

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

Número 8, Época I, Enero 2016 - Julio 2016

ISSN: 2340-4647



IURE LICET
ABOGADOS

Dykinson, S.L.

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

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

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2340-4647

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 BARRENGOIA

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Deusto*

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

*Profesor Encargado de Derecho Procesal
Universidad de Deusto*

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado especialista en Derecho Penal Económico

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

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Encargado de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Abogado especialista
en Derecho Penal Económico**

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

Profesora Encargada de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Granada

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de las Islas Baleares

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de las Islas Baleares

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor
honoris causa por las Universidades de Messina y
Pontificia Universidad Católica del Perú.**
Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil.
Universidad de Deusto

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador.

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de
Derecho Internacional Privado.**
Universidad de las Islas Baleares

ÁNGEL REBOLLEDO 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

LUIS ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA

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

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao.

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

**Magistrado. Ex presidente del Tribunal Superior de
Justicia del País Vasco.**

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal.
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ CORTÁZAR

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

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

PRESIDENTE

LORENZO MORILLAS CUEVA
Catedrático de Derecho Penal
y Ex rector de la Universidad de Granada.
Universidad de Granada

VOCALES

CARME CHACÓN PIQUERAS
Ex Ministra de Defensa y Vivienda. Professor in
Residence en Miami Dade College.

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

ANTONIO FLAMINI
Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de
Camerino. Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Camerino

JEAN-BERNARD AUBY
Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad
de París XII. Profesor de Derecho Público en la
Universidad de SciencesPo Paris.
Universidad de SciencesPo Paris

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO
Fiscal Antimafia de la República de Italia. Procurador
Nacional Antimafia de Italia.

LEOPOLDO CALVO- SOTELO IBAÑEZ-MARTIN
Máster en The Fletcher School of Law and Diplomacy,
Tufts University. Ex Subsecretario del Ministerio del
Interior, Letrado Mayor de la Sección Cuarta del Consejo
de Estado.

LORENZO MEZZASOMA
Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Miembro
del Consejo Superior de la Magistratura. Catedrático
Derecho Civil.
Universidad de Perugia

CAMILO CELA CONDE
Director del Laboratorio de Sistemática humana.
Universidad de las Islas Baleares

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

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

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la
Universidad de La Sapienza. Doctor Honoris Causa por
la Universidad de Almería.
Universidad de Barcelona

LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA
Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de
Abogados de Familia. Abogado del Ilustre Colegio de
Abogados de Madrid.

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris
causa por las Universidades de Messina y Pontificia
Universidad Católica del Perú.
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GARCÍA DE CORTAZAR RUIZ DE AGUIRRE
Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de
Mayo, Nación y Libertad.
Premio Nacional de Historia.

ASTOLFO DI AMATO
Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad
de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte
Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la
Magistratura.

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Madrid.
LLORENÇ HUGUET ROTGER
Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático
de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.
Universidad de las Islas Baleares

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO
Máster en Derecho y Doctor en Derecho. Consejero de
la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995)
y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad
Nueva de Lisboa.

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal. Miembro de la
Asociación Internacional de Derecho Penal y
Vocal Permanente de la Comisión General de
Codificación desde 2005.
Universidad de Valencia

VASCO PEREIRA DA SILVA
Catedrático de Derecho Constitucional y Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Portuguesa. Doctor Honoris Causa
por la Universidade do Planalto Catarinense.
Universidad de Lisboa

EDUARDO VERACRUZ PINTO
Profesor 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

@5N5FCFC8F= I 9N5F=NS
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Granada

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. Ex presidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

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.

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

Profesor Titular de Derecho Civil y de Derecho Notarial. Notario.

Universidad de La Habana

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

Abogada en el Despacho Suarez y Sanche. Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil.

Universidad de Costa Rica y Universidad Latina

NICOLÁS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político.

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ

Catedrático de Derecho Civil. Consejero del Consejo General del Poder Judicial.

ALFONSO CANDAU PÉREZ

Registrado de la Propiedad. Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España.

INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

Profesora Titular de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho Económico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho.

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Catedrática de Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral).

Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil.

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCÍA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil. Directora del Instituto Universitario de Investigación en Mediación y Gestión de conflictos de la UCM.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTÍNEZ

Abogado egresado en la UFT. Especialización en Criminología y Derecho Constitucional.

Universidad Fermín Toro

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado.

Universidad Católica del Uruguay

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

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

Universidad Columbia LawSchool NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil.

Universidad de las Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho Mercantil.

Universidad de las 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.

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 LÓPEZ

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 de Civil.

Universidad de las Islas Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular de Derecho Civil.

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia.

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

Doctora en Sociología.

Universidad Pablo de Olavide

A 5F-5 >9GI G75J 5

Catedrática de Historia Contemporánea

Universidad de Deusto

ÍNDICE

I. PORTADA EDITORIAL

COMPLIANCE: EL CUMPLIMIENTO Y BUEN GOBIERNO DE LAS ORGANIZACIONES “UNA NUEVA REALIDAD SOCIAL: LA EXIGENCIA OBLIGADA DE UN CÓDIGO ÉTICO DE CONDUCTA EMPRESARIAL”

.....13-16 págs.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

SOCIO FUNDADOR DE IURE LICET ABOGADOS

OSCAR MONJE BALMASEDA

SOCIO FUNDADOR DE IURE LICET ABOGADOS

II. ARTÍCULOS DOCTRINALES

1. LAS RELACIONES DE ESPAÑA CON EL MAGREB: VECINDAD, AMISTAD Y SEGURIDAD EN EL MEDITERRÁNEO OCCIDENTAL (PARTE II)

.....17-38 págs.

MARÍA DOLORES ALGORA WEBER

*Investigadora Principal del Grupo MESIMA e investigadora en el Proyecto I+D+i:
“La Dimensión internacional de las transformaciones políticas en el mundo árabe”
Universidad CEU San Pablo.*

2. LA PROTECCIÓN DE LOS COMPRADORES DE VIVIENDA EN SITUACIÓN DE PREHORIZONTALIDAD “SOBRE PLANO”

.....39-52 págs.

BEATRIZ CORREDOR SIERRA

Registradora de la Propiedad.

*Directora de Relaciones Institucionales del Colegio de Registradores de la Propiedad y
Mercantiles España.*

Profesora en el Master de Acceso a la Abogacía (Universidad Nebrija).

Ministra de Vivienda (2008-2010).

Secretaria de Estado de Vivienda y Actuaciones Urbanas (2010-2011).

3. MENORES Y REDES SOCIALES: NUEVOS DESAFÍOS JURÍDICOS

.....53-67 págs.

MIRIAM GUARDIOLA SALMERÓN

Abogada especialista en Nuevas Tecnologías y Menores.

4. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO SUCESORIO

.....68-81 págs.

MARÍA ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Contratada Doctora.

Universidad de Valencia.

5. **¿POR QUÉ EL CÓNYUGE VIUDO NO COLACIONA?**
.....82-100 págs.

MARÍA TERESA PÉREZ GIMÉNEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil.
Universidad de Jaén.

6. **EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ¿UNA MATERIA PENDIENTE?**
.....101-124 págs.

MARIANA DE LORENZI
Doctora en Derecho (Universitat de Barcelona).
Abogada Especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario).
Miembro de A.F.I.N.
Docente invitada en la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano.

7. **EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL CASO OBERGEFELL Y LOS PROBLEMAS NO RESUELTOS QUE DE ESTE DERIVA**
.....125-137 págs.

ROBERTO GARETTO
Doctor en Derecho.
Università degli Studi di Camerino.

8. **LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DE DIGNIDAD EN MALI**
.....138-145 págs.

FRANÇOISE BASTIEN-RABNER
Magistrada y antigua Profesora de universidad
Directora de proyectos en Abogados sin fronteras-Francia.

9. **EVENT REPRESENTATION AND LEGAL DISCUSSION: NOVEL LINGUISTIC THEORY PROVIDES FRAMEWORK TO IDENTIFY GRAMMATICAL TACTICS AT THE SERVICE OF LEGAL AUTHORS' GOALS**
.....146-155 págs.

PAULA DELGADO LOCKHART
Licenciada en Traducción Jurídica.
Profesora Asistente de Traducción Jurídica (Universidad de Montevideo).
Ex Profesora Asistente de Análisis del Discurso con Lingüística Sistemático Funcional (Universidad de Montevideo).

10. **EL TIPO AGRAVADO E HIPERAGRAVADO DEL ARTÍCULO 282 BIS**
.....156-178 págs.

IGNACIO LLEDÓ BENITO
Doctor en Derecho.
Abogado especialista en Derecho Penal Económico.

11. APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EUROPA. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES A DEBATE

.....179-200 págs.

ANA ISABEL HERRÁN ORTIZ
Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad de Deusto.

12. LA PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS EUROPEAS EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. ANÁLISIS DE LA EFICACIA PRÁCTICA DEL REGLAMENTO DE OBSTÁCULOS AL COMERCIO (PARTE I)

.....201-213 págs.

NAIARA ARRIOLA ECHANIZ
Profesora Doctora Encargada de Derecho Constitucional.
Universidad de Deusto.

13. LA USURA Y SU APLICACIÓN AL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO

.....214-245 págs.

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil.
Universidad Complutense de Madrid.

14. A VUELTAS CON EL COSTE DE LA CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LAS PERMUTAS FINANCIERAS O SWAPS

.....246-254 págs.

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS
Abogado en Iure Licet Abogados.

15. IMPORTANCIA DEL GOBIERNO CORPORATIVO COMO HERRAMIENTA PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE LAS EMPRESAS COTIZADAS Y NO COTIZADAS Y LAS MEJORAS RECIENTES A LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

.....255-264 págs.

JESSICA MARÍA REYES SEPÚLVEDA
Abogada.
Máster en Derecho Procesal Civil.
Máster en Derecho Bancario y de los Mercados e Instituciones Financieras

16. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR EN ANDALUCÍA: UNA QUIEBRA EN LA PROTECCIÓN DE LA Y EL MENOR (I)

.....265-275 págs.

LUCÍA I. SERRANO SÁNCHEZ
Abogada.
Doctoranda del programa de Ciencias Jurídicas (Universidad de Granada).

III. RECENSIONES

1. **DI PORTO A., RES IN USU PUBLICO E "BENI COMUNI". IL NODO DELLA TUTELA**
..... 276-281 págs.

ANTONIO FERNÁNDEZ BUJÁN

*Catedrático de Derecho Romano en la Universidad Autónoma de Madrid
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*

2. **EXPANSIONISMO, NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD Y PROCESO PENAL EN LOS INICIOS DEL SIGLO XXI. MEMORIAS DEL IX ENCUENTRO INTERNACIONAL: ESCUELA DE VERANO DE LA HABANA 2013 SOBRE TEMAS PENALES CONTEMPORÁNEOS Y X CONGRESO INTERNACIONAL DE LA SOCIEDAD CUBANA DE CIENCIAS PENALES, EN HOMENAJE AL DR. RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA**
..... 282-284 págs.

YELINE RAMOS GONZÁLEZ

*Licenciada en Relaciones Internacionales por el Instituto Superior de Relaciones Internacionales "Raúl Roa García", Habana.
Máster en Relaciones Internacionales y Derecho Internacional Público por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, España.*

3. **ANTES Y DESPUÉS DE LOS MASS MEDIA. ACTORES Y ESTRATEGIAS COMUNICATIVAS**
..... 285-286 págs.

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS

Abogado en IURE LICET

4. **TERRORISMO EN EL SIGLO XXI (LA RESPUESTA PENAL EN EL ESCENARIO MUNDIAL)**
..... 287 págs.

