de violencia extrema. Y esto, tienen un enorme impacto (negativo), en este colectivo vulnerable. Sin lugar a dudas, estas prácticas coadyuvan a normalizar ciertas conductas, lo que, en sí mismo, es un obstáculo, en la lucha por erradicar cualquier tipo de violencia, incluido el ciberacoso y la violencia de género en línea. Sin embargo, a *sensu contrario*, los medios audiovisuales, como agentes socializadores, de educación formal e informal, presentan un alto potencial y una oportunidad extraordinaria para desarrollar y divulgar contenidos formativos, de concienciación y sensibilización frente a todo tipo de violencia. Algunos estudios señalan que los documentos audiovisuales son utilizados frecuentemente para prevenir la violencia de género desde la escuela y su utilización está aumentando en los últimos años. Asimismo se desvela que las dos principales fuentes de información en el tema de la violencia de género que reconoce la adolescencia actual son: el cine/la televisión (destacada como bastante o muy influyente por el 77,7%) e Internet (por el 58,8%).¹⁴⁶

Los NNyA tienen derecho a ser informados y deben aprender a identificar las conductas de ciberacoso y ciberdelincuencia de género, así como las señales de alarma. La prevención es la mejor estrategia para combatir y poner freno a estos comportamientos desde una edad temprana. Si es posible con campañas audiovisuales en medios digitales adaptadas al lenguaje y edad de ellos. Algunas iniciativas se han llevado a cabo en nuestro país. A título de ejemplo, cabe citar un video juego, el “City Watch”, impulsado por la Comunidad de Madrid dirigido a combatir este fenómeno.¹⁴⁷ Haciéndose eco esta problemática, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad lanzó una campaña bajo el lema “Corta a tiempo. El maltrato no llega de repente” (2017).¹⁴⁸ La Campaña incide en la prevención y detección temprana de las primeras señales del maltrato y la violencia de género, centrada en el control y violencias que se ejercen a través de las redes sociales e internet y realiza un decálogo muy ilustrativo de las señales de maltrato.¹⁴⁹

5. REFLEXIÓN FINAL

Internet se presenta como un instrumento indispensable, casi insustituible, en la socialización de niños, niñas y adolescentes. Nativos digitales que viven “conectados” y se relacionan con conocidos (o desconocidos) a través de redes sociales, mensajería instantánea, juegos *on line* u otros canales de comunicación. Sin embargo, no son conscientes, del valor de su privacidad e intimidad, del valor de sus datos y su relación con la ciberseguridad. Tampoco de la amenaza implícita, pero cierta, que supone su sobrexposición en redes sociales. Los datos y la

¹⁴⁶ Vid. La evolución de la adolescencia española sobre igualdad y prevención de la violencia de género (2014). Investigación promovida por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género María José Díaz-Aguado Jalón (Dirección). Rosa Martínez Arias (metodología) y Javier Martínez Babarro (ejecución técnica) Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones, p. 294.

¹⁴⁷ El “City Watch” convertir a los usuarios en los liberadores de 40 ciudades tomadas por la violencia machista. El jugador/a debe identificar mensajes machistas, sumisos o de empoderamiento. Ver esta noticia en el País (2.11.2018) bajo el titular ¿Quieres liberar la ciudad de machismo? Juega al “City watch”. En https://elpais.com/ccaa/2018/11/01/madrid/1541100196_578562.html

¹⁴⁸ El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2017) “Corta a tiempo. El maltrato no llega de repente” <http://observatorioviolecia.org/corta-a-tiempo-el-maltrato-no-llega-de-repente/>

¹⁴⁹ Tales como: 1. Acosar o controlar a tu pareja usando el móvil. 2. Interferir en relaciones de tu pareja en internet con otras personas. 3. Espiar el móvil de tu pareja. 4. Censurar fotos que tu pareja publica y comparte en redes sociales. 5. Controlar lo que hace tu pareja en las redes sociales. 6. Exigir a tu pareja que demuestre dónde está con su geolocalización. 7. Obligar a tu pareja a que te envíe imágenes íntimas. 8. Comprometer a tu pareja para que te facilite sus claves personales. 9. Obligar a tu pareja a que te muestre un chat con otra persona. 10. Mostrar enfado por no tener siempre una respuesta inmediata online.

información que suministran (voluntariamente) puede ser usada por terceros para conculcar gravemente sus derechos fundamentales. La deficiente formación digital, afectivo-sexual y en igualdad de género, les impiden identificar tempranamente señales de alarma, para poner freno a las conductas de ciberacoso y ciberviolencia de género analizadas.

Este fenómeno emergente, requiere, para su abordaje, estrategias transversales y multidimensionales, dispuestas en un amplio marco regulador, muy imbricado entre sí; lo que es un claro indicador de la toma de conciencia del problema. Pero a la vez exige la responsabilidad y compromiso de todos los agentes implicados. Especialmente, estableciendo mecanismos eficaces para el cumplimiento de la normativa sobre las políticas de acceso y control de la veracidad de los datos aportados y control de contenidos. Sin obviar que urge implementar la educación o alfabetización digital y mediática para generar masa crítica respecto al uso de los medios digitales o los contenidos perjudiciales que proporcionan los medios audiovisuales. Es necesario deconstruir falsas realidades asociadas al sexismo y al mito del amor romántico que transmiten los medios por su influencia e impacto en este colectivo vulnerable. Hay que valorar como positivo el nuevo marco que propone la Directiva UE 2018/1088 que como se ha expuesto, amplía su aplicación, no solo a las cadenas de televisión, sino también, a las plataformas de video a la carta, como Netflix, y de distribución de videos, como YouTube y Facebook, siendo su utilización mayoritariamente por los menores

6. BIBLIOGRAFIA:

BLANCO RUIZ, M^a A. (2014) “Implicaciones del Uso de las Redes Sociales en el Aumento de la Violencia de Género en Adolescentes”, *Comunicación y medios* n. 30.

BRITO IZQUIERDO, N. (2017). “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos”. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, N^o. 14, 2017 (Ejemplar dedicado a: Menores y redes sociales).

BUELGA, S., CAVA, M.J y MUSITU, G. (2010) “Cyberbullying: Victimización entre adolescentes a través del teléfono móvil y de Internet”. *Psicothema*, 22.

COUNCIL OF EUROPE (2010), *Campaign to Stop Sexual Violence against Children*. Disponible en <http://www.coe.int/oneinfive>.

DIAZ-AGUADO, M^a J. (Dir.) et Al. *La evolución de la adolescencia española sobre igualdad y prevención de la violencia de género* (2014). Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones.

GARCÍA GARCÍA, J., ORTEGA, E., DE LA FUENTE, L., ZALDÍVAR, F., GIL-FENOY, M.J. (2017) “Systematic Review of the Prevalence of School Violence in Spain” *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 237, pp. 125-129.

DEL REY, R./ FELIPE, P. y ORTEGA-RUIZ, R. (2012) “Bullying and cyberbullying: Overlapping and predictive value of the co-occurrence”. *Psicothema*. Vol. 24, n^o 4.

IabSpain *Estudio Anual de Redes sociales* (2019). Disponible en: https://iabspain.es/wp-content/uploads/estudio-anual-redes-sociales-iab-spain-2019_vreducida.pdf

FUNDACIÓN ANAR (2016). *Acoso escolar: I Estudio sobre el bullying según los afectados y líneas de actuación*.

FUNDACION ANAR, (2018). *Evolución de la violencia en la Infancia y en España según las víctimas (2009-2016)*.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2016). *El nuevo delito del art. 172 ter y el acoso telemático: crónica de un desiderátum represivo jurídico*. Actualidad Jurídica Aranzadi. N^o. 915.

JÍMENEZ SEGADO, C. (2016). *Stalking o “stalkeo”: el delito de acoso persecutorio*. Actualidad Jurídica Aranzadi. N^o. 925.

LEÓN LLORENTE, C. (2017) “La percepción y la experiencia del acoso escolar en la escuela, la familia y la sociedad” *Quaderns de Polítiques Familiars. Revista de l’Institut d’Estudis Superiors de la Família*, n^o 3.

PÉREZ VALLEJO, A.M^a y PÉREZ FERRER, F. *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*. Ed. Dykinson, 2016.

SAVE THE CHILDREN, (2016) “Yo a eso no juego. Bullying y cyberbullying en la infancia” (Coord. Ana Sastre).

SAVE THE CHILDREN (2017) “Ojos que no quieren ver” *Los abusos sexuales a niños y niñas en España y los fallos del sistema*.

SAVE THE CHILDREN (2019) *Violencia viral. Análisis de la violencia contra la infancia en la infancia y adolescencia en el entorno digital*.

RAMOS, R. (Coord.) *Los costes de la violencia contra la infancia. Impacto económico y social*. Educo 2018 - Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Facultad de Derecho.

RECIO GAYO, M. (2017) “El consentimiento en el RGPD: comentarios al borrador de Directrices del Grupo de trabajo del artículo 29”. *Diario La Ley*, N^o 1, Sección Ciberderecho, 19 de Diciembre de 2017.

RESETT, S. “Co-ocurrencia e interrelaciones entre la victimización, cybervictimización, bullying y cyberbullying en adolescentes” *Anuario de Psicología*, n^o 49, 2019.

RODRÍGUEZ ROCA, A. “Un nuevo orden para proteger los datos personales”. *Revista Acta Judicial* n^o 3, enero-junio 2019.

RUBIO GARAY, F. CARRASCO, M.A., AMOR ANDRÉS, P.J., LÓPEZ-GONZÁLEZ, M^a A. “Factores asociados a la violencia en el noviazgo entre adolescentes: una revisión crítica”. *Anuario de psicología jurídica*, N^o. 25, 2015

UNICEF Informe *El Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital*. Disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/estado-mundial-infancia-2017.pdf>

LA MEDICINA REPRODUCTIVA DEL SIGLO XXI

Carmen Ochoa Marieta
*Doctora en Medicina y
Cirugía especializada en Reproducción Humana Asistida, Embriología
Clínica y Andrología
Directora Médico URA (Unidad de Reproducción
Asistida) CER Santander.*

Fecha de recepción: 11 de marzo de 2019
Fecha de aceptación: 10 de abril de 2019

RESUMEN: los conocimientos adquiridos en materia de reproducción asistida durante el siglo pasado han permitido el aumento en las tasas de éxito y la mayor seguridad en los tratamientos de reproducción asistida (TRA) actuales.

Las técnicas de crio preservación, mediante vitrificación, han conseguido preservar la fertilidad y retrasar la maternidad, dando respuesta a un nuevo hábito social.

La medicina reproductiva del futuro debe caminar hacia una mayor eficiencia de los TRA y al nacimiento de niños sanos.

ABSTRACT: the knowledge acquired in the field of assisted reproduction during the past century has allowed the increase in success rates and the greater safety in current assisted reproduction treatments (ART).

The techniques of cryopreservation, through vitrification, have allowed to preserve fertility and delay motherhood and a new habit of society.

Reproductive medicine of the future should move towards greater efficiency of ART and the birth of healthy children.

PALABRAS CLAVE: Medicina reproductiva, futuro, preservación de la fertilidad, vitrificación, diagnóstico genético preimplantacional

KEYWORDS: Reproductive medicine, future, preservation of fertility, vitrification, preimplantation genetic test

SUMARIO: I. introducción. II. Tratamientos de la reproducción asistida. III. La medicina reproductiva del futuro. IV. Líneas de investigación en medicina reproductiva. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Posiblemente pocas disciplinas biomédicas han evolucionado tanto y tan rápidamente durante los últimos años como lo ha hecho el área del conocimiento de la Medicina Reproductiva.

Desde que en 1978, el 5 de Julio, naciera Louise Brown, en el Hospital Oldham, en Manchester, Gran Bretaña, hasta nuestros días, mas de 8.000.000 de nacimientos se han producido en el mundo tras la utilización de tratamientos de reproducción asistida (TRA), según datos publicados por la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE)¹.

En España, el último Registro de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) y Ministerio de Sanidad, constataba que el 8,6% de los nacimientos que se habían producido procedieron de técnicas de Reproducción Asistida².

Los tratamientos que ofrece la medicina reproductiva han ampliado su espectro de indicaciones, pasando de la primigenia indicación de obstrucción tubárica bilateral a un importante listado de indicaciones ligadas, unas a patologías y otras a derechos sociales.

Durante el siglo pasado se desarrollaron numerosos avances, que han posibilitado la situación actual. Los procedimientos del laboratorio de embriología clínica han perfeccionado sus técnicas ayudados por la ingeniería, la bioquímica, la genética, la biología molecular, la bioinformática y otras ciencias afines. Los avances en el conocimiento de la fisiología de los gametos, óvulos y espermatozoides y en la fisiología del embrión humano, han permitido mejorar el entendimiento de sus necesidades en los cultivos in vitro, con lo que los medios de cultivo que utilizamos actualmente son mas afines a las mismas, permitiéndonos de esta manera, tener mejores embriones y aumentar las tasas de éxito. Todo esto ha ayudado a disminuir la tasa de gestación múltiple, dado que se dispone de mejores herramientas para seleccionar el embrión mas competente, pudiendo, de esta manera, hacer transferencias de solo un embrión. Así mismo se ha mejorado en el conocimiento sobre la endocrinología reproductiva lo que ha dado lugar a investigaciones dirigidas hacia la elaboración de fármacos que ayudan de una manera mas específica en la producción de óvulos por parte del ovario.

Todo ello ha conducido a que las tasas de éxito de los TRA aumenten, pasando de un 14-16% por transferencia embrionaria en ciclos de fecundación in vitro (FIV) en la década de los 80, a un 36,4% según datos del registro de actividad de 2015 de la SEF y el Ministerio de Sanidad².

No podemos olvidarnos de las técnicas de crio preservación de gametos y embriones. La introducción de la vitrificación, como proceso de crio preservación ha posibilitado, preservar la fertilidad de las mujeres, mediante la crio preservación de sus óvulos, tanto en situaciones de necesidad médica, como en situaciones sociales en las que la mujer desea posponer su maternidad. La vitrificación de embriones, ha mejorado las tasas de supervivencia que existían con los procesos de crio preservación anteriores, facilitando el proceso, como es el caso de las transferencias diferidas y dando mas opciones de éxito en las transferencias de embriones sucesivas tras un ciclo de punción folicular, disminuyendo los riesgos y aumentando la posibilidad de éxito mediante el dato de la tasa de embarazo acumulado.

Y por último el Diagnostico genético preimplantacional (PGT) nos proporciona información sobre anomalías cromosómicas y/o genéticas en los embriones, pudiendo de esta manera, frenar la transmisión de una enfermedad que padezcan o porten los progenitores.

Todas las técnicas utilizadas en los TRA se complementan, es decir todas son necesarias para poder establecer una buena estrategia de tratamiento reproductivo. Por lo tanto el avance individual de cada una de ellas establece un resultado sumatorio cuando hablamos de tasa de éxito, de facilidad para los pacientes y de menor cantidad de reacciones adversas.

II. TRATAMIENTOS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Inseminación Artificial (IA)

La inseminación artificial puede realizarse utilizando los espermatozoides del varón marido/pareja, lo que definimos como inseminación artificial conyugal (IAC) o bien utilizando espermatozoides de banco, procedentes entonces de un donante anónimo, llamada inseminación artificial con donante (IAD)

La técnica consiste en estimular suavemente la producción ovocitaria en la mujer y controlar el momento ovulatorio, para posteriormente depositar dentro del útero los espermatozoides capacitados y seleccionados en el laboratorio.

Se indica en mujeres jóvenes, con las trompas de Falopio permeables y cuyo varón tiene un recuento espermático igual o superior a 5×10^6 espermatozoides de buena movilidad post capacitación, en el caso de la IAC. En el caso de la IAD, la indicación es mujeres solas o en pareja con varones azoospermicos (ausencia de espermatozoides en el eyaculado) o con una enfermedad genética no diagnosticable por diagnóstico genético preimplantacional.

La tasa de éxito descrita por ciclo es 13,5% en el caso de la IAC y del 20,6% en el caso de la IAD².

Fecundación In Vitro (FIV)

Es la técnica estrella de los TRA. A partir de los conocimientos que aportó se desarrollaron el resto de técnicas. Consiste en estimular el desarrollo folicular en el ovario de la mujer con la intención de obtener mas de un óvulo. En este caso no dejaremos que la mujer ovule y poco antes realizaremos la punción folicular con la intención de extraer los líquidos foliculares y los óvulos que en ellos se encuentren. Los óvulos obtenidos son inseminados in vitro con los espermatozoides designados al caso, previamente capacitados. A las 16-18h post inseminación observaremos la existencia de fecundación y en días sucesivos veremos la evolución embrionaria. Los embriones son valorados en función de su calidad y seleccionados para transferir al útero, crio preservar o descartar.

Este procedimiento establece un by pass entre el ovario y el útero, no requiriendo por tanto, la integridad de las trompas de falopio. Además precisa de menor cantidad de espermatozoides que el caso de la IA, por lo que podrá ser utilizado en varones con patologías seminales moderadas. La tasa de éxito por transferencia embrionaria es del 36,4%².

Microinyección Espermática (ICSI)

Es una variante de laboratorio de la FIV. Consiste en inyectar un único espermatozoide en el citoplasma del óvulo, facilitando con ello el proceso de la fecundación. La indicación fundamental es el factor masculino severo, situación que en FIV convencional puede producir el fallo de la fecundación, con lo que no se generarían embriones y no habría posibilidades de embarazo. Usando la ICSI la tasa de fecundación que se obtiene en varones con patologías seminales severas se iguala a la de varones normales, es decir sin patología, por lo tanto la tasa de embarazo por transferencia será igual a la de la FIV 36,4%.

Biopsia de Testículo (MESA, TESA, microTESA ..)

Utilizamos las biopsia de testículo para buscar espermatozoides testiculares en aquellos varones que no tienen espermatozoides en el eyaculado, permitiendo de este modo que accedan a una descendencia genéticamente propia.

Existen diferentes tipos de biopsia de testículo en función del lugar anatómico donde realicemos la biopsia y en función de la técnica empleada. El tejido obtenido es procesado en el laboratorio para extraer de los túbulos seminíferos aquellos espermatozoides que después serán utilizados para inseminar los óvulos, mediante la técnica de ICSI.

La tasa de éxito de embarazo de esta técnica dependerá del hallazgo y la calidad de los espermatozoides en la biopsia. Una vez obtenidos embriones de buena calidad la tasa de gestación no variará de lo descrito en las técnicas anteriores.

Diagnostico Genético Preimplantacional (PGT)

Esta técnica consiste en extraer una célula o grupo de células del embrión para su posterior análisis genético. Nos permite valorar el estado cromosómico del mismo y también

diagnosticar la existencia de una enfermedad genética presente o portada por alguno de los progenitores.

La PGT supone una técnica excelente de selección embrionaria. Es un procedimiento complejo que precisa de un equipo sofisticado y personal experimentado, tanto en embriología clínica como en genética molecular.

Crio preservación de Embriones, óvulos y Espermatozoides

La crio preservación de embriones mediante técnicas de vitrificación ha permitido tasas de supervivencia superiores a las que obteníamos con procedimientos de congelación lenta³. Y lo mismo ha ocurrido con la vitrificación de óvulos⁴. El primer nacimiento tras el uso de óvulos vitrificados fue descrito en 1999⁵ pero la estandarización de esta técnica no se produjo en los laboratorios hasta pasado el año 2000, producto de su fiabilidad.

La crio preservación de espermatozoides mediante vitrificación aun no está estandarizada, pero estudios actuales sugieren que disminuye la tasa de fragmentación de ADN espermático secundaria al proceso de crio preservación⁶.

III. LA MEDICINA REPRODUCTIVA DEL FUTURO

El futuro de la medicina reproductiva pasa por dos hitos fundamentales, por un lado mejorar la eficiencia de los tratamientos de reproducción asistida existentes y por otro conseguir el nacimiento de niños sanos, libres de enfermedades hereditarias.

Actualmente hemos conseguido que nazcan niños libres de las enfermedades hereditarias que porta o padece alguno los progenitores. La evolución de la genética molecular con técnicas como los aCGH y la secuenciación masiva (NGS), han mejorado las posibilidades en el diagnóstico genético preimplantacional, permitiéndonos estudiar con mas rapidez y fiabilidad el estatus genético y cromosómico del embrión, constituyendo en si mismo un criterio de selección que mejorará la tasa de éxito y la salud del bebe. Desde 1990, fecha en que se produjo el primer nacimiento tras la realización de un diagnóstico genético preimplantacional, hasta nuestros días, mas de 10519 niños han nacido por este procedimiento, según datos del PGT-Consortium de la Eshre publicado en agosto de 2017⁷.

La eficiencia de los tratamientos de reproducción asistida va a depender del control sobre los dos agentes implicados, el embrión y el endometrio. El embrión, como producto de la unión de los gametos, óvulos y espermatozoides, y el endometrio como bio sensor del estado de salud de la mujer. La calidad de los óvulos y espermatozoides es fundamental para la futura calidad del embrión.

Las tendencias sociales sobre el retraso de la maternidad convierten a las mujeres fértiles en estériles. No ocurriendo lo mismo con el varón, en el que el paso del tiempo disminuirá su fertilidad, pero mas tardíamente y con menor intensidad.

La preservación de la fertilidad en épocas tempranas de la vida, *preservación de la fertilidad por razones sociales*, revierte esta situación, permitiendo que estas mismas mujeres puedan tener sus hijos sin los riesgos que aporta la edad sobre la salud del bebe. Hasta la fecha la edad media a la que las mujeres han preservado su fertilidad por razones sociales ha sido 36,7 (+- 4,2 años), actualmente se observa una disminución progresiva en la edad de solicitud de este procedimiento⁸, lo que demuestra una transformación de la sociedad. La vitrificación de óvulos por razones sociales constituirá el futuro de la medicina reproductiva.

El endometrio es el otro factor importante y necesario para la consecución del embarazo. Los estudios actuales nos han permitido valorar la expresión génica durante el periodo de la ventana de implantación⁹, así como las investigaciones relativas a la valoración del estatus inmunológico funcional¹⁰ o el microbioma endometrial¹¹. Gracias a todo ello podemos diagnosticar disfunciones, tratarlas y transferir el embrión en el momento idóneo en el que el endometrio está preparado para recibirlo.

IV. LINEAS DE INVESTIGACION EN MEDICINA REPRODUCTIVA

Desarrollo de gametos, óvulos y espermatozoides, a partir de células madre.

Actualmente constituye una línea de investigación que hasta la fecha solo se ha realizado en modelos animales. La aplicación al humano queda aun lejos , estando supeditada a continuar con la investigación y sobre todo a demostrar su fiabilidad y seguridad de los métodos utilizados en la especie humana, no siendo únicamente este el objetivo de las investigaciones sino también incrementar el conocimiento sobre óvulos y espermatozoides, lo que, aunque indirectamente contribuirá a aportar soluciones a algunos problemas de esterilidad¹².

La edición genética

las investigaciones del Dr Ispizua sobre la terapia génica para frenar el envejecimiento y curar enfermedades congénitas mediante la edición genética van a tener un papel relevante en todos los aspectos de la salud, incluida la medicina reproductiva. La edición genética se lleva a cabo gracias a la tecnología CRISPR, la cual permite sustituir las partes dañadas del ADN que pueden dar lugar a enfermedades hereditarias por otras sanas, actuando como unas tijeras moleculares¹³.

La realización de esta terapia en el embrión pre implantatorio, permitiría la curación del embrión enfermo. Actualmente la técnica de diagnóstico genético preimplantacional nos permite diferenciar entre embrión sano y enfermo y en consecuencia seleccionar embriones sanos, pero no nos permite curar. Esta técnica permitiría, en teoría, curar al embrión enfermo. Pero su aplicación en el humano está sujeta a importantes controversias, dado que aún no conocemos la totalidad de las funciones que tienen cada uno de los genes, por lo que se considera inseguro su manejo y se relega su uso a los modelos animal y vegetal¹⁴.

La edición genética supone un avance tecnológico muy importante, pero precisa de mas investigaciones para dar seguridad a sus procedimientos, además de una regulación jurídica y un debate ético profundo.

Bioingeniería del útero

La investigación sobre la regeneración uterina está avanzando hacia la creación de un útero funcional a partir de la bioingeniería, incluyendo el uso de células madre, biomateriales y técnicas de medicina regenerativa¹⁵, pero hoy por hoy supone una línea de investigación sin por el momento poder ser aplicado al humano.

Marcadores personalizados de respuesta a los medicamentos

El reconocimiento de los receptores individualizados de respuesta a las medicaciones, son una realidad actual. Al igual que en otras disciplinas médicas en medicina reproductiva se popularizaran y se convertirán en una práctica habitual, pudiendo aplicar a cada paciente la medicación concreta con la que se espera la mejor respuesta.

V. BIBLIOGRAFIA

ESHRE, “Anual meeting Barcelona” Jun. 2018.

REGISTRO SEF, “Registro Nacional de actividad 2015”

Kalliopi L, Kolibianakis E, Venetis C, “ Cryopreservation of human embryos by vitrification or slow freezing : a systematic review and meta-analysis” *Fertil Steril* 2008; 90: 186-193.

Kuwayama M, Vajta G, Kato O; Leibo SP, “Highly efficient vitrification method for cryopreservation of human oocytes” *Reprod BioMed On Line* 2005; 11: 300-308.

Kuleshova L, Gianaroli L, Magli C, Ferraretti A, Trounson A, “Birth following vitrification of a small number of human oocytes: Case report” *Hum Reprod* 1999; 14: 3077-3079.

Isachenko V, Isachenko E, Katkov II, Montag M, Dessolet S, Nawroth F, Van Der Ven H, “Cryoprotectant –Free cryopreservation of human spermatozoa by vitrification and freezing in vapor: Effect on motility, DNA integrity, and fertilization ability” *Biol Reprod* 2004 oct; 71(4): 1167-73.

Consortium Eshre 2017, *Human Reproduction*, vol.32, Issue 10, 1 October 2017, p.1974-1994.

Garcia-Velasco, J.A., Domingo, J.A., Cobo, A.C., Martinez, M., Carmona, L., and Pellicer, A, “Five-years’ experience using oocyte vitrification to preserve fertility for medical and nonmedical indications”. *Fertil Steril*. 2013; 99: 1994–1999.

Mahajan N, “ Endometrial receptivity array: clinical application” *J Hum Reprod Sci*. 2015 jul-Sep; 8(3): 121-9.

Gutierrez G, Incera E, Ferrer C, Mayol S, Ferreyra L, Vijoditz G, Pasqualini A, “Aborto o fallo de implantación: inmunosenescencia del endometrio y autoinmunidad” *Rev Soc Arg de endocrinología ginecológica y reproductiva*. 2016: 23-33.

Green KA, Zarek SM, Catherino WH, “Gynecologic health and disease in relation to the microbiome of the female reproductive tract” *Fertil Steril*. Dec 2015; 104(6):1351-1357.

Kurimoto K, Aitou M, “Germ cell reprogramming” *Curr Top Dev Biol* 2019;135: 91-125.

Heinz GA, Mashreghi MF, “CRISPER-Cas system as molecular scissors for gene therapy” *Z Rheumatol* 2017 Feb; 76(1): 46-49.

Ren F, Ren C, Zhang Z, Duan W, Lecourieux D, Li S, Liang Z, “Efficiency optimization of CRISPR/Cas9-mediated targeted mutagenesis in grape” *Front Plant Sci*, 16nMay 2019.

Campo. H, Cervello I, Simon C, “ Bioengineering the Uterus: An Overview of Recent Advances and Future Perspectives in Reproductive Medicine” *Ann Biomed Eng*. 2017 Jul;45(7):1710-1717.

LA REVOLUCIÓN DEL CRISPR

Sara Lucas Toca
Bióloga, embrióloga clínico junior.
Master en Biomedicina y Biología molecular.
Universidad de Cantabria.
Master en Reproducción Humana Asistida.
Universidad de Valladolid.

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2019

Fecha de aceptación: 12 de abril de 2019

RESUMEN: El descubrimiento del CRISPR (clustered regularly interspaced short palindromic repeats), repeticiones palindrómicas cortas agrupadas y regularmente espaciadas) ha supuesto una revolución para la biomedicina. Vivimos tiempos en los que la secuenciación del genoma completo es posible y sabemos que el origen de muchas enfermedades son mutaciones en el ADN. El CRISPR/Cas9 es la mejor herramienta molecular que tenemos en la actualidad para cortar y pegar fragmentos de ADN y por tanto nos permite generar cambios deseados en el ADN de un organismo vivo, es decir, podemos editar el ADN. Esto supone un gran avance para la terapia génica. Permite, por ejemplo, generar modelos animales de enfermedades conocidas, producidas por mutaciones en el ADN, de una manera mucho más rápida y sencilla que hasta ahora. El disponer de modelos animales de enfermedad permite estudiarlas mejor y buscar una cura para ellas. Pero la gran pregunta de la sociedad es ¿podemos con este sistema corregir o mutar nuestro propio ADN? La respuesta es que sí. ¿Podemos hacerlo de manera legal? No. El CRISPR/Cas9 es una herramienta molecular muy reciente, que está en procesos de experimentación y de la que todavía se desconocen las consecuencias exactas de su uso. Todo avance científico tiene que ir regulado por unas leyes para su uso, que actualmente, son muy claras y prohíben la modificación genética en humanos.

ABSTRACT: The discovery of the CRISPR/Cas (clustered regularly interspaced short palindromic repeats) technology has been considered as a huge revolution in the field of Biomedicine. Nowadays, sequencing our complete genome is possible, and it is known that a large group of diseases are caused by mutations in the DNA. The CRISPR/Cas9 system give us the opportunity to generate the desired mutations in the DNA to create animal models of diseases to understand them better and to search a cure for theses. The question is: can we use this technology to modify our DNA? and the answer is yes. Can we do this following the law? No. The CRISPR/Cas9 is unknown yet, it could have a huge consequence undiscovered still. All the scientific progress has to be made with a regulatory law. At this moment, the law is clear and forbidden the modified of the DNA in humans.

PALABRAS CLAVE: CRISPR, modelos animales, enfermedades

KEYWORDS: CRISPR, animal model, disease

SUMARIO: I. Introducción. II. Objetivos. III. CRISPR-Cas 9. IV. Leyes. V. Discusión. VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En 1993 el Dr. Francis Mojica descubrió que en el ADN de las arqueas existían una serie de secuencias palindrómicas repetidas que acabó denominando CRISPR^{1,2}. Estas secuencias estaban separadas por espaciadores que posteriores investigaciones revelaron que correspondían a secuencias homólogas al DNA de virus que habían infectado previamente a estas bacterias. Como reveló el Dr. Koonin en el 2002³, el CRISPR era el sistema inmune de las bacterias. Además, asociados al CRISPR se encontraban siempre unos genes que se denominaron genes asociados a CRISPR, o Cas, y que eran endonucleasas. En el 2008 el Dr. Van der Oost demuestra que estas secuencias espaciadoras que derivan de los virus que habían infectado a la bacteria, se transcriben en crRNA, actuando, así como guías de las endonucleasas Cas para que corten el DNA que contenga esa misma secuencia, y ataquen por lo tanto el DNA del virus si les vuelve a infectar.

La endonucleasa más eficiente es la Cas9, esta endonucleasa de tipo II está compuesta por el dominio nucleasa RuvC que corta la cadena de ADN no diana y el dominio HNH que corta la cadena diana de DNA. Una característica clave del ADN diana es que debe contener un motivo adyacente protospacer (PAM) que consiste en la secuencia de tres nucleótidos-NGG.

En el 2012, la Dra. Charpentier y la Dra. Doudna demuestran que el sistema CRISPR-Cas9 se puede programar para generar modificaciones deseadas en el ADN, gracias a este sistema conocido comúnmente como las nuevas “tijeras moleculares” podemos editar el ADN.⁴

I. OBJETIVOS

En este artículo vamos a intentar analizar brevemente cómo actúa el CRISPR/Cas9, las posibles consecuencias biológicas y legales que puede tener su uso y la situación de la modificación genética en nuestro país actualmente.

II. CRISPR-Cas 9

El sistema molecular del CRISPR/Cas9 está compuesto por un ARN guía y una endonucleasa Cas9. El RNA guía, será la guía de nuestro sistema, nosotros diseñaremos una secuencia de 20 nucleótidos igual a la zona de ADN donde queremos dirigir nuestro CRISPR. El diseño de esta secuencia guía se hace siguiendo una serie de pautas determinadas por investigadores y descubridores del sistema, no puede ser al azar.

El CRISPR se suele dirigir a la secuencia de un gen, para producir una mutación el mismo e impedir así que se exprese la proteína que codifica o hacer que dicha proteína se exprese de manera errónea y no pueda así realiza su función en el organismo. Con este sistema podemos conseguir modelos animales de enfermedades humanas de una manera mucho más rápida y sencilla que con otros métodos, lo que nos ayudará a poder estudiar millones de enfermedades genéticas y buscar su tratamiento con la mayor brevedad posible.

Nuestro complejo de ARN, gracias a la secuencia guía que hemos diseñado, se dirigirá a la zona del ADN que le hemos indicado y gracias a la proteína Cas9, que es una endonucleasa, cortará las dos cadenas de nuestro genoma. Después, será nuestro propio mecanismo de reparación del ADN, el que, al intentar reparar ese corte, nos producirá probablemente una mutación del gen introduciendo algún nucleótido de más o alguno de menos y alterando así la pauta de lectura de la secuencia y generando se esta manera la no expresión de la proteína o su truncación.

No podemos olvidar que el ADN está compuesto por combinaciones de únicamente cuatro nucleótidos, A, T, C, G, por lo que puede haber secuencias en nuestro genoma cuya combinación de letras sea muy parecida, pero codifiquen para proteínas distintas y por lo tanto tengan funciones muy diferentes en nuestro organismo. Lo que nos lleva al gran problema de la edición genética: Nuestra guía se puede dirigir a una secuencia parecida a la suya y cortar otra zona

inespecífica de nuestro genoma.

El gran problema de nuestras “tijeras moleculares” se conoce como “off-targets”. Los off-targets, son cortes del DNA que pueden producirse fuera de la zona de interés (targets). Esto puede ser debido a la interacción con secuencias muy similares a aquellas donde el CRISPR debe unirse, ya que la secuencia guía que le hemos introducido a nuestro sistema molecular es parecida a muchas otras secuencias en el ADN. El principal problema del uso actual del CRISPR en humanos por lo tanto es que, no conocemos con anterioridad las graves consecuencias que puede tener en nuestro desarrollo el uso del CRISPR en embriones.

III. LEYES

Aunque es conocido que ya ha habido modificaciones genéticas de embriones humanos y que existen niños nacidos con esta técnica, la mayoría de las regulaciones estatales no lo permiten ya que aún es considerada una técnica experimental y la legislación europea regula la experimentación humana con el Código Núremberg creado en 1947 y La Declaración de Helsinki de la Asociación médica mundial, escrita en 1964.

Actualmente existe un Convenio del consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, conocido también como convenio sobre los Derechos Humanos y Biomedicina o “Convenio de Oviedo”. Un tratado impulsado por el consejo de Europa y escrito en Oviedo el 4 de abril de 1997. El objetivo de este tratado es impedir el abuso del desarrollo tecnológico en lo que concierne a la biomedicina y proteger la dignidad y los derechos humanos. El capítulo IV del convenio está dedicado al genoma humano y es aquí donde encontramos la solución a una de las preguntas realizadas al comienzo del artículo, ¿Nos permite la ley editar nuestro ADN? La respuesta es no. En el artículo 13, del capítulo IV del Convenio de Oviedo, se establece que *“Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.”* Si utilizamos el CRISPR/Cas9 para editar el genoma, toda aquella modificación que produzcamos se transmitirá a la descendencia del individuo.

En nuestro país, también se recoge en la Ley de Reproducción asistida 14/2006 las siguientes infracciones muy graves. Artículo 26: *“7ª. La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de los ensayos actualmente permitidos” y “10ª La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.”*

El código penal español en su artículo 159 establece que serán penados todos aquellos que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipules genes humanos de manera que se altere el genotipo. De la misma manera, en el artículo 160 establecen que se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

En España, existe también una ley por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de los organismos modificados genéticamente en la que excluyen a los seres humanos, a la hora de hablar de “organismos modificados genéticamente” siguiendo los principios éticos ratificados por la comunidad internacional.

IV. ACTUALIDAD

El pasado mes de noviembre del año 2018, salió a la luz la noticia de que un científico, el Dr. Jiankui, miembro de la “Southern University of Science and Technology” en China, había conseguido el primer nacimiento de dos bebés modificados genéticamente y que hay otro bebé en camino. El Dr. Jiankui lo que supuestamente ha hecho es provocar una mutación en el ADN de estos bebés cuando aún estaban en estadio de una célula. Dicha mutación ha sido descrita

previamente en algunas personas resistentes al virus del VIH. El Dr. Jiankui aún no ha publicado ningún dato clínico. Según salió a la luz la noticia, su Universidad negó conocer lo que el Dr. Jiankui estaba haciendo y fue expulsado de la misma. El doctor no ha sido arrestado, aunque se conoce que tiene los movimientos restringidos.⁵

He Jiankui no tuvo en cuenta los riesgos derivados de la modificación genética de un individuo, los off-targets que se pueden producir con esta técnica experimental que es el CRISPR/Cas9, ni las consecuencias que pueden derivar de la mutación de un gen, que no se conoce al 100% su función.

V. DISCUSIÓN

No debemos olvidar que el sistema del CRISPR/Cas9 es aún un método experimental. La edición del material genético humano está penada por ley hoy en día. La ciencia avanza a pasos agigantados y debe de haber siempre unas leyes éticas y morales que regulen hasta dónde podemos llegar.⁶

Actualmente, existen otras herramientas biomédicas puestas a punto, como es el diagnóstico genético preimplantacional, que nos permite hacer una la selección embrionaria, eliminando así los embriones que poseen determinadas enfermedades; ¿Es necesario entonces la edición genómica del ser humano? ¿Debería de permitir la ley la edición del ADN con la intención de eliminar enfermedades o crear resistencias frente a ellas?

BIBLIOGRAFÍA

Mojica, F. J. M., Díez-Villaseñor, C., Soria, E. & Juez, G. Biological significance of a family of regularly spaced repeats in the genomes of Archaea, Bacteria and mitochondria. *Mol. Microbiol.* 36, 244–246 (2000).

Mojica, F. J. M., Díez-Villaseñor, C., García-Martínez, J. & Soria, E. Intervening sequences of regularly spaced prokaryotic repeats derive from foreign genetic elements. *J. Mol. Evol.* 60, 174–182 (2005).

Makarova, K. S., Aravind, L., Grishin, N. V, Rogozin, I. B. & Koonin, E. V. A DNA repair system specific for thermophilic Archaea and bacteria predicted by genomic context analysis. *Nucleic Acids Res.* 30, 482–96 (2002).

Doudna, J. A. & Charpentier, E. The new frontier of genome engineering with CRISPR-Cas9.

Lovell-Badge, R. CRISPR babies: a view from the centre of the storm. *Development* 146, dev175778 (2019).

Rossant, J. Gene editing in human development: ethical concerns and practical applications. *Development* 145, dev150888 (2018).

DEL HERMANO MEDICAMENTO O SALVADOR A LA TERAPIA GÉNICA: CUESTIONES LEGALES RESPECTO A LA SITUACIÓN DEL MENOR ANTE LOS NUEVOS AVANCES BIOMÉDICOS¹⁵⁰

Francisca Ramón Fernández
Profesora Titular de Derecho Civil
Universitat Politècnica de València

Fecha de recepción: 28 de mayo de 2019
Fecha de aceptación: 20 de junio de 2019

RESUMEN: En el presente estudio se analiza la situación del menor en relación con los nuevos avances biomédicos. Se centrará el análisis en el consentimiento informado en el bebé medicamento, su regulación, así como las diferentes cuestiones legales que suscita.

ABSTRACT: In the present study the situation of the minor in relation to the new biomedical advances is analyzed. The analysis will focus on the informed consent in the saviour sibling, its regulation, as well as the different legal issues that it raises.

PALABRAS CLAVE: Hermano medicamento; menor; consentimiento informado; legislación

KEYWORDS: Saviour sibling; minor; informed consent; legislation

SUMARIO: I. Introducción. II. El hermano salvador o bebé medicamento. normativa aplicable. III. El consentimiento informado del menor y su interés superior: regulación internacional, nacional, foral y autonómica. IV. Principios en los análisis genéticos, muestras biológicas y biobancos. V. Posiciones respecto al bebé medicamento. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

¹⁵⁰ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: RTI2018-097354-B-100. «Contratos, transparencia y protección de datos en el mercado digital» (2019-2022). Investigadores Principales: Dr. Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho Civil, y Dra. Luz M. Martínez Velencoso, Catedrática de Derecho Civil. Universitat de València-Estudi General.

I. INTRODUCCIÓN

Siempre que se hace una referencia al tratamiento cinematográfico del hermano salvador viene a la mente una película especialmente dura y que refleja la situación que vamos a abordar en este trabajo. Se trata de la película «My sister's keeper» conocida en nuestro país con el título «La decisión de Anne». Se trata de un film dirigido por Nick Cassavetes, del año 2009, realizado en Estados Unidos, y está basada en la novela de Jordi Picoult¹⁵¹.

Muestra la realidad de una niña que, para ayudar a su hermana enferma de cáncer, es sometida a diversos actos médicos, para mantener con vida a su hermana. Resaltar que la niña fue concebida con dicho fin a través de procedimientos de reproducción asistida y seleccionado el embrión genéticamente para que fuera compatible con su hermana, que padecía leucemia promielocítica aguda o leucemia mieloide-3.¹⁵² Es un tipo de leucemia mieloblástica aguda.

El tratamiento consiste en un trasplante de médula ósea de un donante HLA compatible, que es muy difícil de encontrar si no es un pariente. Se le planteaba la opción en la película de la concepción de un nuevo hijo seleccionado genéticamente para que fuera donante HLA compatible con la niña enferma. Así, Anne, la hermana salvadora nace con dicho propósito, servir de recambio de fluidos y, luego, después, de órganos, de su hermana, Kate.

En un momento de la película, la niña acude a un abogado para solicitar la emancipación médica, ya que no quiere continuar con la situación de que su cuerpo sirva de continuo recambio para su hermana, ya que la situación se agrava a lo largo de la película y llega hasta el momento de tener que donarle un riñón a su hermana, para mantenerla con vida. Se contempla, pues, la situación de una menor atrapada en una espiral de intervenciones médicas, en las que su voluntad es abandonar dicha situación y no seguir soportando dicho sufrimiento que se le infringe¹⁵³.

Al hilo de esta representación cinematográfica de un hermano salvador se pueden plantear diversas cuestiones íntimamente relacionadas, que podríamos formular de la siguiente forma:

- a) ¿Se contempla en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de concebir un ser humano para salvar a otro?
- b) ¿Qué problemas éticos, legales y sociales plantea dicha situación?
- c) ¿Se está instrumentalizando al *anteconcepturus*?
- d) ¿Podemos hablar de alienación humana?
- e) ¿Qué repercusiones tiene para la persona conocer cuál fue su verdadera finalidad?
- f) ¿Qué sucede con el interés superior del menor?
- g) ¿Se está infringiendo un daño gratuito?
- h) ¿La terapia génica puede ser una alternativa?

Nos proponemos en el presente trabajo aportar una visión aproximada a la situación del menor ante los nuevos avances biomédicos, deteniéndonos en el caso del hermano medicamento o salvador y, después, en el caso de la terapia génica como alternativa. Para ello, vamos a tratar distintos aspectos íntimamente relacionados como es el consentimiento informado, el interés superior del menor, la capacidad de obrar, así como algunos casos que se han contemplado en nuestro país, para finalizar con las conclusiones obtenidas sobre dicha cuestión, y unas referencias bibliográficas en apoyo de la postura expuesta

¹⁵¹ J. GONZÁLEZ DE DIOS, M. TASSO CERECEDA Y B. OGANDO DÍAZ, “La mirada del cine al cáncer (II): cuando la Oncología pediátrica es la protagonista”, *Revista Pediatría de Atención Primaria*, vol. 14, núm. 56, 2012. Disponible en: <https://pap.es/articulo/11747/la-mirada-del-cine-al-cancer-ii-cuando-la-oncologia-pediatica-es-la-protagonista> (Consultado el 21 de mayo de 2019).

¹⁵² E. CASILLAS SAGRADO Y E. CASILLAS SAGRADO, “La decisión de Anne (2009): estudio de la creación de embriones genéticamente seleccionados para la curación de pacientes crónicos”, *Revista de medicina y cine*, vol. 9, núm. 1, 2013, p. 12. Disponible en: http://revistas.usal.es/index.php/medicina_y_cine/article/view/13678/14018 (Consultado el 21 de mayo de 2019).

¹⁵³ R. GARCÍA MANRIQUE, “La Decisión de Anne: sobre la autonomía bien entendida”, *Revista Bioética y derecho*, núm. 20, 2010, pp. 24-26. Disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD20_Cine.pdf (Consultado el 20 de mayo de 2019).

II. EL HERMANO SALVADOR O BEBÉ MEDICAMENTO. NORMATIVA APLICABLE

Lo primero que podemos preguntarnos es qué se entiende por hermano salvador (*saviour siblings*), bebé medicamento, bebé milagro, niños de diseño (*designes babies*), o niños amados (*loved children*)¹⁵⁴.

La legislación no nos proporciona un concepto, pero sí regula el procedimiento, que no se contemplaba en la anterior normativa de técnicas de reproducción asistida¹⁵⁵, la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre.¹⁵⁶

Es respecto del diagnóstico genético preimplantacional, el DGP extensivo o con fines terapéuticos de terceros en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida¹⁵⁷, en su art. 12.2, donde podemos encontrar la aplicación de la técnica para concepción con fines terapéuticos para terceros:

«La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso».¹⁵⁸

De la lectura del precepto, se observa que se autoriza la producción de embriones que vayan a ser utilizados para salvar la vida de un hermano ya nacido. Se refiere a la producción de embriones con una finalidad específica, ya que los mismos van a ser seleccionados genéticamente para ser compatibles (se determina el antígeno leucocitario humano -HLA- de embriones), ya que están destinados a que nazca un nuevo ser que va a ser donante de las células madre del cordón umbilical, o donante de su médula ósea para curar una enfermedad ya preexistente de un hermano o hermana que requiere un trasplante de células madre hematopoyéticas.

Según la doctrina científica el tratamiento con células madre obtenidas del cordón umbilical previa tipificación del HLA se aplicaría a las siguientes patologías:¹⁵⁹ Anemia de Fanconi; Anemia aplásica, Talasemia; Inmunodeficiencias; Leucemias; Linfomas; Hiperglobulinemia ligada a X; Síndrome de Wiscott-Aldrich; Displasia ectodermal hipohidrótica ligada a X; Adrenoleucodistrofia ligada a X; Anemia de Diamond-Blackfan.

¹⁵⁴ J. LOZANO MARTÍNEZ, I. GÓMEZ PÉREZ Y J. AZNAR LUCEA, “¿Es necesaria la producción de bebés medicamentos?”, *Terapeia: estudios y propuestas en ciencias de la salud*, núm. 4, 2012, pp. 13-25. Disponible en: <https://www.ucv.es/investigacion/publicaciones/catalogo-de-revistas/revista-terapeia> (Consultado el 22 de mayo de 2019). Véase más ampliamente sobre el bebé medicamento: F. PINTO PALACIOS, *Nacidos para salvar: Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento”*, Tesis doctoral dirigida por A. M^a. MARCOS DEL CANO, UNED, Madrid, 2015. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Fpinto/PINTO_PALACIOS_Fernando_Tesis.pdf (Consultado el 25 de mayo de 2019); F. PINTO PALACIOS, “Nacidos para salvar: Un análisis constitucional del «bebé medicamento»”, *Revista de derecho político*, núm. 97, 2016, pp. 243-286. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/17624/14987> (Consultado el 24 de mayo de 2019); F. PINTO PALACIOS, Y A. M^a. MARCOS DEL CANO, “«Bebé medicamento», protección de la salud y sistema sanitario público: una reflexión desde el principio de justicia”, *Universitas*, núm. 24, 2016, pp. 243-265. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3182/1832> (Consultado el 20 de mayo de 2019).

¹⁵⁵ I. GARCÍA PRESAS, “Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida: bebés medicamento”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, p. 364. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/358-375.pdf> (Consultado el 20 de mayo de 2019).

¹⁵⁶ BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

¹⁵⁷ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

¹⁵⁸ Respecto al DGP extensivo y su permiso o prohibición en otros países europeos, se puede consultar: M. MOYA GONZÁLEZ, Y F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado de Colombia*, núm. 34, 2018, pp. 81-121. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5261/6380> (Consultado el 23 de mayo de 2019).

¹⁵⁹ P. ARANGO RESTREPO, P. J. SÁNCHEZ ABAD Y L. M. PASTOR GARCÍA, “Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebé medicamento»: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética”, *Cuadernos de bioética*, vol. 23, núm. 78, 2012, p. 305. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/301.pdf> (Consultado el 22 de mayo de 2019).

La Ley de Reproducción Humana permitió usar esta técnica para que esos bebés sanos nacidos pudieran salvar a hermanos nacidos con la enfermedad, seleccionando embriones con perfil de histocompatibilidad (HLA) idéntico al del hermano para evitar el rechazo ante el trasplante de médula, algo «muy difícil de conseguir» a través de los bancos de cordón umbilical. La utilización de técnicas de diagnóstico genético preimplantacional discrimina un embrión de otro en función de su patrimonio genético¹⁶⁰, y hay que tener en cuenta que lo indicado tanto en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997¹⁶¹, sino también el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, de 4 de abril de 1997,¹⁶² conocido como Convenio de Oviedo.

De igual modo, y sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuanto todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Nos podemos encontrar con dos situaciones que pueden ser diferentes:

- a) El hermano/a concebido/a con dicha finalidad es donante de las células del cordón umbilical.
- b) El hermano/a concebida con dicha finalidad es donante de la médula ósea.
- c) El hermano/a concebido/a con dicha finalidad es donante de sangre durante la vida de su hermano/a.
- d) El hermano/a concebido/a con dicha finalidad es donante de órganos durante la vida de su hermano/a.

En todos los casos, excepto en el primero, al margen de la finalidad de la concepción, en la que luego entraremos, al hermano/a concebido/a se le provoca un sufrimiento, ya sea la extracción de médula ósea, sangre u órganos. Supone un acto médico invasivo para la integridad física del menor, y que además se contempla el derecho a la integridad como derecho fundamental, en el art. 15 de la Constitución española, además de atentar contra la dignidad de la persona, y el libre desarrollo de la personalidad, recogidos en el art. 10 del citado texto legal, y en los que se funda la autonomía de la voluntad¹⁶³, y también interesa traer a colación el art. 43 en el que se reconoce el derecho a la protección de la salud.

Hay que señalar que precisamente el texto constitucional no contiene ningún precepto con referencia al consentimiento del paciente en la medicina y la bioética. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que se considere un derecho fundamental derivado del derecho a la vida, integridad física y libertad de conciencia.

La Carta Europea sobre los Derechos de los Niños Hospitalizados¹⁶⁴ proclama los siguientes derechos:

«D) Derecho del niño a recibir una información adaptada a su edad, su desarrollo mental, su estado afectivo y psicológico, con respecto al conjunto del tratamiento médico al que se le somete y a las perspectivas positivas que dicho tratamiento ofrece.

(...)

¹⁶⁰ L. VIVANCO SIERRALTA, A. MARTÍNEZ Y N. JOUVE DE LA BARREDA, “Valoración bioética y biojurídica del diagnóstico genético preimplantatorio en España”, *Cuadernos de bioética*, vol. 21, núm. 72, 2010, pp. 213-230. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2010/21/2/72/213.pdf> (Consultado el 24 de mayo de 2019). Véase también: P. ARANGO RESTREPO, *Diagnóstico genético preimplantatorio (dgp). Juicios éticos emitidos en revistas biomédicas y bioéticas: un análisis de los mismos desde la bioética personalista*, Tesis doctoral dirigida por P. J. SÁNCHEZ ABAD Y L. M. PASTOR GARCÍA, Universidad de Murcia, Murcia, 2009.

¹⁶¹ Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Consultado el 22 de mayo de 2019).

¹⁶² Disponible en: <http://civica.com.es/wp-content/uploads/2018/07/Convenio-de-Oviedo-1997pdf-copia.pdf> (Consultado el 23 de mayo de 2019).

¹⁶³ J. ALVENTOSA DEL RÍO, “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 265. Disponible en: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/111.pdf> (Consultado el 20 de mayo de 2019).

¹⁶⁴ Resolución del Parlamento Europeo Dco. A 2-25/86, DOCE 13 de mayo de 1986. Disponible en: https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Carta_Euro_Derechos_Ninos_Hospitals.pdf (Consultado el 25 de mayo de 2019). Véase también: F. RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y diversidad sexual. Análisis de las medidas de protección en el ordenamiento jurídico español para la identidad de género*, Universitat Politècnica de València, 1ª ed., Valencia, 2017. Disponible en: <https://riunet.upv.es/handle/10251/48660> (Consultado el 23 de mayo de 2019).

F) El derecho a negarse (por boca de sus padres o de la persona que los sustituya) como sujetos de investigación y a rechazar cualquier cuidado o examen cuyo propósito primordial sea educativo o informativo y no terapéutico.

G) Derecho de sus padres o de las personas que los sustituya a recibir todas las informaciones relativas a la enfermedad y al bienestar del niño, siempre y cuando el derecho fundamental de éste al respecto de su intimidad no se vea afectado por ello.

H) Derecho de los padres o de la persona que los sustituya a expresar su conformidad con los tratamientos que se aplican al niño.

(...)

J) Derecho a no ser sometido a experiencias farmacológicas o terapéuticas. Sólo los padres o la persona que los sustituya, debidamente advertidos de los riesgos y de las ventajas de estos tratamientos, tendrán la posibilidad de conceder su autorización, así como de retirarla.

K) Derecho del niño hospitalizado, cuando esté sometido a experimentación terapéutica, a estar protegido por la Declaración de Helsinki de la Asamblea Médica Mundial y sus subsiguientes actualizaciones».

La Declaración de Helsinki sobre los principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, aprobada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, establece respecto al consentimiento que:

«28. Cuando el participante potencial sea incapaz de dar su consentimiento informado, el médico debe pedir el consentimiento informado del representante legal. Estas personas no deben ser incluidas en la investigación que no tenga posibilidades de beneficio para ellas, a menos que ésta tenga como objetivo promover la salud del grupo representado por el participante potencial y esta investigación no puede realizarse en personas capaces de dar su consentimiento informado y la investigación implica sólo un riesgo y costo mínimos».

Hay que atender a lo indicado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁶⁵, la autonomía del paciente, y el reconocimiento de derechos encabezados por el respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad y no discriminación.¹⁶⁶

En el ámbito de la Comunitat Valenciana cabe mencionar la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia¹⁶⁷, que establece la protección del derecho a la vida, y el derecho al buen trato y protección de la integridad física y psíquica.

En este sentido, resulta difícil de encajar el derecho a la protección de la salud, que se predica tanto del bebé medicamento como del niño enfermo, como la protección de la integridad física y psíquica que puede afectar principalmente al bebé medicamento, en tanto en cuanto puede ser sometido a actos médicos sin su consentimiento.

No obstante lo anterior, el bebé medicamento puede también plantear otros problemas jurídicos, no menos importantes, y que están relacionados. Estamos analizando la concepción del bebé medicamento por parte de la madre que tiene el niño/a enfermo/a. Pero, ¿qué sucede cuando la madre no puede concebir a ese hermano, pero sí que puede donar su óvulo. Nos encontramos con la cuestión jurídica de la maternidad subrogada de un bebé medicamento¹⁶⁸.

También nos podemos encontrar con casos en que se tenga que realizar una fecundación post mortem, en el caso del fallecimiento del varón.¹⁶⁹

¹⁶⁵ BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

¹⁶⁶ J. VIDAL MARTÍNEZ, “Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 1-42. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/articulos/2015/1-42.pdf> (Consultado el 21 de mayo de 2019).

¹⁶⁷ BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019.

¹⁶⁸ Más ampliamente sobre la maternidad subrogada: F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”, *Reinad. Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 2014, pp. 38-50. Disponible en: <http://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1664/2488> (Consultado el 23 de mayo de 2019); F. ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, “Gestación por sustitución: dificultades para mantener la prohibición en España”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 9, 2016, pp. 60-77. Disponible en: <http://www.iurelicet.com/wp-content/uploads/pdf/REDS9.pdf> (Consultado el 23 de mayo de 2019); F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, 2018, pp. 42-54. Disponible en: <http://www.iurelicet.com/wp-content/uploads/pdf/REDS12.pdf> (Consultado el 25 de mayo de 2019).

¹⁶⁹ Sobre ello: F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación post mortem”,

Respecto a los distintos casos de bebés medicamento en España, han sido ya objeto de atención por parte de la prensa, y el primer caso data del año 2008. Se trataba de un niño que padecía una enfermedad hereditaria incurable, la Beta Talasemia, que consiste en una anemia severa congénita que necesita de continuas transfusiones sanguíneas para sobrevivir. La concepción de un hermano que fuera donante de las células madre del cordón umbilical era la opción para poder superar la enfermedad.

Destacar el titular de la noticia que habla de probabilidad de futuro, pero no de una curación inmediata.¹⁷⁰

En 2017 se da noticia de otro bebé medicamento, en Sevilla¹⁷¹, para curar una extraña enfermedad de la sangre hereditaria, de la que sólo se conoce un precedente dentro de la literatura científica internacional. Se trata del síndrome Shwachman-Diamond, que afecta a los componentes de la sangre produciendo un fallo. En este caso se unía la selección de un embrión que fuera compatible en grupo sanguíneo y sistema de defensas, pero que, además no padeciera la indicada enfermedad. En este supuesto no se realiza un trasplante inmediato, por no peligrar la salud del hermano enfermo, sino que se dispone de la sangre del cordón en un Banco a la espera de que el hermano enfermo empeore.

La repercusión en la sociedad del bebé medicamento no es siempre favorable. En el supuesto que comentamos a continuación, precisamente en el titular de la noticia, se alude a la consanguinidad del hermano, y se considera peyorativo el término de bebé medicamento. Incluso se indica de forma expresa «Mi hijo no es una aspirina»¹⁷².

También se habla de que ya no se trata de un bebé medicamento, sino de un bebé con código de barras¹⁷³, incidiendo en la vulneración de la moral Kantiana que obliga a tratar a todas las personas como un fin en sí mismo, y no como un medio.¹⁷⁴

Más recientemente, se abre paso la terapia génica como alternativa a la concepción del bebé medicamento. Apenas hace unas semanas conocíamos la noticia de la curación de un niño afectado con leucemia y su curación con la terapia genética CAR T.¹⁷⁵

Esta técnica experimental que se abre paso para la curación de enfermedades, no está exenta de riesgos, como todos, en el caso de los ensayos clínicos. Es el caso de la noticia del fallecimiento de un niño que participó en un ensayo.¹⁷⁶

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 9, 2018, pp. 454-471. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/454-471.pdf> (Consultado el 23 de mayo de 2019).

¹⁷⁰ EFE: “Javier, el primer «bebé medicamento» que está consiguiendo curar a su hermano”, *El Confidencial*, 13 de marzo de 2009. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/sociedad/2009-03-13/javier-el-primero-bebe-medicamento-que-esta-consiguiendo-curar-a-su-hermano_1066121/ (Consultado el 22 de mayo de 2019).

¹⁷¹ J. CAMACHO SEVILLA, “Nace en Sevilla otro «bebé medicamento»”, *El Periódico*, 13 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/sanidad/20171013/nace-tercer-bebe-medicamento-sevilla-6350585> (Consultado el 22 de mayo de 2019).

¹⁷² M. VALERIO, “Son hermanos de sangre, nada de bebé medicamento”, *El Mundo*, 02 de noviembre de 2015. Disponible en: <https://www.elmundo.es/salud/2015/11/02/56177917e2704e31478b45ea.html> (Consultado el 22 de mayo de 2019).

¹⁷³ N. JOUVE, “Del «bebé medicamento» al «bebé con código de barras»”, *Actualidad*, 22 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.actuall.com/criterio/vida/del-bebe-medicamento-al-bebe-codigo-barras/> (Consultado el 22 de mayo de 2019).

¹⁷⁴ I. GARCÍA PRESAS, “Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida: bebés medicamento”, cit., p. 369.

¹⁷⁵ EFE, “Curado un niño con leucemia con la terapia genética CAR T”, *Efe Salud*, 25 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.efesalud.com/terapia-car-t-curado-nino-leucemia> (Consultado el 22 de mayo de 2019).

¹⁷⁶ EFE, “Muere un bebé que participaba en un ensayo clínico con una nueva terapia génica”, *El español*, 24 de abril de 2019. Disponible en: https://www.lespanol.com/ciencia/salud/20190424/muere-bebe-participaba-ensayo-clinico-terapia-genica/393461549_0.html (Consultado el 22 de mayo de 2019).

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR Y SU INTERÉS SUPERIOR: REGULACIÓN INTERNACIONAL, NACIONAL, FORAL Y AUTONÓMICA

¿Cómo podemos definir el consentimiento informado?¹⁷⁷

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁷⁸ indica que es la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

El art. 9 de la Ley 41/2002 modificado por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,¹⁷⁹ indica que:

«3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

(...)

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».

Se distingue, pues, en esta norma dos supuestos:

a) El menor que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, que se puede otorgar el consentimiento por representación,

b) El menor emancipado o mayor de dieciséis años, que no se encuentre en los supuestos de capacidad modificada judicialmente, ni con falta de capacidad intelectual y emocional para comprender la intervención, que no cabe prestar el consentimiento por representación, salvo en

¹⁷⁷ Sobre la evolución del consentimiento informado, se puede consultar: M. ORTÍZ FERNÁNDEZ, “La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 548-565.

¹⁷⁸ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

¹⁷⁹ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

los supuestos de actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según criterio médico, que sí que se permitirá el consentimiento por representación.¹⁸⁰ Destacar la imprecisión de las excepciones, ya que no se especifica qué se debe entender como grave riesgo para la vida o salud del menor.¹⁸¹

El art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil¹⁸², modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸³ establece el derecho del menor a ser oído y escuchado, sin discriminación por edad, discapacidad u otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose en cuenta de forma adecuada sus opiniones, para lo que se valorará la edad y madurez. Debe recibir la información para ejercer el presente derecho en un lenguaje que le sea comprensible en función de su edad y madurez, que sea en formato accesible, y adaptado a sus circunstancias.¹⁸⁴

En el ámbito foral y autonómico hay que tener en cuenta la siguiente regulación:

- Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.¹⁸⁵ En su art. 6 indica como derecho del ciudadano respecto de los servicios sanitarios públicos el derecho a la libre elección entre las opciones de los facultativos ante su enfermedad, y es preciso el previo consentimiento escrito del paciente para cualquier intervención, excepto en los casos en que no esté capacitado para tomar decisiones, que le corresponderá a los familiares o allegados, y si no existen o no se localizan, será la autoridad judicial.

- Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, de la Comunidad Autónoma de Cataluña.¹⁸⁶ Se refiere al consentimiento por substitución, en su art. 7, en el caso de los menores, si no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud. Debe prestar el consentimiento su representante, después de haber escuchado, en todo caso, la opinión del menor si es mayor de doce años. En los demás supuestos, y especialmente si el menor está emancipado y adolescentes de más de dieciséis, el menor debe prestar su consentimiento él mismo.

En los supuestos de prestación del consentimiento substituyendo la voluntad del paciente, la decisión deber ser lo más objetiva y proporcional posible a favor de éste, respetando su dignidad personal. Se indica que el paciente debe intervenir tanto como le sea posible en tomar decisiones sobre las actividades médicas que le afecten.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia¹⁸⁷ respecto al consentimiento informado, en su art. 212-2, establece que pueden dar el consentimiento sin representación siempre que sean mayores de dieciséis años y las que sean menores pero tengan una madurez intelectual y emocional bastante para la comprensión del alcance de la intervención. En los demás casos en que no se pueda prestar dado el estado físico o psíquico de la persona, se podrá prestar por sustitución, y si éstas se niegan a prestarlo, la autoridad judicial puede autorizar la intervención a solicitud del facultativo responsable y el interés de la persona que no puede consentir.

- Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha¹⁸⁸. Se

¹⁸⁰ Véase: J. ALVENTOSA DEL RÍO, “Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, p. 534 y sigs. sobre la controvertida situación del menor maduro.

¹⁸¹ Respecto a la responsabilidad en el ámbito del consentimiento informado, se puede consultar: L. DE LAS HERAS VIVES, “El consentimiento informado viciado o inexistente y el régimen de responsabilidad médica”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 566-585.

¹⁸² BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

¹⁸³ BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

¹⁸⁴ Véase: F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que le afecten”, en VV.AA., *Comentarios sobre las leyes de Reforma del Sistema de Protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 2016, pp. 131 y sigs.

¹⁸⁵ BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1998.

¹⁸⁶ BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001. Modificada por Ley 16/2010, de 3 de junio (BOE núm. 156, de 28 de junio de 2010).

¹⁸⁷ BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

¹⁸⁸ BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2001.

reconoce, en el art. 4, el derecho a la libre elección, y la prestación del consentimiento por sustitución en los casos en que la persona enferma no esté capacitada, correspondiendo a los familiares, allegados o representante legal. La opinión del menor será atendida en función de la edad y grado de madurez, según el Código civil. En los supuestos de discrepancia, entre representantes legales y la institución sanitaria, decidirá la autoridad judicial.

- Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de la Comunidad Autónoma de La Rioja¹⁸⁹, en su art. 6.4, modificado por Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja¹⁹⁰, regula el derecho del usuario menor de 16 años. Si es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención o tratamiento, deberá prestar él el consentimiento informado. Si no tiene capacidad, lo prestarán sus representantes legales. El menor será informado de forma comprensible y adecuada a la edad que tenga sobre las actuaciones que afecten a su salud.
- Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón¹⁹¹ contempla el consentimiento por sustitución en los casos en que el menor no esté preparado, ni intelectual ni emocionalmente para comprender el alcance de la intervención (art. 14). Si otorgan el consentimiento su representante legal, el menor debe ser escuchada su opinión, si es mayor de doce años. Si el menor está emancipado y los que sea mayor de dieciséis, será el menor el que prestará su consentimiento. En los casos de sustitución de la voluntad del afectado la decisión deber objetiva y proporcionada a favor del enfermo y de respeto a su dignidad personal. El enfermo participará en la medida de sus posibilidades en la toma de decisiones.
- Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria¹⁹². Se regula el consentimiento informado en régimen de representación en el art. 31. En el caso de los menores, el consentimiento lo prestará su representante. Se regula en el art. 32, indicando que serán consultados los menores cuando así lo aconsejen su edad y grado de madurez, y valorando las consecuencias negativas de la información facilitada.
- Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears¹⁹³. Hace referencia al consentimiento informado en su art. 12. En el caso de los menores de edad el derecho a decidir le corresponde a los padres, tutores o curadores que tengan la representación legal. La opinión del menor será tomada en cuenta en función de su edad y grado de madurez. Si hay disparidad de criterios entre los representantes legales del menor y la institución sanitaria, la autorización se someterá a la decisión judicial.
- Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León¹⁹⁴ en su art. 33 se refiere al consentimiento informado. Se deberá recabar por escrito del paciente o de quien deba sustituir su decisión, de forma previa a intervenciones, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, y procedimientos sanitarios que encarnen un riesgo e inconvenientes notorios y previsibles. Si no es posible el consentimiento previo por escrito, se podrá recoger de forma oral ante dos testigos independientes, quienes lo declararán por escrito y bajo su responsabilidad.
- Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente de la Comunidad de Madrid.¹⁹⁵ Se remite al Convenio de Oviedo, que en su art. 6 indica respecto a las personas incapaces de prestar el consentimiento, que cuando, según la ley, un menor no es capaz para dar el consentimiento para una intervención, ésta sólo se realizará si presta autorización el representante legal, autoridad, persona o instancia legal. La opinión del menor será considerada como elemento, tanto más determinante, cuando más edad tenga y mayor sea su grado de discernimiento.

El art. 9 del Convenio alude a la voluntad manifestada con anterioridad. De esta forma, si un paciente no está en condiciones de expresar su voluntad cuando deba someterse a una intervención, se tendrá en cuenta la voluntad que haya manifestado antes. Por ello, la expresión anticipada de los deseos es parte de la teoría general del consentimiento, si

¹⁸⁹ BOE núm. 106, de 3 de mayo de 2002.

¹⁹⁰ BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2006.

¹⁹¹ BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2002.

¹⁹² BOE núm. 6, de 7 de enero de 2003.

¹⁹³ BOE núm. 110, de 8 de mayo de 2003.

¹⁹⁴ BOE núm. 103, de 30 de abril de 2003.

¹⁹⁵ BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 2005.

bien es previo o *ante tempus*.

- Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad de la Comunidad Autónoma de La Rioja.¹⁹⁶ Se expresa en la Exposición de Motivos que el derecho que más ensalza la autonomía personal del paciente es el derecho a otorgar su consentimiento, después de ser informado.

- Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia¹⁹⁷. Se contempla en el art. 8 los derechos relacionados con la autonomía de decisión, en el que se indica el consentimiento informado según lo indicado en la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes¹⁹⁸, y en la Ley 3/2005, de 7 de marzo¹⁹⁹, de modificación de la anterior.

En el art. 6 de la Ley 3/2001 se contempla el consentimiento por sustitución, en el caso del paciente menor de edad o incapacitado legal, pudiendo otorgar el consentimiento en estos casos el padre, madre o representante legal, que deberá acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la sentencia de incapacitación y de la tutela que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del menor o incapaz. En estos casos, el menor o incapacitado legal deberá intervenir siempre que le sea posible.

En los supuestos en el que el médico responsable considere que el menor o incapacitado legal reúne condiciones de madurez, le facilitará información adecuada a su edad, formación o capacidad, junto a ello el padre, madre o representante legal deberá firmar el consentimiento. Su opinión, la del menor o incapacitado, se tendrá en cuenta que será tanto más determinante dependiendo de su edad, grado de madurez o capacidad.

Si la decisión del representante legal es contraria a los intereses del menor, de acudir a la autoridad competente.

- Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra.²⁰⁰ Se refiere al derecho a la información asistencial en el ámbito médico (art. 43), así como a la libertad de decisión del paciente (art. 48). Respecto al consentimiento otorgado por representación que se otorgará en el caso de que el paciente sea menor, de entre doce y dieciséis años, y no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Lo otorgará el representante legal después de haber escuchado la opinión de éste si tiene doce años cumplidos.

En los supuestos en que se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos no incapaces ni incapacitados, no se puede prestar el consentimiento por representación. Pero, en los casos de actuación de grave riesgo, según preceptúe el facultativo, los padres serán informados y su opinión se tendrá en cuenta para la toma de decisión.

Si la decisión del representante legal se puede presumir contraria a la salud del menor o incapacitado, el profesional responsable pondrá los hechos en conocimiento de la autoridad según lo indicado en la legislación civil. En los casos de consentimiento por representación, la decisión e intervención del ámbito médico debe ser proporcionada y orientada al beneficio objetivo del paciente.

El paciente y personas vinculadas por razón familiar o de hecho participarán, siempre que sea posible, en la toma de decisión de las actuaciones médicas.

- Ley 3/2015, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente, de la Comunidad Autónoma de Extremadura²⁰¹. Se refiere al consentimiento informado al hacer referencia al principio de autonomía de la voluntad, en su art. 15, junto con la expresión anticipada de voluntades, como máxima expresión del mismo.

Se contempla el otorgamiento por representación, en el art. 25, que se aplicará en los casos en que el paciente menor de edad en parecidos términos que la Ley 21/2000. Precisa que en el caso de menor emancipado o con dieciséis años cumplidos, al no haber consentimiento por representación, en los casos de actuación de grave riesgo, según criterio médico, los padres serán informados y la opinión que emitan se considerará para la toma de la decisión en lo que afecte al menor.

En los casos en que la decisión del representante legal se pueda presumir contraria a los

¹⁹⁶ BOE núm. 252, de 21 de octubre de 2005.

¹⁹⁷ BOE núm. 202, de 21 de agosto de 2008.

¹⁹⁸ BOE núm. 158, de 03 de julio de 2001.

¹⁹⁹ BOE núm. 93, de 19 de abril de 2005.

²⁰⁰ BOE núm. 315, de 28 de diciembre de 2010.

²⁰¹ BOE núm. 186, de 05 de agosto de 2005.

intereses del menor o incapacitado, deberá comunicar la situación a la autoridad competente, de acuerdo con la normativa civil.

El consentimiento sustituyendo la voluntad del afectado, la decisión e intervención médica debe ser objetiva y proporcional, con respeto a la dignidad del paciente y procurando que el paciente, familiares y allegados participen lo máximo posible en la toma de decisiones, debiendo constatarse motivadamente este extremo en la historia clínica.

- Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja²⁰². Se indica, en su art. 15, respecto al consentimiento informado, si se requiere, debe ser prestado por los menores mayores de dieciséis años, o menores de esa edad, en el caso de que gocen de madurez emocional suficiente. En el caso de que deben prestar el consentimiento los representantes legales, deberá ser oído el menor si tiene doce años cumplidos. En todo caso, el deber de información al menor debe realizarse, adaptándolo a su comprensión y necesidades.
- Ley 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del Consejo Genético, de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía.²⁰³ Se contempla en el art. 6 el consentimiento informado por representación, que se dará en los siguientes casos:

«a) Cuando la persona que haya de prestar el consentimiento no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del facultativo responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si aquélla careciera de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a ella por razones familiares o de hecho.

b) Cuando la persona esté incapacitada legalmente.

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

Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia²⁰⁴, modificada por Ley 12/2018, de 20 de noviembre²⁰⁵ regula en su art. 46 el consentimiento por sustitución.

Se otorgará en una serie de supuestos, entre los que se incluye que se trate de un paciente menor de edad que no posea la capacidad intelectual o madurez emocional de comprender la intervención. No se otorgará por sustitución el consentimiento en los casos en que se trate de menores emancipados o mayores de dieciséis años, si bien en caso de procedimiento de grave riesgo, según criterio médico, los padres serán informados y su opinión tenida en cuenta.

En el caso de los menores, este consentimiento por sustitución lo podrán otorgar los padres que ejerzan la patria potestad, y a falta de ellos, quien ostente la representación legal según la normativa civil. No obstante, si al juicio del médico el menor tiene grado de madurez emocional y comprensión, se le ofrecerá la información adaptada a su edad, formación y capacidad, y se le escuchará si tiene doce años cumplidos.

El consentimiento prestado por sustitución será adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades. Las personas involucradas, tanto sanitarios como familiares, actuarán a favor del menor y respetando su dignidad.

Si la decisión del representante legal o persona que consienta por sustitución se presume contraria a los intereses del menor, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad competente.

Vamos a detenernos en la Comunidad Valenciana. La Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de salud de la Comunitat Valenciana, en su art. 43, modificado por Ley 26/2018, hace referencia al consentimiento verbal o escrito (en el caso de intervenciones procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, ante la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del

²⁰² BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2006.

²⁰³ BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008.

²⁰⁴ BOE núm. 34, de 9 de febrero de 2011.

²⁰⁵ BOE núm. 12, de 14 de enero de 2019.

paciente).

Esta norma indica varios supuestos en relación al menor:

a) Consentimiento por representación: Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará su representante legal, después de haber escuchado su opinión conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996.

b) No cabe el consentimiento por representación: Cuando se trate de personas menores de edad emancipadas o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres y madres y sus representantes legales serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

c) Consentimiento conjunto de los progenitores. En los casos de urgencia vital o decisiones diarias poco trascendentes o rutinarias en la vida de la persona menor de edad, bastará con el consentimiento del que esté presente. Cuando falte consenso entre ambas personas, y siempre que se ponga en riesgo la salud de la persona menor de edad, se pondrán los hechos en conocimiento del ministerio fiscal.

d) Caso de conflicto: En caso de conflicto entre la voluntad del paciente menor de edad, pero con capacidad natural de juicio y de discernimiento, y la de sus personas progenitoras o representantes legales, el médico se acogerá a lo dispuesto en la legislación civil en la materia (Código civil).

Asimismo, cuando las decisiones, acciones u omisiones de los padres o representantes legales puedan presumirse contrarias a los intereses de la persona menor de edad o incapacitada, deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil, salvo que, por razones de urgencia, no fuere posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso el personal sanitario adoptará las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

-Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears²⁰⁶. El art. 30 regula la autonomía del paciente menor de edad. Se establece el derecho del paciente menor de edad a recibir información sobre su enfermedad y las intervenciones que se le hayan de realizar, adaptada dicha información a su capacidad y comprensión. Debe ser oído y escuchado conforme señala el art. 23 de la Ley 9/2019.

Este precepto precisa que la madurez del menor debe ser valorada por personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo, así como su capacidad para comprender y evaluar el asunto. Se considera que tiene madurez suficiente cuando tiene doce años cumplidos. Puede el menor expresarse verbalmente o a través de formas no verbales. También en los casos en que no sea posible o no convenga a su interés, se puede conocer su opinión mediante sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos, o a través de terceras personas, que tengan una relación de confianza, o por su profesión, puedan transmitir la opinión del menor de forma objetiva.

Si se trata de un menor y no es capaz intelectual ni emocionalmente, el consentimiento lo otorgará su representante legal, según lo indicado en el art. 9.3c) de la Ley 41/2002.