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

*Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Deusto.*

5. **TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL Y PROCESAL DEL DOPAJE EN EL DEPORTE**
..... 288-290 págs.

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Doctor en Derecho Internacional y Abogado Penalista.

6. **MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL**
..... 291-292 págs.

ANDREA GUERRERO GARCÍA

*Graduada en Derecho
Master in International Law, Foreign Trade and International Relations
Prácticas en IURE LICET*

7. INTERVENCION SOCIAL CON MENORES PROMOCIONANDO LA PRACTICA PROFESIONAL.ESPAÑA
..... 293-296 págs.

LOURDES NIETO CABRERA
Graduada en Enfermería
Master Salud física y deporte

8. EL DERECHO PENAL DE LOS INICIOS DEL SIGLO XXI EN LA ENCRUCIJADA ENTRE LAS GARANTÍAS PENALES Y EL EXPANSIONISMO IRRACIONAL, HOMENAJE AL DR. RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA, PRESIDENTE DE HONOR DE LA SOCIEDAD CUBANA DE CIENCIAS PENALES
..... 297-299 págs.

YELINE RAMOS GONZÁLEZ
Licenciada en Relaciones Internacionales por el Instituto Superior de Relaciones Internacionales “Raúl Roa García”, Habana.
Máster en Relaciones Internacionales y Derecho Internacional Público por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, España.

COMPLIANCE: EL CUMPLIMIENTO Y BUEN GOBIERNO DE LAS ORGANIZACIONES, “UNA NUEVA REALIDAD SOCIAL: LA EXIGENCIA OBLIGADA DE UN CÓDIGO ÉTICO DE CONDUCTA EMPRESARIAL”

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE Y OSCAR MONJE BALMASEDA
Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

Vivimos tiempos de cambios de modificaciones intensas y extensas en la Sociedad, golpeado por crisis económicas “voraces” y cambios sociopolíticos y geoestratégicos de impacto global. En este ámbito y encontrándonos en las exigencias de una sociedad que no tolera comportamientos corruptos o falta de la más elemental ética, es donde debemos centrar el tema que nos ocupa, el “Compliance”.

En realidad, este término es un anglicismo más, importado de fuera y que se incorpora a una Sociedad que cada vez se contamina más de “extranjerismos” en demérito de una traducción terminológica utilizando términos castellanos, técnicamente más apropiados, como sería el de “cumplimiento normativo”.

Es así, que la importancia social de lo que de forma resumida vamos a explicar en este comentario, encuentra su razón de ser en la “imputación de la responsabilidad general de la persona jurídica” de acuerdo con el reformado artículo 31 bis del Código Penal.

En este sentido, el “Compliance” y su aplicación en el seno de las organizaciones empresariales no tendría otra función que poner en marcha un mecanismo de “controles” que deben cumplir las empresas. Esto es “medidas de prevención” y “detección de delitos” con el objetivo ulterior de obtener, en caso de comisión efectiva del delito la atenuación y/o exoneración de la responsabilidad penal.

Volviendo al importante y clarificador artículo. 31bis del Código Penal, las personas jurídicas solo serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales, por ejemplo administrador de derecho y/o de hecho, siempre y cuando como ha dicho con razón AYALA DE LA TORRE J.M. estos últimos “controlen de hecho la gestión social, sin ostentar un cargo formal”, en (Clases Prácticas Francis Lefebvre, Compliance, 2016 pag. 68”).

Es decir, serían responsables los administradores (mancomunados, solidarios, únicos, el Consejo de Administración, Consejero Delegado, etc...). En el caso de las Asociaciones (Junta directiva, Asamblea). Personas que ostenten facultades de control y de organización, incluso el “Compliance Officer” o encargados de velar por el control de la compañía, pero que “goce de una clara autonomía respecto del órgano de administración”. En el caso de las Fundaciones (el Patronato).

También, serían responsables generalmente de los delitos cometidos, quienes estando sometidos a la autoridad de los representantes legales citados con anterioridad

hayan podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos (los representantes legales) la “supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso”. Así, la “omisión tiene que constituir un incumplimiento grave”.

En su línea con lo expuesto, la Sala 2ª del Tribunal Supremo, aprecia por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En la Sentencia de 29 de Febrero de 2016, se razona que para apreciar la responsabilidad penal de las empresas de acuerdo al art. 31 bis del Código Penal, debía constatarse la comisión del delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica (sería lo que llamamos el sistema “vicarial” o de transferencia o por representación). El segundo requisito, sería que las empresas hubieran incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de los delitos por la persona física en el seno de aquella, y hubiera sido posible por la ausencia de una “cultura de respeto al derecho”, “como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa, e independiente de la de cada una de las personas jurídicas que la integran”.

La Sentencia contaba con el voto particular de 7 de los 15 magistrados que formaron el pleno. Así, se reforzaba que en el caso de las personas jurídicas se alteraban las reglas probatorias aplicables con carácter general para la apreciación de circunstancias eximentes, estableciéndose que las “acusaciones debían acreditar el hecho negativo de la no concurrencia de instrumentos eficaces para la prevención de delitos”. En opinión de estos magistrados, “no procedía constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, sino que correspondía a la persona jurídica alegar la concurrencia de dichos instrumentos”.

Sin embargo, en la Sentencia del T.S. de 16 de marzo se sigue más que una sistema “vicarial” (responsabilidad penal debe establecer a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física....) un sistema como diría AYALA DE LA TORRE (op cit, pág. 30) de “importación propia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Es el denominado sistema de culpabilidad por defecto de organización.

Así, en la sentencia 221/2015, de 16 de marzo, se insiste más en la necesidad de acreditar el “incumplimiento grave de los modelos de gestión, vigilancia y supervisión, para que una sociedad mercantil o entidad colectiva pudiera ser condenada como responsable penal de un delito”.

Es decir, la persona jurídica sólo sería responsable cuando se hubieran incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las circunstancias del caso.

Es decir, la esencia sería la “cultura de cumplimiento”, el buen ciudadano corporativo, la culpabilidad por defecto de organización, el quebrantamiento del debido control –aparecería como elemento del tipo- de modo que además de probar la comisión del delito por la persona física, habría que acreditar que se incumplió el debido control (AYALA DE LA TORRE, op. cit., pág 31).

Como ha puesto de manifiesto ARMENDARIZ LEON C. (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas a propósito de las primeras resoluciones del TS”, en ¿Hay derecho?, 4 de Mayo de 2016) comentando la sentencia de 29 de febrero de 2016, la

responsabilidad penal de las personas jurídicas, no puede afirmarse a partir de la sola acreditación de la comisión del hecho delictivo de la persona física, siendo requisito imprescindible que haya existido un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de la persona física por parte de la empresa que no ha evitado la comisión del delito corporativo. Como dice la sentencia, “con independencia del criterio que en el pleno dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión esto es el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción juris tantum de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esta conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro”.

Uno de los aspectos más interesantes en relación a la regulación del “Compliance” es que a tenor de la reforma del Código Penal 2015, este sistema de “controles preventivos” es obligatorio para todas las empresas que “estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada”. Como nos explica GONZALEZ CUSSAC, (Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, pág. 176), no se han creado todavía, ni un delito de omisión ni tampoco de peligro consistente en que los administradores no hayan acordado un modelo preventivo idóneo, lo que se castiga es la comisión de un delito por un subordinado amparado en la inobservancia de los dirigentes de su deber de vigilancia. Sin embargo subliminalmente se ha introducido un elemento criminal adicional para imputar penalmente a la corporación empresarial, que la Corporación haya fracasado en la adopción e implementación de políticas y procedimientos razonables de supervisión, vigilancia y control para prevenir la conducta delictiva (defensa preventiva versus defensa penal corporativa”.

Otro de los temas que deberá dilucidarse en el futuro es que todavía las empresas que tienen que implementar en sus organizaciones estos sistemas preventivos y controles del cumplimiento normativo, o no hay o existen entidades acreditadoras oficiales que evalúen los programas de prevención. Como por ejemplo el modelo chileno en donde esta certificación puede ser expedida por auditoras externas o por empresas clasificadoras de riesgos (remitimos a AYALA DE LA TORRE, op. cit. pág. 34).

Asimismo, es importante destacar que el “Compliance” o programa de cumplimiento normativo dependerá del volumen, actividad, medios y/o perfil de la empresa respectiva. No es lo mismo una empresa que cotiza en el IBEX, que una pequeña o mediana empresa de actividades profesionales y/o comerciales, de menor dimensión en la que las funciones serían asumidas por el órgano de administración, por ejemplo, el administrador único. Ahora sí, lo que es necesario es que el programa de cumplimiento debe contar con el “respaldo” de la dirección de la empresa.

Se hace preciso para evitar una omisión o ejercicio fraudulento que no haya un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control, y por ello, debe establecerse con carácter previo un modelo de organización y gestión con medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir el riesgo de su comisión.

El contenido del programa de cumplimiento, deberá identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser comentados los delitos (riesgos delictivos más frecuentes). Establecer el procedimiento o protocolo de decisiones. Disponer de un modelo de gestión de recursos financieros. Asimismo, deberá imponer la obligación de informar de los posibles

riesgos. También se tendrá que establecer un sistema disciplinario para los incumplimientos y una verificación periódica del mismo (monitoreo).

En otro orden de consideraciones, y aunque sea de modo somero, debemos indicar que las entidades que pueden ser responsables penalmente lo serían sociedades (civiles, mercantiles, personalistas, capitalistas) Asociaciones, Fundaciones y también partidos políticos y sindicatos. Entre las que no serían responsable, estaría el Estado (titular del ius puniendi). Las Administraciones territoriales (Comunidades autónomas, Corporaciones locales), las administraciones institucionales (organismos autónomos y entidades públicas empresariales). Los organismos reguladores (Banco de España, Comisión Nacional Mercado de Valores, etc...) las agencias estatales previstas en la Ley 28/2006 (Agencia Protección de Datos, de meteorología, ANECA, etc..).

Y para acabar este comentario en el que hemos expuesto un breve análisis de referencia, debemos insistir en el contenido del Código Conducta, exigencia ineludible para empleados y directivos de la empresa, y que deberá contener entre otros aspectos de obligado cumplimiento la exclusión de conflictos de intereses, la correcta observancia de derechos fundamentales (no discriminación protección de datos, confidencialidad, etc...).

En fin, que la empresa u organización ejerza la diligencia debida para tratar de “prevenir y detectar” la comisión del delito de sus empleados, directivos y otros agentes externos que tengan un vínculo de conexión con la empresa.

Asimismo, deberían establecerse mecanismos de protección en relación con los delitos aplicables a tenor de la actividad social y sector o perfil de la empresa, haciendo un listado de los que propicien algún riesgo de consideración previsible. Es decir, examinar el riesgo potencial de concurrencia del delito (criterios estadísticos, tipología, probabilidad, repercusión, etc..). Una vez obtenido el riesgo potencial de cada delito, deberán analizarse los controles existentes; siempre mejor que sean preventivos que detectivos.

Ahora bien, el hecho que una actividad sea certificada como riesgo, no significa que sea delictiva, sino que puede generar situaciones de riesgo si no se incorporan controles efectivos y que pudieran provocar un “daño reputacional considerable”.

En fin, incorporar como nos recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero, una implementación clara de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de lo de cada una de las personas jurídicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de firma concreta de vigilancia y controles del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos tendentes a la protección de la comisión por éstos de los delitos ad hoc en que pudieran incurrir la empresa.