En el caso de que el menor de edad no esté emancipado o con dieciséis años cumplidos no incapaces ni incapacitadas pueden prestar por sí mismas el consentimiento. Debe informarse a los padres o representantes legales y su opinión tenida en cuenta, según lo indicado en el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002.

En el caso de disparidad entre el menor, su representante y la institución sanitaria, la autorización será judicial.

De todas las normas expuestas, vemos que hay que atender a lo indicado en la legislación respecto a la capacidad. La legislación civil reconoce a la persona menor de edad, en lo que respecta a los derechos de la personalidad, la posibilidad de actuar cuando ostente capacidad natural suficiente, es decir, aptitud volitiva e intelectual.²⁰⁷

Esto significa que el ejercicio de los derechos de la personalidad se rige por el criterio de la

²⁰⁶ BOE núm. 89, de 13 de abril de 2019.

²⁰⁷ C. LLUCH ROSELLÓ, Y F. RAMÓN FERNÁNDEZ, "El caso Moore y la prestación del consentimiento informado en investigación médica", *Revista Derecho y Salud*, vol. 27, núm. 2, 2017, pp. 58-87.

capacidad natural del titular, esto es, la capacidad para entender y querer el alcance de un determinado acto, por ello, se valoran las condiciones de madurez personal.

En la regulación actual civil se aplican distintos preceptos en torno a la capacidad de obrar (art. 315 Código civil), así como las excepciones (art. 322 Código civil). Sin embargo, no se dispone en ningún precepto de igual naturaleza sobre la minoría de edad,²⁰⁸ sobre el menor, considerando que la minoría de edad abarca desde el nacimiento hasta la mayoría de edad, pero depende de la edad de dicho menor su capacidad para determinados actos jurídicos, ya que no es lo mismo un menor de edad de un año que un menor de edad de diecisiete años, por poner un ejemplo. La capacidad de entendimiento y voluntad, entender y querer, es lo que va a marcar la diferencia en las actuaciones de la persona. Se contempla que mientras no se disponga de la capacidad que el ordenamiento señala para cada acto jurídico, es suplida por terceros.

En el ámbito de la biomedicina y la salud las decisiones en relación al menor le afectarán a su estado físico y psíquico, a su vida y a su intimidad, con lo que estamos ante los derechos fundamentales especialmente protegidos en la Carta Magna. Ello se traduce en cómo orquestar en el ámbito de ensayos clínicos, intervenciones quirúrgicas o en determinadas enfermedades la voluntad del menor con el consentimiento que se debe prestar, y los sujetos que lo prestan y la existencia de conflictos (entre el menor, progenitores, tutores y equipo médico). Por que también debemos plantear algunas cuestiones que no han salido a colación hasta el momento, en las que no vamos a entrar, como son las siguientes:

- a) Negativa del hermano enfermo a recibir tratamiento.
- b) Negativa del hermano enfermo a recibir ese tratamiento de un hermano que haya sido concebido para ese fin.
- c) Rechazo a la idea de tener un hermano que se concibe para curarlo.
- d) Desafectación hacía el hermano salvador, e instrumentalización del mismo como recambio permanente.
- e) Determinación de responsabilidad ante un daño.²⁰⁹
- f) Nacimiento del bebé medicamento con alguna anomalía.²¹⁰

En otro orden, el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad²¹¹ para la adaptación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificado por España,²¹² En su art. 25.d) dispone que los Estados Partes: «Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado».

Se introduce la figura del defensor judicial para operar en determinadas situaciones, por ejemplo, conflictos de intereses entre la figura de apoyo estable y la persona con discapacidad.

Existe relación del consentimiento informado con el derecho fundamental de la integridad física y moral, y también con el derecho a la intimidad y a la propia imagen, ya que en muchas ocasiones, se muestra la imagen del menor en los casos de bebé medicamento.

De esta forma, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la

²⁰⁸ Así lo indica: J. ALVENTOSA DEL RÍO, “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, cit., p. 268.

²⁰⁹ A. VICANDI MARTÍNEZ, “El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 3, 2013, pp. 40-59. Disponible en: <http://www.iurelicet.com/wp-content/uploads/pdf/REDS3.pdf> (Consultado el 23 de mayo de 2019):

²¹⁰ M^a J. LÓPEZ PRATS, *Valoración biológica y ética del respeto a la persona discapacitada no nacida*, Tesis doctoral dirigida por G. S. MARCO PERLES Y J. AZNAR LUCEA, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Valencia, 2017. Disponible en: <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=fOwdLZocDm4%3D> (Consultado el 24 de mayo de 2019).

²¹¹ Disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/375/291> (Consultado el 24 de mayo de 2019).

²¹² BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

intimidad personal y familiar y a la propia imagen²¹³ indica que no se apreciará la existencia de intromisión (art. 2) en los casos en que el titular del derecho haya prestado su consentimiento expreso. En el caso de los menores, el art. 3, precisa que el consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, siempre que sus condiciones de madurez lo permitan, remitiéndose a la norma civil. En los demás casos, el consentimiento habrá de otorgarse en forma escrita por su representante legal, que tendrá la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento que se haya proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal muestra su oposición, se resolverá judicialmente.

En el caso de extracción y trasplante de órganos, la Ley 30/1979, de 27 de octubre²¹⁴, la legislación es clara en cuanto establece que el donante sea mayor de edad, para los casos de donación de donante vivo. Deberá, señala el art. 4, otorgar su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo por escrito, ante la autoridad pública, tras las explicaciones del médico que va a realizar la extracción. El médico está obligado a firmar el documento de cesión del órgano. Sin la firma previa de este documento, la extracción no puede realizarse.

Se precisa que no se podrá obtener ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental u otro motivo, no puedan prestar su consentimiento expreso, libre y consciente.

El Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos²¹⁵, en su art. 9, establece que la implantación de tejidos humanos sólo se podrá efectuar con el consentimiento previo y escrito del receptor o sus representantes legales, según lo indicado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad²¹⁶ (art. 10). Podrá firmar el receptor si tiene suficiente capacidad y si no, los representantes. El documento en el que se hace constar el consentimiento informado será firmado por el médico que realiza el implante, el médico que informó al receptor, éste mismo o sus representantes. Interesa destacar la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo²¹⁷, que modifica la Ley 41/2002²¹⁸.

Así, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

El receptor puede ser una persona menor de edad. En estos casos, el art. 6 establece una serie de requisitos para realizar el trasplante que son aplicables a todos los casos, y con referencia al caso de los menores:

- a) El receptor debe ser plenamente consciente de los riesgos, tipo de intervención, así como de las ventajas físicas y psíquicas de recibir un órgano ajeno.
- b) Se le deberá informar al receptor de que se han hecho en los casos oportunos los estudios inmunológicos de histocompatibilidad entre donante y futuro receptor. Estos estudios son realizados por un laboratorio acreditado por el Ministerio competente.
- c) La información deberá ser facilitada en formato accesible, adecuado y comprensible, para las

²¹³ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

²¹⁴ BOE núm. 266, de 06 de noviembre de 1979.

²¹⁵ BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996.

²¹⁶ BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

²¹⁷ BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015.

²¹⁸ Véase: F. RAMÓN FERNÁNDEZ, "Menores, discapacidad, embarazo y esterilización. La reforma del Derecho de familia orientada a su protección", *Revista Internacional Consinter de Direito, Pulicação Oficial do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação*. Efetividade do Direito, núm. 5, 2017, pp. 463-476. Disponible en: <https://editorialjurua.com/revistaconsinter/wp-content/uploads/2018/01/ano-iii-numero-v-menores-discapacidad-embarazo-y-esterilizacion-la-reforma-del-derecho-de-familia-orientada-a-su-proteccion.pdf> (Consultado el 20 de mayo de 2019).

personas teniendo en cuenta sus circunstancias.

d) Consentimiento del receptor por escrito u otro medio adecuado, si sufre alguna discapacidad, para la realización del trasplante en el caso de que sea un adulto jurídicamente responsable. En el caso de incapacitados o menores de edad, serán los representantes legales, padres o tutores.

En los casos de discapacidad, deberá tenerse presente dicha situación y las circunstancias personales del sujeto, su capacidad para tomar dicha decisión y contemplar la prestación de apoyo para la toma de decisiones.

En todo caso, hay que tener presente lo indicado en el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad²¹⁹ que indica expresamente en su art. 8, que no podrá realizarse la obtención de órganos de menores edad, aún con el consentimiento de los padres o tutores.

En el caso de obtención de órganos de donante fallecido con fines terapéuticos, el art. 9, indica que se podrá realizar si la persona fallecida no ha dejado constancia expresa de su oposición a donar sus órganos después de su muerte. En el caso de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de los mismos, su representación legal, conforme a la norma civil.²²⁰

El Protocolo adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano, hecho en Estrasburgo el 24 de enero de 2002, ratificado por España²²¹ señala en su art. 14 las medidas de protección en el caso de personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos o tejidos, contemplando, de forma excepcional, la autorización de extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento si se cumplen estas condiciones:

- a) No disponer de un donante compatible capaz de expresar su consentimiento;
- b) Si el receptor es hermano/a del donante;
- c) Si la donación puede salvar la vida del receptor;
- d) Si el representante, autoridad, persona o instancia designada por ley ha prestado específicamente y por escrito su autorización;
- e) Si el donante potencial no manifiesta su rechazo a la donación.

Por último, y en relación al derecho a ser oído del menor, podemos traer a colación la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989²²², en cuyo art. 12: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño».

Y también indicar distintas Observaciones del Comité de los Derechos del Niño, en las que hace referencia al interés superior del menor:

- Observación general n° 4 (2003) La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/4 21 de julio de 2003):²²³ «32. Antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que los adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del "interés superior del niño" (art. 3)».

- Observación general n°. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible

²¹⁹ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012.

²²⁰ En relación con esta temática, pero centrada en el xenotrasplante, se puede consultar: E. LETRADO CAMELLO, Y F. RAMON FERNÁNDEZ, "Aspectos jurídicos del xenotrasplante", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, núm. 46, 2017, pp. 277-315.

²²¹ BOE núm. 25, de 29 de enero de 2015.

²²² Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (Consultado el 26 de mayo de 2019).

²²³ Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/observacion-general-n-4-la-salud-y-el-desarrollo-de-los-adolescentes-en-el-contexo-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino.pdf> (Consultado el 26 de mayo de 2019).

de salud (artículo 24). (CRC/C/GC/15)²²⁴: «19. En el artículo 12 se pone de relieve la importancia de la participación de los niños, al disponerse que expresen sus opiniones y que dichas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Ello incluye sus opiniones sobre todos los aspectos relativos a la salud, entre ellos, por ejemplo, los servicios que se necesitan, la manera y el lugar más indicados para su prestación, los obstáculos al acceso a los servicios o el uso de ellos, la calidad de los servicios y la actitudes de los profesionales de la salud, la manera de incrementar la capacidad de los niños de asumir un nivel de responsabilidad cada vez mayor en relación con su salud y su desarrollo y la manera de implicarlos de forma más eficaz en la prestación de servicios encargándoles la instrucción de sus propios compañeros. Se alienta a los Estados a que organicen consultas participativas periódicas adaptadas a la edad y la madurez del niño, así como investigaciones con los niños, y a que hagan lo mismo con los padres, por separado, a fin de conocer las dificultades que encuentran en el ámbito de la salud, sus necesidades en materia de desarrollo y sus expectativas con miras a la elaboración de intervenciones y programas eficaces sobre salud».

- Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) (CRC/C/GC/14)²²⁵: «43. La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general N.º 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida».

«44. Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño (art. 5). El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atiende a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión».

Las Observaciones indicadas abogan por no limitar el derecho del niño a expresar su opinión y su derecho a ser escuchado en todos los asuntos que le afecten.²²⁶

Respecto al interés superior del menor que aparece en los textos indicados, en nuestro ordenamiento jurídico hay que atender a la Ley Orgánica 8/2015, que da una nueva redacción del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996:

«2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

²²⁴ Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqlkirKQZLK2M58RF%2F5F0vHCIs1B9k1r3x0aA7FYrehlsj%2FQwiEONVKEf8BnpvEXS17WLPnaEMlupYgu9Jcq5Jn16KhXRgZtqhSh9BZY9KH> (Consultado el 26 de mayo de 2019).

²²⁵ Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficheroisoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf (Consultado el 26 de mayo de 2019).

²²⁶ M^a. C. BLASCO IGUAL, “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista Bioética y Derecho*, núm. 35, 2015, notas 22 y 23. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300004 (Consultado el 21 de mayo de 2019).

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior».

IV. PRINCIPIOS EN LOS ANÁLISIS GENÉTICOS, MUESTRAS BIOLÓGICAS Y BIOBANCOS

Respecto a ello hay que tener en cuenta lo indicado en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica²²⁷ respecto a la accesibilidad, equidad, protección de datos, gratuidad, consentimiento y calidad de los datos. Vamos a verlo con más detalle.

a) Accesibilidad y equidad: Se contempla en su art. 9, como uno de los límites de los análisis genéticos, los cuales se deben de llevar a efecto con criterios de pertinencia, calidad, equidad y accesibilidad.

También se indica en el art. 45, como principio rector específico, el de accesibilidad y equidad, de forma que se garantice la igualdad en el acceso a los análisis genéticos sin consideraciones económicas y sin requisitos previos referentes a posibles opiniones subjetivas.

Sólo se podrán realizar las pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que identifiquen al sujeto como portador de un gen que determine una enfermedad, o susceptibilidad a la misma, con fines médicos o de investigación médica, con asesoramiento genéticos, o bien en el supuesto del estudio de las diferencias inter-individuales para responder a fármacos, y las interacciones genético-ambientales o para estudiar las bases moleculares de las patologías.

b) Protección de datos: Según el art. 45 se garantizará el derecho a la intimidad y el respeto a la voluntad del sujeto en torno a la información, confidencialidad de los datos genéticos de carácter personal²²⁸. Hay que tener en cuenta lo indicado en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)²²⁹, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.²³⁰

c) Gratuidad: durante todo el proceso de donación, cesión, almacenaje y utilización de muestras biológicas tanto para los sujetos fuente como para los depositantes, se realizará sin ánimo de lucro. Los datos genéticos de carácter personal no podrán ser utilizados con fines comerciales.

d) Consentimiento: Se deberá obtenerse previamente el consentimiento escrito del sujeto fuente o en su caso de sus representantes legales para el tratamiento de muestras con fines de investigación o de datos genéticos de carácter personal. Se remite el art. 4, y dicho consentimiento será expreso y por escrito, pudiéndose prestar por representación en los casos sea menor siempre que no existan otras alternativas para la investigación.

e) Calidad de los datos: los datos obtenidos de los análisis genéticos no podrán ser tratados ni cedidos con fines distintos a los previstos en esta Ley.

V. POSICIONES RESPECTO AL BEBÉ MEDICAMENTO

En cuanto a distintas posiciones respecto al bebé medicamento, podemos encontrar posturas a favor y en contra²³¹, que podemos esquematizar de la siguiente forma:

²²⁷ BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

²²⁸ Véase sobre ello: F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “La protección de datos en las aplicaciones móviles de diagnóstico de enfermedades genéticas. Un estudio jurídico”, *Revista métodos de información*, v. 8, núm. 14, 2017, pp. 5-25. Disponible en: <http://www.metodosdeinformacion.es/mei/index.php/mei/article/view/IIMEI8-N14-005025/940> (Consultado el 21 de mayo de 2019, y “Transparencia y protección de datos especialmente protegidos en genética y la salud desde el punto de vista civil y del buen gobierno”, *Diario La Ley*, 2018, pp. 1-15.

²²⁹ DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES> (Consultado el 26 de mayo de 2019).

²³⁰ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

²³¹ Cfr. M. J. HERNÁNDEZ CREGO, “La participación de los psicólogos en los comités de bioética. El caso de los bebés medicamento”, en J. R. FLECHA ANDRÉS (coord.), *Bioética en Europa y derechos de la persona*, Instituto de Estudios Europeos y Derechos Humanos, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2010, pp. 321-332; J. AZNAR LUCEA, “Bebés medicamento: aspectos médicos, sociológicos y éticos”, en R. GERMÁN ZURRIARÁIN

Argumentos en contra:

-Instrumentalización. El niño se concibe con dicha finalidad, la curación de su hermano enfermo. Ello le puede causar problemas físicos y psicológicos a lo largo de su vida. No es lo mismo haber sido concebido como deseo de tener un hijo, que concebirse con el deseo de curar a un hijo ya existente. La doctrina en este argumento en contra también alude a la mercantilización del ser humano.²³²

-Interés superior del menor. Aquí se dilucida si afecta al interés superior del menor la realización de dicha práctica médica, teniendo en cuenta que hay que valorar lo que sea más favorable para el menor. Este argumento desde su prisma negativo, observa el posible sufrimiento físico o psíquico que padecería el bebé a lo largo de su existencia. Hay que tener en cuenta que no se puede obtener su consentimiento, y después es otorgado por representación.²³³

-Pareto óptimo y elección racional. Este argumento lo explica la doctrina como: «se considera, aquella situación en la que resulta imposible mejorar el nivel de bienestar de una parte sin reducir el nivel de bienestar de otra de las partes. Por esto, toda actuación que vaya más allá del óptimo de Pareto implica un debate ético»²³⁴

-Diversidad genética reducida. Se podrían producir resultados negativos y alterar la especie.²³⁵

-Destrucción de embriones. El método de selección de embriones supone discriminar unos embriones a favor de otros que son los elegidos²³⁶. Además, se considera que se le pueda causar daño al embrión en la biopsia que se le realiza para determinar su compatibilidad.²³⁷

-Daño a la sociedad, «eugenesia». Se están seleccionando embriones y puede considerarse que puede orientarse a una mejora de la raza humana.

-La desaprobación moral de la sociedad. Así, se puede indicar el argumento de la doctrina que considera²³⁸ que: «Un embrión humano no debe ser utilizado para un fin que no sea su propio bien. Los bebés-medicamento se producen para ser utilizados como material biológico específicamente destinado a tratar a otro niño enfermo, en este caso, su hermano. Este concepto de niño producido “para algo” no parece compatible con la dignidad del ser humano, que siempre debe ser concebido como “alguien”, directamente querido por sus padres, es decir, concebido pensado únicamente en su propio bien».

-Racionamiento de los recursos. La técnica empleada suele tener unos costes muy elevados, y supone un gasto que es difícil de asumir. Se puede acudir a las terapias génicas que pueden tener un coste inferior, o a los bancos públicos de sangre de cordón umbilical.²³⁹

-La apertura a técnicas éticamente incorrectas, como puede ser el bebé de diseño o a la carta, al cruzar los umbrales de la selección indispensable.

Argumentos a favor:

-Posibilidad de salvar una vida.²⁴⁰ Es mejor concebir un nuevo hijo a través de la técnica que una concepción natural que no sea después compatible y los progenitores decidan el aborto, por el

(coord.), *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2012, pp. 151-170; V. S. GALDINO CARDIN, N. C. BRENCIS GUIMARÃES Y C. E. COSTA CAZELATTO, “Do bebê-medicamento sob o enfoque do biodireito e da bioética”, *Meritum*, vol. 13, núm. 1, 2018, pp. 169-195. Disponible en: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5878> (Consultado el 25 de mayo de 2019);

²³² J. LOZANO MARTÍNEZ, I. GÓMEZ PÉREZ Y J. AZNAR LUCEA, “¿Es necesaria la producción de bebés medicamentos?”, cit., p. 18.

²³³ J. LOZANO MARTÍNEZ, I. GÓMEZ PÉREZ Y J. AZNAR LUCEA, “¿Es necesaria la producción de bebés medicamentos?”, cit., p. 18.

²³⁴ L. M^a. GARCÍA MOYANO, B. PELLICER GARCÍA, B. BUIL TRICAS, JUÁREZ R. VELA, S. GUERRERO PORTILLO E I. ANTÓN SOLANAS, “Análisis bioético de la generación de «bebés medicamentos»”, *Revista Bioética y Derecho*, núm. 36, 2016, p. 59. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/15376/18574> (Consultado el 21 de mayo de 2019).

²³⁵ L. M^a. GARCÍA MOYANO, B. PELLICER GARCÍA, B. BUIL TRICAS, JUÁREZ R. VELA, S. GUERRERO PORTILLO E I. ANTÓN SOLANAS, “Análisis bioético de la generación de «bebés medicamentos»”, cit., p. 60

²³⁶ P. ENGUER GOSÁLBEZ, Y F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 18, núm. 34, 2018, pp. 104-135. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rbi/article/view/3160/2819> (Consultado el 23 de mayo de 2019).

²³⁷ P. ARANGO RESTREPO, P. J. SÁNCHEZ ABAD Y L. M. PASTOR GARCÍA, “Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebé medicamento»: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética”, cit., p. 310.

²³⁸ E. COLLAZO CHAO, “Problemas éticos en la selección de embriones con finalidad terapéutica”, *Cuadernos de bioética*, vol. 21, núm. 72, 2010, pp. 231-242. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2010/21/2/72/231.pdf> (Consultado el 25 de mayo de 2019).

²³⁹ J. LOZANO MARTÍNEZ, I. GÓMEZ PÉREZ Y J. AZNAR LUCEA, “¿Es necesaria la producción de bebés medicamentos?”, cit., p. 13.

²⁴⁰ P. ARANGO RESTREPO, P. J. SÁNCHEZ ABAD Y L. M. PASTOR GARCÍA, “Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebé medicamento»: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética”, cit., p. 307.

riesgo también de que el nuevo hijo o bien sufra la enfermedad, o no pueda curar al hermano enfermo.²⁴¹

-La perfección de la técnica para el hermano enfermo. Los avances médicos posibilitan que las técnicas que se aplican sean cada vez menos agresivas, y que la balanza se incline a favor de la curación a través de la ingeniería genética.

-No se produce un daño en el bebé medicamento. Se entiende que la utilización de las células del cordón umbilical están disponibles y no hay sufrimiento ni para el bebé ni para la gestante. Se trata de un procedimiento menos invasivo que la donación de médula ósea.²⁴²

-La aprobación moral de la sociedad. Cada vez son más los casos en que la ciudadanía se muestra conforme con la técnica del bebé medicamento, anteponiendo la vida del hijo enfermo y justificando la concepción de un nuevo hijo con la finalidad de curarlo.

-Prevalencia del beneficio paterno

-Utilidad universal de los nacimientos. El nacimiento de un nuevo ser humano es, independientemente que sea bebé medicamento o no, un acontecimiento positivo para el mundo.

-Alternativas a la técnica, que proporcionan resultados escasos, siendo la selección embrionaria la más efectiva para la curación de ciertas enfermedades.

-Se contempla en la legislación actual, por lo que si existe una regulación, se puede realizar y no se infringe ninguna normativa.

-Decisión autónoma de los padres, pueden elegir concebir un hijo no de forma natural, sino utilizando una técnica que les va a garantizar más posibilidad de que el futuro hijo pueda curar al hijo enfermo.²⁴³

-Avances biomédicos y sanitarios que supone evitar el nacimiento de niños enfermos, con lo que socialmente supone un ahorro de costes que no se soporta, ya que el tratamiento de las enfermedades que puede curar el bebé medicamento tienen un coste económico elevado tratarlas durante la vida del niño enfermo.²⁴⁴

VI. CONCLUSIONES

Como principales conclusiones podemos indicar que hay una necesidad de una regulación más detallada de las técnicas aplicables, así como la situación del sujeto desde el punto de vista legal. No se pueden obviar los problemas éticos²⁴⁵ y jurídicos planteados, principalmente en el caso del hermano salvador.

Debe ser objeto de interpretación lo que se considera interés superior del menor, y la aplicación de la emancipación médica en relación con la autonomía de la voluntad. Existen numerosas repercusiones sociales y jurídicas en torno a la biomedicina y la infancia.

Resaltar la importancia del consentimiento en el acto médico, que se admite, si el menor no puede otorgarlo por su falta de capacidad, que lo puedan otorgar los representantes legales, teniendo en cuenta que el menor no puede ser sometido a actos que le puedan infringir sufrimiento físico y psíquico.

Establecer una serie de límites es imprescindible, ya que el objetivo de curación no debe ser entendido como un fin que justifique los medios, ya que en el caso del bebé medicamento, los medios es otro ser humano que tiene derechos fundamentales que hay que observar.

²⁴¹ P. ARANGO RESTREPO, P. J. SÁNCHEZ ABAD Y L. M. PASTOR GARCÍA, "Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebé medicamento»: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética", cit., p. 308.

²⁴² P. ARANGO RESTREPO, P. J. SÁNCHEZ ABAD Y L. M. PASTOR GARCÍA, "Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebé medicamento»: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética", cit., p. 309.

²⁴³ P. ARANGO RESTREPO, P. J. SÁNCHEZ ABAD Y L. M. PASTOR GARCÍA, "Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebé medicamento»: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética", cit., p. 308.

²⁴⁴ P. ARANGO RESTREPO, P. J. SÁNCHEZ ABAD Y L. M. PASTOR GARCÍA, "Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebé medicamento»: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética", cit., p. 309.

²⁴⁵ G. PERAZZO Y L. GARGIULO, "Cuestiones éticas sobre los «bebés medicamento»", *Anales de teología*, vol. 10, núm. 1, 2008, pp. 43-51; A. RODRÍGUEZ EGUREN, "El hermano salvador", *MoleQla: revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, núm. 30, 2018, pp. 15-17. Disponible en: https://www.upo.es/cms1/export/sites/upo/moleqla/documentos/Numero30/Nuxmero_30.pdf (Consultado el 25 de mayo de 2019);

VII. BIBLIOGRAFÍA

- F. ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, “Gestación por sustitución: dificultades para mantener la prohibición en España”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 9, 2016, pp. 60-77. Disponible en: <http://www.iurelicet.com/wp-content/uploads/pdf/REDS9.pdf> (Consultado el 23 de mayo de 2019).
- J. ALVENTOSA DEL RÍO, “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 264-291. Disponible en: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/111.pdf> (Consultado el 20 de mayo de 2019).
- J. ALVENTOSA DEL RÍO, “Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 514-547.
- P. ARANGO RESTREPO, *Diagnóstico genético preimplantatorio (dgp). Juicios éticos emitidos en revistas biomédicas y bioéticas: un análisis de los mismos desde la bioética personalista*, Tesis doctoral dirigida por P. J. SÁNCHEZ ABAD Y L. M. PASTOR GARCÍA, Universidad de Murcia, Murcia, 2009.
- P. ARANGO RESTREPO, P. J. SÁNCHEZ ABAD Y L. M. PASTOR GARCÍA, “Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebé medicamento»: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética”, *Cuadernos de bioética*, vol. 23, núm. 78, 2012, pp. 301-320. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/301.pdf> (Consultado el 22 de mayo de 2019).
- J. AZNAR LUCEA, “Bebés medicamento: aspectos médicos, sociológicos y éticos”, en R. GERMÁN ZURRIARÁIN (coord.), *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2012, pp. 151-170.
- M^a. C. BLASCO IGUAL, “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista Bioética y Derecho*, núm. 35, 2015. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300004 (Consultado el 21 de mayo de 2019).
- J. CAMACHO SEVILLA, “Nace en Sevilla otro «bebé medicamento»”, *El Periódico*, 13 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/sanidad/20171013/nace-tercer-bebe-medicamento-sevilla-6350585> (Consultado el 22 de mayo de 2019).
- E. CASILLAS SAGRADO Y E. CASILLAS SAGRADO, “La decisión de Anne (2009): estudio de la creación de embriones genéticamente seleccionados para la curación de pacientes crónicos”, *Revista de medicina y cine*, vol. 9, núm. 1, 2013, pp. 11-20. Disponible en: http://revistas.usal.es/index.php/medicina_y_cine/article/view/13678/14018 (Consultado el 21 de mayo de 2019).
- E. COLLAZO CHAO, “Problemas éticos en la selección de embriones con finalidad terapéutica”, *Cuadernos de bioética*, vol. 21, núm. 72, 2010, pp. 231-242. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2010/21/2/72/231.pdf> (Consultado el 25 de mayo de 2019).
- EFE: “Javier, el primer «bebé medicamento» que está consiguiendo curar a su hermano”, *El Confidencial*, 13 de marzo de 2009. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/sociedad/2009-03-13/javier-el-primer-bebe-medicamento-que-esta-consiguiendo-curar-a-su-hermano_1066121/ (Consultado el 22 de mayo de 2019).
- EFE, “Muere un bebé que participaba en un ensayo clínico con una nueva terapia génica”, *El español*, 24 de abril de 2019. Disponible en: https://www.elespanol.com/ciencia/salud/20190424/muere-bebe-participaba-ensayo-clinico-terapia-genica/393461549_0.html (Consultado el 22 de mayo de 2019).
- EFE, “Curado un niño con leucemia con la terapia genética CAR T”, *Efe Salud*, 25 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.efesalud.com/terapia-car-t-curado-nino-leucemia> (Consultado el 22 de mayo de 2019).
- P. ENGUER GOSÁLBEZ, Y F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 18, núm. 34, 2018, pp. 104-135. Disponible en: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/3160/2819> (Consultado el 23 de mayo de 2019).
- V. S. GALDINO CARDIN, N. C. BRENCIS GUIMARÃES Y C. E. COSTA CAZELATTO, “Do bebê-medicamento sob o enfoque do biodireito e da bioética”, *Meritum*, vol. 13, núm. 1, 2018, pp. 169-195. Disponible en: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5878> (Consultado el 25 de mayo de 2019).
- R. GARCÍA MANRIQUE, “La Decisión de Anne: sobre la autonomía bien entendida”, *Revista*

- Bioética y derecho*, núm. 20, 2010, pp. 24-26. Disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD20_Cine.pdf (Consultado el 20 de mayo de 2019).
- L. M^a. GARCÍA MOYANO, B. PELLICER GARCÍA, B. BUIL TRICAS, JUÁREZ R. VELA, S. GUERRERO PORTILLO E I. ANTÓN SOLANAS, “Análisis bioético de la generación de «bebés medicamentos»”, *Revista Bioética y Derecho*, núm. 36, 2016, pp. 55-66. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/15376/18574> (Consultado el 21 de mayo de 2019).
- I. GARCÍA PRESAS, “Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida: bebés medicamento”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, pp. 358-375. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/358-375.pdf> (Consultado el 20 de mayo de 2019).
- J. GONZÁLEZ DE DIOS, M. TASSO CERECEDA Y B. OGANDO DÍAZ, “La mirada del cine al cáncer (II): cuando la Oncología pediátrica es la protagonista”, *Revista Pediatría de Atención Primaria*, vol. 14, núm. 56, 2012. Disponible en: <https://pap.es/articulo/11747/la-mirada-del-cine-al-cancer-ii-cuando-la-oncologia-pediatria-es-la-protagonista> (Consultado el 21 de mayo de 2019).
- M. J. HERNÁNDEZ CREGO, “La participación de los psicólogos en los comités de bioética. El caso de los bebés medicamento”, en J. R. FLECHA ANDRÉS (coord.), *Bioética en Europa y derechos de la persona*, Instituto de Estudios Europeos y Derechos Humanos, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2010, pp. 321-332.
- F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, 2018, pp. 42-54. Disponible en: <http://www.iurelicet.com/wp-content/uploads/pdf/REDS12.pdf> (Consultado el 25 de mayo de 2019).
- N. JOUVE, “Del «bebé medicamento» al «bebé con código de barras»”, *Actual*, 22 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.actuall.com/criterio/vida/del-bebe-medicamento-al-bebe-codigo-barras/> (Consultado el 22 de mayo de 2019).
- E. LETRADO CAMELLO, Y F. RAMON FERNÁNDEZ, “Aspectos jurídicos del xenotrasplante”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, núm. 46, 2017, pp. 277-315.
- M^a J. LÓPEZ PRATS, *Valoración biológica y ética del respeto a la persona discapacitada no nacida*, Tesis doctoral dirigida por G. S. MARCO PERLES Y J. AZNAR LUCEA, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Valencia, 2017. Disponible en: <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=fOwDLZocDm4%3D> (Consultado el 24 de mayo de 2019).
- J. LOZANO MARTÍNEZ, I. GÓMEZ PÉREZ Y J. AZNAR LUCEA, “¿Es necesaria la producción de bebés medicamentos?”, *Therapeía: estudios y propuestas en ciencias de la salud*, núm. 4, 2012, pp. 13-25. Disponible en: <https://www.ucv.es/investigacion/publicaciones/catalogo-de-revistas/revista-therapeia> (Consultado el 22 de mayo de 2019).
- C. LLUCH ROSELLÓ, Y F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “El caso Moore y la prestación del consentimiento informado en investigación médica”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 27, núm. 2, 2017, pp. 58-87.
- M. MOYA GONZÁLEZ, Y F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado de Colombia*, núm. 34, 2018, pp. 81-121. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5261/6380> (Consultado el 23 de mayo de 2019).
- G. PERAZZO Y L. GARGIULO, “Cuestiones éticas sobre los «bebés medicamento»”, *Anales de teología*, vol. 10, núm. 1, 2008, pp. 43-51.
- M. ORTÍZ FERNÁNDEZ, “La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 548-565.
- F. PINTO PALACIOS, *Nacidos para salvar: Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento”*, Tesis doctoral dirigida por A. M^a. MARCOS DEL CANO, UNED, Madrid, 2015. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Fpinto/PINTO_PALACIOS_Fernando_Tesis.pdf (Consultado el 25 de mayo de 2019).
- F. PINTO PALACIOS, “Nacidos para salvar: Un análisis constitucional del «bebé medicamento»”, *Revista de derecho político*, núm. 97, 2016, pp. 243-286. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/17624/14987> (Consultado el 24 de mayo de 2019).

- F. PINTO PALACIOS, Y A. M^a. MARCOS DEL CANO, “«Bebé medicamento», protección de la salud y sistema sanitario público: una reflexión desde el principio de justicia”, *Universitas*, núm. 24, 2016, pp. 243-265. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3182/1832> (Consultado el 20 de mayo de 2019).
- F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”, *Reinad. Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 2014, pp. 38-50. Disponible en: <http://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1664/2488> (Consultado el 23 de mayo de 2019).
- F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que le afecten”, en VV.AA., *Comentarios sobre las leyes de Reforma del Sistema de Protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, 1^a ed., Valencia, 2016, pp. 131-157.
- F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “Menores, discapacidad, embarazo y esterilización. La reforma del Derecho de familia orientada a su protección”, *Revista Internacional Consinter de Direito, Publicação Oficial do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação. Efetividade do Direito*, núm. 5, 2017, pp. 463-476. Disponible en: <https://editorialjurua.com/revistaconsinter/wp-content/uploads/2018/01/ano-iii-numero-v-menores-discapacidad-embarazo-y-esterilizacion-la-reforma-del-derecho-de-familia-orientada-a-su-proteccion.pdf> (Consultado el 20 de mayo de 2019).
- F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “La protección de datos en las aplicaciones móviles de diagnóstico de enfermedades genéticas. Un estudio jurídico”, *Revista métodos de información*, v. 8, núm. 14, 2017, pp. 5-25. Disponible en: <http://www.metodosdeinformacion.es/mei/index.php/mei/article/view/IIMEI8-N14-005025/940> (Consultado el 21 de mayo de 2019).
- F. RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y diversidad sexual. Análisis de las medidas de protección en el ordenamiento jurídico español para la identidad de género*, Universitat Politècnica de València, 1^a ed., Valencia, 2017. Disponible en: <https://riunet.upv.es/handle/10251/48660> (Consultado el 23 de mayo de 2019).
- F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “Transparencia y protección de datos especialmente protegidos en genética y la salud desde el punto de vista civil y del buen gobierno”, *Diario La Ley*, 2018, pp. 1-15.
- F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación post mortem”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, pp. 454-471. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/454-471.pdf> (Consultado el 23 de mayo de 2019).
- A. RODRÍGUEZ EGUREN, “El hermano salvador”, *MoleQla: revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, núm. 30, 2018, pp. 15-17. Disponible en: https://www.upo.es/cms1/export/sites/upo/moleqla/documentos/Numero30/Nuxmero_30.pdf (Consultado el 25 de mayo de 2019).
- M. VALERIO, “Son hermanos de sangre, nada de bebé medicamento”, *El Mundo*, 02 de noviembre de 2015. Disponible en: <https://www.elmundo.es/salud/2015/11/02/56177917e2704e31478b45ea.html> (Consultado el 22 de mayo de 2019).
- A. VICANDI MARTÍNEZ, “El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 3, 2013, pp. 40-59. Disponible en: <http://www.iurelicet.com/wp-content/uploads/pdf/REDS3.pdf> (Consultado el 23 de mayo de 2019):
- J. VIDAL MARTÍNEZ, “Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 1-42. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/articulos/2015/1-42.pdf> (Consultado el 21 de mayo de 2019).
- L. VIVANCO SIERRALTA, A. MARTÍNEZ Y N. JOUVE DE LA BARREDA, “Valoración bioética y biojurídica del diagnóstico genético preimplantatorio en España”, *Cuadernos de bioética*, vol. 21, núm. 72, 2010, pp. 213-230. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2010/21/2/72/213.pdf> (Consultado el 24 de mayo de 2019).
- L. DE LAS HERAS VIVES, “El consentimiento informado viciado o inexistente y el régimen de responsabilidad médica”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 566-585.

TRANSHUMANISMO: SU CONFIGURACIÓN E INFLUENCIA SOBRE EL DERECHO. ALGUNAS CONSIDERACIONES BÁSICAS.

Krystyna Wojcik Radkowska
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 20 febrero 2019

Fecha de aceptación: 20 marzo 2019

RESUMEN El transhumanismo es un determinado modo de pensar sobre el futuro, fundamentado en la convicción de que el ser humano en su actual constitución no supone el fin del desarrollo de la humanidad sino, más bien, su temprana fase. Este movimiento refleja el dilema fundamental de la modernidad, es decir, hasta qué punto la preservación de la tradición humana puede legitimar la imposición de determinadas restricciones y limitaciones al desarrollo de la ciencia. El texto, partiendo de la fundamentación ética de la ideología transhumanista, analiza su influencia sobre la creación y aplicación del derecho.

ABSTRACT: *Transhumanism is a certain way of thinking about the future, based on the conviction that the human being in his current constitution does not mean the end of the development of humanity but, rather, its early phase. This movement reflects the fundamental dilemma of modernity, that is, to what extent the preservation of human tradition can legitimize the imposition of restrictions and limitations on the development of science. The text, based on the ethical foundation of transhumanist ideology, analyzes its influence on the creation and application of law.*

PALABRAS CLAVE: transhumanismo, bioética, dignidad humana, creación y aplicación del derecho.

KEYWORDS: transhumanism, bioethics, human dignity, jurisprudence.

SUMARIO: 1.Presentación del movimiento transhumanista.2.Los campos y corrientes fundamentales del transhumanismo.3. Partidarios del transhumanismo versus bioconservadores.. 4.Aspectos éticos del pensamiento transhumanista.5. Influencia del pensamiento transhumanista sobre el derecho.