LAS RELACIONES DE ESPAÑA CON EL MAGREB: VECINDAD, AMISTAD Y SEGURIDAD EN EL MEDITERRÁNEO OCCIDENTAL (II Parte)

MARÍA DOLORES ALGORA WEBER

Investigadora Principal del Grupo MESIMA e investigadora en el
Proyecto I+D+i: “La Dimensión internacional de las
transformaciones políticas en el mundo árabe”.
Universidad CEU San Pablo

Fecha recepción: 15 marzo 2016.

Fecha admisión: 20 mayo 2016.

RESUMEN: Las relaciones de España con los países del Magreb han constituido una de las principales proyecciones de la Política Exterior española desde las décadas centrales del siglo XX. Este artículo aborda las características de las relaciones hispano-magrebíes, centrándolas en las cuestiones de seguridad y defensa, entendiendo el lugar prioritario que ha ocupado esta materia desde que se produjeran los atentados terroristas del 11-S. Se dedica especial atención a la Iniciativa 5+5. En la primera parte de este trabajo, se analizó el enfoque de estas relaciones en los años 90.

ABSTRACT: Inside the framework of Spanish Foreign Policy, relations between Spain and Maghreb have been an essential projection since the XX century. These relations are included among the most important Spanish national and strategic interests. This article analyzes changes happened since the 11-S terrorist attacks, when matters of Security and Defense have focused the profile of these relations. The first part, was dedicated to the development of Spanish and Maghreb relations during the 90 decade, according the evolution of the Mediterranean region and the international order.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción España, Magreb, Mediterráneo, Iniciativa 5+5, Política de Defensa Española.

KEY WORDS: Spain, Maghreb, Mediterranean Region, 5+5 Initiative, Spanish Defense Policy.

SUMARIO: LA PRIMACIA DE LA SEGURIDAD EN EL MEDITERRÁNEO. LA INICIATIVA 5+5 DEFENSA: LOS DIEZ DEL MEDITERRÁNEO OCCIDENTAL. AMBITO BILATERAL ESPAÑA-MAGREB. CONCLUSIÓN.

LA PRIMACIA DE LA SEGURIDAD EN EL MEDITERRÁNEO

Se entiende que en las relaciones mediterráneas los aspectos económicos acapararan las agendas de la mayoría de las reuniones durante las dos últimas décadas del siglo XX. Sin embargo, según lo mencionado en la Parte I, en su momento los atentados del 11-S fueron un punto de inflexión de este enfoque en el Mediterráneo¹. Éste se convirtió en el escenario precursor de los nuevos planteamientos del orden mundial, que habrían de venir posteriormente.

Las cuestiones políticas y de seguridad pasaron a priorizarse sobre las otras, es más, el cumplimiento de determinadas exigencias en estos aspectos, empezó a aparecer como condición esencial para la cooperación económica. En un principio este hecho no fue bien recibido por los gobiernos árabes del Mediterráneo, que por su parte con frecuencia aludían a las dificultades para alcanzar la estabilidad en sus políticas internas sin una cooperación económica que garantizara su desarrollo.

Estas circunstancias afectaban directamente a la seguridad en el Mediterráneo. Desde entonces, el resultado ha sido el equilibrio que se ha pretendido imponer entre ambas materias, lo que ha hecho imprescindible la coordinación entre la Política Exterior y la Política de Defensa en los respectivos ámbitos ministeriales.

Ello ha contribuido a un cambio en la percepción de España hacia el Mediterráneo, que explica el carácter global al que ha ido evolucionando esta proyección exterior. Actualmente existe una interconexión entre los aspectos económicos, migratorios, políticos, de seguridad, culturales y humanos².

¹ Este artículo es continuación de la Parte I publicada en el número anterior de esta revista. (REDS, número 7, Época I, Julio- Diciembre 2015).

<http://www.dykinson.com/revistas/revista-de-derecho-empresa-y-sociedad/622>

² R.ROLDÁN: "Política Mediterránea española. Iniciativas de Defensa y Seguridad en el Mediterráneo", *Seguridad en el Mediterráneo: complejidad y*

A ello debe añadirse que en un orden mundial cada vez más globalizado, la región del Mediterráneo no se ha limitado a ser una zona puente hacia otras áreas estratégicas, sino que se ha centrado en la creación de un espacio con su propia autonomía estratégica. Se ha desarrollado un modelo de relaciones entre gobiernos y sociedades de ambas orillas, que puede ser trasladado a otras áreas.

Se puede decir que las alertas que suscitan en el gobierno español los riesgos y amenazas regionales, son comunes y similares, tanto a las de otros Estados ribereños del norte y del sur, como al conjunto de los Estados de la Unión Europea y a otras potencias internacionales. Se ha tomado conciencia de la necesidad de un entendimiento común, que permita afrontar correctamente la transformación de este escenario de cara a la cooperación.

Si durante un tiempo la política del Mediterráneo sirvió con frecuencia para demostrar las fisuras en las relaciones entre los Estados, en el presente se han revalorizado las posibilidades que ofrecen instrumentos como la Unión por el Mediterráneo, heredera del Europartenarido nacido en el Proceso de Barcelona, la OSCE o la OTAN. Cualquiera de estos foros se percibe como un instrumento para el diálogo en los distintos ámbitos de las relaciones mediterráneas y, entre ellos, se complementan.

Con este nuevo enfoque, en lo relativo concretamente a las relaciones entre la Unión Europea y el Magreb, se ha avanzado en la detección de un conjunto de riesgos y amenazas compartidas. Esta visión sustituye a aquellos planteamientos que invitaban a una dicotomía regional, separando los intereses del norte de los del sur. Por el contrario, se han priorizado unas relaciones que posibilitan entender que, en el nuevo escenario estratégico y de seguridad, los intereses europeos están en el mundo árabe, no en su contra. Es decir, su desarrollo y su estabilidad son una meta esencial de la Unión Europea. Este planteamiento se repite de forma idéntica en sentido inverso, desde el sur hacia el norte.

No se puede obviar que una de las dificultades radica precisamente en las diferentes percepciones estratégicas entre ambas orillas, derivadas de las diferencias culturales. No obstante,

esto no ha impedido progresar hacia la convergencia en los análisis que detectan los desafíos comunes en la región de cara a la creación de una zona común de paz, estabilidad y prosperidad compartida.

En el Mediterráneo occidental, donde hay que ubicar las relaciones con el Magreb, existen al menos cinco cuestiones clave que responden a esos riesgos y amenazas compartidos y, en consecuencia, deben ser abordados conjuntamente: la inmigración irregular, el narcotráfico, el integrismo islámico y el terrorismo yihadista y los conflictos ocasionados por la inestabilidad del Sahel. Cualquiera de estas cuestiones tiene carácter transnacional y afectan no sólo a la vida cotidiana de las sociedades expuestas a ellas, sino también a los intereses nacionales de los países y al cumplimiento de sus compromisos internacionales. Junto a estas cuestiones hay que considerar los riesgos crecientes derivados de los problemas del medio ambiente. Ello implica tomar posiciones y activar una cooperación en términos de “seguridad medioambiental”, unida tanto al cambio climático como a las fuentes de energía. A ello se suma la presión demográfica propia de la orilla sur, resultado tanto del aumento de la población autóctona como de los desplazamientos de la procedente de África Subsahariana y, en la actualidad, del Oriente Próximo y del Oriente Medio.

Desde que se produjeran las revueltas árabes y los conflictos en los que algunas han terminado en las zonas colindantes al Magreb, esta inestabilidad no ha dejado de transmitirse a la Unión Europea.

Hoy se puede asegurar que las cuestiones de seguridad se han agravado exponencialmente y se ha producido un acercamiento acelerado hacia unos intereses compartidos entre los Estados del Magreb y entre estos con los de la Unión Europea.

Estos riesgos y amenazas sólo pueden ser combatidos desde la percepción de una “seguridad global” y requieren un “enfoque integral”. Todos los países son cada vez más conscientes de la necesidad de materializar una intensa cooperación multilateral, a través de lo que ha venido a llamarse la “Diplomacia de Defensa”³, como parte esencial de su proyección exterior. En este sentido, la Defensa ha adquirido un carácter que va más allá de la cooperación

³ MINISTERIO DE DEFENSA: *Plan de Diplomacia de Defensa*. Madrid, 2011.
<http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/defensa/Documents/1.5%20PLAN%20DE%20DIPLOMACIA%20DE%20DEFENSA.pdf>

militar entre las Fuerzas Armadas. Los respectivos ministerios de Defensa están cada vez más involucrados en un diálogo y en una cooperación que, como fórmula de diplomacia preventiva, promueve un conjunto muy amplio de actividades internacionales destinadas al fomento de la paz y de la estabilidad. Una política de prevención basada en la capacidad de alerta temprana es la mayor garantía para evitar el uso de la fuerza. Asimismo, la cooperación cívico-militar es una herramienta capaz de generar enormes beneficios para la estabilidad de las sociedades del Mediterráneo.

Así pues, aunque la proyección exterior del Estado español viene marcada por la agenda del Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Defensa se ha sumado y convertido en un instrumento imprescindible para el desarrollo de una vecindad cooperativa en la que se garantice la estabilidad y la prosperidad regional.

Esta percepción es el fundamento en el que se sustenta la proyección de España hacia el Mediterráneo, coordinada desde la actuación de ambos ministerios. Las directrices del Ministerio de Defensa al respecto son claras en lo relativo al ámbito internacional:

- Contribuir a incrementar la seguridad en el Mediterráneo, reforzando la dimensión mediterránea de la Política Común de Seguridad y Defensa de la Unión Europea, en el marco más amplio del Proceso de Barcelona y el Diálogo Mediterráneo de la Alianza Atlántica.
- Intensificar la diplomacia de Defensa, impulsando el fomento de la confianza mutua con las Fuerzas Armadas de los países de las áreas de interés estratégico.
- Bajo este criterio, al margen de las relaciones bilaterales que desarrolla el Ministerio de Defensa con cada uno de los Estados vecinos del sur, su acción se ha centrado en la participación en las distintas iniciativas multilaterales de seguridad y defensa de la región del Mediterráneo. Estos foros han resultado importantes en la promoción de la confianza mutua, no sólo entre las dos orillas, sino incluso entre los propios países del sur. De ellos, a los que España presta mayor atención son:

- La Organización Seguridad y Cooperación Europeas (OSCE)
- La Política Común de Seguridad y Defensa de la UE (PCSD)
- La Alianza Atlántica (OTAN)
- La Iniciativa 5+5

Cada uno de estos foros presenta un nivel de desarrollo diferente en lo referente al capítulo de seguridad y defensa, siendo mucho más lento el progreso en los dos primeros que en los dos últimos, que han experimentado un impulso significativo en los tiempos más recientes.

Los conflictos regionales, latentes o abiertos, como el del Sahara Occidental en el Magreb o como el árabe-israelí y el de Siria en Oriente Próximo, han constituido un obstáculo para el avance en esta materia. Sin embargo, la necesidad de hacer frente común a la amenaza del terrorismo yihadista ha favorecido una colaboración más estrecha y frecuente.

La OSCE trabaja en áreas de seguridad y cooperación en un sentido amplio. Incluye tareas de control de armamento y de desarme, de gestión de fronteras, de alerta temprana y de gestión de crisis, etc., con lo que contribuye a la lucha antiterrorista. En el aspecto puramente militar, conforme a sus objetivos generales, como garante de las libertades, derechos humanos y democracias, se centra especialmente en el diálogo político sobre la reforma militar y control democrático de las Fuerzas Armadas y en el terreno práctico en la prevención de conflictos. Desde 1994, dentro de la organización existe un conjunto de socios para el Diálogo Mediterráneo, en el que hasta el presente de los magrebíes se incluyen Argelia, Marruecos y Túnez y del Mediterráneo oriental Jordania, Egipto e Israel. Entre sus actividades realiza seminarios anuales dedicados a la seguridad regional. Por ejemplo, en el mes de octubre de 2015 se convocó una conferencia internacional dedicada a “La seguridad común del Mediterráneo: retos y oportunidades”, celebrada en Jordania. Sin embargo, se debe avanzar en las medidas prácticas que permitan la aplicación de sus recomendaciones. La crisis ocasionada en el Mediterráneo desde que tuviera lugar la Primavera Árabe ha motivado una mayor actividad de esta organización.