1. PRESENTACIÓN DEL MOVIMIENTO TRANSHUMANISTA.

La época contemporánea se caracteriza, sobre todo, por la crisis de los tradicionales y modernos conceptos, valores y grandes narraciones, también por los profundos cambios en las estructuras sociales así como por cierta “liquidez” que fomenta inseguridad e incertidumbre en la vida humana. La condición del hombre contemporáneo no resulta ser ni estable ni confortable sino más bien fluida, cambiante, llena de interrogantes. Podemos indicar que uno de los múltiples elementos determinantes de esta situación resulta ser el muy acelerado progreso científico y tecnológico que demuestra un dinamismo excepcional de la historia de la humanidad y que además aumenta cada vez más alejándose de la comprensión de las personas. Apreciamos esta aceleración sobre todo en el ámbito de la condición y la salud de los seres humanos y precisamente en este contexto podemos discutir la configuración de la idea de los seres transhumanos o de la ideología transhumanista.

La ideología transhumana está estrechamente relacionada con la filosofía contemporánea. Se fundamenta en el postulado de la liberación del ser humano de sus limitaciones determinadas por su configuración biológica. Para la efectiva realización de este postulado se necesita el desarrollo de diversas tecnologías modernas sobre todo en el ámbito de la medicina y la biología.

El término “transhumanismo” fue elaborado por el biólogo inglés Julian Huxley, el hermano mayor del famoso escritor Aldous Huxley. En el año 1957 publicó con este título un ensayo sobre la aparición de una “autoconciencia cósmica” que permitiría influenciar la evolución y condicionar el futuro de la humanidad²⁴⁶. La idea encontró numerosos seguidores, sobre todo, en la bioética contemporánea siendo denominada como “humanismo evolutivo”²⁴⁷.

Los rasgos específicos del transhumanismo los podemos apreciar en la definición de la Enciclopedia Británica que lo caracteriza del modo siguiente:

*Transhumanism, social and philosophical movement devoted to promoting the research and development of robust human-enhancement technologies. Such technologies would augment or increase human sensory reception, emotive ability, or cognitive capacity as well as radically improve human health and extend human life spans. Such modifications resulting from the addition of biological or physical technologies would be more or less permanent and integrated into the human body*²⁴⁸.

El transhumanismo suele ser presentado como un movimiento de los partidarios del uso de las modernas tecnologías, particularmente neuro-, bio- y nano- tecnologías para mejorar la especie humana. El nombre hace referencia al específico modo de la existencia humana configurada y construida gracias a la transformación tecnológica lo que permitirá sobrepasar las limitaciones de la actual condición humana. Entre los propulsores de esta idea están: Nick Bostrom, Aubrey de Grey, David Pearce, James J. Hughes, Natasha Vito-More, Vernor Vinge, Max More, Nicholas Agar, Ingmar Persson, Julian Savulescu²⁴⁹.

No encontramos una definición coherente del transhumanismo aparte de la formulada idea genérica, ya que está considerado como un movimiento poco definido, no representado por ninguna organización concreta y que tampoco tiene unos líderes claros. Para el gran público aparecen como los más conocidos y prominentes representantes del movimiento del transhumanismo Ray Kurzweil o Zoltan Istvan, pero, en general, los partidarios del transhumanismo lo consideran como un grupo disperso que agrega varios puntos de vista y

²⁴⁶ J. Huxley, “Transumanism”, *Journal of Humanistic Psychology*, n.º. 8 (1), 1968, p. 73-76.

²⁴⁷ J.Harris, *Enhancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People*. Princeton University Press, Princeton, 2007.

²⁴⁸ *Transhumanism* en: Enciclopedia Británica, <https://www.britanica.com/topic/transhumanism>, última consulta 5 de abril 2019. Resulta muy interesante el término inglés: *human enhancement* y *human enhancement technologies* (HET) que hace referencia al término español acrecentar o engrandecer. Se entiende como la posibilidad de acrecentamiento de las cualidades físicas, intelectuales, psicológicas que actualmente posee el hombre gracias al uso de distintas tecnologías del ámbito de la ingeniería genética, neurotecnología, nanotecnología, biotecnología, tecnología informática y ciencia cognitiva, pero también a la aparición de nuevas e hipotéticas características que cambiarán la naturaleza humana, es decir al futuro acrecentamiento del humano.

²⁴⁹ *Famosos transhumanistas*: <https://www.overload.com/noticias/8-transhumanistas-famosos-que-tienen-que-conocer/5.html> última consulta 3 de mayo 2019.

opiniones, a menudo contradictorios²⁵⁰. El transhumanismo suele ser configurado en función de diferentes categorías y de distintos criterios ideológicos: como un movimiento científico, intelectual, social, cultural o político que condiciona sobre todo la investigación científica y al mismo tiempo está presente en los modos de pensar, en la actitud vital, en la visión del mundo, en la filosofía, en la ideología, como una forma de *lifestyle*, incluso como un movimiento utópico o de carácter religioso-sectario.

Transhumanist FAQ la declaración del año 1998 de la más conocida y más influyente organización transhumanista Humanity Plus (H+) indica que el transhumanismo es un determinado modo de pensar sobre el futuro, fundamentado en la convicción de que el ser humano en su actual constitución no supone el fin del desarrollo de la humanidad sino, más bien, su temprana fase²⁵¹.

2. LOS CAMPOS Y CORRIENTES FUNDAMENTALES DEL TRANSHUMANISMO.

Las previsiones científicas y también las opiniones más fundamentadas de los transhumanistas permiten distinguir tres ámbitos básicos de interés y, al mismo tiempo, de objetivos del movimiento. Están formulados como *3 Supers*: ²⁵² Super Longevity – longevidad, la que también abarca la condición de la salud del hombre, *Super Well-Being* o *Super Happiness* – el bienestar y la felicidad, *Super Intelligence* – la mejora de la inteligencia del hombre. No todos los representantes del movimiento están de acuerdo con esta propuesta, lo que permite presentar otras configuraciones de los campos de interés, aunque siempre, al fondo, relacionados con los *Supers*. Podemos indicar aquí algunos de ellos, aunque la lista ni esta cerrada ni tiene una aprobación general.²⁵³

Inmortalidad.

La idea de la longevidad supone para los transhumanistas la puesta en cuestión de la inevitabilidad de la muerte. Se trata la vejez y la muerte como enfermedad pero no en el sentido de que hay que superar diferentes enfermedades que provocan la defunción sino, precisamente, como que hay que eliminar el fallecimiento como tal. Esto es la inmortalidad. El mismo término proviene del título del libro del precursor de esta idea Alan Harrington *The Immortalist* en el que el autor expone distintos métodos que pueden liberar al hombre de la muerte: criogénesis, ingeniería genética y trasplante de órganos²⁵⁴. Otra posibilidad de la inmortalidad hace referencia a la inmortalidad digital y se la conoce como la idea de la transferencia de la mente (*mind upload*) lanzada sobre todo por Ray Kurzweil, quien la prevé viable alrededor del año 2045.

Criogénesis.

La posibilidad de hibernación se considera como uno de los posibles modos de asegurar la inmortalidad. La práctica de la criogenia consiste en preservar un cuerpo humano mediante su congelación con la finalidad de resucitarlo en el futuro. El proceso debe llevarse a cabo inmediatamente después de la muerte de la persona para preservar su cerebro intacto. La actuación tiene como objetivo el de mantener en “suspense” la vida amenazada por diferentes enfermedades incurables hasta que se descubran los métodos de curación y posteriormente el retorno a la vida sana²⁵⁵.

²⁵⁰ *Transhumanist FAQ*, en “Humanity+”, <http://humanityplus.org/philosophy/transhumanist-faq/>, última consulta 3 de abril 2019.

²⁵¹ *Transhumanist FAQ*, cit. nota 5.

²⁵² *What is Transhumanism? – The 3 Supers with David Pearce*, 2014, en: “h+ Media”. <https://hplussmagazin.com/2014/09/22/transhumanism-3-supers-david-pearce/>, última consulta 30 de marzo 2019.

²⁵³ J. Lepkowski, *Transhumanizm - nowa religia?* 2018. https://www.researchgate.net/publication/326915120_Transhumanizm_-_nowa_religia, última consulta 29 de marzo 2019.

²⁵⁴ A. Harrington, *The Immortalist*, California, Millibrae, 1969. Citado según: J. Huxley, “Transumanism”, cit. nota 1.

²⁵⁵ Sobre este tema: S. Infantes Esteban, F.Lledó Yagüe, *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos: el derecho de vivir después de la muerte*. Madrid, Dykinson 2019.

Anti-aging.

Anti-aging constituye una denominación común de distintos estudios e investigaciones que tienen como objetivo ralentizar o incluso eliminar el proceso de envejecimiento para alargar la vida de las personas²⁵⁶. Podemos mencionar aquí los siguientes métodos actualmente desarrollados: la regeneración con el uso de las células madres, las renovaciones moleculares, la terapia de genes o los trasplantes. El movimiento *anti-aging* utiliza los logros de la medicina contra los procesos de envejecimiento, ideologizando al mismo tiempo la posibilidad de alargamiento de la vida y el objetivo de la eliminación de la muerte.

Ciborgismo.

El ciborgismo lo podemos presentar como un amplio movimiento social que promueve la necesidad de ciborgización de los humanos para convertirlos en “*cybernetic organism*”. La idea de la creación de las híbridas humano-mecánicas fue inventada ya en el siglo XIX. Se elaboró la figura de un ciborg, de una hipotética persona que posee unas capacidades físicas que sobrepasan a aquellas de un hombre “normal” gracias a los mecanismos tecnológicos insertados en su cuerpo²⁵⁷. Reconocemos que en la actualidad, en cierto sentido, los ciborgs ya están presentes en las calles – son los personas con distintos implantes que aseguran y mantienen su vida y su salud. Pero el movimiento tiene otros objetivos, particularmente aquellos, que están promovidos por la corriente llamado “*grinding*”. Los “*grinders*” intentan “*hakear*” su propio cuerpo implantando unos mecanismos electrónicos que cambian y fortalecen las capacidades físicas²⁵⁸.

Singularidad.

El nombre viene de Stanislaw Ulam y John von Neuman, quienes en el año 1958 indicaron que el acelerado progreso de la técnica crea una impresión de acercamiento a una *singularity* en la historia de la raza humana y, que cuando esta singularidad aparece, la vida humana, tal como la entendemos actualmente, no podrá existir ya que sobrepasaremos los límites de nuestra fase del desarrollo²⁵⁹.

La singularidad se entiende habitualmente como un determinado momento del desarrollo de la civilización humana en que la aparición de un invento o de una tecnología revolucionarios romperá la continuidad de la evolución de la civilización humana y provocará el fin de este mundo, aquel que conocemos ahora. El acelerado progreso dejará de ser controlado por el hombre ya que no resultará posible prever los futuros cambios y, en consecuencia, se perderá la influencia sobre ellos. Este punto crítico se presenta como la aparición de una fuerte inteligencia artificial (*artificial general intelligence*) o una superinteligencia que sobrepasará incluso las capacidades de los más dotados seres humanos o de la suma de la inteligencia de toda la humanidad, siendo capaz de auto duplicarse y mejorarse, adquiriendo una cierta autonomía frente a sus creadores humanos. El principal propagador y más conocido de esta idea es Raymond Kurzweil.

Abolicionismo bioético.

Se lo conoce como *abolitionist transhumanism* o *hedonistic imperative*. Se entiende en el sentido de una filosofía o de un movimiento social-moral-científico que tiene como objetivo minimizar y, en consecuencia, eliminar tecnológicamente el sufrimiento de los humanos a la vez fomentando la felicidad²⁶⁰.

Postgender.

Es una corriente teórica de carácter socio-político-cultural que aparece en el punto de encuentro entre *gender studies* y transhumanismo. Indica que el desarrollo tecnológico

²⁵⁶ A. De Grey, M. Rae, *Ending Aging: The Rejuvenation Breakthroughs That Could Reverse Aging in Our Lifetime*. St. Martin's Press, New York, 2007.

²⁵⁷ *Cyborg*, en: Oxford Dictionaries, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/cyborg>, última consulta 4 de abril 2019.

²⁵⁸ Cyborg Foundation, Home, en: <http://www.cyborgfoundation.com/> última consulta 4 de abril 2019.

²⁵⁹ S. Ulam, “Tribute to John von Neumann”, 1903-1957. *Bulletin of American Mathematical Society*. T. 64, n° 3, 1958, p.5. Citado según: J. Lepkowski, *Transhumanism - nowa religia?* cit. nota 8.

²⁶⁰ *Abolitionism*, en: Technoprogresive Wiki, <https://icet.org/index.php/tpwiki/abolitionism>, última consulta 3 de abril 2019.

provocará la desaparición de las diferencias de géneros (sexos) biológicos provocando la eliminación del *gender* cultural. Mantiene la idea que el *sexo/gender* innecesariamente limita el potencial humano y que la tecnología debe ayudara a eliminar las fronteras biológicas correspondientes a las diferencias de género²⁶¹.

Technogaianizm.

Representa el movimiento denominado *bright green environmentalism* que promueve el uso de tecnologías alternativas y “verdes” para proteger el medio ambiente y la tierra²⁶².

3. PARTIDARIOS DEL TRANSHUMANISMO VERSUS BIOCONSERVADORES.

El debate entre transhumanistas y bioconservadores refleja el dilema fundamental de la modernidad, es decir, hasta qué punto la preservación de la tradición humana puede legitimar la imposición de determinadas restricciones y limitaciones al desarrollo de la ciencia. Nick Bostrom opina que el eje principal del enfrentamiento se centra en la pregunta acerca de si el humanismo tradicional resulta ser suficientemente convincente para constituir la base de los sistemas normativos contemporáneos²⁶³.

Los transhumanistas responden de modo negativo a esta pregunta ya que exigen el acceso ilimitado a las tecnologías que aumentan y enriquecen las capacidades humanas, de modo mucho más eficaz que los métodos tradicionales. Critican cierta rigidez de los criterios normativos actuales que frenan el progreso de la humanidad. Resaltan el valor de este tipo de tecnologías que son aceptados y en cierto modo utilizados particularmente por la medicina; gracias a las incubadoras, respiradoras, estimuladoras cardiacas etc. se mejora la vida de las personas. Argumentan que no tiene sentido restringir la aplicación de la biotecnología o de la genética en el ámbito terapéutico e incluso no-terapéutico. En esta línea argumental, según ellos, no se debe prohibir a los padres la posibilidad de recurrir a determinadas tecnologías que pueden mejorar la futura vida de sus hijos. Pero, para evitar que este proceso se convierta en un totalitarismo biotecnológico subordinado a una racionalidad técnica, ven imprescindible el mantenimiento de la actitud liberal en el contexto del derecho y además la vigilancia de todo tipo de instituciones del poder político, tanto locales como globales, con el objetivo de evitar la realización, por la vía del uso de las biotecnologías, de determinados intereses políticos. La correcta obtención de los objetivos dependerá de la educación libre, del desarrollo de los debates públicos y de las fuertes garantías al derecho de información.

Los bioconservadores más conocidos son: Leon Kass, Francis Fukuyama, Jürgen Habermas, George Annas, Wesley Smith, Jeremy Rifkin, Bill McKibben. Recurriendo al inestimable valor de la categoría humanista de la naturaleza humana y de la dignidad humana, se oponen al uso de las biotecnologías, alegando que pueden cambiar profundamente al hombre y a la humanidad permitiendo que aparezca una sociedad sin valores fundamentales y expuesta a las prácticas totalitarias.

F.Fukuyama indica, por ejemplo, que, aunque el desarrollo de las ciencias naturales influyó positivamente las condiciones de la vida humana y el progreso de la farmacología, el conocimiento acerca de cómo el genoma humano condiciona los rasgos de carácter de las personas, su inteligencia, su inclinación a la agresión, las tendencias criminales o el uso de drogas puede fomentar el deseo de control y manipulación de todas las poblaciones por parte de distintos poderes tanto políticos como fácticos²⁶⁴. Las sociedades son proclives a aceptar, sin ninguna obligación impuesta, la utilidad de las “tecnologías de mejoras” y, por otro lado, el capital económico, sin una intervención expresa por parte del Estado, será capaz de publicitar y propagar estas técnicas. Pero la biotecnología esconde, bajo el discurso sobre sus ventajas, diferentes peligros para las normas éticas y sociales, puede propiciar la creación de una nueva sociedad y de un nuevo mundo jerarquizado, en el que estallen nuevos conflictos sociales.

²⁶¹ G. Dvorsky, J. Hughes. “Postgenderism: Beyond the Gender Binary”, 2008. *Institute for Ethics and Emerging Technologies*. <https://ieet.org/archive/IEET-03-PostGender.pdf>, última consulta 1 de abril 2019.

²⁶² *Technogaianizm* en: Wikipedia, The Free Encyclopedia.

<https://wikipedia.org/w/index.php?title=Technogaianizm&oldid=775152085>, última consulta 2 de abril 2019.

²⁶³ N. Bostrom, *Superinteligencia. Caminos, peligros, estrategias*. SL Teell Editores, Madrid, 2016.

²⁶⁴ F. Fukuyama, *El fin del hombre: consecuencias de la revolución biotecnológica*. SA Ediciones B, Barcelona, 2002.

Fukuyama opina que la revolución biotecnológica forjará su expansión y universalización, eliminará las tradicionales categorías políticas y la política misma. El autor propone la creación de determinados mecanismos que puedan regular y restringir la revolución biotecnológica, sobre todo aquellos relacionados con la limitación del uso de la tecnología nuclear.

Los bioconservadores, en el ámbito de la biotecnología, sugieren la aplicación del principio de cautela y garantía elaborado por la doctrina y jurisprudencia de la cultura alemana en el contexto de la regulación de la protección medioambiental. En los países de habla alemana, particularmente en Suiza, se configuró el concepto de *Vorsorgeprinzip*²⁶⁵ que hace referencia a la deseable actitud de precaución en la aplicación de las soluciones que potencialmente empeorarían el *status quo*, incluso, cuando los posibles resultados se evalúen como importantes. El principio de precaución ha sido incorporado en el año 1992 en la Convención de la ONU de Rio de Janeiro y está reconocido y aplicado por la Comisión Europea. En la utilización de las biotecnologías se exige una justificada cautela en el caso de no tener una suficiente o una ambigua información científica sobre sus consecuencias, o cuando aparecen premisas que indican que los posibles resultados pueden ser peligrosos o contrarios al sistema establecido de protección del medioambiente, de la gente, de los animales, de las plantas. La regla ha sido introducida en las regulaciones jurídicas de diferentes países. Evidentemente los partidarios del transhumanismo están contra su aplicación.

4. ASPECTOS ÉTICOS DEL PENSAMIENTO TRANSHUMANISTA.

En el famoso *Discurso sobre la dignidad del hombre* de Pico della Mirandola²⁶⁶ podemos leer:

Oh Adán,.. Tú, en cambio, no constreñido por estrechez alguna te la determinarás según el arbitrio a cuyo poder te he consignado. Te he puesto en el centro del mundo para que más cómodamente observes cuanto en él existe. No te he hecho ni celeste ni terreno, ni mortal ni inmortal, con el fin de que tú, como árbitro y soberano artífice de ti mismo, te informes y plasmes en la obra que prefirieses. Podrás degenerar en los seres inferiores que son las bestias, podrás regenerarte, según tu ánimo, en las realidades superiores que son divinas.

El manifiesto del humanismo renacentista parece resaltar la indeterminación de la naturaleza humana, la libertad para el hombre en su formación, el imperativo de su continua transformación que se acerca bastante a las ideas definidas por el trashumanismo. El perfeccionamiento resulta ser el rasgo fundamental de la especie humana. Pero, en realidad, Pico della Mirandola hace referencia a la transformación ética del hombre, a la profundización de su reflexión y a la búsqueda de la perfección conforme a los principios morales fundamentados en la libertad. La idea de los transhumanistas de mejora de la naturaleza humana proviene de postulados distintos. Asume que la promoción de las virtudes morales la podemos obtener gracias a las intervenciones biomédicas, a la mejora genética del hombre.

Hannah Arendt en su libro *“La condición humana”* resalta que la naturaleza humana posee unos rasgos muy especiales²⁶⁷. Subraya que las condiciones naturales/biológicas de nuestra existencia nunca pueden servir para poder aclarar ni “¿quienes somos?” ni “¿para qué somos?”. Los rasgos biológicos del “animal” humano no condicionan de modo absoluto su naturaleza humana. La respuesta a este dilema la encuentra H. Arendt en los escritos de San Agustín²⁶⁸. La primera pregunta ¿quién soy?, se refiere a la identidad humana, lo que significa que cada persona se construirá a sí mismo a través de su propia vida. En este sentido es una pregunta acerca de la definición de la persona humana. La segunda ¿qué soy? que se relaciona con la de ¿qué debo hacer? hace referencia a la naturaleza humana. Es una pregunta teleológica que indaga sobre el sentido de la humanidad. El hombre se presenta para sí mismo

²⁶⁵ *The Precaution Principle in Switzerland and Internationally*. En: https://www.who.int/ifcs/documents/forum/forum5/synthesepaper_precaution_ch.pdf, última consulta 8 de abril 2019.

²⁶⁶ Pico della Mirandola, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, <http://editorialpi.net/ensayos/discursosobreladignidaddelhombre.pdf>, última consulta 3 de mayo 2019.

²⁶⁷ H. Arendt, *La condición humana*. Paidós, Madrid, 2005.

²⁶⁸ San Agustín, *Confesiones*, Planeta, Barcelona, 2017, libro X. H. Arendt, cit. nota 22.

como un enigma sin solución y, para responder a esta pregunta, necesitamos una mirada “externa” sobre el hombre, es decir, la respuesta exige que sea posible reflexionar sobre el sentido de nuestra existencia desde una perspectiva externa al mismo ser humano. Este punto de vista externo al hombre, más bien propio del Creador, no resulta accesible ni a los padres ni a los científicos ni a los filósofos.

Clive Staples Lewis en su famoso texto *“La abolición del hombre”*²⁶⁹ pone en evidencia la paradoja de la idea transhumanista referida a la estimulación de la evolución de la humanidad por el hombre mismo para ampliar el control sobre su naturaleza. Nos indica que la conquista de la Naturaleza por parte del hombre, en el momento de su cumplimiento final, puede significar que el hombre será derrotado por la Naturaleza.

“...tan pronto como afrontamos el peldaño final de reducir nuestra propia especie al nivel de mera Naturaleza, todo el proceso se viene abajo, pues esta vez el sujeto que pretende obtener beneficios y el que resulta ser sacrificado coinciden.”

En el caso de aceptar, tal como reivindican los partidarios del transhumanismo, que el autoconocimiento de las especies resulte ser accesible a los humanos para que, por fin, seamos capaces de configurar las funciones de distintos aspectos biológicos que condicionan nuestra naturaleza, confirmaremos la indicada paradoja de C.S.Lewis, es decir, obtendremos un autoconocimiento sobre la naturaleza humana interviniendo en la estructura biológica de los hombres y al mismo tiempo, destruyéndola.

Jurgen Habermas polemiza con las ideas transhumanistas recurriendo a la diferencia entre dos conceptos fundamentales: “nacimiento” y “creación”²⁷⁰. El nacimiento y la muerte no pueden ser considerados solamente como unos acontecimientos únicamente naturales, totalmente idénticos a aquellos que ocurren en el mundo de los animales y de la naturaleza. Deben ser entendidos como unos actos especiales porque se refieren a unos seres únicos e irrepetibles. Los humanos no “viven” solamente en el sentido biológico (*zoe*), sino también en el sentido social-histórico (*bios*). Cada persona posee su propia, única biografía que, a la vez, le permite construirse como ser humano. El disfrute de la libertad de auto determinarse no puede depender de la voluntad o imposición de otros seres humanos. La autonomía y la libertad humana desaparecen cuando el hombre empieza a ser creado, determinado conforme al modelo y la voluntad del otro. La intervención en nivel genético que tiene como objetivo la mejora tanto física como moral de los humanos supone la destrucción de la autonomía humana y la violación de la dignidad humana.

Los transhumanistas no aceptan las tesis de J. Habermas partiendo de distintas proposiciones acerca de la naturaleza humana y de su libertad. Lo podemos apreciar mejor cuando recurrimos a dos perspectivas filosóficas opuestas correspondientes al fundamento de construcción del ser humano: la primera kantiana (racionalista) y la segunda darvinista (naturalista)²⁷¹. La primera entiende la dignidad humana como valor en sí mismo, como la medida de todos los hechos, del hombre mismo y subraya que la moralidad depende de la razón y libre albedrío, y que sin ella no podemos captar el sentido de la humanidad. La segunda indica que los criterios morales están condicionados por la evolución, tienen carácter funcional, aseguran la mejor adaptación de la especie al ambiente en que existe. No podemos atribuir un reconocimiento excepcional al hombre ya que esto supone un tipo de “chovinismo de especies”²⁷². Compartimos nuestra naturaleza con otros seres, con los animales. Así este punto de vista justifica el desarrollo de las técnicas transhumanistas.

²⁶⁹ C. S. Lewis, *La abolición del hombre*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2016.

²⁷⁰ J. Habermas, *El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, Barcelona, 2002.

²⁷¹ L. Kolakowski, *Niepewnosć epoki demokracji*. Znak, Krakow, 2014.

²⁷² P. Singer, *Ética práctica*, Ediciones Akal, Madrid, 2007.

5. INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO TRANSHUMANISTA SOBRE EL DERECHO.

La ideología transhumanista se introduce en el ámbito jurídico gracias a la reflexión y al discurso bioético. Pero los valores y normas morales, generalmente muy importantes para los profesionales de la medicina, por sí mismas no son capaces de poner límites a las sospechosas prácticas de determinados “especialistas”. Por eso resulta imprescindible una intervención por parte de los legisladores quienes, asumiendo determinados valores éticos, ponen restricciones a la utilización de los métodos tecnológico-médicos sobre los humanos y su naturaleza. Para elaborar unas adecuadas regulaciones jurídicas en diferentes países se ha recurrido al consejo y a la colaboración de determinadas comisiones bioéticas. Para toda Europa sirve como importante referencia en el ámbito de las aplicaciones de la biología y la medicina el *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano* conocido también como *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina* o “Convenio de Oviedo”. Es un tratado impulsado por el Consejo de Europa y suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, seguido por unos protocolos específicos²⁷³. El objetivo de este convenio es impedir el abuso del desarrollo tecnológico en lo que concierne a la biomedicina y proteger la dignidad humana y los derechos humanos. Pretende servir de infraestructura de base para el desarrollo de la bioética en Europa, siempre manteniendo el respeto a la dignidad humana.

La regulación en el ámbito de la biomedicina fomentó la discusión sobre este tema entre los juristas y los científicos, demandando el cambio del modelo de la reflexión y el paradigma, con la propuesta de creación de una *biojurisprudencia*²⁷⁴.

Wibren van der Burg considera que la bioética construida como un discurso de referencias éticas y filosóficas cada vez en mayor medida, está “colonizada” por los modos de pensar relacionados con el derecho y la doctrina²⁷⁵. El rol especial en este ámbito lo juegan los jueces y los tribunales de justicia. Tiene más importancia la jurisprudencia y la doctrina que los argumentos ético-filosóficos. Van der Burg aprecia cierto peligro en la dominación del discurso jurídico en el contexto de la biomedicina y propone la emancipación de la bioética de la dominación jurídica. Opina que los juristas con su “culto” de normas y conceptos jurídicos pueden relativizar y en consecuencia “ablandar” las restricciones bioéticas y humanistas adoptadas por diferentes convenciones, abriendo el camino a las intervenciones transhumanistas. Al final esto puede conducir al cuestionamiento de los fundamentos humanos del mismo derecho y de la jurisprudencia. Los asuntos relacionados con la bioética los podemos calificar, según la denominación de Hart, como *hard case* o según la terminología de Lyotard, *le différend* que exigen una discusión “creativa” en la que se construye una regla consensuada y aceptada por ambas partes del conflicto. En los tribunales las partes recurren a particulares estrategias e intereses con el objetivo de ganar. Los argumentos de los transhumanistas pueden ser utilizados instrumentalmente por los juristas y en consecuencia a través de las sentencias introducirse en la reflexión jurídica.

La argumentación transhumanista acompaña también la legislación y los debates sobre la creación de las regulaciones aplicables a este contexto. Particularmente resultan muy interesantes los debates referidos a la prohibición de las clonaciones de las personas y de sus tejidos. En los Estados Unidos la administración de George Bush varias veces propuso una legislación federal de prohibición total de la clonación. La propuesta encontró una fuerte reacción crítica en la que los juristas recurrieron los argumentos de los transhumanistas. Se estaban indicando los beneficios, por supuesto incuestionables en determinados ámbitos médicos, del uso de la ingeniería genética, añadiendo que podía servir para alargar la vida humana, mejorando el bienestar individual y colectivo, lo que al final convenció a varios representantes pragmáticos del establishment americano. No resultó convincente la demanda

²⁷³ *Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo Convention)*, <https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>, última consulta 3 de mayo 2019.

Además : *Chart of Signatures and Ratifications, Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings , Additional Protocol concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin ,Additional Protocol concerning Biomedical Research,Additional Protocol concerning Genetic Testing for Health Purposes.*

²⁷⁴ R. Tokarczyk, *Biojurysprudencja. Podstawy prawa dla XXI wieku*. Wydawnictwo Lubelskie, Lublin, 2008. p.19.

²⁷⁵ W. van der Burg, *Law and Bioethics*. 2009. https://www.academia.edu/20532777/Law_and_Bioethics, última consulta: 2 de mayo 2019.

de limitar el desarrollo de la ciencia en nombre de determinados valores e ideales. La propuesta fue rechazada tres veces por el Senado. La ausencia de una regulación federal ha provocado que cada Estado pueda introducir una regulación propia²⁷⁶.

En Gran Bretaña el proyecto de *Human Embryology Act* provocó unas muy animadas polémicas en el año 2001. Aunque los partidarios de la prohibición total de la clonación consiguieron rechazar el proyecto por razones formales, éste fue de nuevo introducido por el gobierno de Tony Blair. En los debates se resaltaban los beneficios del tratamiento genético a pesar de sus aspectos dudosos, incluso, anti-humanos. En el año 2002 se aprobó la legislación que admite la clonación de los tejidos y los embriones pero bajo la vigilancia y aprobación de una comisión ética especial²⁷⁷. La comisión, en poco tiempo, emitió su acuerdo para los experimentos de clonación de embriones, particularmente para la búsqueda de los tratamientos contra las enfermedades de Parkinson y Alzheimer. En 2008 se volvió a los debates en el contexto de *Human Fertilization Act*, aprobando una legislación más permisiva admitiendo el uso médico de las clonaciones y de otras avanzadas tecnologías genéticas.

A pesar de que en la legislación europea del *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina* de 1997 y en otros protocolos adicionales se mantiene la posición conservadora fundamentada en la tradición humanista, varios argumentos transhumanistas están presentes en distintos debates sobre estos temas. Las promesas transhumanistas presentadas por diferentes científicos y representantes del movimiento como: alargamiento de la vida humana, inmortalidad, creación de seres que puedan vivir independientemente de sus condicionamientos biológicos, independencia de la Naturaleza, aumento de las capacidades físicas e intelectuales de los humanos, en conclusión, la creación de un “nuevo maravilloso mundo” según la utopía de Huxley resulta ser muy atractiva, particularmente, para los inversores y el capital, ya que crea la posibilidad de aumentar los beneficios. El problema está en los límites y las consecuencias futuras. Podemos preguntarnos si el derecho y la jurisprudencia serán capaces de mantener los tradicionales valores humanos y si la sociedad será capaz de imponer el criterio de una justificada prudencia en este ámbito.

6. BIBLOGRAFÍA:

Arendt, Hannah, *La condición humana*. Paidós, Madrid, 2005

Bostrom, Nick, *Superinteligencia. Caminos, peligros, estrategias*. SL Teell Editores, Madrid, 2016.

Burg van der, Wibren, *Law and Bioethics*. 2009. https://www.academia.edu/20532777/Law_and_Bioethics

De Grey, Aubrey, Rae, Michael, *Ending Aging: The Rejuvenation Breakthroughs That Could Reverse Aging in Our Lifetime*. St. Martin's Press, New York, 2007.

Dvorsky, George, Hughes, James; “Postgenderism: Beyond the Gender Binary”, *Institute for Ethics and Emerging Technologies*. 2008. <https://ieet.org/archive/IEET-03-PostGender.pdf>

Fukuyama, Francis, *El fin del hombre: consecuencias de la revolución biotecnológica*. SA Ediciones B, Barcelona, 2002.

Habermas, Jurgen, *El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, Barcelona, 2002.

Harrinton, Alan, *The Immortalist*, Millibrae, California, 1969

Harris, John, *Enhancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People*. Princeton University Press, Princeton 2007.

Huxley, Julian, “Transumanism”, *Journal of Humanistic Psychology*, nº. 8 (1), 1968

²⁷⁶ *Genetics: A Snapshot for State Legislatures*, <http://www.ncsl.org/issue-research/health/genetics-a-snapshot-for-state-legislatures.aspx>, última consulta 10 de abril 2019.

²⁷⁷ B. Nerlich, D. D. Clarke “Anatomy of a media event: How arguments clashed in the 2001 human cloning debate”. *New Genetics and Society*. Nº 22, I, 2003, https://www.researchgate.net/publication/8426833_Anatomy_of_a_Media_Event_How_Arguments_Clashed_in_the_2001_Human_Cloning_Debate, última consulta 10 de abril 2019.

Infantes Esteban, Susana; Lledó Yagüe, Francisco, *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos: el derecho de vivir después de la muerte*. Dykinson, Madrid, 2019.

Kolakowski, Leszek, *Niepewnosc epoki demokracji*. Znak, Krakow, 2014.

Lepkowski, Jerzy, *Transhumanizm - nowa religia?* 2018.
https://www.researchgate.net/publication/326915120_Transhumanizm_-_nowa_religia

Lewis, Clive Staples, *La abolición del hombre*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2016.

Mirandolla, Pico della, *Discurso sobre la dignidad del hombre*,
<http://editorialpi.net/ensayos/discursosobreladignidaddelhombre.pdf>

Nerlich, Brigitte, Clarke David. D. "Anatomy of a media event: How arguments clashed in the 2001 human cloning debate". *New Genetics and Society*. N° 22, I, 2003,
https://www.researchgate.net/publication/8426833_Anatomy_of_a_Media_Event_How_Arguments_Clashed_in_the_2001_Human_Cloning_Debate

San Agustín, *Confesiones*, Planeta, Barcelona, 2017, libro X

Singer, Peter, *Ética práctica*, Ediciones Akal, Madrid, 2007.

Tokarczyk, Roman, *Biojursprudencja. Podstawy prawa dla XXI wieku.*, Wydawnictwo Lubelskie, Lublin, 2008.

Ulam, Stanislaw, "Tribute to John von Neumann, 1903-1957". *Bulletin of American Mathematical Society*. T. 64, n° 3, 1958,

Abolitionism, en: Technoprogressive Wiki, [https://ieet.org/index.php/tpwiki/abolitionism_Convention_on_Human_Rights_and_Biomedicine_\(Oviedo_Convention\)](https://ieet.org/index.php/tpwiki/abolitionism_Convention_on_Human_Rights_and_Biomedicine_(Oviedo_Convention)),
<https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>,

Además : Chart of Signatures and Ratifications, Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings , Additional Protocol concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin ,Additional Protocol concerning Biomedical Research, Additional Protocol concerning Genetic Testing for Health Purposes.

Cyborg, en: Oxford Dictionaries, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/cyborg>
Cyborg Foundation, Home, <http://www.cyborgfoundation.com>
Transhumanism, en: Encyclopedia Británica,
<https://www.britanica.com/topic/transhumanism>

Famosos transhumanistas: <https://www.overload.com/noticias/8-transhumanistas-famosos-que-tienes-que-conocer/5.html>

Genetics: A Snapshot for State Legislatures, <http://www.ncsl.org/issue-research/health/genetics-a-snapshot-for-state-legislatures.aspx>

Techogaianism en: Wikipedia, The Free Encyclopedia.
<https://wikipedia.org/w/index.php?title=Technogaianism&oldid=775152085>

The Precaution Principle in Switzerland and Internationally.
https://www.who.int/ifcs/documents/forum/forum5/synthesepaper_precaution_ch.pdf

Transhumanist FAQ, en "Humanity+", <http://humanityplus.org/philosophy/transhumanist-faq/>

What is Transhumanism? – The 3 Supers with David Pearce, 2014, en: "h+ Media".
<https://hplusmagazin.com/2014/09/22/transhumanism-3-supers-david-pearce/>

EL CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVIL FRENTE A LOS COCHES AUTÓNOMOS: LUCES Y SOMBRAS DE LOS *SMART CARS*

Arantzazu Vicandi Martínez
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2019

Fecha de aceptación: 23 de abril de 2019

RESUMEN: El coche autónomo se presenta como una realidad, que aunque aún no ha llegado a nuestras carreteras, lo hará en un lapso breve. Las implicaciones legales en materia de responsabilidad civil, regulación viaria, protección de datos y seguros, son sólo algunos de los ejemplos que habrán de regularse, y que sin duda serán un reto para el legislador y para nuestros tribunales.

ABSTRACT Autonomous car is presented today as something real which, even though it is yet to come and reign our roads, it will surely do in short time. This will bring new legal implications in terms of civil liability, road regulations, data protection and driving insurances. These are only a few examples of what will need to be regulated and that will also undoubtedly present a challenge for the legislator and for our Court.

PALABRAS CLAVE: Coche autónomo, seguro de coche, responsabilidad civil.

KEYWORDS: Autonomous car, car insurance, civil liability.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Qué debemos entender por coche autónomo? 3. El coche autónomo y la regulación de la responsabilidad civil por accidentes de tráfico en España. 3.1 La normativa actualmente vigente. 3.2 El coche autónomo y el sistema legal vigente: el conductor como eje de la responsabilidad civil por accidentes de tráfico ¿qué ocurrirá si éste desaparece? 3.2.1. La responsabilidad del propietario en defecto de conductor y su incremento de labores respecto del vehículo autónomo. 3.2.2. La responsabilidad del fabricante del vehículo y del desarrollador del *software*. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

A principios de este año la sociedad al completo fue partícipe de una llamativa noticia relativa al mundo del automovilismo. En plena era de lo *Smart*, un coche inició una actualización de *software*, previa indicación de la usuaria que lo conducía. Esta circunstancia no sería llamativa si no fuera porque el vehículo estaba en pleno funcionamiento en una colapsada autopista de China, y para la indicada actualización éste requería quedar inmovilizado y bloqueado. Algo que hizo de manera automática conforme se autorizó la actualización, quedando la usuaria del coche atrapada en el interior del mismo (pues puertas y ventanas se bloquearon) y el coche parado en mitad de una autopista de varios carriles, en hora punta.

No es necesario recalcar que las réplicas de la compañía fabricante del automóvil no se hicieron esperar, alegando que en las indicaciones del vehículo se indicaba expresamente que éste había de encontrarse debidamente estacionado para efectuar la indicada actualización. No obstante, no es necesario reseñar lo llamativo de la falta de seguridad del dispositivo de actualización, que permitió su puesta en marcha en pleno funcionamiento, con el innegable riesgo que ello podía entrañar.

No obstante, en esta curiosa noticia no debemos olvidarnos de una de las partes protagonistas: la conductora, que en pleno viaje a alta velocidad (pues transitaba por una autopista) se distrajo revisando el *software* del vehículo que conducía. Esto último da respuesta a la realidad de las estadísticas de los accidentes automovilísticos: coches altamente sofisticados, con medidas de seguridad que pretenden una conducción sin sobresaltos, frente a cifras que estadísticamente apuntan a los accidentes de tráfico como una de las principales causas de fenecimiento en el mundo y que no se reducen de forma proporcional a las mejoras técnicas de la conducción²⁷⁸. ¿Cómo es posible que ambas circunstancias sean compatibles? *Errare humanum est*: el 90% de las colisiones entre vehículos se producen como consecuencia de desaciertos humanos²⁷⁹.

Huelga señalar que las cifras de accidentes de circulación mortales han mejorado ostensiblemente gracias a las medidas tecnológicas dedicadas a las conducción que pretenden hacerla más segura, algo a lo que evidentemente coadyuvan las mejoras en la carretera y la concienciación de las seguridad al volante de los conductores. No obstante, el número de fallecidos en colisiones de tráfico parece no reducirse de forma proporcional a todo lo anterior.

Todo ello hace que nos encontremos ante una aparente encrucijada, en la que el grado de desarrollo tecnológico de las medidas de seguridad aplicables a la conducción ha llegado a su punto álgido, sin que esto se haya traducido necesariamente en una reducción drástica del volumen de accidentes de tráfico. Es por ello por lo que quizás la idea de un coche autónomo, en el que la figura del conductor sea la superflua, se presenta como un medio que posiblemente permita minimizar el número de víctimas mortales del tráfico rodado^{280 281}.

2. ¿QUÉ ES UN COCHE AUTÓNOMO?

El coche autónomo puede definirse como un vehículo sin conductor, o sin necesidad de ser conducido, que puede circular, bien de forma autónoma, bien siendo controlado de manera remota por un tercero²⁸². Quedaría por tanto fuera de esta idea, toda tecnología autónoma cuyo objetivo

²⁷⁸ Conforme cifras de la Organización Mundial de la Salud, cada mes mueren más de 100.000 personas en accidentes de tráfico. Esta cifra, lejos de reducirse está sufriendo una tendencia al alza, calculándose que en el año 2020 se alcanzarán los 150.000 fallecidos por esta causa.

²⁷⁹ A. SÁNCHEZ DEL CAMPO REDONET, *Reflexiones de un replicante legal*, Thomson -Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, página 61. A este mismo respecto el estudio SELF – PILOTED CARS: THE FUTURE OF ROAD TRANSPORT, presentado ante el Parlamento Europeo en 2016, asevera en su página 71 que dentro del indicado porcentaje el 40% de los errores humanos tienen su origen en el alcohol, las drogas, una distracción o la fatiga al volante.

²⁸⁰ SÁNCHEZ DEL CAMPO REDONET apunta a este respecto “Los expertos consideran que en menos de 10 años estarán disponibles comercialmente los primeros coches 100% autónomos, es decir, que no necesiten conductor. Estos vehículos se comunicarán entre ellos y también interactuarán constantemente con los semáforos, las señales y los smartphones de los peatones. Uno de los objetivos principales de este nuevo desarrollo tecnológico es reducir drásticamente el número de accidentes”. A. SÁNCHEZ DEL CAMPO REDONET, Alejandro, *Reflexiones de un replicante legal ... op. cit.*, página 61.

²⁸¹ Esta idea sólo se reafirma si tenemos en cuenta cómo en otros medios de transporte con alta automatización, como el tráfico aéreo y ferroviario, los accidentes son proporcionalmente menores: todo ello porque el índice de intervención humana, y por ende de error humano, se encuentra altamente reducido (https://verne.elpais.com/verne/2018/01/02/articulo/1514883662_930442.html).

²⁸² G. ITURMENDI MORALES, “El impacto de los coches conectados y autónomos. El papel de las aseguradoras”, en *Diario La Ley*, núm 2, 2016, pp. 1 a 11. Por su parte, el estudio SELF – PILOTED CARS: THE FUTURE OF ROAD TRANSPORT,

sea facilitar la conducción humana, por requerirse, de forma indispensable, la presencia activa de un conductor en el vehículo.

En función del grado de autonomía de los vehículos, el estudio *Self – piloted cars: the future of road transport*, presentado ante el Parlamento Europeo en 2016, ha clasificado estos en seis niveles de automatización.

En primer lugar estarían los que han sido calificados como vehículos del grupo 0, cuya característica principal es que el conductor ejecuta de manera unilateral la conducción, lo que entraña asimismo la asunción de la responsabilidad de todo daño derivado de la misma²⁸³.

El segundo de los niveles es el denominado de “automatización parcial”. En este tipo de vehículos el conductor sigue ostentando el deber de supervisar la actividad del coche, de manera que parte de la conducción activa recae sobre el mismo, aunque la máquina cuenta con la suficiente autonomía como para operar de forma autónoma ante determinadas situaciones (aparcamiento y frenada de emergencia, por ejemplo).

El tercer nivel es el de “automatización condicional” que es muy similar al anterior, con la diferencia de que en este grado de automatización el vehículo permite que el conductor confíe al mismo parte del control del coche, aunque siempre supervisado²⁸⁴.

El cuarto y quinto nivel corresponden a los grados de “alta automatización” y “total automatización” respectivamente, singularizándose ambos por la escasa o prácticamente nula intervención del conductor. En el cuarto nivel aún es necesaria la presencia de una persona física que controle, en circunstancias adversas, el comportamiento del vehículo; mientras que en los escenarios de total automatización, los conductores no son necesarios²⁸⁵. En estos niveles encontramos tecnologías que aún no han llegado al mercado comercial de los coches particulares, como puede ser el piloto automático.

3. ¿SE ENCUENTRA NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO PREPARADO PARA RECIBIR A LOS COCHES AUTÓNOMOS?

3.1. La normativa actualmente vigente.

Indudablemente, la responsabilidad civil por accidentes de tráfico es una de las áreas del Derecho de daños que más modificaciones normativas ha sufrido, siendo éstas además de gran calibre. No en vano, es necesario tener presente que el tráfico rodado ha padecido importantes cambios, ya que habiendo comenzado la conducción como un fenómeno aislado, a día de hoy se ha convertido en una actuación cotidiana más, que la práctica totalidad de las personas realiza. A esta masificación es necesario adicionar las alteraciones obradas en los coches y en las redes viarias, algo que ha supuesto una absoluta transformación del mundo automovilístico. Huelga señalar que esta profusa evolución de la conducción ha implicado, necesariamente, una importante alteración de la regulación en la materia, por lo que el Derecho se ha visto en la necesidad de evolucionar la normativa de responsabilidad civil en este ámbito, a fin de dar respuesta a la variación de las necesidades.

Prueba inequívoca de ello es que en un primer estadio, los accidentes de tráfico se regían por el sistema tradicional de responsabilidad civil por culpa hasta que se evidenció que este método no daba respuesta a las necesidades de las víctimas de los accidentes de circulación. Es por ello por lo que en la búsqueda de una alternativa se llegó hasta la idea de la responsabilidad por riesgo,

presentado ante el Parlamento Europeo en 2016, hace una distinción, en relación al grado de autonomía de los vehículos, entre vehículos automatizados y vehículos autodirigidos “For this report we will identify “automated vehicles” as those that use on – board equipment to perform one or more driving task automatically and “self – driving vehicles” as those public or private vehicles designed to drive autonomously, without the control of a human driver”. En esta misma línea se pronuncia la Subdirección General de gestión de la movilidad al definir el vehículo autónomo como “Todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal”. Instrucción 15/V – 113.

²⁸³ En este primer grupo entrarían tecnologías harto conocidas, que comenzaron a utilizarse en turismos privados en la década de los años 70, como el ABS (Anti – lock Braking Systems), el TCS (Traction Control Systems) y el ESC (Electronic Stability Control). Huelga señalar que este tipo de dispositivos facilitan la conducción y la hacen más segura, pero son simples asistentes a la misma.

²⁸⁴ En este nivel de automatización se encuentran tecnologías como los asistentes de tráfico, que son la segunda generación de tecnologías como el ACC, capaces no sólo de mantener una velocidad constante en el coche, sino también adaptarla a las circunstancias del tráfico.

²⁸⁵ Incluso en caso de contingencia, es el propio sistema, y no el conductor, el que asume el control del vehículo.

algo que culminó, aunque de manera tímida, con la entrada en vigor de la Ley 122/1962²⁸⁶ y que se confirmó con la Ley de responsabilidad civil y seguro de 1995²⁸⁷. Esta cuestión, que en la actualidad podría considerarse completamente superada, supuso en su momento el quebranto de algunos de los pilares básicos de la responsabilidad civil, que aunque encontrándose actualmente vigentes, no tenían cabida en un ámbito como el de tráfico²⁸⁸.

Llegados a este punto, parece necesario detenerse en los distintos roles que asumen los protagonistas del fenómeno de la conducción conforme a la normativa de tráfico actualmente vigente, al efecto de llevar después estas ideas al terreno de la Ley de Contrato de Seguro. Así, conforme dispone el vigente artículo 10 del Real Decreto Legislativo 6/2015, son tres los protagonistas principales en la conducción, y por ende, en la responsabilidad civil por accidentes de tráfico: el conductor, el titular del vehículo y el usuario de la vía. Por supuesto, en materia de seguro aparecerá la figura del tomador de seguro, sobre la que se volverá *a posteriori*.

El sistema de responsabilidad civil que rige las relaciones entre los individuos antes indicados se encuentra regulado en el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004²⁸⁹, y en virtud del mismo, el conductor es el sujeto clave en lo que a la responsabilidad civil respecta, por recaer sobre el éste el deber de indemnizar cualquier daño que sea irrogado en el proceso de la conducción. Por supuesto, conviene matizar que el resto de personas intervinientes también puedan asumir parte de la responsabilidad, si se dan las circunstancias para ello.

¿Cuál es el motivo para que el legislador haya optado por erigir al conductor como el principal protagonista de la responsabilidad civil por daños materiales y personales en caso de accidente? Son dos los factores que se combinan a tal efecto: el potencial riesgo por éste creado y el innegable beneficio que le reporta la conducción del vehículo. Esto se traduce en que, en la práctica totalidad de los escenarios en los que se produce una colisión de tráfico, el conductor sea la única persona responsable, a veces incluso en situaciones en las que éste carece de control absoluto sobre el hecho dañoso. No obstante, dado que la responsabilidad del conductor no es objetiva, sino por riesgo, el legislador ha facilitado al conductor dos caballos de batalla a los que aferrarse al efecto de eximir su responsabilidad: la culpa exclusiva de la víctima y la fuerza mayor.

Comenzando con el primero de los escenarios, la culpa exclusiva de la víctima, conviene reseñar que ésta se encuentra regulada en el artículo 1.1, párrafo segundo del Real Decreto Legislativo 8/2004. En el indicado segundo punto se trata en detalle, no sólo la figura de la culpa exclusiva de la víctima, sino también de la concurrencia de culpas²⁹⁰.

No obstante, parece conveniente centrar la atención en la idea de la culpa exclusiva de la víctima, que debe analizarse desde el prisma en el que la víctima ha sido la única responsable del daño sufrido por la misma, aunque en la causación del indicado menoscabo haya colaborado inevitablemente una tercera parte, como es el caso del conductor. A este escenario, ya de por sí complejo, es necesario adicionar una condición extra que establece la norma en cuestión: es indispensable que la víctima tenga capacidad de culpa civil (apartado número 2 del ya mencionado artículo 1). En el supuesto de que esta capacidad de culpa civil no exista, la indemnización a percibir por la víctima se mantiene incólume, suprimiéndose así la posibilidad de reducirse, y sin existir probabilidad alguna de repetición frente a los responsables legales del agraviado²⁹¹.

La segunda de las figuras que permite la exención de la responsabilidad del conductor es la fuerza mayor. A este respecto el segundo párrafo del artículo 1.1 reseña que no entrarán dentro del concepto de fuerza mayor los defectos del vehículo, su rotura o fallo de alguna pieza o mecanismo; aunque el origen de ello no sea un deficiente mantenimiento por parte del usuario o

²⁸⁶ Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos a motor.

²⁸⁷ Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

²⁸⁸ Aunque las actuaciones legislativas son evidentemente tardías, dado que para los años 60 el volumen del parque de coches ya era importante, conviene resaltar que la jurisprudencia ya se venía haciendo eco de la circunstancia por la cual la exigencia de culpabilidad en los accidentes de tráfico no conformaba la mejor opción. Es por ello por lo que desde los años 40 el Tribunal Supremo venía pronunciándose en relación a la responsabilidad por riesgo derivada de la conducción, siendo ejemplo de ello, entre otras resoluciones, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1943.

²⁸⁹ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor

²⁹⁰ Respecto de esta última conviene apuntar que el hecho de que la víctima coadyuve, activa o pasivamente, a la agravación del daño sufrido, puede suponer una reducción de un 75% máximo de la indemnización a percibir. Por colaboración activa podría entenderse el mal uso o no uso de medidas de contención o protección (como el cinturón de seguridad o el casco obligatorio) y una colaboración pasiva podría ser abandonar la terapia de rehabilitación (entendido como proceso curativo) sin motivo aparente.

²⁹¹ Se exceptúan los supuestos en los que la contribución al daño se realiza dolosamente.

propietario, sino también una negligencia en la fabricación (todo ello por supuesto, sin perjuicio de eventuales acciones de repetición).

De lo señalado en los párrafos precedentes se infiere que el conductor, conforme a la normativa vigente, se encuentra en el epicentro de la responsabilidad civil. No en vano, ¿qué posibilidades reales tiene un conductor, que se ha visto envuelto en un siniestro, de conseguir exonerarse de la responsabilidad de los eventuales menoscabos irrogados? Resulta evidente que muy escasas, dado que, por un lado, la materialización de la fuerza mayor en la conducción resulta algo muy improbable (sobre todo, teniendo en cuenta las limitaciones a este respecto), y por otro requiere del absoluto protagonismo de la víctima en el daño sufrido, con el añadido de que ésta tenga capacidad de culpa civil.

Junto con la normativa de tráfico destacada, procede también analizar la del contrato de seguro vigente. La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro establece que por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga, dentro de los límites legal y contractualmente establecidos, a cubrir los riesgos 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. En lo que al contrato de seguro de vehículo respecta, la finalidad del mismo es la de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios sufridos y de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado. Con ello, lo que se alcanza es proteger el patrimonio del asegurado frente a terceros, ante los cuales deba responder²⁹².

La primera pregunta que debemos hacernos a este respecto es si los coches autónomos estarían obligados a suscribir un contrato de seguro de automóvil obligatorio, conforme a la normativa actualmente vigente. Para dar respuesta a este interrogante hemos de remitirnos, entre otros, al artículo 1.1 del Reglamento, aprobado por el Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, que define el vehículo a motor, todo ello al efecto de comprobar si efectivamente un vehículo autónomo puede encajar dentro de la idea establecida por el legislador a este respecto. Atendiendo a lo dispuesto por el indicado precepto, conviene destacar que nuestra normativa considera como vehículos a todos aquellos que sean idóneos para circular por la superficie terrestre y se encuentren impulsados a motor, condicionantes a los que el legislador adiciona un requisito más: la necesidad de una autorización administrativa para que éste circule. Teniendo en cuenta esta definición, resulta evidente que efectivamente un coche autónomo entraría dentro de esta categoría.

Junto con la indicada regulación también resulta imprescindible remitirnos a lo dispuesto por el artículo 21 LRCSVM, que apunta la necesidad de que todo titular de vehículo, con matrícula propia o signo distintivo similar, ha de suscribir un seguro de responsabilidad civil obligatorio. Dado que un vehículo autónomo necesitaría para circular una autorización administrativa, como se apuntaba en el párrafo anterior, y que ello está estrechamente relacionado con la matriculación, nuevamente el coche autónomo parece encajar dentro de lo dispuesto en este último artículo, y por tanto, habría de tener una matrícula; que no es sino otro indicativo de la necesidad de aseguramiento.

Por último, ¿qué escenarios dañosos de un vehículo autónomo entrarían dentro de las contingencias propias de un seguro de automóvil de suscripción obligatoria? Atendiendo a lo dispuesto por el Decreto 1507/2008, artículo 2.2, serían aquellos que la norma denomina, hechos de la circulación. Se trata de un concepto amplio en el que encajan la práctica totalidad de los escenarios de la conducción, dado que conforme a la citada norma, entrarían dentro de esta idea todos los riesgos creados por la conducción de vehículos a motor, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados (siempre que sean aptos para la circulación), independientemente de que estos sean urbanos o interurbanos; admitiéndose también la conducción ejecutada por vías o terrenos, que no teniendo esta aptitud, sean de uso común. ¿Qué supuestos quedarían fuera de una definición tan amplia? Toda contingencia de la circulación que tenga lugar en pruebas deportivas, en la realización de tareas industriales o agrícolas, en los desplazamientos por puertos o aeropuertos y en los daños dolosos²⁹³.

²⁹² El contrato de seguro de automóvil, concretamente, puede entenderse como un seguro de daños, puesto que dentro de su amplio abanico de coberturas se encuentran principalmente los daños de toda índole que pueda sufrir su vehículo, independientemente de quien sea el culpable.

²⁹³ Los tres primeros escenarios tienen más que ver con el tipo de vehículo y área de actuación, de manera que aquellos que se limitan únicamente a tareas agrícolas o aeroportuarias no se encuentran, en su mayoría, autorizados para la circulación, de manera que tendrá su propio sistema de aseguramiento. El último de los supuestos, el de las actuaciones

3.2. El coche autónomo y la desaparición de la figura del conductor, ¿puede nuestro ordenamiento jurídico dar respuesta a este cambio?

La finalidad del apartado anterior ha sido la de destacar el innegable protagonismo que tiene el conductor de un vehículo en nuestro ordenamiento jurídico, algo que se desprende de la lógica por la cual éste genera y asume una serie de riesgos como consecuencia de ejecutar una actuación potencialmente lesiva, como es la conducción.

No obstante, el coche autónomo, en los grados de automatismo 4 y 5, hace completamente prescindible a la figura del conductor, e innegablemente, esto trae importantes interrogantes, algunos sin respuesta todavía.

Porque, si perdemos a nuestro principal protagonista en materia de responsabilidad civil por accidentes de tráfico, ¿quién asumirá la obligación de indemnizar los daños²⁹⁴?

A continuación se apuntarán algunas de las cuestiones que habrán de dilucidarse en un periodo de tiempo breve.

3.2.1. La responsabilidad del propietario y su incremento de labores respecto del vehículo autónomo:

Actualmente, conforme a la normativa vigente, el propietario asume un papel secundario en la obligación de indemnizar los daños causados por terceros en el uso de su vehículo²⁹⁵.

El motivo es sobradamente conocido: el peso de la indemnización recae sobre el conductor del vehículo porque la responsabilidad por accidentes de tráfico pivota sobre aquella parte que obtenga un beneficio directo de la actividad de la conducción, algo que no tiene por qué coincidir con la persona del propietario del vehículo, y que muy posiblemente lo haga el conductor. Pero, ¿si el conductor ya no es necesario? ¿tiene sentido que siga asumiendo la responsabilidad derivada de los daños causado por una máquina autónoma sobre la que carece de todo tipo de control?

Esto nos hace replantearnos la necesidad de hallar, o nuevas figuras u otorgar un nuevo protagonismo a algunas ya existentes, como es el caso del propietario del vehículo. ¿Por qué este cambio? Por el muy posible incremento de las labores de mantenimiento que habrá de efectuar el dueño del coche autónomo, dada la naturaleza del mismo, y la consiguiente responsabilidad en caso de incumplimiento de las mismas.

Todo ello porque, más allá de las precauciones que debe asumir cualquier dueño de un turismo, en un coche autónomo sería necesario adicionar labores tales como: asegurar una buena conexión del coche, contar siempre con un *software* actualizado y por supuesto, no intentar voluntariamente *hackear* el sistema.

Este incremento en lo que a las obligaciones de mantenimiento del vehículo respecta se traduce, prácticamente de manera automática, en la asunción directa de la responsabilidad de cualquier daño inferido por el coche en caso de una deficiente conservación a este respecto; lo que sitúa al propietario del turismo en un primer plano en lo que a la responsabilidad por accidentes de tráfico se refiere. Ahora bien, ¿eso supondría que en la práctica totalidad de escenarios dañosos el propietario sería el único responsable? Quizás convendría tener presente algunos escenarios de exención de responsabilidad con los que cuentan los conductores, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima y la prueba de la diligencia.

- La culpa exclusiva de la víctima:

dolosos, encuentra su razón de ser en lo dispuesto en el artículo 2.3 del RSORCCVM, que hace referencia a casos en los que se utilice un vehículo con la finalidad de cometer un delito doloso. A este precepto es necesario adicionar lo apuntado por el artículo 19 LCS que apunta que el asegurador no estará obligado a abonar los daños que genere el asegurado con mala fe, considerándose estos como la utilización de vehículos a motor como instrumentos de la comisión de delitos contra las personas.

²⁹⁴ En esta misma línea se pronuncia ITURMENDI MORALES “Ello es así porque en la medida en que el ser humano no pueda interactuar con el vehículo autónomo se puede cuestionar su responsabilidad más allá de la estrictamente legal: es decir, el vehículo autónomo comunicado desplaza jurídicamente la responsabilidad del conductor y del propietario del vehículo, tal y como ahora lo conocemos, sobre los fabricantes de los productos implicado en el accidente (el propio vehículo, los dispositivos tecnológicos de la vía pública y las redes de comunicación de los vehículos y de los dispositivos externos), en unos casos, y en otros, sobre los agentes que pueden estar implicados en el siniestro, encargados del mantenimiento de los anteriores productos, etc”. G. ITURMENDI MORALES, “Coche conectados y autónomos. Papel de las aseguradoras”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 61, 2017, pp. 9 a 24; concretamente en página 16.

²⁹⁵ Todo ello sin perjuicio de eventuales responsabilidades derivadas de un deficiente mantenimiento del vehículo, de la no contratación de un contrato de seguro obligatorio o de responsabilidad administrativas derivadas de una actitud descuidada con respecto del vehículo (abono de las tasas debidas, tener la ITV al día, etc.).

Huelga señalar que el escenario típico en el que este medio de exención puede entrar juego es el del peatón que con su negligente actuación causa un accidente de tráfico, y como añadidura, resulta ser el principal afectado por el mismo.

Sentado lo anterior, es posible que las consecuencias legales de una culpa exclusiva de la víctima ante una colisión de tráfico con un coche autónomo, no sean muy distintas de las que tengan lugar con un vehículo al uso. No en vano, el peatón podría seguir entendiéndose como un factor imprevisible en la conducción, que deje al vehículo limitado en lo que a la evitación de cualquier daño respecta. Es por ello por lo que estaríamos ante uno de los supuestos fácilmente alegables por parte del propietario de un vehículo autónomo, en el caso de que se produjese un accidente, y sus correspondientes daños, como consecuencia de la actuación de un peatón.

- La prueba de diligencia:

A diferencia de lo que ocurriría con el supuesto anterior, resulta lógico pensar que ante la concurrencia de un accidente de tráfico con varios vehículos autónomos implicados, muy posiblemente la primera averiguación a realizar por parte de la autoridad competente consista en comprobar el estado de los vehículos: tanto respecto de cuestiones mecánicas como de *software*.

De esta manera se produciría una práctica inversión de la carga de la prueba, en la que el propietario de un vehículo accidentado habría de demostrar que ha ejecutado diligentemente todas las labores de mantenimiento debidas. Huelga señalar, que la transgresión de este deber, en cualquiera de sus vertientes, se traduciría en una automática responsabilidad por los daños causados.

- La fuerza mayor:

En la actualidad este criterio conforma una vía para que el conductor se exonere de responsabilidad, pero su utilización resulta prácticamente anecdótica, por las exigencias de la norma²⁹⁶.

Ahora bien, las nuevas circunstancias en la conducción que implicarían los coches autónomos nos obligarían a admitir novedosos hechos susceptibles de encajar en esta idea de la fuerza mayor. Entre los posibles escenarios podríamos encontrar desde la caída de las comunicaciones hasta un estado deficiente de las vías (tanto desde el punto de vista básico como de los múltiples sensores para intercomunicación que necesitarán estos automóviles). ¿Tiene sentido que en ambos supuestos, en los que concurre una absoluta pérdida de control por parte del vehículo con motivo de un hecho ajeno a la mecánica del mismo, el propietario siga asumiendo la responsabilidad de los menoscabos irrogados?

3.2.2. *La responsabilidad del fabricante del vehículo y del desarrollador del software:*

Conforme dispone el artículo 1.1 Real Decreto Legislativo 8/2004, un fallo del vehículo, aunque sea como consecuencia de un desacierto en la producción del mismo, no entraña un supuesto de fuerza mayor y por ende, es el conductor el responsable de los daños causados por este defecto en primer lugar, sin perjuicio de posteriores actuaciones contra el fabricante del coche que puedan tener lugar.

Ahora bien, las especificidades propias del coche autónomo nos obligan a replantearnos esta cuestión, y es que en un automóvil en el que la figura del conductor resulta superflua (hasta el punto de ser completamente dispensable), un fallo en la creación /elaboración del mismo o en el desarrollo del *software*, hacen que el fabricante y el desarrollador asuman un protagonismo indiscutible.

¿Supondría ello que en un accidente como consecuencia de un fallo mecánico en el montaje del coche haría que el fabricante ocupase la posición que hasta el momento venía teniendo el conductor o propietario en la actualidad, desapareciendo por tanto la acción de repetición contra el mismo? Muy posiblemente, dada la escasa o nula capacidad de actuación por parte del conductor y que la idea no encajaría en un supuesto de fuerza mayor.

¿Y si el supuesto error tuviese que ver con el *software* del coche? ¿qué ocurriría con una actualización defectuosa o un error en el desarrollo del código, que supusiese un problema grave de funcionamiento en sí mismo? Atendiendo a los conceptos de estado de la ciencia, riesgos del desarrollo y lagunas del desarrollo, son muy escasos los *software* que actualmente pueden considerarse inexpugnables. Partiendo de esta premisa, la responsabilidad del arquitecto de

²⁹⁶ Atendiendo a la casuística que podemos encontrar en nuestros tribunales, la realidad de la aplicación de esta idea es bastante escasa, e incluso rocambolesca, admitiéndose especialmente en supuestos climatológicos e irrupción de objetos en las vías.

software es indiscutible, más si cabe cuando la vulnerabilidad se conoce, y con ella, la posibilidad de que el coche sea *hackeado*, con las nefastas consecuencias que de ello pueden derivar.

Llegados a este punto parece indispensable dedicar unas breves líneas a las ideas del estado de la ciencia, los riesgos del desarrollo y las lagunas del desarrollo. Así, el estado de la ciencia y los riesgos del desarrollo son ideas que tienen su origen en la Directiva 85/374/CEE²⁹⁷, traspuesta en la Ley 22/1994²⁹⁸. Los conceptos estado de la ciencia y riesgos del desarrollo son sendas categorías jurídicas con finalidad exoneratoria, relacionadas con defectos que pueden tener desde su origen, bien un producto, bien un servicio, siendo éste potencialmente dañino. A lo señalado debemos añadir, que su puesta en circulación se realizó en un momento en el que el conocimiento científico sobre el producto o servicio en cuestión era limitado, hasta el punto de desconocerse la deficiencia y consiguientemente, la capacidad nociva del mismo²⁹⁹.

Conviene realizar una obligada alusión a una resolución que resulta clave para este concepto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de mayo de 1997³⁰⁰. En esta controversia el Tribunal de la Unión Europea se pronuncia sobre esta cuestión y comienza señalando que la noción estado de la ciencia o conocimientos técnicos y científicos, como alude en la sentencia, se refiere a aquel acervo científico del que se tiene constancia en el momento de la fabricación y puesta en circulación de un producto o servicio; no pudiendo quedar éste limitado a la práctica y normas de seguridad establecidas, requiriéndose el estado de los conocimientos en su más elevado estadio³⁰¹. En base a lo señalado, estima el Tribunal, que para que concurra la exoneración de responsabilidad con motivo del estado de la ciencia, el fabricante o prestador debe acreditar, que en el momento de la comercialización del bien o servicio se desconocía el defecto, atendiendo a los conocimientos científicos accesibles y actualizados en esa fecha³⁰².

Partiendo de lo señalado en los párrafos anteriores, ¿dónde encaja un fallo de *software* de un vehículo autónomo? Debemos partir de la idea de que en la actualidad no resulta ignoto que un programa informático pueda tener una vulnerabilidad en el código, y es por ello por lo que cualquier problemática a este respecto no podría encajar dentro del concepto de los riesgos del desarrollo; abriéndose así la puerta de las lagunas del desarrollo.

Ésta es una idea diferente a la del estado de la ciencia o riesgos del desarrollo, ya que se sitúa en un momento del conocimiento más avanzado que estos dos. Por ello, mientras que en el estado de

²⁹⁷ Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio para la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

²⁹⁸ Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. La entrada en vigor de esta normativa supuso un importante avance, dado que con la ley anteriormente vigente la obligación de reparación a la víctima abarcaba todo daño que ésta no tuviese el deber de soportar, algo que incluiría también los mencionados “riesgos del desarrollo”, cuestión que se modificó radicalmente con la Ley 22/1994. Una de las cuestiones más problemáticas para la entrada en vigor de la Directiva Europea fue precisamente este concepto de los riesgos del desarrollo. Ésta consideraba estos supuestos exoneratorios de responsabilidad civil, y así fue acogido por la práctica totalidad de países, siendo excepciones Finlandia, al abogar por la responsabilidad en estos supuestos, junto con Alemania y España; que si bien aplican la regla general, establecen prerrogativas en algunos productos especialmente proclives a los riesgos del desarrollo. Por su parte el Reino Unido también resulta mencionable, pero desde otra perspectiva, y es que éste tenía una normativa nacional más estricta aun que la propia Directiva.

²⁹⁹ De esta manera esclarecen SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU este concepto “Son riesgos de desarrollo los causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto de que se trate”. P. SALVADOR CODERCH Y J. SOLÉ FELIU, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999, página 29.

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de mayo de 1997, Sala Quinta, recurso c-300/1995, Comisión c. Reino Unido. Junto a esta resolución también es apropiado mencionar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2001, Sala Quinta, recurso c-203/1999, ponente Jann. En ésta se analiza una controversia en materia de producto defectuoso, concretamente la pérdida de un riñón para un trasplante, voluntariamente donado por el hermano de un enfermo renal. Éste no pudo efectuarse porque un líquido de irrigación tarado destruyó el riñón.

³⁰¹ Con esta alusión al “más elevado estado de los conocimientos”, la pretensión del juzgador no es la de obligar a todo productor a mantener un regio sistema de información con cada grupo de investigación que con carácter pionero investigue el producto que éste comercializa. A lo que se refiere el Tribunal es que el productor o servidor debe encontrarse informado y actualizado, de acuerdo con la práctica general y la información accesible en la materia, es decir, evitar la obsolescencia y pretender utilizar la misma como vía exoneratoria.

³⁰² Concretamente señala: “De todo lo anterior se deduce que, para poder exonerarse de su responsabilidad, con arreglo a la letra e) del artículo 7 de la Directiva, el fabricante de un producto defectuoso debe acreditar que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado, en el momento de ponerse en circulación el producto de que se trata, no permitía descubrir el defecto de éste. Además, para que puedan oponerse válidamente al productor, es preciso que los conocimientos científicos y técnicos pertinentes estuvieran accesibles en el momento en que el producto de que se trate fue puesto en circulación. Sobre este último aspecto, contrariamente a lo que parece afirmar la Comisión, la letra e) del artículo 7 de la Directiva deja subsistir dificultades interpretativas que, en caso de litigio, deber resolver el Juez nacional haciendo uso, en su caso, del artículo 177 del Tratado CE”.

la ciencia se ignora el riesgo y la potencialidad del daño de un producto o técnica, en las lagunas del desarrollo se conoce el defecto o peligrosidad del bien, pero no la forma de detectarlo y prevenirlo³⁰³.

¿Supondría ello una exoneración de responsabilidad civil de los desarrolladores de *software*? La respuesta que puede darse a esta pregunta es un ambiguo y no concluyente DEPENDE. Depende del tipo de fallo o error, depende del grado de desarrollo de la tecnología y depende de la vulnerabilidad en concreto.

4. CONCLUSIONES.

Aunque es improbable que en un plazo breve de tiempo nuestras carreteras se encuentren repletas de coches autónomos, lo cierto es que este desarrollo tecnológico no conforma un delirio futurista, sino que los primeros ensayos en nuestra carretera ya están siendo autorizados (Instrucción 15/V – 113 de la Dirección General de Tráfico).

En el presente trabajo se han intentado plasmar algunas de las problemáticas legales que pueden presentarse cuando este tipo de vehículos lleguen a nuestras carreteras, sobre todo en un ordenamiento jurídico como el nuestro, cuyo eje principal pivota sobre la figura del conductor, algo que desaparece con estas nuevas tecnologías de la conducción. Ello muy posiblemente traerá consigo que algunas de las figuras de la conducción que tradicionalmente venían ocupando una posición secundaria, pasen a un primer plano, como es el caso del propietario del coche, el fabricante o el desarrollador de *software*, en su caso.

³⁰³ En esta materia son esclarecedores MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ “Nos encontramos ante lo que cierto sector de la doctrina alemana ha denominado <<lagunas del desarrollo>> (<<Entwicklungslücke>>), para diferenciarlas de los supuestos típicos de <<riesgos del desarrollo>> (<<Entwicklungsgefahren>>). Mientras que éstos se refieren a la imposibilidad de apreciar el riesgo según el más reciente estado de los conocimientos científicos y técnicos, aquellas que se refieren a riesgos conocidos pero imposibles de eliminar por la ciencia y la técnica. En los riesgos de desarrollo se ignora el defecto; en las lagunas de desarrollo se conoce el defecto, pero se ignora el defecto en las lagunas de desarrollo se conoce el defecto, pero se ignora la solución técnica que permite detectarlo y eliminarlo”. De esta afirmación se suscita una cuestión de la que estos autores se han hecho eco y que deriva de la lógica misma: la razón de ser por la cual, aun conociéndose la peligrosidad de un producto, éste se comercializa. La respuesta a esta pregunta es sencilla ya que gira en torno al concepto “coste – beneficio”. Esto es, si los beneficios del producto son elevados, el riesgo resulta asumible a pesar del daño. Tal y como ocurría con las transfusiones, cuya peligrosidad era conocida, pero mínima en relación a su utilidad, por lo que se aceptaba dicho peligro. M. MARTÍN CASALS Y J. SOLÉ FELIÚ, “Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2004”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, 2005, pp. 361 a 378; concretamente en página 376.

LA ACCIÓN POPULAR COMO MECANISMO DE CONTRAPESO AL PODER DEL MINISTERIO FISCAL

José M^a Morales Bravo
Fiscal. Fiscalía Provincial de Bizkaia.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2019
Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2019

RESUMEN: Una de las particularidades más reseñables de nuestro sistema procesal penal es que el Ministerio Fiscal no ostenta en régimen de monopolio la acción penal. Efectivamente, la acción penal en nuestro ordenamiento puede ser ejercitada por el Ministerio Fiscal, pero también, por el ofendido y perjudicado por el delito —acusador particular o privado para los supuestos, en éste último caso, de delitos privados— o por cualquier ciudadano, no ofendido por el delito que ejercite la llamada acción popular. Tradicionalmente, se ha sostenido que la acción popular presenta un doble fundamento: como instrumento de participación de los ciudadanos en el Poder Judicial y como mecanismo de fiscalización del Ministerio Fiscal. En la actualidad, en el ejercicio de la acción popular se vienen produciendo abusos y excesos, muchos de ellos en relación a la proliferación de querrelas por parte de partidos políticos y por la personación de personas jurídico-públicas. Ha llegado el momento de acometer una regulación integral y sistemática de la acción popular con el objeto de que se convierta en un auténtico mecanismo de contrapeso al poder del Ministerio Fiscal.

ABSTRACT: One of the most remarkable features of our criminal and procedural system is that the Public Prosecutor's Office doesn't hold the monopoly of the power to accuse. Effectively, the power to accuse can be executed, in our ordering, by the Public Prosecutor's Office, and also, by the person being directly offended or affected by the crime —particular o private accuser for the cases of private crimes— or by any other citizen, that even not being harmed directly by the crime, wants to exercise the counterweight to the Public Prosecutor's Office. Traditionally, it is sustained that the *Actio Quivis ex Populo*, in our ordering, has a dual legal basis: both as an instrument of participation by the citizens in the Judicial Branch and as mechanism of inspection of the Public Prosecutor's Office. Nowadays, there are abuses and excesses in the exercise of *Actio Quivis ex Populo*, most of them related to the proliferation of Political Parties complaints and also with the representation of legal and public individuals. Now is the time to undertake an integral and systematic *Actio Quivis ex Populo* regulation so that it becomes a counterweight authentic mechanism to the Public Prosecutor's Office.

PALABRAS CLAVE: acción popular, Ministerio Fiscal, contrapeso, abusos, excesos, partidos políticos, sindicatos, Administraciones Públicas, regulación integral y sistemática.

KEYWORDS: *Actio Quivis ex Populo*, Public Prosecutor's Office, counterweight, abuses, excesses, Political Parties, Trade Union, Public Administrations, integral and systematic regulation

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Concepto, notas características y requisitos de la acción popular; 3. Fundamentos de la acción popular; 4. Abusos en el ejercicio de la acción popular; 5. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*; 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del resto de países de nuestro entorno³⁰⁴, se caracteriza, entre otras cosas, porque el Ministerio Fiscal (en adelante, MF) no ostenta el monopolio de la acción penal. Esta circunstancia constituye una de las peculiaridades más reseñables del sistema procesal español.

Efectivamente, la acción penal en nuestro ordenamiento puede ser ejercitada por el MF, pero también, de acuerdo a lo previsto en el artículo 109 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), por el ofendido y perjudicado por el delito —acusador particular o privado para los supuestos, en éste último caso, de delitos privados— o por cualquier ciudadano, no ofendido por el delito que ejercite la llamada acción popular en virtud de los artículos 125 de la Constitución Española (en adelante, CE) y 101 y 270 de la LECrim —acusador popular—.

2. CONCEPTO, NOTAS CARÁCTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA ACCIÓN POPULAR

Se conoce con el nombre de acusador popular a la persona que comparece en el proceso solicitando la imposición de una pena al autor de un delito del que no ha sido ofendido ni perjudicado. Por tanto, el acusador popular es siempre una parte acusadora, de carácter privado y voluntaria o contingente.