En el marco de la Asociación Euromediterránea, el Proceso de Barcelona, ya se ha señalado anteriormente que tras los atentados del 11-S, la V Conferencia celebrada en Valencia en abril de 2002, coincidiendo con la Presidencia Española de la Unión Europea, supuso un avance significativo. Cabe añadirse que constituyó una muestra definitiva de la voluntad de reforzar el primer pilar de política y seguridad antes soslayado. Los ministros de Asuntos Exteriores adoptaron un Plan de Acción que determinaba la necesidad de reforzar el diálogo político, incluyendo aspectos de Defensa, así como la necesidad de establecer una aproximación común en la lucha contra el terrorismo internacional.

En menos de un año, en marzo de 2003, se aprobó el primer documento específico sobre la PESD en referencia al Mediterráneo: “Diálogo y cooperación en el marco de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) entre la Unión Europea y los países socios del Proceso de Barcelona”⁴. Con ello se emprendía la senda hacia la institucionalización del nivel de las reuniones y se establecían mecanismos para futuras colaboraciones con los países socios a corto y medio plazo. Estas directrices fueron más ampliamente desarrolladas en la siguiente Conferencia de Barcelona de 2005.

Este nuevo contexto de conexión entre la PESD y el Proceso de Barcelona se evidenció de inmediato en las operaciones de Policía en los Territorios Palestinos en 2005, la EUPOL COPPS y la EU BAM Rafah, ambas activas hasta hoy⁵. En el ámbito de las Operaciones de Apoyo a la Paz, con la participación de los países europeos en las misiones de Naciones Unidas en el área del Mediterráneo, como fue la UNIFIL reforzada en el Líbano desde 2006. España es uno de los países que mayor presencia ha tenido en la denominada Operación Libre Hidalgo⁶ desde su comienzo. Inició su presencia con el envío de una Fuerza de Desembarco de

⁴ R. ROLDÁN: *Cit.* Págs. 39-40.

⁵ http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eupol-copps-palestinianterritories/index_en.htm
http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eubam-rafah/index_en.htm

⁶ <http://www.emad.mde.es/MOPS/010-Libano-UNIFIL/>

Infantería de Marina de la Armada, a la que después han relevado diferentes Brigadas del Ejército de Tierra hasta el presente. Hay que destacar que fue la primera misión internacional que contó con la previa aprobación parlamentaria, tras la Ley de 2005.

Respecto al Magreb, de aquellos momentos (febrero de 2005), procede el acuerdo entre el Alto Representante, Javier Solana, y el embajador de Marruecos ante la Unión Europea, Menouuar Alem, destinado a la cooperación en misiones internacionales. En la Operación Althea en Bosnia-Herzegovina⁷, las tropas españolas actuaron conjuntamente con un contingente marroquí. Fue muestra del espíritu de entendimiento entre ambos países, que se sumaba a otros esfuerzos por superar la crisis de Perejil, acontecida algo más de dos años antes⁸.

Desde 2007, el Tratado de Lisboa rebautizó a la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) como la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD), la cual sigue formando parte de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). En el marco de ésta, desde abril y mayo de 2015 se lleva a cabo una operación militar en el Mediterráneo, EUNAVFOR MED SOPHIA⁹, cuyo fin es la lucha contra las redes de tráfico de personas y la prevención de flujos de migración irregular en la situación de emergencia humanitaria ocasionada a raíz de la situación de Libia y la guerra de Siria.

Actualmente, el Gobierno español pretende impulsar desde este ámbito toda la cooperación en el Mediterráneo. En este amplio contexto de la PCSD, también se ubica la Unión para el

⁷ Ambos países estuvieron integrados en la Fuerza Multinacional Salamandra de la Fuerza de la Unión Europea (EUFOR).
http://www.defensa.gob.es/gabinete/notasPrensa/2005/09/notaPrensa_10676.html
http://www.ejercito.mde.es/eu/misiones/europa/bosnia/40_SPFOR_XXX.html

⁸ Tras la crisis de Perejil de julio de 2002, una unidad de las Fuerzas Armadas Reales Marroquíes se incorporó a la Fuerza Expedicionaria de Infantería de Marina española (FIMEX-H) en la Misión de Haití (MINUSTAH) de noviembre de 2004 a marzo de 2006. La actuación conjunta del Batallón Hispano-Marroquí (200 efectivos españoles y 160 marroquíes, liderado por España) fue calificada de modélica para futuras misiones por el secretario general de la ONU, Kofi Annan.
<http://www.onemagazine.es/noticia/1472/sin-especificar/operacion-minustah-en-haiti.html>

⁹ <http://www.emad.mde.es/MOPS/180-UE-EUNAVFOR-MED-SOPHIA/>

Mediterráneo: Proceso de Barcelona (UpM), hacia la que evolucionó la Conferencia de Barcelona en 2008 y que, a raíz de ello, cuenta con una secretaría permanente. Esta reforma institucional hacia una mayor integración europea debería haber dado un nuevo impulso al proceso. Sin embargo, la UpM no ha podido progresar al ritmo previsto al haber coincidido la nueva orientación con los años de crisis económica en los países europeos, además de con las revueltas árabes.

Por lo comentado, con frecuencia se asocia la proyección mediterránea en materia de seguridad y defensa de la UpM con la de la Unión Europea, pero en el seno de la organización esta dimensión es mucho mayor. La Política Europea de Vecindad (PEV) también recoge aspectos relativos a seguridad y defensa. Así como otros foros, cuya acción es independiente de estos.

Aunque progresivamente van proliferando medidas y acciones en los dos foros mencionados en los que España está presente, la actividad más concreta e intensa del Ministerio de Defensa en la región, como ya ha quedado dicho, está enfocada al Diálogo Mediterráneo de la OTAN y a la Iniciativa 5+5. Sus resultados no son iguales debido a las características propias de cada una de ellas, pero en ambos casos el diálogo -como la acción en términos militares- es amplia.

España fue el país promotor del Diálogo Mediterráneo de la OTAN, recogido en la Cumbre de Bruselas de 1994. De forma inmediata se acogieron a este foro Egipto, Israel, Jordania, Marruecos, Mauritania y Túnez. En 2000 lo hizo Argelia.

A partir de 1998, la plena integración de España en la Alianza Atlántica propició el desarrollo de actividades militares desde el Ministerio de Defensa. Esta circunstancia vino a coincidir con la aprobación del “Nuevo Concepto Estratégico” de la OTAN, en 1999, el cual vinculó directamente la seguridad de Europa a la estabilidad del Mediterráneo.

En 2002, tras los atentados del 11-S, invocando el principio de defensa colectiva, se puso en marcha la Operación Active Endeavour (OAE), cuyo marco de acción inicialmente fue el Mediterráneo oriental. Destinada a dar una respuesta real a la amenaza terrorista, permanece todavía vigente.

Desde entonces, se fueron incrementando las acciones encaminadas a las mejoras de las relaciones con los socios del sur,

como quedó patente en la Cumbre de Praga de 2002, y posteriormente en 2004, se inició un proceso de mejora de las relaciones con los socios en la Cumbre de Estambul. En la de Riga de 2006, los instrumentos de la Asociación Euro-Atlántica se pusieron a disposición de todos los socios de la Alianza, incluidos los del Mediterráneo. Este fue un paso decisivo para la puesta en marcha de la Fuerza de Reacción Rápida de la OTAN (NRF de sus siglas en inglés), pues evitó la desconfianza suscitada por la creación de las Eurofuerzas de la Unión Europea en el Mediterráneo una década antes.

En 2007 tuvo lugar una reunión informal de los ministros de Defensa de la OTAN en Sevilla, la cual sirvió de ocasión para invitar a los ministros homólogos del Diálogo Mediterráneo. De la misma forma se repitió la ocasión, a finales de año, con la convocatoria de un almuerzo de trabajo realizada por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

En ese mismo año, una financiación del Fondo Fiduciario de la OTAN, permitió a España, junto con Suiza y Noruega, ejercer el liderazgo de un proyecto de destrucción de munición sobrante en Jordania. Esto marcó un hito en el refuerzo de las relaciones entre OTAN y los países socios del sur, al tratarse de la primera subvención de esta naturaleza aplicada al Diálogo Mediterráneo.

El último “Concepto Estratégico” de la OTAN, aprobado en la Cumbre de Lisboa de 2010, dio luz a la definición de la “seguridad cooperativa”, lo que permitió reforzar los Diálogos de la política de partenariados de la organización. Ello está propiciando una cooperación más inclusiva, flexible y estratégica. En el caso del Diálogo Mediterráneo ha permitido un incremento exponencial de sus actividades a la vista de la nueva situación de seguridad ocasionada por la Primavera Árabe desde 2011. La creación del Programa de Cooperación Individual, Individual and Partnership Cooperation Programme (IPCP), ha facilitado la intensificación de las relaciones en este marco de diálogo a países como Israel, Egipto, Jordania, Marruecos, Túnez y Mauritania¹⁰.

¹⁰ J. A. NÚÑEZ VILLAYERDE: “El diálogo mediterráneo de la OTAN y la iniciativa de cooperación de Estambul: ajustando las expectativas”. Informe SEDMED N. 2, realizado para la Fundación CIDOB, 2011.

Respecto al Magreb específicamente, la OTAN ha inaugurado recientemente un Centro de Gestión de Crisis en Mauritania. En cuanto a España, sus Ejércitos y Armada realizan seminarios y ejercicios militares conjuntos con Marruecos. Algunos ejemplos son el Ejercicio Army Tank Battalion del Ejército de Tierra en San Gregorio; el BREDEX por parte de Infantería de Marina en la Sierra del Retín, el NEOTAPON con una fragata y observadores y el FAMEX también de la Armada; el Seminario Force Protection and Asymmetric Threats, promovido por Ejército de Aire.

En Argelia la embajada española ha ejercido de Punto de Contacto OTAN para el Diálogo Mediterráneo.

Al margen de esta cooperación en el marco del partenariado, como consecuencia del conflicto de Siria, la OTAN se ha visto comprometida en el Mediterráneo a petición de uno de sus Estados Miembro, Turquía, que solicitó apoyo para su defensa aérea antimisiles lanzados desde el territorio sirio. La Alianza ha desplegado unidades “Patriot” de defensa tierra-aire dentro del plan Active Fence. En 2015, España ha sido solicitada para esta operación, respondiendo con el envío de una batería de misiles.

LA INICIATIVA 5+5 DEFENSA: LOS DIEZ DEL MEDITERRÁNEO OCCIDENTAL

En la exposición de la especial relevancia que los aspectos de seguridad y defensa han adquirido en las relaciones de España con el Magreb resulta imprescindible dedicar un apartado concreto a la Iniciativa 5+5 Defensa.