En cuanto al término “acusación popular”, tiene su origen en la expresión del derecho romano *actio quivis ex populo*, y se refiere a la posibilidad de que una persona, en nombre de toda la sociedad, sostenga la acusación en relación con un delito determinado.

De acuerdo con GIMENO SENDRA³⁰⁵, la acción popular presenta tres notas características:

Primera, constituye un derecho constitucional. Y si bien, no está prevista dentro del catálogo de derechos fundamentales (Capítulo II del Título I de la CE), puede llegar a integrar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE; pero para ello es necesario que “la defensa del interés común sirva, además, para sostener un interés legítimo y personal, obviamente más concreto que el requerido para constituirse en acusación popular y que, razonablemente, pueda ser reconocido como tal interés subjetivo [...] siempre que ello sea apreciable y subjetivamente defendible. Ahora bien, en aquellos supuestos en que no se acredite la existencia de dicho interés la acción popular ejercitada sólo podrá acogerse a la protección del artículo 24.1 de la CE en su dimensión material, cuya protección, únicamente abarca la genérica proscripción de las resoluciones arbitrarias o manifiestamente irrazonables o incursas en error patente” (STC, Sala 1^a, n^o 79/1999, de 26 de abril [recurso de amparo 1659/1997; ponente: Garrido Falla]).

Segunda, es un derecho de configuración legal, de manera que es la ley la que debe determinar en qué ámbito actúa y qué requisitos deben concurrir para poder ejercitar la acción popular. Ahora bien, que la acción popular sea un derecho de configuración legal no implica que el legislador goce de absoluta libertad a la hora de desarrollarla, ya que no puede ni suprimirla, ni regularla de tal forma que se desvirtúe su contenido.

Tercera, es un derecho activo y cívico, puesto que, mediante la acción popular, los ciudadanos pasan a ejercitar una función pública, cual es la acusación, tradicionalmente considerada como monopolio del Estado³⁰⁶.

Por otro lado, el ejercicio de la acción popular exige la concurrencia de tres tipos de requisitos: Desde el punto de vista subjetivo, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha señalado que

³⁰⁴ Para un estudio en profundidad sobre la acción popular en el Derecho comparado, se recomienda: J. PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, págs. 119-187.

³⁰⁵ V. GIMENO SENDRA, “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n^o 31, septiembre de 1993, págs. 87-94.

³⁰⁶ V. GIMENO SENDRA, “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n^o 31, septiembre de 1993, p. 91

tanto las personas físicas como las jurídicas pueden ejercitar la acción popular (STC, Sala 1^a, n^o 129/2001, de 4 de junio [recurso de amparo 799/1998, ponente: Cachón Villar]).

No obstante, las personas jurídico-públicas, a diferencia de las privadas, requieren que un precepto con rango de ley —puede ser autonómica o, incluso, local— expresamente prevea su legitimación para ejercitar la acción popular por el delito concreto (SSTC, Sala 2^a, n^o 8/2008, de 21 de enero [recurso amparo 4029/2005; ponente: Gay Montalvo] y Sala 2^a, n^o 67/2011, de 16 de mayo [recurso de amparo 984/2008; ponente: Ortega Álvarez])³⁰⁷.

En todo caso, de acuerdo con los artículos 102 y 103 de la LECrim, y a diferencia de la acusación particular, no gozan de legitimación para ejercer la acción popular: los menores; los incapacitados; los jueces; los que hayan sido condenados dos veces por sentencia firme como autores del delito de denuncia o querrela calumniosa; los cónyuges entre sí, salvo por delitos cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos; y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por adopción o afinidad, salvo por delitos cometidos por los unos contra las personas de los otros. Además, es de significar que, según lo previsto en los artículos 125 de la CE, 101 y 270 de LECrim, y 19.1 de La Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) la acción popular queda expresamente reservada a los ciudadanos españoles.

Desde el punto de vista objetivo, solo se puede ejercitar la acción popular en los delitos públicos. Esto es, quedan excluidos de su ámbito los delitos privados y semipúblicos.

Desde el punto de vista de la actividad, y a diferencia de lo que ocurre con la acusación particular, el ejercicio de la acción popular exige la interposición de querrela (artículo 270 de la LECrim) y la prestación de fianza (artículo 280 *in fine* de la LECrim), a fin de servir de garantía de “las resultas del juicio”. No obstante, estos dos requisitos han sido “mitigados” por la Jurisprudencia al no exigirse querrela y fianza cuando el proceso penal ha sido ya incoado y concurren indicios sólidos de la comisión del delito (STS, Sección 1^a, n^o 702/2003, de 30 de mayo [n^o de recurso 3374/2001; ponente: Giménez García]).

Una vez admitida su personación, el acusador popular se convierte en una parte más del proceso, actúa con plena autonomía y puede asumir su propia posición jurídica, esto es, no constituye una acusación adhesiva o dependiente de la acusación pública o de la particular. Por tanto, una vez personado puede tomar conocimiento de lo actuado en el procedimiento (artículos 302, 771.1^a y 776.3 de la LECrim), participar en las diligencias que estén pendientes (artículo 302 de la LECrim), interesar la práctica de nuevas diligencias de investigación (artículos 311, 312, 771.1^a y 776.3 de la LECrim), instar la adopción de medidas cautelares (artículo 505.1 de la LECrim) y pedir la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y formular acusación.

Finalmente, debe indicarse que, desgraciadamente, la acción popular no goza del mismo régimen jurídico en el procedimiento ordinario que el procedimiento abreviado. Así, mientras que en el procedimiento ordinario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 649 y ss. de la LECrim, se puede acordar la apertura de juicio oral únicamente con la acusación popular, no ocurre lo mismo en el procedimiento abreviado, ya que la STS, Sección 1^a, n^o 1045/2007, de 17 de diciembre [n^o recurso 315/2007; ponente: Bacigalupo Zapater], haciendo una interpretación puramente gramatical del artículo 782.1 de la LECrim, consideró que, cuando el MF y la acusación particular no formulan acusación, debe acordarse el sobreseimiento de las actuaciones. No obstante, esta doctrina fue, a los pocos meses, matizada y complementada mediante la STS, Sección 1^a, n^o 54/2008, de 8 de abril [n^o recurso 408/2007; ponente: Marchena Gómez], que afirmó que cuando se está en presencia de intereses supraindividuales, donde no existen perjudicados individualmente identificados, sí se puede acordar la apertura del juicio oral a instancia

³⁰⁷ Esta posibilidad ha sido duramente criticada por OCHOA MONZÓ al señalar que “esta especie de aval constitucional se nos antoja inquietante y preocupante por dos razones en particular: en primer lugar, porque resulta potencialmente peligroso por cuanto el mayor o menor ejercicio de la acción popular —protección o desarrollo, si se prefiere— dependerá de cada CCAA en atención a las competencias asumidas, lo que podría dar lugar a desequilibrios en el nivel de protección y ejercicio de la acción popular que conduciría a interpretaciones diversas y podría conllevar al absurdo de encontrarnos con diversas regulaciones de la acción popular según el territorio y el espacio —y no sólo autonómico, puesto que también podrían entrar en juego las administraciones locales ¿por qué no?— y lo que parece más grave, que se reconozca a nivel autonómico lo que parece proscrito a nivel estatal; y en segundo lugar, [...] que es la controvertida y delicada cuestión de si estando ante normas que regulan cuestiones de legitimidad procesal las CCAA tienen competencias para poder regularlas”. V. OCHOA MONZÓ, “La acción popular”, p. 134 en C. CUADRADO SALINAS (Coord.), *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2011.

únicamente de la acusación popular³⁰⁸.

3. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN POPULAR

Tradicionalmente, se ha sostenido que la acción popular presenta un doble fundamento: como instrumento de participación de los ciudadanos en el Poder Judicial³⁰⁹ y como mecanismo de fiscalización del MF ante la desconfianza que puede generar su actuación o su falta de actuación³¹⁰.

Por un lado, si todos los ciudadanos tienen derecho a la paz pública y, por tanto, padecen el daño que produce el delito, todos deben estar legitimados para defender ese interés. Es decir, si todo hecho delictivo supone una vulneración del orden social, se debe reconocer a todos los miembros de la sociedad el derecho de instar, en nombre de ésta, el restablecimiento del orden vulnerado³¹¹. En palabras de OROMÍ VALL-LLOVERA: “Al garantizarse a través de la acción popular la participación de todos los ciudadanos en la Administración de Justicia, se establece un sistema de colaboración ciudadana con uno de los poderes propios del Estado y se otorga a la ciudadanía determinadas facultades que normalmente, sobre todo, en el sistema continental, ostentan los órganos estatales”³¹². Y es esa colaboración ciudadana con uno de los poderes del Estado, la que ha llevado, a parte de la doctrina³¹³, a considerar que la acción popular es una auténtica escuela de ciudadanía

Por otro lado, la acción popular se convierte en un mecanismo fiscalizador de la actuación del MF. Un instrumento de contrapeso al poder del MF, sobre todo en el ámbito de la corrupción política, en donde la Fiscalía, debido a sus vinculaciones con el Ejecutivo, puede no estar siempre dispuesta a actuar.

Así, la acción popular vigila, complementa y suple al MF. En cuanto vigila —señala ALMAGRO NOSETE³¹⁴—, la acción popular no actúa, simplemente observa; en cuanto complementa, se muestra coincidente con los intereses que representa el MF; y en cuanto suple, actúa como sustituta de aquellos intereses.

En este sentido, GIMENO SENDRA³¹⁵ afirma que la acusación popular se convierte en el último reducto de la defensa de la legalidad frente a una eventual “burocratización” del MF, sobre todo en la perseguibilidad de aquellos delitos que, por comprometer el patrimonio social colectivo o por presuponerse un escaso interés en la persecución por parte del Gobierno (la “criminalidad gubernativa”), la sociedad puede llegar a confiar más en la acusación popular que en la pública.

³⁰⁸ Para un estudio en profundidad sobre las dos sentencias, se recomienda: J.A. TOMÉ GARCÍA, “La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma”, págs. 302-306 en J.M. CHOZAS ALONSO (Coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015 y J. GIMÉNEZ GARCÍA, “Reflexiones sobre la acusación popular a la vista de la última jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo”, págs. 213-236 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos penales de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

³⁰⁹ En este sentido se han pronunciado, entre otros, los siguientes autores: V. MORENO CATENA / V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 111-112; J.M. HERNÁNDEZ GALILEA, “La acción popular bajo sospecha”, págs. 100-106 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017; y F. ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, Atelier, Barcelona, 2007.

³¹⁰ Vid.: S. GUIBERT OVEJERO-BECERRA, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 343; C. ARANGÜENA FANEGO, “La acción popular: planteamiento general y límites a su ejercicio”, págs. 81-100 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona; J. BANACLOCHE PALAO / J. ZARZALEJOS NIETO, *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2015, p. 94; J.M. ASENSIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 62-63; y M. MARCHENA GÓMEZ, “La inaplazable necesidad de reforma del proceso penal: Hacia un modelo de Fiscal investigador”, p. 156 en A.M. OVEJERO PUENTE (Coord.), *La instrucción penal ¿Juez inquisitivo o Juez de Garantías? El papel del Fiscal*, La Ley, Madrid, 2014.

³¹¹ J. MONTERO AROCA / J.L. GÓMEZ COLOMER / S. BARONA VILAR / I. ESPARZA LEIBAR / J.F. ETXEBERRÍA GURIDI, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 80.

³¹² S. OROMÍ VALL-LLOVERA, *El ejercicio de la acción popular (pautas para una futura regulación legal)*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 40-41.

³¹³ J. ALMAGRO NOSETE, “La acción popular”, p. 227 en *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989.

³¹⁴ J. ALMAGRO NOSETE, “La acción popular”, p. 228 en *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989.

³¹⁵ V. GIMENO SENDRA, “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n° 31, septiembre de 1993, págs. 88-89.

A nuestro juicio, el hecho de que, en nuestro ordenamiento jurídico, el MF no goce del monopolio de la acción penal constituye un eficaz mecanismo de contrapeso de posibles actuaciones desviadas de la acusación pública. La acción popular se convierte en una eficaz herramienta que contrapesa la eventual “permeabilidad” de la Fiscalía General del Estado a los intereses del Ejecutivo³¹⁶. Además, la posibilidad de que haya varios acusadores implica, por definición, la posibilidad de controles recíprocos entre ellos³¹⁷.

4. ABUSOS EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR

De un tiempo a esta parte, tanto la doctrina³¹⁸ como la Jurisprudencia³¹⁹ han venido señalando los diferentes abusos o excesos que se producen en el ejercicio de la acción popular. Así, lamentablemente, no siempre lo que motiva a una persona física o jurídica a ejercitar la acción popular es la colaboración con la Justicia, la defensa de la legalidad y el servir de contrapeso del MF, sino móviles espurios, el chantaje y la venganza.

Junto a grupos de ciudadanos que, ejercitando la acción popular, han jugado un papel muy decisivo en algunos de los grandes procesos penales de los últimos tiempos —sobre todo en aquellos relacionados con la corrupción política—, también han sido muchas las ocasiones en las que se han personado como acusación popular personas físicas y jurídicas que han mantenido motivos ajenos a la defensa de la legalidad.

Ya en 1934, el gran procesalita ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO afirmaba que el ejercicio de la acción popular era peligroso porque “suele ser el arma de pasiones excitadas, la representación de los más audaces, y no, como su nombre parece indicar, la de los más numerosos: hasta puede ser (el caso se ha presentado, desgraciadamente) la confabulación de abogados sin escrúpulos con la defensa. Para todo sirve, menos para obtener algo medianamente provechoso [...]”³²⁰.

Por otro lado, capítulo aparte merece la perversión de la acción popular por la proliferación de querellas políticas y por la personación de personas jurídico-públicas³²¹.

Desgraciadamente, cada vez son más los casos de partidos políticos “que, situados en la oposición, acuden a la acusación popular con el objetivo de desprestigiar al partido instalado en el poder y obtener un triunfo que, sin tales querellas, no alcanzaría únicamente en la arena electoral”³²².

Este aumento de querellas políticas está produciendo, desde hace años, el traslado de la lucha electoral a los juzgados y la utilización del proceso penal para fines torticeros³²³.

³¹⁶ DEL MORAL GARCÍA con bastante elocuencia afirma que “La acción popular es una herramienta que contrapesa la eventual *permeabilidad* del Fiscal General del Estado y por derivación del Ministerio Fiscal a los intereses del Poder Ejecutivo. La acción popular supone una muy relevante fórmula de control y también de complemento al poder de acusar del Ministerio Fiscal. Su presencia ha servido para alentar y estimular la investigación en esos procesos en que el Fiscal puede verse inclinado a posturas más pasivas [...]. No son necesarios muchos esfuerzos memorísticos para que acudan a la cabeza asuntos de relieve social en que estaban implicados los aparatos del poder político en los que ha sido la presencia de la acción popular la que ha permitido al Instructor mantener el temple en la investigación y culminar con éxito la instrucción pese al perfectamente describable entusiasmo investigador del Ministerio Fiscal. No es aventurado pronosticar que en otras condiciones algunos de estos procesos no hubiesen llegado a buen puerto, y se hubiese visto abocado al sobreseimiento. La personación de ciudadanos instando diligencias y haciendo de *voz de conciencia* de la acusación pública ha dado buenos frutos democráticos pues ha fortificado la independencia del Poder Judicial y, también indirectamente, ha servido para dotar de mayor autonomía al Fiscal frente al Poder Ejecutivo”, en A. DEL MORAL GARCÍA, “La reforma del Proceso Penal: retos y objetivos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Ministerio de Justicia, Madrid, n^o 2186, febrero de 2016, p. 216.

³¹⁷ L.M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 157.

³¹⁸ *Vid.*: F.J. LARA PELÁEZ, “La acción popular en el siglo XXI. Usos y abusos”, págs. 620-630 en E. ORTEGA BURGOS (Director), *Actualidad penal 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; J.M. HERNÁNDEZ GALILEA, “La acción popular bajo sospecha”, págs. 100-106 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017; y P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 162-167.

³¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n^o 8/2005, de 30 de mayo (n^o de recurso 2/2005; ponente: Delgado García).

³²⁰ N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Góngora, Madrid, 1934, p. 20.

³²¹ Nos estamos refiriendo a la personación de: la Administración General del Estado, las Administraciones de las CCAA, las entidades que integran la Administración Local o las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualesquiera Administraciones públicas cuando ejerzan potestades administrativas.

³²² V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2007, p. 26.

³²³ Como señala AYA ONSALO, no resulta extraña la personación de un partido político “en procedimientos en los que resulta imputado un político afiliado al mismo partido que pretende personarse en el procedimiento, sin que su

En cuanto al ejercicio de la acción popular por parte de instituciones u organismos públicos: en la actualidad, no es extraño la presencia de CCAA o corporaciones locales en causas penales por delitos graves con gran repercusión mediática³²⁴. En nuestra opinión, la posibilidad de que las personas jurídico-públicas puedan ejercitar la acción popular no se aviene, para nada, ni con el ejercicio de un derecho de participación ciudadana ni con su función de servir contrapeso al poder del MF³²⁵. Su presencia en los procesos penales constituye, ni más ni menos, “un mecanismo publicitario de primer orden para concretos fines políticos”³²⁶.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Antes de exponer nuestras conclusiones, conviene señalar, como dato empírico, que en la grandísima mayoría de los procesos penales no está personada ninguna acusación popular³²⁷.

Como se ha aducido³²⁸, la necesaria e inaplazable reforma de nuestro sistema procesal parece avocarnos a valorar únicamente aquellas instituciones que provienen del derecho comparado; pero, quizá, va siendo hora de abandonar nuestra acostumbrada autocrítica y valorar instituciones genuinamente españolas, como la acción popular, que han cumplido y cumplen una importante función en nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a aquellos autores³²⁹ que, abiertamente, defienden la abolición de la acción popular al no estar reconocida en el resto de países de nuestro entorno y al existir un órgano público, como el MF, destinado a ejercer la acusación, abogamos por su mantenimiento; pero, eso sí, con limitaciones. A nuestro juicio, la acción popular se debe preservar, sobre todo, si finalmente el MF llega a asumir la dirección de la investigación de los delitos.

Si bien es cierto que la idea de la acción popular como contrapeso al poder del MF estaba más justificada en tiempos pretéritos en los que éste era el apéndice del Gobierno, en la actualidad sigue teniendo vigencia al encontrarnos ante una Fiscalía en la órbita del Ejecutivo.

Consideramos que podrían existir riesgos de falta de imparcialidad en la actuación del MF — sobre todo de cara a la tan poderosa opinión pública— si éste, además de dirigir la investigación de los delitos, ostentase en régimen de monopolio la acción penal. Podrían surgir suspicacias, derivadas de su vinculación con el Gobierno, si el MF en casos de corrupción no ejercitase la acción penal. Así, el hecho de que el MF no ostente en régimen de monopolio el ejercicio de la acción penal constituye un instrumento que contrapesa la eventual permeabilidad de la Fiscalía General del Estado a los intereses del Gobierno. Sobre todo, en los supuestos de la llamada criminalidad gubernativa.

Por otro lado, si bien es cierto que en el uso de la acción popular se han cometido abusos, los beneficios que ha aportado y que aporta a nuestro sistema son mayores que sus puntos negros. La constatación de los abusos en su ejercicio no constituye un argumento decisivo para abolir la acción popular³³⁰. A nuestro modo de entender, la actuación de la acción popular desviada de lo

intervención sea precisamente el ejercicio de la acusación, sino más bien todo lo contrario: bien ejercer una defensa indirecta, bien estar enterados de datos o pruebas que puedan perjudicar al propio partido político. El ejemplo más típico será el de un proceso de malversación de fondos públicos contra un concejal de un determinado partido. El partido puede personarse en el procedimiento con la externa finalidad de ayudar a la Justicia a depurar eventuales responsabilidades, pero también con la finalidad de que su nombre quede incólume, o incluso con la finalidad de ver si surgen pruebas que pudieran implicarle en un presunto delito de financiación ilegal”, en A. AYA ONSALO, “El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas”, p. 201 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos penales José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

³²⁴ Casos paradigmáticos son los relativos a los homicidios cuando la víctima ha sido una mujer.

³²⁵ J.I. ECHANO BASALDÚA, “Acusación popular. ¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y los partidos políticos?”, p. 180 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos Penales de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

³²⁶ J. PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, p. 426.

³²⁷ Según MONTERO AROCA, la presencia de acusaciones populares no llega ni al 1% del total de los procesos penales. J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Un ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, págs. 293-294.

³²⁸ J.M. HERNÁNDEZ GALILEA, “La acción popular bajo sospecha”, p. 107 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017.

³²⁹ Vid. por ejemplo: P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 159-160.

³³⁰ A. DEL MORAL GARCÍA, “La reforma del Proceso Penal: retos y objetivos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Ministerio de Justicia, Madrid, n^o 2186, febrero de 2016, p. 216.

que representan sus fines ha de contrarrestarse, no con su abolición, sino con una adecuada regulación. Una regulación, por otra parte, integral y sistemática y que no desvirtúe ni su contenido constitucional ni su fundamento.

Así las cosas, proponemos una regulación de la acción popular orientada hacia tres finalidades distintas: primera, que constituya un auténtico mecanismo de contrapeso al poder del MF; segunda, reducir al mínimo los posibles abusos o excesos de su ejercicio; y tercera, evitar que la acción popular pueda ser un obstáculo para el archivo del proceso por motivos de oportunidad “reglada”.

Para cumplir estas finalidades, abogamos, por establecer una doble limitación objetiva y subjetiva.

En primer lugar, siguiendo el modelo del Borrador de Código Procesal Penal de 2013, proponemos que solo pueda ejercitarse la acción popular en los siguientes supuestos: delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social (artículos 305 a 310 del CP); delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (artículos 319 y 320 del CP); delitos contra el medio ambiente (artículos 325 a 331 del CP); delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (artículos 404 a 418 del CP); delitos de cohecho, tráfico de influencias y malversación de caudales públicos (artículos 419 a 435 del CP); delitos de fraudes, exacciones ilegales y de corrupción en las transacciones internacionales (artículos 436 a 445 del CP); delitos de prevaricación judicial (artículos 446 a 449 del CP); delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del artículo 510 del CP; delitos de terrorismo; y los delitos electorales (artículos 139, 140, 146, 149 y 150 de la LO 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral).

De esta forma, solo podría ejercitarse la acción popular cuando estuviésemos o bien ante delitos que afectasen a bienes jurídicos supraindividuales o de titularidad colectiva (víctimas difusas y no concretas), o bien ante delitos en los que estuviesen implicados políticos o funcionarios públicos y que su persecución penal pudiese resultar incómoda desde punto de vista político —la llamada criminalidad gubernativa—.

En nuestra opinión, si como consecuencia del delito existe una víctima individualizada, no está justificada que una acusación, distinta de la particular y de la pública, pueda sostener la pretensión penal. Si el delito ha provocado un perjuicio personalmente individualizado lo coherente es que el ejercicio de la acción penal se deje exclusivamente en manos del órgano público —el MF— y del perjudicado u ofendido —la acusación particular—. Además, piénsese que, en estos casos, se puede dar el supuesto de que la víctima no quiera ejercitar la acción penal —por las razones que sean—, el MF considere que no hay indicio alguno para acudir a juicio, y un tercero, ajeno a los hechos, como acusador popular, sostenga a capa y espada la acción penal. También carece de justificación alguna que una acusación popular pueda llegar, por su terquedad, a bloquear el archivo por motivos de oportunidad, cuando tanto la víctima como el MF estén por la labor. El archivo por razones de oportunidad “reglada”, debido a las ventajas que ofrece, no puede dejarse al albur del criterio de un tercero ajeno al conflicto.

Por otro lado, en el listado propuesto de delitos se encuentran precisamente todos aquellos en que, *a priori*, la acción popular podría desempeñar ese papel de contrapeso al poder del MF. Esto es, al abogar por que se permita ejercitar la acción popular en delitos donde pudiesen estar implicados políticos o funcionarios públicos, se evita que un posible MF condescendiente con este tipo de conductas provoque su impunidad. De esta forma, la acción popular se convertiría en una eficaz herramienta que contrapesaría la eventual permeabilidad de la Fiscalía General del Estado a los intereses del Ejecutivo.

En segundo lugar, de acuerdo con lo previsto en el Anteproyecto de LECrim de 2011 y en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, proponemos que se prohíba ejercitar la acción popular a las Administraciones Públicas, a los partidos políticos y a los sindicatos.

Respecto a las Administraciones Públicas, nos parece que resulta absurdo e incoherente que puedan personarse como acusación popular, pues “si el Ministerio Fiscal actúa por el interés público carece de sentido la existencia en el proceso de dos intereses públicos”³³¹. El cumplimiento de los fines de interés social ya se cumple con el MF, por tanto resulta innecesario, por reiterativo, la constitución de otros entes públicos en acusadores populares por defender el mismo

³³¹ J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Un ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 298.

interés³³². Es necesario evitar que las Administraciones Públicas se conviertan en una especie de MF en paralelo o alternativo, por dos razones: “por razones de coherencia interna del sistema, ya que si las entidades jurídico-públicas defienden, por definición, cuando actúan como acusación popular, intereses públicos y generales, para esa defensa ya se cuenta, en el proceso penal, con la figura del Ministerio Fiscal”; y “porque los derechos del acusado podrían verse seriamente afectados, pues, debería defenderse frente a dos entidades públicas”³³³.

Y en relación con los partidos políticos y sindicatos, es evidente que, de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la CE, constituyen instrumentos esenciales para la participación política de los ciudadanos y para la defensa social de los trabajadores; pero no creemos que el ejercicio de la acción popular sea un medio adecuado para lograr el cumplimiento de sus fines³³⁴. Ni, mucho menos, un mecanismo de participación ciudadana en el Poder Judicial o de instrumento de control del MF.

Como hemos comentado, muchos de los abusos y excesos que se producen en el ejercicio de la acción popular derivan de la proliferación de las querellas políticas, por el traslado de la lucha electoral a los juzgados y la utilización, torticeramente, del proceso penal para fines electorales. Por tanto, si se prohibiese a los partidos políticos personarse como acusación popular se podría poner fin a las querellas políticas, a la situación actual en donde, desgraciadamente, en muchas ocasiones, la trifulca política cambia de escenario y se traslada a los juzgados³³⁵.

En otro orden de cosas, proponemos que, de acuerdo con el artículo 81.2 del Anteproyecto de LECrim de 2011, se extienda la facultad de ejercitar la acción popular a los ciudadanos de la Unión Europea. No resulta comprensible ni justificable que solo los españoles estén facultados para ejercitar la acción popular.

6. BIBLIOGRAFÍA

N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Góngora, Madrid, 1934.

J. ALMAGRO NOSETE, “La acción popular”, págs. 223-231 en *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989.

C. ARANGÜENA FANEGO, “La acción popular: planteamiento general y límites a su ejercicio”, págs. 79-100 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017.

J.M. ASENSIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

A. AYA ONSALO, “El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas”, págs. 187-212 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos penales José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

J. BANACLOCHE PALAO / J. ZARZALEJOS NIETO, *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2015.

A. DEL MORAL GARCÍA, “La reforma del Proceso Penal: retos y objetivos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Ministerio de Justicia, Madrid, n° 2186, febrero de 2016, págs. 207-236.

L.M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.

J.I. ECHANO BASALDÚA, “Acusación popular. ¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y los partidos políticos?”, págs. 157-204 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos Penales de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

J. GIMÉNEZ GARCÍA, “Reflexiones sobre la acusación popular a la vista de la última jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo”, págs. 213-236 en *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Cuadernos penales de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010.

³³² C. ARANGÜENA FANEGO, “La acción popular: planteamiento general y límites a su ejercicio”, p. 89 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA, *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017.

³³³ Auto del TS, Sección 1ª, n° 2784/2007, de 13 de marzo (n° de recurso 20238/2006; ponente: Saavedra Ruiz).

³³⁴ J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Un ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 300-301.

³³⁵ M. MARCHENA GÓMEZ, “La inaplazable necesidad de reforma del proceso penal: Hacia un modelo de Fiscal investigador”, p. 157 en A.M. OVEJERO PUENTE (Coord.), *La instrucción penal ¿Juez inquisitivo o Juez de Garantías? El papel del Fiscal*, La Ley, Madrid, 2014.

- V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2007.
- V. GIMENO SENDRA, “La acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, nº 31, septiembre de 1993, págs. 87-94.
- S. GUIBERT OVEJERO-BECERRA, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- J.M. HERNÁNDEZ GALILEA, “La acción popular bajo sospecha”, págs. 100-106 en J.M. ROCA MARTÍNEZ / M. LOREDO COLUNGA (Coords.), *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017.
- P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid, 2008.
- J. LARA PELÁEZ, “La acción popular en el siglo XXI. Usos y abusos”, págs. 620-630 en E. ORTEGA BURGOS (Director), *Actualidad penal 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- M. MARCHENA GÓMEZ, “La inaplazable necesidad de reforma del proceso penal: Hacia un modelo de Fiscal investigador”, págs. 149-160 en A.M. OVEJERO PUENTE (Coord.), *La instrucción penal ¿Juez inquisitivo o Juez de Garantías? El papel del Fiscal*, La Ley, Madrid, 2014.
- J. MONTERO AROCA / J.L. GÓMEZ COLOMER / S. BARONA VILAR / I. ESPARZA LEIBAR / J.F. ETXEBERRÍA GURIDI, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Un ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008.
- V. MORENO CATENA / V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- V. OCHOA MONZÓ, “La acción popular”, p. 114-166 en C. CUADRADO SALINAS (Coord.): *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2011.
- S. OROMÍ VALL-LLOVERA, *El ejercicio de la acción popular (pautas para una futura regulación legal)*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- F. ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, Atelier, Barcelona, 2007.
- J. PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998.
- J.A. TOMÉ GARCÍA, “La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma”, págs. 263-312 en J.M. CHOZAS ALONSO (Coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015.

PARTICIÓN, ADJUDICACIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Cristina Carolina Pascual Brotóns
Magistrada. Doctora en Derecho

Fecha de recepción: 8 de febrero de 2019
Fecha de aceptación: 20 de marzo de 2019

RESUMEN: La formalización de negocios jurídicos, además de la causa o el fin que le son propios, pretende como objetivo que la operación se integre en el tráfico jurídico, y adquiera la seguridad que ofrece el ordenamiento, mediante su inscripción en el Registro público correspondiente, de manera que devenga inatacable y oponible frente a todos o *erga omnes*. La partición hereditaria es el negocio o acto jurídico por el que la comunidad hereditaria, tras la muerte del causante, pone fin a su estado de universalidad, para atribuir el dominio concreto a cada heredero de los bienes que correspondan de la herencia, después de practicar las operaciones de avalúo, formación de lotes según criterios fijados por el testador, o en su defecto de igualdad entre los herederos, una vez descontados los legados y las deudas de la herencia (pago a acreedores, gastos funerarios, conservación de los bienes de la herencia). Pero no siempre el documento resultante es apto para acceder al Registro de la Propiedad; por lo que deviene necesario conocer estos obstáculos para conseguir la finalidad de su inscripción.

ABSTRACT: The formalization of legal business, in addition to the cause or purpose that are its own, aims as an objective that the operation is integrated into the legal traffic, and acquires the security offered by the legal system, through its registration in the corresponding public Registry, way that becomes unassailable and opposable in front of all or *erga omnes*. The hereditary partition is the business or legal act by which the hereditary community, after the death of the deceased, ends its state of universality, to attribute the specific domain to each heir of the corresponding property of the inheritance, after practicing the operations of appraisal, formation of lots according to criteria set by the testator, or in their absence of equality between the heirs, once deducted the legacies and the debts of the inheritance (payment to creditors, funeral expenses, conservation of the assets of the heritage). But not always the resulting document is able to access the Property Registry; so it becomes necessary to know these obstacles to achieve the purpose of registration.

PALABRAS CLAVE: Partición, Testador, Contador-partidor, Coherederos, Escritura pública, Resolución judicial, Registro de la Propiedad.

KEYWORDS: Partition, Testator, Accountant, Joint-heirs, Public Deed, Judicial Resolution, Land Registry.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. 3. PARTICIÓN REALIZADA POR EL PROPIO TESTADOR EN EL TESTAMENTO. 4. PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR-PARTIDOR EN ESCRITURA PÚBLICA. 4.1. Contador Partidor Testamentario. 4.2. Contador Partidor Dativo. 5. PARTICIÓN REALIZADA POR ACUERDO ENTRE LOS COHEREDEROS EN ESCRITURA PÚBLICA. 5.1. Acreditación del cumplimiento de la condición testamentaria. 5.2. Prueba de hechos negativos. 5.2.1. Acreditación de la inexistencia de otros descendientes. 5.2.2. Supuestos de sustitución fideicomisaria. 5.3. Necesaria intervención del legitimario. 5.4. Cesión onerosa de derechos legitimarios. 6. PARTICIÓN JUDICIAL EN CASO DE DESACUERDO DE LOS HEREDEROS. 6.1. Protocolización adicional de la resolución judicial. 6.2. Procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa. 6.3. Representación de la herencia yacente. 6.4. Intervención de personas jurídicas. 7. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN. 8. OTRAS CUESTIONES. 8.1. Anotación del derecho del legitimario en el Registro de la Propiedad. 8.2. Embargo de derechos hereditarios. 8.3. Acumulación de la acción de liquidación de gananciales en el proceso de división de herencia. 8.5. Normas impositivas. 9. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de toda partición es el fallecimiento del causante. A partir de ahí, el título sucesorio indicará quiénes son los herederos, legitimarios o legatarios, con los derechos sucesorios que les correspondan. El [art. 14 de la Ley Hipotecaria](#) establece que «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado». También se ha erigido como título de sucesión hereditaria el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, como establece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2018 (BOE de 20 de marzo)³³⁶.

La partición puede realizarse por el propio testador, por contador partididor testamentario o dativo, por acuerdo entre los herederos, o mediante el proceso de división judicial de la herencia. Pero su finalidad en todos los casos es poner fin al estado de indivisión del caudal hereditario. Las operaciones se plasman en testamento, cuaderno particional, escritura pública, o resolución judicial. Si las operaciones se realizan con las formalidades legales y los intervinientes exigidos, las atribuciones dominicales accederán al Registro de la Propiedad. Pero un defecto determinará que el Registrador realice una calificación negativa y se suspenda la inscripción, con el consiguiente

³³⁶ Las herencias abiertas desde el día 17 de agosto de 2015, en que entró en aplicación el Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo («Diario Oficial de la Unión Europea» número 201, de 27 julio de 2012), se rigen por esta norma en las materias que incluye en su ámbito de aplicación (perímetro positivo en los artículos 1.1, primer inciso, y 23, y negativo artículos 1.1, segundo inciso, y 1.2). Con arreglo al Reglamento, como regla general, la ley aplicable a la sucesión mortis causa de causante es la Ley del país de su última residencia habitual (artículo 21.1 del Reglamento Europeo de Sucesiones) conforme al cual «salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento».

perjuicio para los interesados; por lo que es preciso conocer su ámbito calificador y los problemas de acceso al Registro en función del tipo de partición efectuada.

2. ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

El problema de hasta dónde puede llegar el juicio favorable o desfavorable del Registrador cuando se le presenta un documento público para su inscripción, ha sido y es un eterno tema abordado tanto por los Tribunales como por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El principio básico que rige la actuación calificadora es el de la interdicción de la indefensión procesal del titular registral. El Registrador debe impedir que tengan cabida en el Registro inscripciones que se confronten u opongan al derecho inscrito, y vulneren el principio del tracto sucesivo registral cuando el titular inscrito no interviene en el documento público que sirve de nuevo título que pretende acceder al Registro. Esta regla del ámbito calificador se plasma en delimitar, sobre todo cuando se trata de resoluciones judiciales, cuándo termina el mandato judicial y cuándo empieza la labor del Registrador.

Este principio de tracto sucesivo, y el art. 24 de la Constitución que proscribe la indefensión, exigen que en el ámbito de la partición hereditaria, los sucesores declarados como tales en el título sucesorio intervengan en ella, aceptando o repudiando la herencia, convirtiendo el derecho hereditario *in abstracto* en la adjudicación de bienes concretos. En el supuesto de heredero ausente, debe existir un título sucesorio que determine quién es el heredero, y determinarse (y declararse) judicialmente que este heredero se encuentra en tal situación de ausencia, como se refleja en Resolución de 2 de marzo de 2016 (BOE de 6 de abril).

Se puede establecer con carácter general que el Registrador sí puede valorar, en su función de tutela de la eficacia de la inscripción, las siguientes cuestiones:

A) Examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia. En este sentido, la Sentencia 609/2013 del Tribunal Supremo de 21 de octubre, relativa al alcance de la calificación³³⁷, así como la Resolución de 23 de septiembre de 2016 (BOE de 14 de octubre), refrendan el poder calificador del registrador frente a mandamientos judiciales que presenten defectos que impidan su acceso al Registro; ya que precisamente el art. 100 del Reglamento Hipotecario permite al Registrador calificar, del documento judicial, «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial³³⁸.

³³⁷ Dice la Sentencia que “la fundamental función calificadora del Registrador, está sujeta al art. 20 LH que exige al Registrador, bajo su responsabilidad (art. 18 LH), que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos, debiendo el Registrador denegar la inscripción que se solicite en caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, prohibiéndose incluso la mera anotación preventiva de demanda si el titular registral es persona distinta de aquella frente a la que se había dirigido el procedimiento (art. 20, párrafo séptimo). La calificación del Registrador ha de realizarse no sólo teniendo en cuenta el documento presentado, sino también "... lo que resulte de ... los asientos del Registro " (art. 18 LH) y " ... los obstáculos que surjan del Registro " (art. 100 RLH).

³³⁸ Esta misma doctrina se ha visto reforzada por la Sentencia número 266/2015, de 14 de diciembre de 2015, del Tribunal Constitucional, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El órgano judicial venía particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición acusatoria

Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento.

La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha matizado en su Sentencia de 16 de abril de 2013 (Recurso 918/2012), en relación con la Resolución de 1 de marzo de 2013 (BOE de 25 de marzo), que esta doctrina que interpreta extensivamente la calificación registral ha de ceder, y debe reconocerse que los Tribunales son los que han de decidir de forma soberana en cuanto al éxito de la inscripción registral, cuando se trata de supuestos en los que viene ordenada por una resolución judicial firme, y la cuestión versa sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal; así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta (Resolución de 12 junio 2014, BOE 29 de julio).

Creemos que la cuestión deberá decidirse como corresponda en el caso concreto, para conocer cuándo se ha producido o no esa indefensión que impide la inscripción, como puede suceder cuando en el cuaderno particional no hayan comparecido todos los herederos o legitimarios. Esta cuestión, a pesar de que puede afectar al principio de seguridad jurídica, debe acogerse desde la base de que el titular registral o sus causahabientes deben intervenir en el proceso necesariamente cuando la decisión judicial afecte al derecho inscrito.