Su origen se encuentra en el marco del Diálogo 5+5, emprendido en 1990 como primer foro para una política reforzada entre ambas orillas del Mediterráneo Occidental¹¹. La creación de la Unión del Magreb Árabe en 1989 y el lanzamiento de la Política Mediterránea Renovada en 1990 fueron el impulso definitivo para su puesta en marcha.

http://www.iecah.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=1586:el-dialogo-mediterraneo-de-la-otan-y-la-iniciativa-de-cooperacion-de-estambul-ajustando-las-expectativas&catid=15:articulos&Itemid=9

¹¹<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Mediterraneo/Paginas/OtrosProcesos.aspx>

Está integrado por Argelia, Francia, España, Italia, Libia, Malta, Marruecos, Mauritania, Portugal y Túnez. Estos países se identifican como “los diez del Mediterráneo Occidental”, evitando hacer mención a la división norte-sur Unión Europea-Magreb. Es un dato relevante para entender el espíritu de su cooperación. Sin embargo, su importancia trasciende al ámbito de sus Estados Miembros, pues el entorno del Mediterráneo Occidental, afecta a los países del 5+5, tanto como a los de la Unión Europea o a los del Sahel.

Durante años su actividad estuvo muy paralizada¹². Empezó su andadura en el formato de cooperación entre los Ministerios de Asuntos Exteriores, al que en cinco años se sumaron los de Interior y Transportes, pero con una actividad limitada. No fue hasta el nuevo contexto internacional en 2001, cuando se incrementó el interés por este foro ante la necesidad de acelerar las relaciones en el Mediterráneo, dado que los “macro-proyectos”, por diversos motivos, no respondían con la eficacia deseada. De este modo, se añadió, primero el ámbito de Migración en 2002 y, tres años más tarde de su reactivación, en 2004, se puso en funcionamiento el ámbito de cooperación específico en materia de Defensa, cuyos resultados han sido mucho más extensos y rápidos que en el resto de ámbitos que implica. En la actualidad otros ámbitos funcionando son Turismo desde 2006, Educación desde 2009, Medioambiente y Energías Renovables desde 2010, Agricultura y Seguridad Alimentaria, Economía e Innovación y Enseñanza Superior desde 2013 y el último, impulsado por España junto con Argelia, el de Agua en 2015.

La Iniciativa 5+5 Defensa¹³ se originó con la Declaración de París del 21 de diciembre de 2004. Fue un acuerdo, común y simultáneo, entre los ministros de Defensa de estos diez Estados. Esto ya hacía prever un grado de identificación y compromiso muy superior al de otras iniciativas regionales similares, como es el caso

¹² Ello dio lugar a la aparición de otro foro paralelo: “ForoMed” (Argelia, Egipto, España, Francia, Grecia, Italia, Malta, Marruecos, Portugal, Túnez, Turquía). Actúa como un grupo coordinado ante las propuestas en el seno de UpM.

¹³ <http://www.5plus5defence.org/EN/PagesEN/AreasOfCooperation.aspx>

del Diálogo Mediterráneo de la OTAN, que también es importante como se ha comentado.

En 2014 cumplió una década de funcionamiento, coincidiendo con la Presidencia española¹⁴. En el desfile militar del día de la Fiesta Nacional, una representación de los países magrebíes del 5+5, desfiló con las Fuerzas Armadas españolas. Sin embargo, aun siendo grande el interés que suscita, continúa siendo desconocida para muchos en sus detalles esenciales.

La Iniciativa 5+5 Defensa se ha consolidado y progresa para convertirse en un foro imprescindible para el mantenimiento de la paz, respondiendo al amplio espectro de acciones que implica y basándose en una confianza mutua. El principio de paridad sobre el que se fundamenta hace de ella una asociación muy distinta de todo lo que, hasta el momento, se había concebido en las estructuras destinadas a garantizar la seguridad y defensa en el Mediterráneo. Es un ejemplo de cooperación por su flexibilidad y pragmatismo, lo que le ha permitido su continua adaptación a la evolución y las exigencias del orden regional desde un enfoque multinacional.

Así pues, estos dos aspectos, diplomacia y multilateralismo, se conjugan a la perfección en este foro.

Igualmente, es destacable su carácter cívico-militar, lo cual permite la participación de expertos que responden a ambos perfiles en sus distintos niveles de acción. Esta combinación resulta hoy en día imprescindible, pues la presencia de las Fuerzas Armadas en escenarios de crisis, además de en conflictos, requiere la implicación civil en las materias de Defensa. Estas circunstancias hacen necesario el aprendizaje conjunto y la conexión de estos dos sectores con un objetivo común.

Por otro lado, la complejidad hacia la que ha evolucionado el escenario del Mediterráneo Occidental ha reforzado su valor geoestratégico. Ninguna de estas dificultades ha sido impedimento para el mantenimiento de sus objetivos y de sus actividades, aunque para éstas se hayan reajustado unos presupuestos, ya de por sí austeros.

En lo referente a su desarrollo y funcionamiento, desde que fuera lanzada en 2004, su evolución ha sido positiva y constructiva.

¹⁴ <http://www.defensa.gob.es/5mas5/es/>

Incluso el enorme interés por la promoción de sus actividades ha tenido que ser limitado en aras de un equilibrio que permitiera la participación de todos sus socios al mismo nivel. Utiliza como lenguas de trabajo el inglés, el francés y el árabe.

Su funcionamiento se define a través de una convocatoria anual de los ministros de Defensa, que da luz verde a un Comité Director cuya Presidencia es rotatoria (Argelia en 2005, Francia en 2006, Italia en 2007, Libia en 2008, Malta en 2010, Mauritania en 2011, Marruecos en 2012, Portugal en 2013, España en 2014 y Túnez en 2015. Con esta última ha terminado un primer ciclo de su existencia, en el que todos los países han ostentado la Presidencia en algún año. En 2016 ha empezado de nuevo el orden sucesorio).

El Comité Director aprueba y revisa el Plan de Acción anual, cuyo programa ha pasado de cuatro actividades en su primer año hasta las cuarenta y cinco realizadas en 2015. Éstas están enfocadas hacia cuatro áreas:

- Vigilancia Marítima,
- Seguridad Aérea,
- Contribución de las Fuerzas Armadas en caso de catástrofes naturales y crisis humanitarias,
- Formación de personal militar y civil en dichas materias.

Paralelamente a estas actividades, recogidas en el Plan mencionado, se ha planificado otro conjunto de Proyectos de Mayor Alcance, permanentes y de carácter virtual, cuyo grado de ejecución se encuentra en diferentes niveles de desarrollo.

Ya están en pleno funcionamiento, desde 2007, el Centro Virtual Regional de Control del Tráfico Marítimo (V-RMTC 5+5) promovido por Italia y el Colegio 5+5 Defensa por Francia; desde 2009 el Centro Euromagrebí para Investigación y Estudios Estratégicos (CEMRES, por sus siglas en inglés) por Túnez; desde 2013 un Grupo de Coordinación de las Marinas, promovido por España¹⁵. Argelia, con apoyo de España, ha propuesto la creación de una red de contacto destinada a la Contribución de las Fuerzas Armadas a la Protección Civil en caso de catástrofes de gran

¹⁵http://armada.mde.es/ArmadaPortal/page/Portal/ArmadaEspañola/conocenos_noticias/prefLang_es/00_noticias--2013--06--NT-133-reunion-5-5_es?_selectedNodeID=1268013&_pageAction=selectItem

magnitud; Libia en su día propuso la creación de un Centro de Desminado Humanitario; Malta ha impulsado un proyecto destinado a la Búsqueda y Salvamento Marítimo (SAR); Francia ha dado los pasos para su segundo proyecto, el cual esta vez está destinado a la creación de un Estado Mayor no permanente; e igualmente como una segunda iniciativa, Italia iniciará un Ciclo de Reuniones de Expertos en la Lucha contra el Terrorismo y Marruecos está impulsando de un Proyecto contra la Polución Marina.

La ejecución, tanto de las actividades como de los proyectos, implica la participación activa de todos los países del 5+5, que desde la cooperación avanzan progresivamente hacia una acción cada vez más integrada. La experiencia compartida, a través de reuniones, seminarios o ejercicios de entrenamiento, ha permitido la creación de una red de contactos humanos de forma práctica e informal, que constituye una de las riquezas del 5+5 en el objetivo del conocimiento mutuo.

Igualmente, en el Mediterráneo Occidental, está permitiendo una nueva concepción en la identificación de riesgos, amenazas y desafíos comunes (migraciones, recursos naturales, seguridad energética, grupos terroristas, etc.). Estos beneficios contribuyen a aumentar el grado de transparencia en las relaciones entre las Fuerzas Armadas, no sólo en la dimensión norte-sur, sino también en la sur-sur. Esta confianza llevará a que se puedan establecer las bases de una futura interoperabilidad en la región.

La conflictividad e incertidumbre ocasionadas por la Primavera Árabe no han sido obstáculo para su funcionamiento¹⁶, incluso Libia ha manifestado en todo momento su voluntad de participación. También es de resaltar que en los momentos de máxima agitación como fueron 2011 y 2012, Mauritania y Marruecos cumplieron con los compromisos de sus respectivas Presidencias, como lo ha hecho Túnez en 2015.

En los últimos años, este diálogo mediterráneo ha permitido el seguimiento de los acontecimientos sucedidos, a través de los

¹⁶ C. ECHEVERRÍA JESÚS: “La Iniciativa 5+5 Defensa La Iniciativa 5+5 Defensa sobrevive a las revueltas árabes en 2011”, Informe SEDMED núm. 3, Enero de 2012.
http://www.sedmed.org/analisis_ssm/documents/informesedmed/echeverria_carlos.pdf

trabajos realizados por los grupos de investigación del CEMRES como de los módulos del Colegio de Defensa. En ellos se comparten actividades y puntos de vista, no sólo entre países, sino además entre civiles y militares. Estas actividades contribuyen a orientar las decisiones en niveles superiores. Los temas tratados han abarcado aspectos que van desde la coordinación de las Fuerzas Armadas de los países del 5+5 en diferentes escenarios de emergencias humanitarias o actuación en casos de catástrofes hasta asuntos relativos a la lucha antiterrorista.

Los tiempos difíciles del Mediterráneo no deben ser motivo para su debilitamiento, sino por el contrario, para su fortalecimiento. Hechos como los acontecidos en Malí en 2012 o en Túnez en 2015, ponen de relieve la importancia de la futura cooperación de los Ejércitos. A ello hay que sumar la alerta internacional como consecuencia de los conflictos abiertos en el Oriente Próximo, especialmente el de Siria, o el radicalismo del terrorismo de grupos como el Daesh. Durante la Presidencia española, se hizo un llamamiento evocando la necesidad de ser activos ante las amenazas del Sahel¹⁷, pero yendo más lejos, desde junio de 2015, durante la Presidencia tunecina, la Iniciativa 5+5 Defensa se declaró en alerta ante la amenaza yihadista.

La Iniciativa no queda exenta de dificultades internas, de cuestiones prácticas susceptibles de mejora, pero la firme voluntad de entendimiento entre sus socios es garantía de su progresiva consolidación. Actualmente, se puede decir que no sólo es posible prolongar su existencia, sino que además es sumamente necesario. Quizás el máximo reto por alcanzar sea su puesta en funcionamiento como iniciativa en escenarios reales. Para que esto sea posible hay que superar obstáculos que se derivan de la soberanía de los Estados y del Derecho Internacional de cara a una acción conjunta.

La participación de España ha estado bien definida desde su origen y ha logrado consolidarse al ritmo que lo ha hecho la propia Iniciativa 5+5 Defensa. De hecho entre las directrices generales del “Plan de Diplomacia de Defensa” de 2011, se mencionaba la firme

¹⁷ E. TARILONTE: “Todos juntos contra el yihadismo”. Revista Española de Defensa, enero 2015. Págs-24-25. <http://www.defensa.gob.es/5mas5/es/doc/red-313-cinco-mas-cinco.pdf>

voluntad de participación en todos los Proyectos de Mayor Alcance, incluida la pretensión mencionada de liderar alguno de ellos¹⁸.

La primera propuesta en la que España se involucró directamente fue en la del proyecto mencionado de la Contribución de las Fuerzas Armadas a la Protección Civil en casos de catástrofe, en apoyo de Argelia. Otro de los proyectos ministeriales, como es el Grupo de Coordinación de las Marinas del 5+5, está enfocado hacia la consecución de la futura interoperabilidad entre las Armadas y la racionalización de recursos de forma eficiente. Entre sus objetivos concretos se pretende la mejora en la participación y análisis de resultados en todo lo relativo a la seguridad marítima

Paralelamente a la promoción de estos proyectos, España ha participado en todas las actividades derivadas de los que ya están en marcha desde hace unos años. En el ámbito del Colegio 5+5 Defensa ha dirigido algunos de los módulos de formación realizados en el Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), dedicados a temas como “La contribución de la Iniciativa 5+5 a la seguridad del Mediterráneo” (Ciclo Superior, 2009-2010, coordinado con Argelia); “El impacto de los tráfico ilegales en la seguridad del Mediterráneo Occidental (Ciclo Intermedio, 2010-2011, coordinado con Mauritania), “Campos comunes para la cooperación militar en el Mediterráneo Occidental” (Ciclo Superior, 2011-2012, coordinado con Francia – prevista también la coordinación con Libia, pero aplazada por la guerra-), “El control de las fronteras en el contexto de la lucha contra el terrorismo y crimen organizado: el papel de las Fuerzas Armadas” (Ciclo Intermedio, 2012-2013, coordinado con Mauritania) y “La coordinación de las Fuerzas Armadas en el caso de catástrofes naturales” (Ciclo Intermedio, 2014, coordinado con Marruecos y Argelia).

En el CEMRES, durante el año 2012, España coordinó el grupo de investigación sobre el tema de “Los factores constitutivos de una estrategia para el mantenimiento de una seguridad armoniosa en el Mediterráneo Occidental”.

¹⁸ MINISTERIO DE DEFENSA: *Plan de Diplomacia de Defensa*. Madrid, 2011. Pág. 77.

En el V-RMTC 5+5, fueron liderados por España los ejercicios de seguridad y vigilancia marítima durante 2010 y 2011¹⁹.

España también ha estado presente de manera regular en otras actividades de interés común para los países del 5+5, comprendidas en los distintos planes anuales, como fue un seminario sobre “Desastres en el mar, necesidad de un enfoque integral y entre diferentes agencias, para mitigar la pérdida de vidas humanas y la contaminación marítima” en 2012.

Sin embargo, entre estas actividades hay que destacar dos ejercicios militares, uno de seguridad marítima y otro de seguridad aérea. El primero es el denominado Seaborder, destinado a la cooperación y al adiestramiento conjunto para la actuación en supuestos de actividades ilegales en el entorno marítimo internacional. Este ejercicio se repite anualmente desde 2008, siendo los organizadores España y Portugal. Desde 2011 y 2012, Marruecos y Argelia respectivamente se sumaron a la preparación del ejercicio²⁰ y en la actualidad se ha extendido a la participación de todos los miembros. En 2014, año de la Presidencia española, además de España contó con la presencia de Argelia, Francia, Italia, Marruecos, Mauritania, Portugal y Túnez²¹. El otro ejercicio similar es el dedicado a la seguridad aérea, el Circaete, que también es anual desde 2009. La edición de 2011 fue organizada y dirigida por España²², contando con la participación además de Francia y Portugal, con la de Argelia, Marruecos, Túnez y, como observador, Mauritania. A estos ejercicios, en los últimos años hay que añadir otro de seguridad marítima, conocido como Canale.

¹⁹C.ECHEVERRÍA JESÚS: “La Iniciativa 5+5. Defensa avanza a buen ritmo” en *Informe SedMed*, n°1, Barcelona, CIDOB, 2011, Pág. 4.
http://www.sedmed.org/analisis_ssm/documents/informesedmed/echevarria_jesus.pdf

²⁰ www.defensa.gob.es/gabinete/notasPrensa/2012/09/DGC-120924-Seaborder-2012.html
http://www.defensa.gob.es/Galerias/gabinete/ficheros_docs/2014/DGC-140925-Dossier-Seaborder.pdf

²¹ http://www.defensa.gob.es/Galerias/gabinete/ficheros_docs/2014/DGC-140925-Dossier-Seaborder.pdf

²²www.defensa.gob.es/gabinete/notasPrensa/2011/09/DGC_110922_ejercicios_seguridad_seaborder_y_circaete.html

La Unidad Militar de Emergencia (UME) es objeto de gran interés por parte de los países de los países del Magreb²³. En 2014, con motivo de la Presidencia española, fueron invitados los Estados miembro del 5+5 a presenciar sus ejercicios.

AMBITO BILATERAL ESPAÑA- MAGREB

En el ámbito bilateral la acción del Ministerio de Defensa tiene dos vertientes: la relación con los Estados socios y el apoyo a las relaciones entre países terceros.

Respecto a los socios del Mediterráneo, España mantiene relaciones especialmente destacadas en materia de Defensa con los países del Magreb. Un recordatorio de los convenios alcanzados desde los años ochenta hasta la actualidad, ayuda a matizar la visión de una vecindad hostil, que en muchas ocasiones proporcionan los medios de comunicación.

Con todos ellos se han firmado convenios de cooperación militar que van desde cuestiones operativas y tácticas al intercambio en la formación de oficiales. Con todos, excepto Libia, se comparten comisiones mixtas.

Con Marruecos, Túnez y Mauritania se mantienen respectivos Convenios de Cooperación en el ámbito de Defensa desde 1989, a los que hay que sumar el firmado con Argelia en 2003. En el caso de Libia se firmó un Memorando de Entendimiento en el ámbito de Defensa en 2007, en el transcurso de la visita a España del presidente Gadafi.

Desde que se establecieron los acuerdos con estos países, alrededor de un millar de oficiales han realizado cursos en las Escuelas de las Fuerzas Armadas Españolas.

CONCLUSIÓN

La acción de los ministerios de Defensa forma parte sustancial de la acción exterior de España como de cada uno de los Estados magrebíes. Sus respectivas proyecciones regionales deben potenciarse como un instrumento que, desde la “Diplomacia de

²³ <http://www.defensa.gob.es/5mas5/es/20140609-nota-prensa.html>
<http://www.defensa.gob.es/5mas5/es/20140603-nota-prensa.html>

Defensa”, sirva para apoyar la política diseñada por los ministerios de Asuntos Exteriores.

España desempeña un papel singular en la región, pues por su geografía, por su historia y por su presencia internacional, ocupa un lugar central en las relaciones con el Magreb. Esta condición le capacita para convertirse en puente entre los intereses del Magreb y los de la Unión Europea. De ahí que la proyección española hacia el Magreb esté basada en un multilateralismo eficaz.

La PESC es el contexto en el que el Gobierno español ubica su presencia en el Mediterráneo. En ella se incluye la UpM, que ha relevado al original Proceso de Barcelona promovido por España. Los criterios de la PCSD definen esa presencia española en la región en términos de seguridad y defensa.

El principio de complementariedad define la política internacional en el Mediterráneo, lo cual permite la convivencia de diferentes foros paralelos que tengan como objetivo garantizar la paz y la seguridad, tales como el Diálogo Mediterráneo de la OTAN y la Iniciativa 5+5 Defensa. España participa en todos estos foros mediterráneos.

Ante la complejidad creciente de la situación en esta zona, la Iniciativa 5+5 Defensa adquiere un relieve estratégico notorio de cara a los desafíos a la seguridad y a la defensa en el Mediterráneo Occidental. Se manifiesta como una solución óptima y eficaz ante los desafíos que tienen que ser afrontados bajo la actuación multilateral.

Un valor excepcional de la Iniciativa 5+5 Defensa es la confianza mutua, que se está estableciendo y consolidando progresivamente entre sus Estados Miembros. Ello no sólo se debe a su propia concepción como foro de diálogo basado en la igualdad, sino además, a las posibilidades que ofrece para el conocimiento mutuo a través de su red de contactos humanos. Es un instrumento privilegiado para el desarrollo de la seguridad compartida.

La Unión Europea ha decidido promover una estrategia de acción en la región, que bien podría encontrar en el impulso de este foro, pues es un modelo en el ámbito de la seguridad y defensa para la cooperación europea con los países del Magreb.

La participación española en las iniciativas multilaterales no es incompatible con la profundización de las relaciones con el Magreb en el ámbito bilateral.

BIBLIOGRAFÍA

- C. ECHEVERRÍA JESÚS: “La Iniciativa 5+5. Defensa avanza a buen ritmo” en Informe SedMed, nº1, Barcelona, CIDOB, 2011, Pág. 4.
http://www.sedmed.org/analisis_ssm/documents/informesedmed/echevarria_jesus.pdf
- “ La Iniciativa 5+5 Defensa La Iniciativa 5+5 Defensa sobrevive a las revueltas árabes en 2011”, Informe SEDMED núm. 3, Enero de 2012.
http://www.sedmed.org/analisis_ssm/documents/informesedmed/echeverria_carlos.pdf
- E. TARILONTE: “Todos juntos contra el yihadismo”. Revista Española de Defensa, enero 2015. Págs-24-25.
<http://www.defensa.gob.es/5mas5/es/doc/red-313-cinco-mas-cinco.pdf>
- J. A. NÚÑEZ VILLAVERDE: “El diálogo mediterráneo de la OTAN y la iniciativa de cooperación de Estambul: ajustando las expectativas”. Informe SEDMED N. 2, realizado para la Fundación CIDOB, 2011.
http://www.iecah.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=1586:el-dialogo-mediterraneo-de-la-otan-y-la-iniciativa-de-cooperacion-de-estambul-ajustando-las-expectativas&catid=15:articulos&Itemid=9
- MINISTERIO DE DEFENSA: Plan de Diplomacia de Defensa. Madrid, 2011.
<http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/defensa/Documents/1.5%20PLAN%20DE%20DIPLOMACIA%20DE%20DEFENSA.pdf>
- R.ROLDÁN: “Política Mediterránea española. Iniciativas de Defensa y Seguridad en el Mediterráneo”, Seguridad en el Mediterráneo: complejidad y multidimensionalidad. Monografía del CESEDEN, nº92, Ministerio de Defensa, Febrero 2007. Pág.28
- RECURSOS DIGITALES
- http://armada.mde.es/ArmadaPortal/page/Portal/ArmadaEspañola/conocenos_noticias/prefLang_es/00_noticias--2013--06--NT-133-reunion-5-5_es?_selectedNodeID=1268013&_pageAction=selectItem
- <http://www.defensa.gob.es/gabinete/notasPrensa/2012/09/DGC-120924-Seaborder-2012.html>
- http://www.defensa.gob.es/Galerias/gabinete/ficheros_docs/2014/DGC-140925-Dossier-Seaborder.pdf
- http://www.defensa.gob.es/gabinete/notasPrensa/2011/09/DGC_110922_ejercicios_seguridad_seaborder_y_circaete.html
- <http://www.defensa.gob.es/5mas5/es/20140609-nota-prensa.html>
- <http://www.defensa.gob.es/5mas5/es/20140603-nota-prensa.html>
- <http://www.defensa.gob.es/5mas5/es/>
- <http://www.emad.mde.es/MOPS/010-Libano-UNIFIL/>
- <http://www.emad.mde.es/MOPS/050-Bosnia-ALTHEA/>
- <http://www.emad.mde.es/MOPS/180-UE-EUNAVFOR-MED-SOPHIA/>

http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eupol-copps-palestinian-territories/index_en.htm

http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eubam-rafah/index_en.htm

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Mediterraneo/Paginas/OtrosProcesos.aspx>

<http://www.5plus5defence.org/EN/PagesEN/AreasOfCooperation.aspx>

LA PROTECCIÓN DE LOS COMPRADORES DE VIVIENDAS EN SITUACIÓN DE PREHORIZONTALIDAD O “SOBRE PLANO”

BEATRIZ CORREDOR SIERRA

Registradora de la Propiedad

Directora de Relaciones Institucionales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles España.