B) Existencia de Defensor Judicial en caso de conflicto de intereses. En base al principio de tracto sucesivo registral, como se ha dicho, la calificación por el Registrador de actuaciones judiciales debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento. Al entender de esta manera la calificación, podrá ser objeto de examen por el Registrador la concurrencia o no de todos los interesados en el cuaderno particional, o la capacidad de las partes para formalizar negocios jurídicos, así como la necesidad de Defensor Judicial en el caso concreto, cuando exista un conflicto de interés, como se indica en la RDGRN de 12 de julio de 2013 (BOE de 24 de septiembre).

Como señala la STS 363/2004 de 17 de mayo, el conflicto de intereses se ve patente cuando éste existe en el proceso de formación de un negocio jurídico bilateral, generador de obligaciones para ambas partes. Es la denominada autocontratación, tanto en sentido estricto (contrato consigo mismo, como parte interesada y en representación de otra), como en sentido amplio, cuando una sola voluntad hace dos o más manifestaciones jurídicas, y pone en relación dos o más patrimonios, y hay colisión de intereses en esa relación. Y el Registrador puede apreciar esta carencia dentro del ámbito de la calificación.

Pero, si el conflicto no se produce, el negocio estará permitido. Así se consideró en Resolución de 15 de noviembre de 2016 (BOE de 3 de diciembre), en el caso de que ni el representante ni el representado eran adjudicatarios de bienes concretos ni porciones distintas de las señaladas en el testamento. Se indica que cuando el negocio o la partición se ha realizado en condiciones de estricta igualdad, en estricta aplicación de las normas legales o testamentarias (y no cuando se adopta una decisión o elección por el representante), no existe conflicto de intereses y no es preciso el nombramiento de Defensor Judicial.

El problema que tiene esta conclusión es que pertenece a la esfera de la valoración

que interesaba hacer valer derechos posesorios en conflicto con aquéllos, con el fin de que también pudieran ser oídos en defensa de los suyos propios.

subjetiva el hecho de aplicar de forma igualitaria o no las normas legales o testamentarias. Y el riesgo de que se aprecie un conflicto de intereses tanto en vía de recurso como en vía de calificación registral, hace aconsejable que en todo caso la partición se realice con Defensor Judicial cuando deba concurrir al acto un menor o una persona con la capacidad modificada judicialmente de forma conjunta con sus representantes legales.

C) También el Registrador debe examinar la competencia del Juez o Tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, y las formalidades extrínsecas del documento presentado, como es el caso de no constar con la debida claridad en la sentencia quiénes son los demandados (Resolución de 3 de mayo de 2011, BOE de 24 de mayo). Esto debe interpretarse de forma restrictiva si no se quiere invadir competencias jurisdiccionales. No debe valorar, en cambio, siguiendo el criterio expuesto, el fondo del asunto. Ni apreciar una eventual tramitación defectuosa. Ni la personalidad de la parte actora; ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal.

3. PARTICIÓN REALIZADA POR EL PROPIO TESTADOR EN EL TESTAMENTO

La partición es la división del patrimonio hereditario que puede ser hecha por el testador de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1056, primer párrafo, del Código Civil, con lo que no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita. La partición hecha por el testador se produce cuando en el propio testamento se adjudican directamente los bienes a los herederos. En buena lógica implica la realización de todas las operaciones particionales: inventario, liquidación, y formación de lotes con la adjudicación de los mismos.

Lo que es distinto al caso en que ordena que determinado bien o que determinados bienes, muchos o pocos, se adjudiquen a unos u otros de sus herederos, incluyéndose en la porción que deba percibir cada uno de ellos. En este caso se dará la comunidad hereditaria, que deberá dividirse por medio de la partición. Es decir, no se trata de una partición hecha por el testador. Se diferencia de ella porque en lugar de adjudicar de modo directo, establece simplemente los criterios a tener en cuenta para efectuar la partición. En este segundo supuesto, el testador expresa la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique.

La STS 805/1998 de 7 de septiembre, ha establecido que para la distinción entre partición y operaciones particionales o normas para la partición «existe una regla de oro consistente en que si el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones (inventario, avalúo...) hay una verdadera partición hecha por el testador, pero cuando no ocurre así, surge la figura de las «normas particionales», a través de las cuales el testador se limita a manifestar su voluntad para que en el momento de la partición se adjudiquen los bienes en pago de su haber a los herederos que mencione».

No son partición los simples ruegos, deseos, recomendaciones, y otras que no supongan adjudicación, hechos por el testador; en este caso estaremos ante normas particionales y no ante una partición hecha por el testador.

La diferencia entre ambos supuestos es muy importante. La simple norma de la partición vincula a los herederos, o en su caso, al contador partidor designado para hacerla, en el sentido de que al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere. Por el

contrario, la verdadera partición testamentaria, determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa «*iure hereditario*» de los bienes adjudicados a cada heredero; es decir, como ha declarado la STS 493/1986 de 21 de julio, es de aplicar a estas particiones el art. 1068 del Código Civil, según el cual, «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

La duda sobre si se está en presencia o no de una verdadera partición testamentaria se nos presenta cuando el testador distribuye los bienes entre los herederos sin practicar las operaciones que normalmente entraña la partición. La mencionada STS de 21 de julio de 1986 lo resuelve en sentido afirmativo. Así pues, conforme esta jurisprudencia, cabe el reparto de los bienes sin formalizar el inventario ni practicar la liquidación, sin perjuicio de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde la muerte del testador. En idéntico sentido se pronuncia la Resolución de 26 octubre 2016 (BOE de 22 de noviembre)³³⁹.

Se cuestiona si, a efectos registrales, se exige, para que la partición tenga plena virtualidad como título inscribible, que deban completarse por todos los interesados las operaciones particionales que hayan podido ser omitidas por el testador³⁴⁰.

Especialmente importante es a estos efectos la operación de liquidación en caso de que existieran deudas, ya que éstas obviamente no han podido tenerse en cuenta por el testador en el momento de hacer testamento. O aun en el caso de referirse a ellas, pueden haber disminuido o aumentado en el momento del fallecimiento. Los herederos han de aclarar qué sucede con las deudas, y concretamente si existen o no, y caso de existir, si la aceptación de la herencia se hace pura y simplemente o a beneficio de inventario, pues es preciso pagar las deudas para la entrega de legados, y también para que los herederos reciban los bienes que les corresponden. Por ello sí deben realizarse como complemento de la partición realizada por el testador aquellas actuaciones que sean necesarias para que el negocio sea efectivo.

Pero, en cualquier caso, en el supuesto de que el testamento no realice la partición, sino que sólo establezca normas particionales, las operaciones de partición no serán complementarias, sino las propias de la partición hecha por los herederos conforme los términos del art. 1057 del Código Civil. Y en estos casos la intervención de todos los

³³⁹ La Dirección General también se ha pronunciado, en Resolución de 5 de julio de 2016 (BOE de 12 de agosto), señalando la importancia de «determinar si las asignaciones del testador constituyen una partición realizada por el mismo o si, por el contrario, éste se limita a establecer normas particionales en el testamento para que luego sean tenidas en cuenta en la partición que habrían de realizar los herederos una vez fallecido el causante. La cuestión es fundamental a efectos de determinar el título de adjudicación, pues mientras en el primer caso, se trata de una partición que no sólo se pasará por ella, conforme a lo dispuesto en el art. 1056 del Código Civil, sino que confiere la propiedad de los bienes adjudicados como cualquier otra partición, conforme a lo dispuesto en el art. 1068 del propio Código, mientras que si se tratase de meras normas particionales, el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que habrían de realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador».

³⁴⁰ En este sentido, la RDGRN de 8 de enero de 2014 (BOE de 5 de febrero) señala que si se trata de una partición hecha por el testador se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, lo que la hace inscribible por sí sola la adjudicación de cada heredero tras su aceptación, quedando siempre a salvo las acciones de complemento y suplemento de la legítima que correspondan; y si por el contrario, se trata de normas particionales impuestas por el testador, que han de observarse en la partición que se realice entre los herederos, se hace necesaria la concurrencia de la totalidad de los mismos y de su unanimidad puesto que de una partición del artículo 1057 se trataría. Además en este último caso, debería concurrir también el consentimiento de los legitimarios que no fuesen herederos a los efectos de que prestasen su conformidad a la formulación del inventario y cumplimiento de sus legítimas.

legitimarios en la partición, es inexcusable, como ratifica la Resolución de 12 junio 2014 (BOE de 29 de julio).

4. PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR-PARTIDOR EN ESCRITURA PÚBLICA

4.1. Contador Partidor Testamentario

Si se practica la partición por el contador partidor designado en testamento, no es necesaria la intervención de todos los legitimarios. Como se contempla en Resoluciones de 21 de junio de 2003 (BOE de 30 de julio) y 14 de septiembre de 2009 (BOE de 7 de octubre), en interpretación del art. 1057 del Código Civil, las particiones realizadas por el contador partidor, al reputarse como si fueren hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de la aprobación de los herederos o legatarios, por lo que en principio causan un estado de derechos que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas. Esta partición realizada por el contador partidor, es así inscribible por sí sola sin necesidad de la concurrencia de los herederos, siempre que no resulte del título particional extralimitación en sus funciones. Y ello sin perjuicio de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas, en caso de que los interesados en la herencia estimen perjudicados sus derechos en la partición efectuada por el contador.

Este criterio fue fijado también en la Resolución de 24 de marzo de 2001 (BOE de 16 de mayo). No puede mantenerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos legitimarios, cuando la partición ha sido otorgada por el contador partidor designado por el testador; y esta partición es válida mientras no se impugne judicialmente; de forma que solo los Tribunales son competentes para, en su caso, declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse a la partición realizada por ellos (se confirma en Resoluciones como la de 18 de mayo de 2012, BOE de 14 de junio).

Esa partición es inscribible como se ha dicho, pero siempre dentro de los límites de las funciones del contador partidor, esto es, que del título particional no resulte extralimitación en esas funciones. En este sentido la Resolución de 16 de septiembre de 2008 (BOE de 11 de octubre) establece que esas funciones se concretan en la «simple facultad de hacer la partición» (art. 1057 del Código Civil). El contador no solo debe ajustarse a la voluntad del testador, sino también a las normas legales de carácter imperativo, como son las relativas al respeto de las legítimas.

Pero la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida; y es presupuesto básico de la partición hereditaria que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa sino también cualitativamente (cfr. arts. 1061, 1062, 1056 y 841 y siguientes del Código Civil). Aun así existen pequeñas licencias que se puede permitir el contador. La adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás, por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria, no implica enajenación; y esa regla legal de la posible igualdad, que según la doctrina jurisprudencial no exige igualdad matemática o absoluta (STS 1115/2004 de 25 de noviembre) es respetada cuando, por ser de carácter indivisible, el único inmueble relicto es adjudicado por el contador partidor a uno de los herederos abonando en exceso a los demás en dinero, sin perjuicio de la posible impugnación por los interesados, de modo que ha de pasarse entretanto por dicha partición mientras no sea contraria a las legítimas o a lo dispuesto por el testador (Resoluciones de 21 de junio de 2003 (BOE de 30 de julio) y 20 de septiembre de 2003 (BOE de 16 de octubre)).

Hay otros supuestos, en cambio, en los que su actuación se considera excesiva. Si el contador partidor, no se limita a contar y partir los bienes del causante, sino que transforma la legítima –que es «*pars bonurum*» y que debería consistir necesariamente en bienes de la herencia– en un derecho de crédito frente a los demás herederos, a quienes ordena el pago en metálico de su cuota, se transforma la naturaleza del derecho que los legitimarios tienen en la herencia del causante y se convierte en un crédito la legítima «*pars hereditatis*». En este supuesto resulta necesario que, conforme lo previsto por el art. 843 del Código Civil, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición así hecha precise aprobación por el Letrado de Administración de Justicia o Notario, tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio (Resolución de 18 de julio de 2016, BOE de 19 de septiembre)³⁴¹.

Por otro lado, la partición pone fin a la comunidad hereditaria y las funciones del contador se agotan cuando otorga la partición. La reserva de la facultad de rectificar errores o complementar, aunque esté dentro del plazo fijado por el testador, no permite al contador hacer una partición nueva, alterando las adjudicaciones ya realizadas. Sí es posible el complemento de la partición por aparición de nuevos bienes que no se tuvieron en cuenta, si el contador está en el plazo fijado por el testador y no ha cesado por otra causa. En el caso de la STS 473/2018 de 20 de julio, que sienta la anterior doctrina, la contadora no complementó la partición con nuevos bienes, ni hizo una mera rectificación respetuosa con las atribuciones de propiedad ya realizadas, sino que llevó a cabo una nueva partición alterando unilateralmente esas atribuciones, por lo que la escritura de rectificación de las operaciones particionales es ineficaz.

Porque una cosa es reconocer que a efectos registrales no es eficaz la partición que claramente incumple las normas legales sobre las legítimas, y otra es presuponer que cualquier partición en la que los legitimarios no intervengan contraviene y lesiona manifiestamente sus derechos legitimarios, cuestión que deberá contemplarse en cada caso.

4.2. Contador Partidor Dativo

No habiendo testamento, o si aun existiendo no designa contador partidor, o estando vacante el cargo, el art. 1057 del Código Civil prevé el nombramiento de un contador partidor dativo. Dicho precepto y el art. 92 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria establecen la posibilidad de que por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario se nombre, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50% del haber hereditario, con citación de los demás interesados, este contador partidor; y también para los casos de renuncia del contador partidor nombrado o de prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo. Se deberá aprobar la partición realizada por el contador partidor cuando resulte necesario por no haber sido confirmada expresamente por todos los herederos y legatarios, siendo competentes igualmente el Letrado o Notario de forma electiva.

En los supuestos que conozca el Notario el expediente se tramitará según art.66 de la Ley del Notariado en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

La existencia de esta figura plantea también la cuestión de hasta dónde puede llegar su

³⁴¹ En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo 604/2012 de 22 de octubre, y las Resoluciones de 1 de marzo de 2006 (BOE de 8 de abril), 17 de octubre de 2008 (BOE de 8 de noviembre), 6 de marzo de 2012 (BOE de 7 de mayo), 13 de junio de 2013 (BOE de 12 de julio), y 13 de febrero de 2015 (BOE de 10 de marzo).

actuación. Así:

- No corresponde al contador partidor dativo declarar herederos y efectuar notificaciones que equivalgan a la participación en el procedimiento judicial de herencia. Tampoco puede concretar en persona alguna la cualidad de heredero. Y en el caso de resultar falta absoluta de herederos abintestato por parentesco colateral, se abriría el procedimiento para declaración de heredero al Estado en los términos del procedimiento recogido por los [arts. 20.6 y 20 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de la Administraciones Públicas](#). El art. 958 del Código Civil establece la declaración administrativa de heredero para que el Estado pueda tomar posesión de los bienes, pero en modo alguno puede ser declarado heredero por el contador partidor, reflejando en el cuaderno particional la inexistencia de parientes con derecho preferente.

- Sí en cambio ha de entenderse que dentro de la facultad de hacer la partición que le encomienda la ley se encuentran todas aquéllas que hayan de ser presupuesto para el desempeño de su función de contar y partir. Por ello puede hacer cuanto acto jurídico y material sea preciso, lo que incluye divisiones, segregaciones, para delimitar físicamente los bienes objeto de la partición. Esta función puede realizarse incluso una vez inscrita la partición, y en tanto no sea firme por no haber sido aceptada por todos los herederos (Resolución de 19 de enero de 2017, BOE de 7 de febrero), como se contempla seguidamente.

¿Es inscribible la partición efectuada por el contador, sin el concurso de los herederos? Las Resoluciones de 19 de septiembre de 2002 (BOE de 30 de octubre) y 19 de julio de 2016 (BOE de 19 de septiembre), han resuelto la cuestión sosteniendo que no constando la aceptación de los herederos puede practicarse la inscripción, pero no con el carácter de firme o definitiva, sino sujetándola a la condición suspensiva de que en un momento posterior se acredite la aceptación, y sin perjuicio de que, en caso de renuncia del heredero, se pueda cancelar la inscripción reviviendo la titularidad del causante.

Para evitar la situación de pendencia, tanto los herederos que hayan aceptado como el propio contador podrán ejercitar la acción prevista en el art. 1005 del Código Civil, acudiendo al Notario para que le comunique que tiene un plazo de treinta días para aceptar, entendiéndose aceptada la herencia pura y simplemente si en ese plazo no manifiesta voluntad alguna.

5. PARTICIÓN REALIZADA POR ACUERDO ENTRE LOS COHEREDEROS EN ESCRITURA PÚBLICA

Cuando los herederos están de acuerdo en las operaciones particionales, éstas deben realizarse en escritura pública. La aceptación y la partición o adjudicación son dos actos jurídicos con efectos jurídicos diferentes (arts. 988, 1004, 1005, 1068 y 1058 del Código Civil) por lo que la Ley distingue dos procedimientos judiciales distintos, el de aceptación y el de partición testamentaria, con las adjudicaciones correspondientes de bienes concretos. La aceptación y partición con adjudicación son negocios jurídicos distintos, integrados en el proceso sucesorio, exigiendo esta última la voluntad de todos los herederos que aceptaron la herencia para, previa liquidación y valoración, adjudicarse los bienes concretos o partes indivisas de los mismos. Y no puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la escritura en la que no comparecen ni expresan su voluntad en la partición todos los herederos, conforme al art. 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento, salvo que haya sido realizada por el contador partidor, como ya ha sido analizado (Resolución de 18 de octubre de 2013, BOE de 21 de noviembre).

En estas operaciones puede darse que sea preciso constatar hechos como la ausencia de

otros herederos, o el cumplimiento de la condición impuesta por el testador, entre otras. La frontera entre lo que pueden manifestar los propios herederos, o el Notario mediante acta de notoriedad, o lo que deben autorizar los Tribunales, no siempre es clara; y se debe acudir a los siguientes criterios que han ido perfilando la Dirección General de los Registros y la jurisprudencia.

5.1. Acreditación del cumplimiento de la condición testamentaria

Serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador, y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los Tribunales. Es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, podrá también el albacea, máxime si en él además confluye la condición de contador partidario, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los Tribunales decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia, y por tanto no revisable en casación salvo que se infrinja la ley a causa de un razonamiento arbitrario, y que no se base en reglas de la lógica y de la experiencia humana.

En general, la pretensión de algunos de los herederos, de decidir por sí, sin intervención alguna de las otras personas nominalmente designadas como favorecidas, acerca del cumplimiento o incumplimiento de disposiciones, excede de las atribuciones que les corresponden en cuanto continuadores de la voluntad de la causante, ya que incide en la posición de terceras personas, los otros instituidos.

En consecuencia, como establece la Resolución de 13 de julio de 2016 (BOE de 15 de agosto), al menos debe tramitarse acta de notoriedad en la que han de ser citados todos los herederos. Y en ella determinar en su caso «el cumplimiento exclusivo de la condición testamentaria por algunos herederos». Este tipo de actas tienen como contenido el juicio que emite el Notario sobre la notoriedad de un hecho, es decir sobre una serie de circunstancias por las cuales ese hecho no necesita prueba. El notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad, sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad. Da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos, pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos. El Notario no percibe el hecho notorio de «*visu et auditu*», sino mediatamente. No afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas. Son actas de percepción de declaraciones o de documentos, con el añadido del juicio de notoriedad, algo que es compatible con la función de jurisdicción voluntaria atribuida a los notarios.

El art. 80.2 del Reglamento Hipotecario, determina que «el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella». Se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho. Y ello porque, en definitiva, no puede inscribirse la partición judicial en tanto no se acredite que quienes intervinieron en el procedimiento son todos y los únicos interesados en la partición que se pretende³⁴².

³⁴² También Resoluciones de 19 de junio 2013 (BOE de 29 de julio), 11 de julio de 2013 (BOE de 24 de septiembre), y 30 de abril de 2014 (BOE de 23 de junio).

5.2. Prueba de hechos negativos

5.2.1. Acreditación de la inexistencia de otros descendientes

El contenido del testamento se presume iuris tantum válido y eficaz, lo que supone que el hecho de que el testador no mencione que un descendiente fallecido previamente, tuvo a su vez descendientes legitimarios, significa que no existen salvo que se pruebe lo contrario. (Resolución de 6 de mayo de 2016, BOE de 6 de junio).

Respecto a esa prueba, ha establecido la Dirección General en Resolución de 14 de septiembre de 2017 (BOE de 5 de octubre) que «hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza». Incluso esta doctrina de la innecesariedad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima. Ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa³⁴³.

En consecuencia, no puede exigirse la acreditación de la inexistencia de otros descendientes a los designados en el testamento, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento (Resolución de 6 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto)³⁴⁴.

5.2.2. Supuestos de sustitución fideicomisaria

En los supuestos en los que la sucesión es a favor de los parientes consanguíneos más próximos, sí es preciso acta de notoriedad para descartar la posible existencia de ignorados parientes en igual grado de consanguinidad con el testador al de los interesados que reclaman la herencia (Resolución de 24 de octubre de 2008, BOE de 20

³⁴³ Sin embargo, en la Resolución de 1 de junio de 2018 (BOE de 21 de junio) se exige que exista acta de notoriedad al indicar que “En el supuesto de este expediente, las circunstancias de hecho que deben concurrir para que el viudo pueda ser llamado como heredero intestado (artículo 945 del Código Civil) no han quedado acreditadas en el acta de notoriedad en que se declaró herederos a los tres hijos ni en otro documento; se acredita que la causante falleció sin testamento; que hay tres hijos de su matrimonio; en documento separado, que esos tres hijos han renunciado a la herencia; pero no se acredita la existencia o inexistencia de descendientes del grado ulterior, ni el fallecimiento previo de los ascendientes. En consecuencia, no está acreditado que el viudo sea el heredero abintestato por defecto de todos los demás, ya que no resulta del acta de declaración de herederos ni han sido declarados por el notario competente como notorios en la escritura de manifestación de herencia. Para la inscripción de la manifestación de herencia, bastaría una declaración de notoriedad de todas las circunstancias mencionadas, bien en acta de notoriedad complementaria o bien en la misma escritura de herencia, sin que sea suficiente que lo manifieste el viudo como ha hecho”.

³⁴⁴ Cfr. art. 14 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 29 de enero de 2016 (BOE de 11 de febrero). Arts. 658, 814 y 1080 del Código Civil, y las Resoluciones de 13 de septiembre de 2001 (BOE de 29 de octubre) y 6 de mayo de 2016 (BOE de 6 de junio).

de noviembre). El defecto puede subsanarse mediante acta de notoriedad que acredite los llamados a la sustitución fideicomisaria conforme al art. 82 del Reglamento Hipotecario.

5.3. Necesaria intervención del legitimario

La intervención de todos los legitimarios, y herederos en su caso, en la partición, es inexcusable. La Resolución de 1 de marzo de 2006 (BOE de 8 de abril) recoge la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, lo que hace imprescindible su concurrencia, como ya estableció el Tribunal Supremo, para la adjudicación y partición de la herencia, y ello cuando falte o no exista persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 del Código Civil).

En este sentido, la Resolución de 25 de abril de 2018 (BOE de 11 de mayo) aborda la especial relevancia del supuesto en el que tanto el primer causante como la transmitente fallecieron intestados, lo que implica que el «*ius delationis*» respecto del primer causante, como derecho a aceptar o repudiar, corresponde a los hijos que le sobreviven, y por designación de la ley al nieto. Pero también ha de concurrir en las operaciones particionales el cónyuge viudo de la heredera fallecida, y no sólo su descendiente y nieto del primer causante³⁴⁵.

En caso de omitir su asistencia, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento por el legitimario sino hasta saber el montante del quantum o valor pecuniario que por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el art. 818 del Código Civil, por lo que para conocer el montante será necesario haber practicado con anterioridad las pertinentes operaciones particionales (Resolución de 5 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto). A esta misma conclusión llegó la STS 208/1989 de 8 de marzo, que determina que «no cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos, de la acción de complemento de la legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario». Esta regla se aplica incluso tratándose de partición hecha por contadores partidores, en la ejecución de la misma, pues será entonces «cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global (...) han percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta».

¿Es posible que el legitimario perciba su parte a través de una compensación económica? La legítima en nuestro Derecho común se configura generalmente como una «*pars bonorum*» o una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». Ello hace que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado para preservar la intangibilidad de

³⁴⁵ En la doctrina y en la jurisprudencia, al cónyuge viudo se le reconoce la misma protección que a los restantes

herederos forzosos a la hora de realizar la partición y adjudicación de la herencia, aun cuando le legítima le haya sido deferida a título de legado y no de heredero (vid. las Resoluciones de 22 de febrero de 2018, BOE de 8 de marzo; y de 5 de julio de 2018, BOE de 19 de julio), y lo mismo debe entenderse en el presente caso en que la legítima es deferida «*ex lege*» por haber fallecido intestada la transmitente.

su legítima. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados³⁴⁶.

Esta misma doctrina ha sido mantenida en la Resolución de 15 de septiembre de 2014 (BOE de 9 de octubre) para un caso análogo, de pago en dinero de la legítima, conforme a los preceptos legales que exigen la conformidad expresa de todos los interesados en la sucesión a fin de establecer la valoración de la parte reservada (arts. 843 y 847 del Código Civil).

No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada. Debe en cambio estar presente en las operaciones de partición, de forma que no pierda la posibilidad de exigir que sus derechos, aun cuando sean reducidos a la legítima estricta y corta, le fueran entregados con bienes de la herencia y no otros.

5.4. Cesión onerosa de derechos legitimarios

Cuando se formaliza una aceptación de herencia, con operación previa de segregación del único bien relicto y se adjudican las fincas resultantes. Y otro de los herederos del mismo causante cedió onerosamente sus derechos hereditarios a uno de sus hermanos otorgantes de la citada escritura de herencia, casado en régimen de gananciales, es preceptivo que la esposa del cesionario preste su consentimiento a lo otorgado en la escritura de adjudicación de herencia, al haberse adquirido los citados derechos hereditarios con carácter presuntivamente ganancial (Resolución de 4 de julio de 2018, BOE de 19 de julio).

6. PARTICIÓN JUDICIAL EN CASO DE DESACUERDO DE LOS HEREDEROS

Como establece el art.782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la vía de la división judicial de herencia es el camino que deben seguir los herederos cuando no se pusieren de acuerdo en el inventario de los bienes del causante, o en las adjudicaciones o lotes. A este requisito, el del desacuerdo, se añade que no se haya de realizar por contador partidor, en los supuestos que ya han sido contemplados. La inscripción registral de la resolución que acuerda la partición plantea diversas cuestiones.

6.1. Protocolización adicional de la resolución judicial

Si bien es cierto que los arts. 787.2 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la protocolización de la resolución judicial aprobando las operaciones divisorias cuando no haya oposición, o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad con las mismas, de aquí no se sigue necesariamente que el único título formal para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones respectivas, sea el acta notarial de protocolización, pues debe tenerse en cuenta al respecto:

- a) Conforme a los arts. 3 y 14 de la Ley Hipotecaria y 80 del Reglamento Hipotecario, uno de los títulos aptos para la inscripción de las particiones será, en su caso, la pertinente «resolución judicial firme en que se determina las adjudicaciones efectuadas a cada interesado».
- b) Sin prejuzgar ahora sobre la específica naturaleza de las operaciones particionales

³⁴⁶ Vid. Resoluciones de 25 de febrero de 2008 (BOE de 15 de marzo), 9 de marzo de 2009 (BOE de 25 de marzo), 6 de marzo de 2012 (BOE de 7 de mayo), 16 de junio de 2014 (BOE de 29 de julio) y 4 de julio de 2014 (BOE de 1 de agosto).

realizadas a través del cauce procedimental del procedimiento judicial para la división de la herencia cuando media la conformidad –o no hay oposición– de los interesados al proyecto elaborado por los contadores nombrados al efecto, es lo cierto que se trata de actuaciones estrictamente judiciales (arts. 782ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), correspondiendo por tanto al Letrado de la Administración de Justicia en exclusiva y con plenitud dar fe de las mismas (arts. 145 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 453 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de modo que el testimonio del auto o decreto aprobatorio de dicha partición expedido por el Letrado de la Administración de Justicia es documento público (arts. 1216 del Código Civil y 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que acredita plenamente no sólo la realidad del acto particional, sino además, su eficacia en tanto que, aprobado judicialmente, puede exigirse su cumplimiento.

c) Reconociendo que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la protocolización notarial de las actuaciones judiciales, a la vista del art. 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que encomienda al Letrado de la Administración de Justicia la función de documentación y la formación de autos y expedientes y su constancia, el acta notarial respectiva se limitará a incorporar al protocolo del notario autorizante el mandato judicial respectivo; pero no tiene por objeto documentar una nueva prestación del consentimiento por los coherederos e interesados en la partición realizada (arts. 211 y 213 del Reglamento Notarial). De modo que no añadiría a la certificación judicial del auto aprobatorio de la partición incluido en la documentación protocolizada, un efecto probatorio del que no gozase ya por sí mismo, como se establece en Resoluciones de 13 de abril de 2000 (BOE de 15 de mayo), o de 27 de marzo de 2014 (BOE de 5 de mayo).

En base a lo expuesto, procederá la inscripción directa de la resolución judicial, sin necesidad de protocolización, cuando el propio Juez o Letrado de la Administración de Justicia que aprobó las operaciones particionales disponga en el Auto o Decreto respectivamente la inscribibilidad directa del testimonio del mismo.

d) Protocolización cuando el Decreto o Auto así lo dispone. El art. 788.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone la necesidad de protocolización. Esta necesidad es patente cuando la propia resolución que pone fin al procedimiento, ya sea Auto o Decreto, así lo acuerde, como establece la Resolución de 9 de diciembre de 2010 (BOE de 26 de enero de 2011).

La Resolución de 9 de febrero 2016 (BOE de 10 de marzo) contempla la cuestión desde la necesidad de que la resolución judicial que aprueba el cuaderno particional, para que sea inscribible sin protocolización adicional, ha de entrar a resolver el fondo, de manera que un sobreseimiento, al ser un acto procesal que pone fin al juicio sin resolver la controversia de fondo, no es por tanto un título válido de acceso al Registro. En definitiva, el sobreseimiento implica la suspensión del proceso, es decir, la terminación del mismo sin sentencia o resolución judicial en virtud de una causa que así lo determine, como ocurre en los casos en que se ha llegado a un acuerdo extrajudicial por los interesados. Se saca así del ámbito judicial la cuestión planteada y se envía al extrajudicial, que precisa formalización en escritura pública. Por tanto, ni el sobreseimiento ni el acuerdo alcanzado extrajudicialmente producen el efecto de cosa juzgada y excluye los efectos de la misma sin que sea posible adoptar acuerdos sobre la entrega de bienes, ni la inscripción en el Registro de un acuerdo ínter partes no aprobado judicialmente (Resolución de 19 de julio de 2016, BOE de 19 de septiembre).

6.2. Procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa

Se precisaría por tanto, según la Dirección General, la protocolización notarial que viene impuesta como regla general por el art. 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando

señala que «pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas». Este criterio, además, sería compatible con la referencia a la sentencia firme contenida en el art. 14 de la Ley Hipotecaria, que se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición (Resolución de 2 noviembre 2016, BOE de 22 de noviembre)³⁴⁷.

No podemos estar de acuerdo sin embargo con este criterio. La indicación de protocolización es más un arrastre de la anterior Ley de Enjuiciamiento de 1881 que una necesidad real. En efecto, si se observan los arts. 1054 ss. de la Ley de 1881 relativos al juicio voluntario de testamentaría, y se comparan con los arts. 782 ss. de la Ley de 2000, tienen un contenido muy similar, y en algunos preceptos casi idéntico, como los relativos a la formación de inventario o contenido del mismo. En concreto el art.1083 de la LEC de 1881 establece lo mismo que el actual 787.2 de la Ley de 2000, en el sentido de que si no hay oposición se aprobará el inventario, o las adjudicaciones, mandando protocolizarlas. Esta necesidad también existía en otros procedimientos, como el de protocolización de testamento ológrafo, en concreto en el art. 1968 de la LEC 1881 (procedimiento ya inexistente por ser de competencia del Notario). Pero en la actualidad, en primer lugar, la resolución judicial que aprueba las adjudicaciones, sea con acuerdo o sin él, es un documento público que reúne todos los requisitos para acceder al Registro de la Propiedad; y en segundo lugar, la plenitud de efectos de la fe pública judicial del Letrado de la Administración de Justicia choca con la exigencia de fe pública notarial adicional. Es por ello que debe ser inscrito el testimonio del Decreto o del Auto sin ninguna otra exigencia adicional, máxime cuando la propia resolución así lo exprese, como ya ha sido observado en el epígrafe anterior.

6.3. Representación de la herencia yacente

Siguiendo la Resolución de 23 septiembre 2016 (BOE de 14 de octubre), en los casos en que interviene en pleito la herencia yacente, para que la resolución tenga constancia registral se articulan tres posibilidades: a) Nombramiento de un administrador judicial; b) Representación por uno o algunos de los herederos; c) Nombramiento de Defensor Judicial, cuando el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento.

El nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral se había convertido en una exigencia para la inscripción de lo acordado en la sentencia. El

³⁴⁷ Se justifica esta postura aludiendo a que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido. Ciertamente, según los artículos 1216 del Código Civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los letrados de la Administración de Justicia (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el Tribunal o ante él –artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–); y conforme al artículo 319.1 de dicha ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (cfr., también, artículo 1218 del Código Civil). Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (Resolución de 29 de mayo de 2018, BOE de 18 de junio).

Registrador debía señalar su ausencia como un defecto que impide la inscripción, pues se convierte en una falta de intervención en el procedimiento del titular registral, y de admitir lo contrario le originaría indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva establecida en el art. 24 de la Constitución.

Con posterioridad, sin embargo, se ha aclarado, para adecuar esa doctrina a los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia (Resolución de 10 de enero de 2011, BOE de 14 de marzo), que la exigencia de nombramiento de un Defensor Judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente (Resolución de 12 junio 2014, BOE de 27 de julio)³⁴⁸.

Así, se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral, sería pertinente la designación de un administrador judicial (Resolución de 15 de noviembre de 2016, BOE de 3 de diciembre). Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero debe considerarse suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

6.4. Intervención de personas jurídicas

Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas. La constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales.

Dentro de la expresión, a que se refiere el art. 165 del Reglamento Notarial «datos del título del cual resulte la expresada representación», debe entenderse que uno de los datos más relevantes es su inscripción en el Registro Mercantil cuando sea pertinente. En otro caso, es decir, cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los arts. 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil (Resolución de 23 de febrero de 2001, BOE de 3 de abril).

³⁴⁸ Sentencias del Tribunal Supremo 366/1992 de 7 de abril y 141/2011 de 3 de marzo, relativas a la herencia yacente, y las Resoluciones de 2 de septiembre de 2011 (BOE de 28 de noviembre), 8 de mayo de 2014 (BOE de 3 de julio), 5 de marzo de 2015 (BOE de 21 de marzo), 9 de diciembre de 2015 (BOE de 28 de diciembre), 17 de marzo de 2016 (BOE de 6 de abril), 8 de septiembre de 2016 (BOE de 30 de septiembre), 26 de abril de 2017 (BOE de 16 de mayo), 7 de junio de 2017 (BOE de 28 de junio), 18 de octubre de 2017 (BOE de 11 de noviembre), 15 de febrero de 2018 (BOE de 27 de febrero) y de 14 de marzo de 2018 (BOE de 27 de marzo).

El nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción (arts. 22.2 del Código de Comercio, 4 y 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y 214.3, 233 y 234 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, y, entre otras, Resoluciones de 13 de noviembre de 2007 (BOE de 30 de noviembre), para los cargos de sociedades, y de 15 de diciembre de 2017 (BOE de 4 de enero de 2018), para los apoderados o representantes voluntarios de sociedades).

El no condicionamiento de la previa inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del cargo representativo o poder general para la inscripción del acto de que se trata no puede excusar la necesaria acreditación de la existencia y validez de la representación alegada, en nombre del titular registral, para que el acto concreto pueda ser inscrito sin la directa intervención de dicho titular registral (arts. 1, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria).

El hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, a pesar de ser ésta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo. Es decir, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable. No se trata de oponibilidad o no frente a tercero, de buena o mala fe, del nombramiento de administrador no inscrito, sino de acreditación de la validez, regularidad y plena legitimación del que actúa en representación del titular inscrito en el Registro de la Propiedad en base a un nombramiento que no goza de la presunción de validez y exactitud derivada de la inscripción en el Registro Mercantil (Resolución de 29 septiembre 2016, BOE de 14 de octubre).

7. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN

La partición inscrita despliega toda su eficacia frente a terceros. La declaración de ineficacia posterior sólo puede ser acordada por resolución judicial en el declarativo correspondiente. Al margen de las distintas causas de nulidad, anulabilidad o rescisión, que no son objeto de este estudio, la sentencia deberá acordar la cancelación de las inscripciones contradictorias con la nulidad acordada.

Entra en juego la protección al tercer adquirente de buena fe que otorga el art. 34 de la Ley Hipotecaria, de manera que quien ha adquirido a título oneroso confiado en la apariencia de titularidad que brinda la partición y adjudicación de bienes que consta en el Registro, será mantenido en su adquisición aunque después se anule dicha partición. La restitución de los bienes que por esta circunstancia no pueda realizarse al que ha ganado en juicio la titularidad del bien transmitido será satisfecha mediante una indemnización sustitutoria.

8. OTRAS CUESTIONES

8.1. Anotación del derecho del legitimario en el Registro de la Propiedad

Se plantea si basta la instancia directa del solicitante o es necesaria una declaración judicial para la anotación preventiva del derecho del legitimario. El art. 42.6 de la Ley Hipotecaria dispone, que podrán pedir anotación preventiva «los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos

En cuanto a la anotación preventiva del derecho hereditario, el art. 46 de la Ley Hipotecaria entiende que no pueden solicitar directamente la práctica de la anotación quienes no pudieran promover el juicio de testamentaria, hoy procedimiento de división judicial de la herencia. Más en concreto, esta anotación puede pedirla cualquiera de los que tengan derecho a la herencia (herederos, legitimarios, legatarios de parte alícuota) o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar, como son los acreedores de la herencia (art. 146 del Reglamento Hipotecario).

Pero existen dos modos de obtenerla. Mediante solicitud, si es pedida por los herederos, legitimarios o personas que tienen derecho a promover el juicio de testamentaria o los acreedores de la herencia cuyos créditos no estén especialmente garantizados o afianzados por los herederos, siempre que justifiquen su crédito mediante escritura pública. O mediante mandato judicial en el resto de los casos, conforme los trámites del 57 y 73 de la Ley Hipotecaria. La Ley de Enjuiciamiento Civil, regula el procedimiento para la división judicial de la herencia, pudiendo solicitarlo cualquier coheredero o legatario de parte alícuota (art. 782.1 y.5).