Profesora en el Master de Acceso a la Abogacía (Universidad Nebrija).

Ministra de Vivienda (2008-2010)

Secretaria de Estado de Vivienda y Actuaciones Urbanas (2010-2011).

Fecha de recepción: 24 de mayo

Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: La Ley 57/68 ha sido derogada por la Ley 38/1999, 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en la redacción dada a ésta por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Esta nueva normativa, en vigor desde el 1 de enero de 2016, modifica la regulación anterior respecto al régimen de garantías de las cantidades entregadas a cuenta en la compra de vivienda sobre plano, en lo relativo a la cantidad asegurada y al plazo de vigencia del aval. Se estudia la doctrina jurisprudencial a partir de la STS de 13 de enero de 2015 y se plantea una posible medida adicional de protección a través del Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: The Law 57/68 has been repealed by Law 38/1999, November 5, on Compulsory Building Requirements, together with the amendments incorporated by Law 20/2015, 14 July, on Regulatory Oversight and Solvency of Insurance and Reinsurance companies. This new legislation, in force since 1 January 2016, modifies the previous regulation on the guarantee scheme of the amounts paid in advance (deposit) for purchasing a from plan dwelling, with regard to the amount insured and the guarantee's period of maturity. The jurisprudence, from Supreme Court's decision of 13 January 2015, is analyzed, and a proposal to enhance the protection for buyers, based on the Property Rights Registry, is raised.

PALABRAS CLAVE: Cantidades entregadas a cuenta, compra sobre plano, aval, plazo de entrega, responsabilidad, promotor, entidad aseguradora, entidad financiera.

KEY WORDS: Amounts paid in advance (deposit), from plan purchase, guarantee, period of delivery (deadline for completion of building), liability, developer, insurance company, financial entity.

Tras varios años de parálisis en la iniciación de nuevas promociones de vivienda, durante los cuales ha ido absorbiéndose paulatinamente parte del stock acumulado, en los últimos trimestres se observa una tendencia que obliga a poner de nuevo el foco en las operaciones de compraventa de viviendas meramente proyectadas. Así, según los datos del Ministerio de Fomento, los visados concedidos por los Colegios de Arquitectos Técnicos para la construcción de obra nueva aumentaron en 2015 más de un 42%. Parece un incremento espectacular, pero hay que tener en cuenta que partíamos de niveles históricamente bajos: si bien el año pasado se concedieron algo menos de 50.000 visados, en 2006 fueron 865.000. Este hecho explica la distribución del número de compraventas entre vivienda nueva y usada. Según la serie histórica de la Estadística Registral Inmobiliaria¹ nunca antes se habían vendido menos viviendas nuevas que en 2015, y nunca desde 2007 se habían vendido tantas viviendas de segunda mano.

La oferta de vivienda sobre plano se ha convertido de nuevo, por tanto, en protagonista del mercado inmobiliario; ahora, el que quiere adquirir una casa nueva en determinadas zonas de las principales ciudades debe recurrir a la vivienda en construcción.

Los derechos de los compradores en este tipo de negocio jurídico estaban regulados, hasta el 1 de enero de 2016, por varias disposiciones normativas:

- La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.
- El Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas.
- La Ley 50 /1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- La Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación

La Ley 57/68 ha sido considerada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo como una **medida esencial de intervención estatal en el mercado inmobiliario, dirigida a la protección del consumidor**, entendido como la parte más débil de la relación contractual. Dicha protección se ve avalada por la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación, que se hace eco del clamor social amparado por dicha jurisprudencia, protegiendo al cooperativista y al comprador de vivienda aún no construida con los beneficios tuitivos de la legislación sobre consumidores. El legislador estableció dichas normas como de *ius cogens*, como un mandato de ineludible cumplimiento, dirigido a la protección del adquirente, al instituir un **derecho objetivo de reintegro de los capitales anticipados** para la adquisición de la vivienda en construcción (art. 1 Ley 57/1968), de la que hace responsable activamente tanto los promotores como a las entidades bancarias, al obligar a abrir una cuenta especial para el depósito de las cantidades anticipadas, garantizada mediante la prestación de un aval solidario o un seguro de caución.

La Ley 57/68 ha sido derogada por la **Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras**, -en vigor desde el 1 de enero de 2016-, cuya Disposición Final tercera modifica también la regulación hasta ahora existente en cuanto al régimen de garantías en la compra de vivienda sobre plano, que está determinada en la Disposición adicional primera de la **Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación**. Las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016, y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes al régimen introducido por la Ley 20/2015.

Respecto la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción, la citada Disposición adicional primera de la Ley 38/99, en la redacción dada por la Ley 20/2015, determina que **las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de**

¹ <http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/estadisticas-de-propiedad/estadistica-registral-inmobiliaria/>

toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:

- Garantizar, **desde la obtención de la licencia de edificación**, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.
- Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito, en las que habrán de depositarse en una **cuenta especial**, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponerse para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.
- Para la apertura de estas cuentas o depósitos **la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía** a que se refiere la condición anterior. La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero.

Como **requisitos de estas garantías**, la nueva regulación determina que:

- Para que un **contrato de seguro de caución** pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, se suscribirá una **póliza de seguro individual** por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales. En caso de que la **construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo** convenido, el asegurado, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas, con los impuestos aplicables y sus intereses, y éste, en el plazo de treinta días, no haya procedido a su devolución, podrá reclamar al asegurador la indemnización correspondiente. Igualmente, el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor. El asegurador deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación. En ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión.
- **Para que un aval pueda servir como garantía** deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito. En caso de que la **construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo** convenido, el beneficiario, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses, y éste, en el plazo de treinta días, no haya procedido a su devolución, podrá exigir al avalista el abono de dichas cantidades. Igualmente, el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor. **Transcurrido un plazo de dos años**, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, **se producirá la caducidad del aval**.
- La suma asegurada por el seguro de caución, o por el aval, será la **cuantía total** de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos

aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor.

- En cuanto a la ejecución de estas garantías, **si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada**, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.
- Expedida por el órgano administrativo competente **la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente** que faculte para la ocupación de la vivienda, y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda.

La norma determina además **obligaciones relativas a la información contractual y a la publicidad** de la promoción de viviendas con percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción. En los contratos deberá hacerse constar expresamente:

- Que el promotor se obliga a la devolución al adquirente de las cantidades percibidas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, más los intereses legales, en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento equivalente que faculte para la ocupación de la vivienda.
- Referencia al contrato de seguro o aval bancario, con indicación de la denominación de la entidad aseguradora o de la entidad avalista.
- Designación de la entidad de crédito y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato.
- En el momento del otorgamiento del contrato de compraventa, el promotor hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio.

La **Exposición de Motivos de la Ley 20/2015** señala como uno de sus objetivos el **de dotar de mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda en construcción frente al promotor**, eliminándose, entre otros aspectos, el régimen basado en un sistema dual de pólizas (pólizas colectivas y certificados individuales de seguros de caución). Pero desde la doctrina y diversos operadores jurídicos se han alzado voces que aseguran que no se ha conseguido esa pretendida mejora; antes al contrario, alertan de que **se ha debilitado el régimen de protección** en cuatro aspectos sustanciales: qué cantidades podrá recuperar el comprador en caso de incumplimiento por parte del promotor; el plazo de ejercicio de la acción para la reclamación; el procedimiento para ejercitar dicha acción; y la eliminación de la irrenunciabilidad de los derechos de los compradores.

Hasta el pasado 1 de enero, la Disposición adicional primera de la Ley 38/99 establecía que *“la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”*. Es decir, la anterior regulación ya establecía la

obligatoriedad de asegurar las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, aunque sin especificar **a partir de qué momento surgía dicha obligatoriedad**. Esta es una de las principales novedades que introduce la nueva legislación: desde que entró en vigor, queda delimitado cuándo comienza a aplicarse esa obligación de garantizar el dinero anticipado en una compra de vivienda sobre plano, que es el de la **obtención de la licencia de obras**.

Y es aquí donde surgen las primeras discrepancias. Mientras algunos expertos consideran que la modificación no excluye las cantidades entregadas con anterioridad a la obtención de la licencia, y que el legislador sólo ha pretendido determinar el momento de entrada en vigor de la garantía, otros sostienen que el cambio deja más desprotegidos a los compradores de lo que estaban antes, al explicitar que la garantía sólo cubre las cantidades aportadas *a partir de la obtención de la licencia de obras*: es decir, que las garantías sólo operan a partir de la obtención del permiso de edificación, cuando en la práctica procesal el 90% de las reclamaciones se produce por el dinero entregado antes de la obtención de la referida licencia.

Otra de las críticas a la nueva regulación hace referencia precisamente al periodo de **caducidad que impone para los avales**, respecto de los cuales y del contrato de seguro **no se establece ahora el carácter ejecutivo**, que anteriormente reconocía el art. 3 de la Ley 57/1968. Hasta ahora, si una promotora incumplía la fecha de *entrega de llaves* de las viviendas y se negaba a devolver las cantidades entregadas a cuenta, se podía reclamar al promotor por un periodo que en términos generales podía prolongarse hasta pasados **15 años** desde la fecha prevista para la recepción de las viviendas, con fundamento en el plazo general de prescripción de las acciones personales del art. 1964 CC, en la redacción anterior a la Ley 42/2015².

Ahora, al establecerse que los avales caducan a los **dos años** desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada, sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, –lo que significa que una vez transcurridos los mismos ya nada se puede reclamar–, el comprador o consumidor se encuentra claramente más desprotegido que con el marco legal anterior. Además, la norma no establece de quién es la responsabilidad si se demuestra que el promotor no había contratado las pólizas o avales preceptivos. **En su interpretación de la Ley 57/68**, la jurisprudencia había venido dando la razón a quienes aseguraban que el aval debe cubrir todas las cantidades abonadas, independientemente de si se pagaron antes o después de la obtención de la licencia de obra, práctica especialmente habitual en las cooperativas³. Entiende buena parte de la doctrina que el legislador ha cedido a las presiones de la banca y del sector asegurador porque, con la nueva normativa ya en vigor, muchos siniestros y pretensiones de compradores que antes se juzgaban y se ganaban en los tribunales, y que habían dado lugar a una coherente y continuada doctrina jurisprudencial a través de sucesivos pronunciamientos del Tribunal Supremo, puede que a partir de ahora no sean considerados como tales o sean desestimadas.

² La Disposición Final 1 de la Ley 42/ 2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha modificado el art. 1964 CC, que ahora dispone:

1. *La acción hipotecaria prescribe a los veinte años.*

2. *Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.*

³ En el marco de la legislación anterior, las entidades aseguradoras ofrecieron un seguro que permitiese la consecución de las operaciones de compra de suelos, denominado seguro “Tramo I”, cuya finalidad era la de controlar y garantizar que las cantidades aportadas se destinasen, únicamente, a sufragar los gastos establecidos en el plan financiero del proyecto promotor. Sin embargo, el Tribunal Supremo entendió que este seguro de caución se identificaba con el seguro de fianzamiento regulado en la Ley 57/68; en este sentido, la STS de 13 de septiembre de 2013 condena a una compañía aseguradora a la devolución de las cantidades aportadas por los cooperativistas con carácter previo a la obtención de la licencia de edificación, por considerar que el seguro suscrito era un seguro de fianzamiento regulado en la Ley 57/68 y no lo que se denomina un seguro “Tramo I”.