Así, el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, no sólo puede interponer el juicio de división judicial de herencia, y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador partidor (Resolución de 2 de agosto de 2016, BOE de 23 de septiembre), sino que puede igualmente solicitar la anotación de su derecho hereditario en el Registro.

8.2. Embargo de derechos hereditarios

Es posible anotar preventivamente por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien. Pero es imprescindible la acreditación de tal cualidad de heredero. En el supuesto de ser hijo del titular registral, por ejemplo, no bastaría presentar certificación negativa del Registro de Actos de Ultima Voluntad, ya que la relativa eficacia de tal certificación (art. 78 del Reglamento Hipotecario), y la posibilidad de causas que impidan o hagan ineficaz el hipotético llamamiento de un hijo, hacen que sea imprescindible la presentación del título sucesorio que no puede ser otro que cualesquiera de los que enumera el art. 14 de la Ley Hipotecaria. Luego sí se puede anotar un embargo sobre los derechos que pudieran corresponder al deudor en la herencia del titular registral, respecto de un bien concreto, pero es preciso acreditar la condición en todo caso.

Tratándose de deudas propias del heredero demandado, el art. 166.1.2 del Reglamento Hipotecario posibilita que se tome anotación preventiva únicamente en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor, sin que esa anotación preventiva pueda hacerse extensible al derecho hereditario que pueda corresponder a otros herederos. Por ello, es imprescindible conocer el derecho hereditario del heredero deudor demandado, pues sólo y exclusivamente ese derecho puede ser objeto de la anotación preventiva de

embargo. Y, para ello, será imprescindible aportar el título sucesorio correspondiente, exigiendo el citado art. 166.1.2 que se hagan constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos (art. 326 de la Ley Hipotecaria; 34, 78 y 166 del Reglamento Hipotecario, y Resolución de 6 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto).

8.3. Acumulación de la acción de liquidación de gananciales en el proceso de división de herencia

La STS 954/2005 de 14 de diciembre admite la acumulación del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial al de división de la herencia cuando, habiendo fallecido uno o los dos cónyuges entre los que existía un régimen económico de comunidad (no el de separación de bienes), se pretende judicialmente la liquidación de éste y la división de la herencia del cónyuge o cónyuges fallecidos, y existe identidad subjetiva entre las personas interesadas tanto en aquella como en ésta. En consecuencia, además de liquidar el régimen económico matrimonial se ha de proceder a practicar la partición de la herencia de uno o de los dos finados (Resolución de 26 marzo 2014, BOE de 29 de abril).

La acumulación en modo alguno se puede considerar implícita. Por ello, no cabe extender el ámbito del procedimiento de división judicial de herencia más allá de lo establecido por el legislador, ni tampoco asimilar la función del contador designado en el seno de tal procedimiento (con una función ceñida a la práctica de operaciones divisorias, ex art. 786 de Ley de Enjuiciamiento Civil), a la del contador partidario testamentario, que tiene unas funciones más amplias.

8.4. Normas de derecho internacional privado. Reenvío a la ley española

El art. 21.1 del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, dispone una norma de conflicto principal, que determina que será ley aplicable a la sucesión la norma del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

Las normas en materia de conflicto de leyes establecidas en el Reglamento pueden llevar a la aplicación de la ley de un tercer Estado. En tales casos, se han de tomar en consideración las normas de Derecho internacional privado de ese Estado. Si esas normas disponen el reenvío a la ley de un Estado miembro o a la ley de un tercer Estado que aplicaría su propia ley a la sucesión, ese reenvío se debe aceptar a fin de garantizar la coherencia internacional. Aplicando esta norma puede que la legislación extranjera establezca un reenvío a la ley española, lo que no es contrario a los principios de unidad y universalidad que deben presidir el fenómeno sucesorio, sobre todo cuando los inmuebles se encuentran en España y el fallecido tenía aquí su domicilio. No se produce por tanto un fraccionamiento del mismo (STS 490/2014 de 12 de enero de 2015).

Mientras el art. 12.2 del Código Civil admite sólo el reenvío de primer grado, reenvío que no es obligatorio y está vinculado al sistema previsto en el art. 9.8 del Código Civil, el art. 34 del Reglamento³⁴⁹ recoge de forma imperativa determinados supuestos de reenvío desde la ley de un tercer Estado de primer o segundo grado que buscan la uniformidad

³⁴⁹ La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado miembro, o b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.

internacional de soluciones y la proximidad con la ley aplicable (Resolución de 4 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto).

El Reglamento crea un certificado que surtirá sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial. El certificado prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia. Y que la persona que figura en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen, sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado.

Esta eficacia probatoria determina que no sea precisa la presentación adicional del testamento, base del certificado, ante el Registrador. Es decir, el propio certificado es un documento autónomo que acredita quiénes son los herederos y demás circunstancias relativas a la sucesión, sin que deba presentarse además el título sucesorio extranjero en el que se basa, ya que sus extremos han quedado reflejados y «trasladados» por el fedatario o Notario extranjero competente en el certificado sucesorio. Así lo han entendido además las Resoluciones de 31 de enero de 2017 (EDD 2017/1827), 2 de febrero de 2017 (BOE de 22 de febrero), y de 1 de junio de 2018 (BOE de 21 de junio).

8.5. Normas impositivas

El art. 254 de la Ley Hipotecaria establece que «ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieron por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir».

Para ello es preciso hacer constar los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen. También se debe identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados, aunque este extremo es un defecto subsanable.

En las herencias o donaciones, como el sujeto pasivo de la Plusvalía Municipal es siempre el adquirente (heredero o donatario), será éste el que se tenga que ocupar del pago (por autoliquidación o declaración) y el que podrá aportar el correspondiente justificante al Registro junto con la escritura para su inscripción. Cuando se trata de transmisiones por causa de muerte el plazo es de seis meses, prorrogables hasta un año a solicitud del sujeto pasivo.

Si no consta la liquidación del impuesto, los documentos no se admitirán ni surtirán efecto en oficinas o registros públicos, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria o autorización expresa de la Administración, como establece el art. 33 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

La cesión del impuesto de sucesiones a las Comunidades Autónomas se produjo casi de forma simultánea a la aprobación de estas normas. La cesión se produjo por vez primera a través de la Ley 30/1983, de 28 de diciembre, y se ha ido reproduciendo en las sucesivas leyes de financiación, la última de las cuales es la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, que regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y se modifican determinadas normas tributarias.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014 (asunto c-127/12) contempló el problema existente cuando son no residentes el heredero, el donatario o el causante, o se trata de la donación de inmueble sito en el extranjero. En estos casos el impuesto no está cedido a ninguna comunidad autónoma y debe pagarse al

Estado, y aplicando normativa estatal, sin poder aplicar ninguna ventaja autonómica. Declara este Tribunal que la legislación estatal, al permitir tales diferencias de trato, constituye una restricción de la libre circulación de capitales, prohibida por el art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

9. CONCLUSIÓN

Nos encontramos ante una materia que no se ve afectada en la actualidad por una especial dedicación doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, la partición hereditaria afecta a la situación más natural y cotidiana en la vida de la persona como es el fallecimiento de quien nos transmite deudas y bienes; y de ahí su importancia.

La legislación europea ha incidido también en el terreno hereditario, aportando la creación del certificado sucesorio como un nuevo título sucesorio en nuestro derecho interno, que convive con los tradicionales: testamento y declaración de herederos, cuando el causante reside y fallece en país distinto a aquél en donde se encuentran sus bienes.

Aunque las normas impositivas y la carga del impuesto a soportar sean relevantes cuando nos enfrentamos a una transmisión de bienes *mortis causa*, desde un punto de vista estrictamente procesal y registral la cuestión principal es determinar los elementos subjetivos y objetivos que debe reunir toda partición. Y la finalidad en esta materia es que tanto los Notarios en las escrituras públicas, como los Jueces y Letrados de la Administración de Justicia en sus resoluciones, actúen de forma homogénea y coordinada con los Registradores. Estos últimos deciden el acceso de los títulos al Registro con su calificación; pero todos ellos deben controlar con criterios comunes, que los negocios jurídicos relativos a la división y adjudicación de los bienes que deja la persona tras su fallecimiento se practiquen de forma eficaz y satisfactoria, con plena seguridad jurídica para todos.

LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA NECESARIA REFORMULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

Francisco Lledó Yagüe
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 15 de abril de 2019
Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2019

RESUMEN: La Convención ha obligado a cambiar el enfoque e impone la distinción entre los distintos tipos de afectación. Sobre la base de la utilización de la palabra *discapacidad*, el legislador y el intérprete se encuentran ante situaciones diversas: (i) en primer lugar, podemos encontrar personas que, desde el punto de vista personal, *sean dependientes*. Ello ocurre con personas ancianas, quienes sufren enfermedades que impiden su autonomía, como los ciegos, los sordos o los que no pueden caminar por cualquier causa. La doctrina actual considera que esta es una situación que incluye un gran número de personas y para calificarles como tales, debe atenderse a su falta de autonomía personal “a la hora de realizar una o varias de las actividades básicas de la vida diaria, ya sea por razón de edad o de enfermedad” se añaden las personas que pueden ser calificadas como *discapacitadas*, que son las que “sufren una deficiencia física, sensorial o mental, que puede afectar en mayor o menor medida a su normal desenvolvimiento”.

ABSTRACT: The Convention had forced a change in approach and required a distinction to be made between different types of impact. On the basis of the use of the word disability, the legislator and the interpreter are faced with different situations: (i) first of all, we can find people who, from a personal point of view, are dependent. This is true of the elderly, who suffer from diseases that impede their autonomy, such as the blind, the deaf or those who cannot walk for any cause. The current doctrine considers that this is a situation that includes a large number of people and to qualify them as such, their lack of personal autonomy must be addressed to perform one or more of the basic activities of daily life, either because of age or illness” are added persons who may be qualified as disabled, who are those who suffer from a physical, sensory or mental impairment, which may affect to a greater or lesser extent their normal development”.

PALABRAS CLAVE: Convención, discapacidad, guarda de hecho, curador, tutela, representación.

KEYWORDS: Convention, disability, de facto guardianship, guardianship, representation.

SUMARIO: I) La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006): especial protección a las capacidades diferentes. II). Especial atención al artículo 12 de la Convención de Nueva York

D) LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2006): ESPECIAL PROTECCIÓN A LAS CAPACIDADES DIFERENTES.

La Convención ha obligado a cambiar el enfoque e impone la distinción entre los distintos tipos de afectación. Sobre la base de la utilización de la palabra *discapacidad*, el legislador y el intérprete se encuentran ante situaciones diversas: (i) en primer lugar, podemos encontrar personas que, desde el punto de vista personal, *sean dependientes*. Ello ocurre con personas ancianas, quienes sufren enfermedades que impiden su autonomía, como los ciegos, los sordos o los que no pueden caminar por cualquier causa³⁵⁰. La doctrina actual considera que esta es una situación que incluye un gran número de personas y para calificarles como tales, debe atenderse a su falta de autonomía personal “a la hora de realizar una o varias de las actividades básicas de la vida diaria, ya sea por razón de edad o de enfermedad” se añaden las personas que pueden ser calificadas como *discapacitadas*, que son las que “sufren una deficiencia física, sensorial o mental, que puede afectar en mayor o menor medida a su normal desenvolvimiento”³⁵¹.

Las dos anteriores categorías no modifican, por regla general, la capacidad de obrar de la persona. Nos encontramos ante personas que requieren un sistema positivo de protección, en el sentido de los complementos y atenciones a que se refiere el art. 49 CE, sistemas que pueden tener naturaleza general (p.e. la política de eliminación de barreras arquitectónicas, que pueden afectar a los poderes públicos en general y también a las comunidades de vecinos en las casas en régimen de propiedad horizontal, pero también particular, es decir, paliar la dependencia o minusvalía de la concreta persona³⁵²).

³⁵⁰ También GARCÍA GARNICA, M.C. “Incapacidad y dependencia (I), concepto y evolución jurídica” en GETE ALONSO (Dir.); SOLE RESINA (Cord.) *Tratado de Derecho de la persona física*. T. III. Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 173-210.

Véase, más extensamente, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, Derechos Humanos. Serie de Capacitación Profesional nº 15, en Concreto pág. 2 (examen art. 12), pág. 7 (en qué consiste y qué es, para qué sirve la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad), pág. 8 (qué países han ratificado la Convención y cuándo entrará ésta en vigor, y como se harán cumplir las obligaciones contenidas en la Convención) y pág. 9 (en qué consiste el Protocolo Facultativo, que da al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la autoridad para examinar denuncias individuales de violaciones de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención, cuando la persona haya agotado las vías de recurso en el nivel nacional. Los Estados Partes de la Convención deben firmar y ratificar el Protocolo Facultativo por separado, y deben ser parte de la Convención para poder hacerlo. Como se ha señalado, a fecha 1 de julio de 2008 había 18 Estados Partes del Protocolo Facultativo, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008).

También interesante el comentario de GARCÍA ALGUACIL, “Protección jurídica de las personas con discapacidad” en Editorial Reus, 2016, págs. 17 y 18, quien explica que la Convención plantea la situación de la discapacidad, no como una cuestión que discriminara, como hasta ahora ha sucedido, sino como una situación enmarcada en el ámbito de los derechos fundamentales a través de los que se trataría de promocionar la igualdad, la autonomía y la independencia de todas las personas con discapacidad.

³⁵¹ MUÑOZ ESCANDEU, I. *Op.cit.* (implementación de la Convención de la ONU), especialmente pág. 6 cuando concluye que el cambio de modelo implica una nueva definición de las figuras de guarda y, dado el amplio ámbito de aplicación de la Convención es natural que no especifique nada al respecto, pues corresponderá a cada Estado (con sus múltiples especificidades) realizar las adaptaciones que correspondan conforme a los principios de la misma.

Fundamental el estudio de mi compañera, VIVAS TESÓN I “El nuevo marco constitucional de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU del 13 de diciembre de 2016” en *Derecho Civil Constitucional*, Editorial Ariel, 2014, págs. 160 y siguientes.

Asimismo, conviene traer a colación el trabajo de AREVALO, E.J. en donde argumenta: “discurre sobre una noción de la vulnerabilidad que trascienda su vinculación con las situaciones de debilidad individual o colectiva sin excluirlas” y propone (en palabras textuales) “una concepción totalizadora del concepto, recordando que todo ser humano es esencialmente vulnerable...” en “La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad” en *IUS Revista del Instituto de atención jurídica de Pueblo México*, nº 36. Julio-diciembre, 2015, págs. 61-88.

³⁵² ROCA TRIAS, E. “Discapacidad y Protección de los derechos fundamentales” en *Protección Jurídica de la Persona con Discapacidad* (Coord.) SERRANO GARCÍA, I y CANDAU PEREZ, A. Edit. Tirant lo Blanch, 2018, pág. 18. También MUÑOZ ESCANDELL “Implementación de la Convención de la ONU sobre Acuerdos de las personas con discapacidad y realidad de las personas con enfermedad mental”.

File:///C:/Users/Admin/Downloads/Implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Convenci%C3%B3n%20de%20la%20ONU%20

Y así dice CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, por tanto, el tema se plantea en cuanto a la discapacidad psíquica y/o psicosocial y a su vez hemos de distinguir dentro de éstas según los tipos de discapacidad, a este respecto, son algunas las voces de preocupación por parte de la doctrina de la ausencia de referencias en la Convención a la diversidad dentro de la discapacidad pues, como hemos señalado anteriormente, las medidas necesarias para el goce y ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad física o sensorial son muy distintas de las que necesitan las personas con discapacidad psíquica o psicosocial³⁵³. Efectivamente, hasta el momento presente no toda discapacidad llevaba aparejada un proceso de incapacitación que llevase siempre a la falta absoluta de autonomía personal.

Las personas con discapacidad pasan a ser sujetos activos de derecho, dentro de la capacidad de obrar que consagra la Convención y con los apoyos externos que se necesiten, ahora bien, hay que tener sumo cuidado en las reformas legislativas que abordemos, hemos de establecer un abanico de mecanismos que permitan el fomento de la autonomía de las personas con discapacidad e impidan los abusos o influencias indebidas. En este sentido, la sociedad tiene ante sí un reto, y como señala la doctrina “el reto del artículo 12 requerirá de los Estados, de los legisladores, de los operadores jurídicos y de los tejidos sociales un enorme esfuerzo de creatividad e imaginación para establecer normativamente nuevas instituciones, basadas en otros valores, principios y conceptos”³⁵⁴.

En nuestro Cc vemos de *lege lata* se mantiene el sistema de incapacitación como principio protector del incapaz (que padezca severas anomalías físicas o psíquicas que le impidan el autogobierno de su persona). Y es como muy bien expresa CLEMENTE MEORO *Cabe considerar que toda persona impedida para gobernarse a sí misma padece una discapacidad, pero no toda discapacidad supone incapacidad. Y así concluye: la incapacitación supone un cambio de estado civil; lo que no se da con la declaración de discapacidad. El incapacitado sometido a tutela es sustituido por el tutor en cuanto a la realización de actos jurídicos, salvo los que pueda realizar por sí mismo conforme a la ley o la sentencia de incapacitación (arts. 267 Cc y 760 LEC). Sin embargo, las normas relativas a las personas con discapacidad parten de un planteamiento completamente distinto, el de su integración social y reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de su vida (cfr. Art. 12.2 de la Convención de Nueva York)*³⁵⁵.

II) ESPECIAL ATENCIÓN AL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK

Nos explica acertadamente MUÑOZ ESCANDELL la interacción entre los derechos de la Convención y la realidad de las personas con enfermedad mental, y pone de manifiesto que: la Convención propone un modelo social frente a un modelo médico-asistencial, fundamentado en la libertad personal sin discriminación alguna y dando al ser humano el lugar que le corresponde como tal. Como el propio texto indica en su artículo 1, su propósito es “*promover, proteger, y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”.

Desde esta perspectiva se plantea su artículo 12, el reto más destacado en relación al igual reconocimiento de toda persona con discapacidad ante la ley, reconociendo su personalidad y capacidad jurídicas en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

sobre%20los%20derechos%20de%20las%20persona.pdf

También, (necesaria la lectura) de GARCÍA GARNICA, op. cit. (*Incapacidad y dependencia*) págs. 173-210.

³⁵³ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ “La Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el notario “OMBUANAN SOCIAL”.

³⁵⁴ CASTRO-GIRONA MARTINEZ. “La Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial”.

³⁵⁵ CLEMENTE MEORO, M.E. “Consentimiento prestado por persona discapacitada no incapacitada y Derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Consideraciones en torno a la STC 208/2013 de 16 diciembre” en *Derecho Privado y Constitución*. Nº 28, enero-diciembre 2014, pág. 175.

También en cita del propio autor Vid. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho privado español” en *Capacidad jurídica y discapacidad. Un estudio de Derecho privado comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuaderno de Trabajo nº 7, España: Derecho Común, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, 2009ª, págs. 31 y ss.

Con este objetivo se arbitrarán las medidas precisas para proporcionarles el necesario apoyo en su ejercicio y las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de derechos humanos. En ningún lugar se matiza: “excepto las personas cuya discapacidad tenga su origen en una enfermedad mental”.

El sistema de sustitución que nuestra tradición romana ha consolidado se muestra contradictorio con este precepto y la experiencia vivida lo presenta además como ineficaz. Por ello se hace necesario un nuevo sistema, un verdadero modelo de derechos humanos como el que instaura la Convención, que proteja a la persona desde su consideración como tal, desde su libertad y dignidad³⁵⁶.

Afirma con razón MONDEJAR PEÑA que la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo Facultativo, aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) han promovido un cambio fundamental en el sistema de protección de las personas discapacitadas, al optar por un modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones y no por uno de representación³⁵⁷. No obstante, añadimos

³⁵⁶ MUÑOZ ESCANDELL, I. “Implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y realidad de las personas con enfermedad mental”. Curso “De la Implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación por los operadores jurídicos y sociales: especial referencia al art. 12”. Mesa redonda “Las Asociaciones representativas de las personas con discapacidad en la defensa de los derechos reconocidos en la Convención. La Litigación estratégica”, págs. 3-12.

Y concluye que *el gran desafío al que nos enfrentamos por tanto es la implementación del Tratado, pero ésta difícilmente se producirá de manera espontánea, por lo que urge una auténtica revolución en nuestros comportamientos a partir de una profunda evolución moral. Desde ahí nos habremos de preguntar cómo afectan a nuestra escala de valores el mantenimiento de figuras jurídicas que contradicen los derechos humanos y actuar en consecuencia. Según Luigi Ferrajoli, “la diferencia abismal entre los derechos solemnemente proclamados en las diferentes cartas constitucionales y la desoladora ausencia de garantías que los aseguren, resulta contraria al derecho positivo vigente y se debe, principalmente, no ya a dificultades técnicas sino a la permanente falta de disposición de los poderes -cualesquiera que sean- a sufrir el coste de los límites, las reglas y los controles”* ver especialmente págs. 11-12.

Naturalmente es de necesaria lectura la propia *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Naciones Unidas. Derechos humanos, oficina del alto comisionado para los derechos humanos. Serie de Capacitación profesional n° 15. Nueva York, Ginebra, 2008. Especial atención al tenor del art. 12. Y la explicación que la Convención tiene un carácter amplio, que los “Estados parte” están obligados a garantizar y promover la plena realización de todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales de las personas con discapacidad, y que la Convención supone una mejora respecto de los mecanismos de vigilancia de los Tratados internacionales de derechos humanos.*

³⁵⁷ MONDEJAR PEÑA, M.I. “La Guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” en RJUAM n° 31, 2015, pág. 370. Al respecto declara en el artículo 12:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas (...).

(A nuestro juicio un auténtico “brindis al sol...” Nos recuerda la crítica del insigne LÁZARO CARRETER, cuando hablaba de la “cáscara fónica de las palabras...”)

Véase también, VILLERO CROVETTO, B. “Implicaciones del art. 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el sistema jurídico español” en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José González Gaseira*. Coord. Dominguez Liébana, 2012, pag. 109-162. Y también, Dictamen del Consejo Económico y Social de 24 de octubre de 2018 sobre el anteproyecto de ley por la que se Reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (se destaca que este art. 12 de la Convención, debe impulsar la adaptación del ordenamiento jurídico español a las obligaciones que establece la Convención de Nueva York a los “Estados parte” (vide pag. 21).

En la misma línea ALONSO PARREÑO, M^a J. “La propuesta de reforma del Código Civil en materia de discapacidad en <http://hoyderecho.expansion.com/2019/05/01/> la propuesta de reforma del código civil en materia de discapacidad. Y se

nosotros, habrá que aclarar en la práctica la “realidad de los sistemas de apoyo necesarios “.....”, ya que puede derivar en una representación atípica.....

La adaptación de la Convención requiere adaptar las normas internas al espíritu y a la terminología de este texto internacional; en este sentido, deberá hablarse de figuras de apoyo al “discapacitado”, y sustituir el término incapacitado por “persona con capacidad modificada”. También resultará preciso profundizar en la necesidad de crear nuevos mecanismos y procedimientos de apoyo para garantizar que la modificación de la capacidad de obrar sea estrictamente necesaria y el apoyo cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido, (sí pero, añadimos nosotros, ello requiere medios materiales y humanos.....) La necesidad de apoyo puede venir referida a decisiones patrimoniales, personales, sociales, de trabajo, salud, vida independiente, o de cualquier otra índole. La Convención no enumera las clases de apoyo que pueden prestarse al discapaz, establece un sistema abierto, en el que sólo excepcionalmente se requerirá la incapacitación, o mejor dicho en términos de la Convención, la modificación de la capacidad del discapaz (Lo difícil es la concreción, es fácil navegar en la abstracción...). En principio, se estima suficiente un cargo que apoye al discapaz sin necesidad de que éste sea su representante³⁵⁸.

En el Derecho español existen dos figuras que pueden servir a este propósito, por un lado, se encuentra la figura del *curador*, y por otro, la del *guardador de hecho*, quien de facto apoya a la persona discapacitada sin que previamente se haya incoado un procedimiento de modificación de su capacidad y sin que necesariamente las autoridades tengan conocimiento de su existencia³⁵⁹.

La cuestión fundamental en el análisis de la Convención de Nueva York (13 de diciembre de 2006) supone un salto cualitativo en el ámbito de la interpretación de la “incapacidad”, con un talante claramente garantista. Ya que se dice que todas las personas que sufran algún tipo de discapacidad “física, psíquica, sensorial, funcional o intelectual son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones con capacidad jurídica y de obrar, en igualdad de condiciones. Lo que hemos visto ha obligado al prelegislador, en la redacción del anteproyecto de ley, a llevar a cabo una profunda revisión y adaptación no sólo de los conceptos jurídicos (capacidad jurídica y de obrar; sino también de las instituciones de guarda, potenciando la curatela y reconociendo y reglamentando la figura de la guarda de hecho (como analizaremos *infra*).

“Desde el punto de vista normativo, la Convención adopta el modelo de los Derechos humanos, según el cual la persona con cualquier tipo de discapacidad tiene reconocidos y garantizados todos los derechos en igualdad de condiciones que los otros, así como la preocupación de toda la administración pública y los actores sociales porque se cumpla ese reconocimiento y se otorguen

concluye que no ha de olvidarse que el art. 12 de la Convención es de aplicación y entra en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008.

También GARCÍA LORENTE, J. “La Convención y el derecho de defensa” en *Curso De la implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación por los operadores jurídicos y sociales: especial referencia al art. 12*. Consejo General del Poder Judicial. Zaragoza, 5-7 de mayo de 2010 <file:///C:/Users/Admin/Downloads/La%20Convenci%C3%B3n%20y%20el%20derecho%20de%20defensa.pdf> Pág.5. Y concluye el autor: El instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, publicado en el B.O.E. n° 96 de 21 de abril de 2008, contiene tres normas específicas que inciden en el Derecho de Defensa, e impulsan la modificación de determinados procedimientos, entre ellos los de Modificación de la Capacidad de Obrar, las Incapacidades Laborales, las Declaraciones de Discapacidad, y las Valoraciones de las Situaciones de Dependencia y sus efectos.

También RIO FERNÁNDEZ, L. “La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación al derecho privado” en *Curso De la implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación por los operadores jurídicos y sociales: especial referencia al art. 12*. Consejo General del Poder Judicial. Zaragoza, 5-7 de mayo de 2010. Págs. 3,4,14. El autor resalta el hecho de la unificación de la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable. Se impone “mecanismos de apoyo adecuados para garantizar a la persona con discapacidad su “plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico. Asimismo, se restringe y limita el instrumento de la incapacitación. Y se robustece la capacidad de las personas con discapacidad solas o con “apoyos” para que puedan informar en todos los negocios jurídicos.

³⁵⁸ MONDEJAR PEÑA, M.I. *Op. cit.* pág. 371 y también de MONDEJAR PEÑA, M.I. “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho” en *Derecho de Familia*, Editorial Thomson Reuters, 2011, págs. 2013 - 2078.

³⁵⁹ MONDEJAR PEÑA, M.I. *Op. cit.* pág. 371. Y también el mismo autor, “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho” en *Derecho de Familia*, Edit. Thomson Reuters, 2011, págs. 2013 a 2078. Asimismo, LESCANO FERIA, P. *La guarda de hecho*. Edit. Dykinson, Madrid, 2017. Quien nos da una definición acertada de la Guarda de hecho, diferenciándola de la “gestión de negocios ajenos (*vide* pág. 44). Establece con claridad sistemática las “fases de la Guarda de hecho” (págs. 54-83).

los medios necesarios para que satisfaga su interés. Bajo esta perspectiva, la persona con discapacidad, es para todo, “sujeto de derecho” y no objeto de meras políticas asistenciales que tienen un perfil más de beneficencia y solidaridad que de verdadero respeto de los derechos (¿sí, pero cómo se aplica en la realidad, en la vida cotidiana de residencias de “tercera edad” y los juzgados y su XXXX interpretativa...?). Durante mucho tiempo, en incluso ahora, se ha tenido una concepción errada del discapacitado, otorgándole el sello indeleble de “enfermo” que necesita medidas para tratar su “minusvalía” y protección frente a los actos de terceros. En esta situación, el “mejor” mecanismo de defensa era el aislamiento y la no participación en la sociedad. Este contexto va en contra de la Convención, por ello habrá que proveer una solución más acorde con su espíritu, lo que no implica estructurar un modelo específico de Derechos para la persona con discapacidad por ser diferente; sino, promover, de manera general, el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones y eliminar cualquier tipo de práctica social que la discrimine en razón de su discapacidad, colocándola en situaciones de desventaja frente a los demás (añadimos por nuestra parte, “la teoría no se compadece con la práctica”...). Para lograr el objetivo, el discapacitado debe tener la posibilidad de actuar con verdadera autonomía e independencia individual y tomar sus propias decisiones. En este contexto resulta de interés la capacidad jurídica la que es “condición *sine que non* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades” y se accede a toda una gama de derechos acorde con la dignidad de la persona. No obstante, la capacidad jurídica ha sido tratada, exclusivamente, por el Derecho privado, el cual, acorde a su función, intenta intervenir en el tráfico jurídico con el fin de proteger la seguridad de éste; olvidando que detrás existe un conjunto de personas que claman por ser escuchadas y pretenden ser los artífices de cada aspecto de su vida. Ahora, ya es tiempo de abordar la capacidad jurídica desde la óptica de los derechos humanos y para este cometido la Convención de las Naciones Unidas ha plasmado su enfoque social³⁶⁰. A nuestro juicio, la interpretación conceptual en la terminología de la Convención de Nueva York es muy distinta al modo de entender “capacidad jurídica *versus* capacidad de obrar” en muchos textos legales.

Así, dice GARCÍA ALGUACIL, que la Convención ha incorporado dos elementos esenciales en el marco de la discapacidad: por una parte, el papel determinante de la persona con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás, independientemente de la disfunción física o psíquica que padezca; y por otro, la necesidad de apoyos puntuales con los que habrá de contar la misma, a fin de poder ejercitar todos y cada uno de sus derechos, sin tener para ello que sustituirse en su voluntad³⁶¹.

La primera se refiere a los derechos. La Convención exige tratar la discapacidad desde la perspectiva de los derechos y no desde una perspectiva asistencial. Exige dejar de lado la solidaridad y la caridad mal entendidas para pasar a considerar la discapacidad como un discurso fuerte en el que tengan acogidas las demandas éticamente justificadas y amparadas por el modelo de la diversidad. Y así se repite insistentemente que la discapacidad no es producto tanto de la enfermedad como de la situación en la que se encuentran ubicadas esas personas en la sociedad. Y finalmente la tercera, se refiere al concepto de capacidad jurídica a la que alude el art. 12, cuya adaptación legislativa aún no se ha producido³⁶². Pero de la lectura del texto de la Convención, el concepto de capacidad jurídica, es diferente al modo de entenderla en nuestro Código civil.

Y como dice CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ahora bien, no sólo el artículo 12 impone esta obligación a los Estados firmantes; sino que a lo largo de todo su articulado enumera las medidas necesarias, que deberán adoptar los diferentes países signatarios, para remover los obstáculos que puedan suponer desigualdad o trato discriminatorio respecto de las personas con discapacidad, así, pensemos en el artículo 8, que habla de “promover la toma de conciencia respecto de las capacidades.... de las personas con discapacidad” o en el artículo 26 que señala

³⁶⁰ MONDEJAR PEÑA, M.I. *Op. cit.* pág. 371. Es interesante y bien centrado el comentario de LESCANO FERIA, P. “La guarda de hecho a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” en *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* (Dir.) ALCAIN MARTINEZ, E. (coord.) ALVAREZ RAMIREZ, G., Edit. Tirant Lo Blanch, 2015.

³⁶¹ GARCIA ALGUACIL, M.J. *Op. cit.* (“La protección jurídica de las personas con discapacidad”) págs. 18 y 19, y cita la autora a AZUA BERRA, P. “Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*. Dir. PÉREZ BUENO, L.C., Edit. Thomson-Reuters, Navarra, 2009, pág. 140.

³⁶² GARCIA ALGUACIL, M.J. *Op. cit.* pág. 19

que los Estados adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el “apoyo” de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación en todos los aspectos de la vida, o el artículo 32.1 que, basándose en la importancia de la cooperación internacional, señala como medida “el facilitar y apoyar el fomento de la capacidad incluso mediante el intercambio y la distribución de información, experiencias, programas de formación y prácticas recomendadas entre los Estados”³⁶³.

En fin, la idea es, siguiendo la inteligencia de la Convención de Nueva York (otra cuestión distinta será la adaptación y extrapolación de estos principios a las distintas legislaciones de los diferentes países) implica un cambio de mentalidad, en la que están comprometidos todos los operadores jurídicos, sociales y económicos que convierten en realidad estos requisitos reformistas.

Así las cosas, la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York, y su protocolo, no tiene otro propósito que promover el “goce en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad”³⁶⁴. Que no deja de ser una pleonástica declaración de principios (“en el cielo de los conceptos” como diría el maestro I. Hering).

Como dice PEREÑA VICENTE, la Convención supone una oportunidad única para llevar a cabo una reflexión seria sobre qué modelo queremos para los más vulnerables de nuestra sociedad, para nosotros mismos si nos llegamos a encontrar en tal situación. En esta reflexión debemos escuchar lo que nos dicen quienes día a día están al lado de las personas vulnerables: los que ejercen los cargos tutelares, los médicos y las familias, que son las grandes olvidadas de estas reformas. Quizás, algunos deben olvidar ciertos dogmatismos y otros el espejismo que produce utilizar eufemismos y palabras políticamente correctas para designar realidades dolorosas y, en muchos casos, límite. Podemos hablar de un sistema de apoyos sin hacer referencia a incapacitación ni a tutela, pero ¿en qué va a consistir la labor de quien presta el apoyo cuando la persona a la que apoya no está en condiciones físicas o psíquicas de manifestar su voluntad? Podremos llamarlo de muchas maneras, pero al final su labor será la que ahora corresponde al tutor, es difícil inventar otra forma de “apoyar” a la persona vulnerable en los casos más graves. Y, si la enfermedad no es totalmente incapacitante, podremos designar una persona que preste esos apoyos, y esa es, precisamente, la labor actual del curador³⁶⁵.

De ahí que sea muy importante, como dice CAMPO IZQUIERDO, saber **“para qué y por qué”**

³⁶³ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, “La Convención...” *Op. cit.* Asimismo, muy recomendable MERINO HERNÁNDEZ, J.L., “Nuevo Tratamiento de la discapacidad en el Código Civil Español” en *Standum est Chartae* (Revista digital del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza), último número. Reafirma el criterio que la capacidad jurídica y capacidad de obrar se “erigen en pilares básicos...”

También remitirnos al interesante documento de trabajo elaborado por el Ministerio de Justicia sobre la posible reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente. Cuyos criterios, como se refiere a la unificación de la capacidad jurídica y de obrar, y ahora sólo de *lege ferenda* se hablará de capacidad jurídica. Se suprime la incapacitación, y es sustituida por un “sistema de apoyo” (un “traje a medida” del sujeto incapaz), siempre que respetando su “autonomía y el derecho de autodeterminación”. Como dice el Documento de Trabajo, siempre respetándose “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” y así se dice, que la “modificación de la capacidad” será la estrictamente necesaria para proteger los intereses de la persona. Se modifica el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así se profundiza en la “exigencia de determinar en la sentencia los actos o categoría de actos que la persona con capacidad modificada no puede realizar por sí sola y se potencia la figura de “apoyo y protección más adecuada”.

³⁶⁴ Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (29 de noviembre de 2018) - Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), pág. 4.

³⁶⁵ PEREÑA VICENTE, M. “La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica” en *LA LEY 15234/2011*, pág. 5. Como bien dice CUENCA GÓMEZ, P., aunque desde el año 2009 se inició una nueva etapa en la jurisprudencia del tribunal Supremo que afirma que ña incapacitación debe articularse como un “traje a medida” en función de la concreta situación de la persona y que defiende la curatela, entendida como una figura de asistencia, como régimen preferente frente a la sustitución general que supone la tutela, esta nueva jurisprudencia todavía no es seguida mayoritariamente por las sentencias de instancia y, en todo caso, continúa admitiendo la procedencia de la limitación, incluso total, de la capacidad de obrar y la posibilidad de recurrir a la tutela, y a la sustitución absoluta voluntad, para la protección del mejor interés de la persona como medida excepcional. Por todo ello, resulta imprescindible acometer con urgencia –y en diálogo constructivo con el movimiento de las personas con discapacidad de acuerdo a los mandatos de la *Convención*– la revisión de la regulación civil española de la capacidad jurídica. “Reflexiones sobre el anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad de las personas con discapacidad” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho-CEFD*. N° 38, 2018. ISSN: 1138-9877, 10.7203/CEFD, 38.12549, especialmente pág. 84.

se inicia el proceso y si la estimación de esta pretensión va a suponer algún beneficio a la persona. Estas dos cuestiones se las debe plantear quien presente la demanda, así como los fiscales y los jueces, sabiendo que, si con la sentencia no se genera un real y práctico beneficio a la persona con discapacidad, algo se ha hecho mal. En este sentido, la función del juez no es solo la del árbitro o director del proceso, sino que también pasa a ser activo integrante del mismo, sin ser una parte procesal, pero interesado en la aportación de todo el material probatorio: informes, audiciones de parientes, examen personal de la persona con discapacidad, a fin de obtener una imagen real de lo que sucede y adoptar las medidas de apoyo adecuadas³⁶⁶.

La protección de la persona vulnerable es un tema muy complejo en el que cada caso es diferente y en el que, por desgracia, no existen soluciones milagro. Comencemos por mejorar lo que tenemos, por reclamar más medios en el ámbito judicial, más formación, que también es una de las exigencias de la Convención, pero nadie lo menciona, más especialización. El legislador debería ser más riguroso en las reformas que introduce y debemos vigilar por que la incorporación, plausible y deseada del principio de autonomía de la voluntad no suponga una contractualización de la protección de las personas vulnerables como está ocurriendo con los poderes preventivos, ya que una institución tipificada para agilizar el tráfico jurídico se está aplicando sin matices y sin las necesarias adaptaciones para una finalidad que no era la suya y esto puede generar graves perjuicios para la persona que, entre otras cosas, va a quedar desprotegida frente a sus propios actos que seguirán presumiéndose válidos³⁶⁷. No podemos estar más de acuerdo con estas sensatas afirmaciones.

³⁶⁶ CAMPO IZQUIERDO, A. L. “Los procesos judiciales a la luz de la Convención de Nueva York, derechos de las personas con discapacidad” en *Ley Derecho de familia*. Nº 2, abril 2014, págs. 3-4

³⁶⁷ PEREÑA VICENTE, M. “La Convención de Naciones Unidas...” *Op. cit.* Pág. 2.