La aplicación rigurosa del régimen de protección de estos compradores se ha consolidado a partir de **la STS, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2015**, que establece como **doctrina jurisprudencial** que:

- De acuerdo con el art. 2 de la Ley 57/1968, es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir.
- La **irrenunciabilidad de los derechos** por el comprador, que establece el art. 7 de la Ley 57/1968, impide que en el contrato que se aseguren o avalen las cantidades anticipadas se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial como condición para que queden aseguradas. Es decir, que no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial.

En el litigio que dio origen al recurso, los compradores solicitaron, frente a la vendedora y la aseguradora, la resolución de sus contratos de compraventa y la devolución de las cantidades anticipadas. La demanda fue desestimada por el **Juzgado de Primera Instancia** al entender que no se había producido incumplimiento del plazo de entrega por la vendedora. Sin embargo, la **Audiencia Provincial** consideró en la apelación que este plazo no había sido respetado y estimó en parte el recurso, resolviendo los contratos. En cuanto a las cantidades a devolver, condenó sólo a la vendedora, eximiendo de responsabilidad a la aseguradora al entender que, conforme a lo dispuesto en el contrato de seguro, los compradores debieron haber ingresado las cantidades entregadas en una cuenta especial designada en el mismo, y que la cláusula que recogió tal obligación había sido consentida y firmada por los compradores. Interpuesto recurso por los compradores, el **TS estima su pretensión**, casa la sentencia de la Audiencia y condena a la entidad bancaria-aseguradora a que abone, de forma solidaria con la vendedora, las cantidades anticipadas. Los argumentos de la Sala al respecto son los siguientes:

- Que el artículo 1 de la **Ley 57/1968** declara que los promotores que pretendan recibir de los adquirentes entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán percibir las cantidades a través de una Entidad bancaria en la que habrán de depositarse en cuenta especial. Es decir, la ley **impone al promotor la obligación** de depositar las cantidades anticipadas en una cuenta especial, al efecto designada, pero nunca impone dicha obligación al comprador.
- Los derechos que reconoce la referida norma a los cesionarios tienen el carácter de **irrenunciables**: no se puede establecer en la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que sólo corresponde al vendedor, según la ley; en este sentido, la **STS de 3 de julio de 2013** declaró prioritaria la eficacia de lo dispuesto en la Ley 57/1968 sobre lo pactado por las partes.
- Que el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial, o de haberlas ingresado en una cuenta diferente, es una cuestión “a dirimir entre la aseguradora y la parte vendedora”, como ya habían declarado otras **STS**, entre ellas la **de 8 de marzo de 2001**, pero no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor, siendo irrenunciable el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas.
- Que la **limitación cuantitativa** de la cobertura de la garantía, por debajo de las cantidades entregadas, viola el artículo 7 de la Ley 57/1968, cuando determina la irrenunciabilidad de los derechos de los cesionarios, pues la ley establece un contenido normativo y obligatorio para los avales o seguros que garantizan las cantidades

entregadas a cuenta, cuya cobertura no podrá ser inferior a las sumas entregadas por los compradores.

Más en particular, por lo que se refiere a la **obligación de prestar garantía** que impone el art. 1 de la Ley 57/68, respecto a la **cuenta especial** en la que han de depositarse las cantidades anticipadas por los compradores, y a la **responsabilidad de la entidad que las percibe**, la **STS de 16 de enero de 2015** confirma la doctrina jurisprudencial sentada en varios pronunciamientos anteriores:

- No puede sustentarse la configuración de esta prestación de garantía como meramente accesoria del contrato, cuyo incumplimiento quede reducido al ámbito de una mera infracción administrativa; antes al contrario: su vulneración puede calificarse como **grave o esencial**.
- El aval pretende asegurar a los compradores frente al incumplimiento por parte del vendedor del plazo para la entrega, exigiendo a la promotora la inversión de las cantidades entregadas en la ejecución de la obra concertada; previsión legal cuya necesidad se acentúa en situaciones de crisis económica, lo que refuerza su carácter esencial; esencialidad que también se deduce de la **naturaleza ejecutiva** con que le dota la Ley (art. 3) para reforzar su función garantizadora (ejecutividad que la Ley 20/2015 no ha recogido, sin embargo).
- Respecto al tipo de responsabilidad que para la entidad financiera deriva del incumplimiento de la obligación de abrir una cuenta especial para depositar en ella las cantidades entregadas, y de constituir las garantías exigidas por la ley, declara el TS que se trata de una **responsabilidad contractual**, es decir, derivada de una relación jurídica entre el que tiene el deber de cumplir y el que tiene el derecho a recibir, y no extracontractual, es decir, entre el que tiene deber de reparar el daño y quien lo ha sufrido, no mediando relación jurídica alguna entre uno y otro; por tanto, no estamos ante responsabilidad por acto ilícito (art. 1902 CC), sino derivada de una obligación que la ley hace depender de un contrato (art. 1089 CC).
- Esto determina que el plazo de prescripción del aval no sea el de un año (art. 1968.2 CC, en relación al 1902), sino el general de las acciones personales, es decir, **quince años** (art. 1964 CC)⁴. Este plazo, como vimos, se reduce en la Ley 20/2015 a sólo dos años, contados desde el incumplimiento de la fecha prevista para la entrega de las viviendas.
- Respecto al plazo de prescripción del aval y el **dies a quo**, según la interpretación dada al art. 1969 CC⁵ en base a la teoría de la realización (frente a la teoría de la *actio nata*), el Tribunal Supremo declara que la acción nace cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, es decir, al tiempo al que pudiera ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, porque si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de castigar al titular de un derecho por una inactividad que le impone la ley o el mismo contrato. No se puede reprochar al titular que no ejerza su derecho en una época en que no podía actuarlo por no conocer aún las bases sobre las que podría fundamentar su pretensión.

Además, esta sentencia distingue, a efectos de la responsabilidad a que se refiere el art. 1 de la Ley 57/1968, entre la entidad que concede al promotor el **préstamo a la construcción** con garantía hipotecaria y **aquella otra en la que se ingresan las cantidades anticipadas**,

⁴ Véase nota 2 anterior, sobre la nueva redacción del art. 1964 CC por la Ley 42/2015.

⁵ Artículo 1969 CC: *El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.*

declarando que la ley impone estas obligaciones a la entidad financiera a través de la cual el promotor percibe los anticipos de los adquirentes, pero no a la entidad financiadora de la promoción (si es distinta de la primera), ni a aquellas entidades que pudieran recibir los fondos posteriormente.

La **STS de 20 de enero de 2015**, en relación al **plazo de vigencia del aval**, en aplicación del art. 4 de la Ley 57/68, recuerda que sólo puede cancelarse una vez expedida la cédula de habitabilidad y acreditada la entrega de la vivienda, momento hasta el cual se prolonga imperativamente la vigencia de las garantía a favor del comprador, por lo que entiende contraria a derecho la disposición de una fecha de caducidad de la garantía que imposibilite absolutamente su eficacia, como sería una fecha de vencimiento antes de que pueda hacerse efectiva.

La **STS de 30 de abril de 2015**, por su parte, resuelve que la entidad crediticia debía responder frente a los cooperativistas de viviendas no sólo de los pagos anticipados ingresados en la cuenta especial, como se decía en el aval, sino también de los ingresados en una cuenta diferente del promotor en la misma entidad.

La **STS de 23 de septiembre de 2015**, resolviendo un supuesto de emisión de póliza colectiva para garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, con omisión de los certificados individuales, recoge la siguiente doctrina jurisprudencial: en atención a la finalidad tuitiva de la norma, no debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta, la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales; por tanto, la ausencia de los correspondiente avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la póliza colectiva.

En la referida **STS de 20 de enero de 2015** se sintetiza además la **evolución de la doctrina jurisprudencial respecto a la reiterada Ley 57/68**, conformada sobre todo a raíz de las situaciones creadas por la crisis económica y financiera (promotores en concurso y compradores que habían anticipado cantidades pero que no iban a recibir las viviendas), en el sentido de interpretarla como pionera de la protección de los derechos de los compradores de viviendas para uso residencial, varios años antes de que la Constitución proclamara como principios rectores de la política social y económica el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47) y la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51). Esta línea jurisprudencial se concreta en atenerse en sus pronunciamientos al rigor con que la propia Ley 57/68 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido, para dotarla de plenos efectos civiles. Así:

- Sobre el carácter de la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/68), es doctrina jurisprudencial que se trata de una **obligación esencial** mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato, e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio.
- Se rechaza que el **seguro de caución** de las cantidades anticipadas por los cooperativistas de viviendas comprenda únicamente lo invertido para la compra de los terrenos para edificar, declarando que el buen fin del contrato se alcanza con la entrega de las viviendas y, en otro caso, con la devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas.

- Acerca del **importe cubierto con el seguro**, comprende todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior (lo que supondría una infracción de los arts. 2 Ley 57/68 y 68 de la Ley de Contrato de Seguro).
- El art. 1 de la Ley permite al comprador dirigirse **simultáneamente** contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, contra el avalista o asegurador, sin tener que demandar al promotor por incumplimiento.
- Se declara la **responsabilidad solidaria** de los administradores de una sociedad promotora frente a los compradores, por el daño consistente en no haber podido recuperar las cantidades anticipadas por no haberse constituido la garantía correspondiente.

En cuanto **al alcance de la responsabilidad de la entidad de crédito**, es decir, si la entidad de crédito en la que el comprador ingresa las cantidades anticipadas debe responder frente a él aunque el promotor no haya abierto en la misma una cuenta especial ni presentado aval o seguro, recuerda el TS que la Ley 57/68 impone a los promotores que deben percibir las cantidades anticipadas *“a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en la que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior”* (es decir, un seguro o un aval bancario).

Se determina así el alcance de la expresión **“bajo su responsabilidad”** del art. 1.2ª de la Ley 57/68, cuando las cantidades anticipadas no se hayan percibido en una cuenta especial sino en la única que el promotor tenía en la entidad de crédito codemandada: en caso de que el establecimiento de crédito aceptara ingresos a cuenta del pago del precio de una vivienda, y estos no estuvieran depositados en una cuenta indisponible, operaría la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria por incumplimiento del deber de garantizar, según la **STS de 21 de diciembre de 2015**; sentencia que, en línea con la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la Ley 57/68, **desmiente su carácter de tercero ajeno** a la relación entre comprador y vendedor, y señala que el art. 1.2 impone a las entidades de crédito un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que ha concedido un préstamo para la financiación de las obras, para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa o en otra entidad; pero, en cualquier caso, constituyendo una garantía que la entidad correspondiente habrá de *exigir*: se trata, en definitiva, de una colaboración activa de las entidades de crédito, porque, de otra forma, bastaría recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema de protección que la Ley 57/68 otorga a los compradores perdiera toda su eficacia. Esta STS condena a una entidad financiera, - precisamente porque tuvo conocimiento, o pudo tenerlo, de que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas, - a reintegrar a una compradora las cantidades entregadas a cuenta en una promoción fallida, por incumplir la obligación legal que tenía la entidad de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, para dichos ingresos.

La STS de 21 de diciembre de 2015 fija la siguiente **doctrina jurisprudencial**: *«En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968, las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía, responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por ellos e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad»*.

Esta misma línea jurisprudencial se consolida en la **STS de 9 de marzo de 2016**, que aplica la misma doctrina para un caso en que la entidad de crédito receptora de las cantidades anticipadas en una cuenta común del promotor, no en la cuenta especial exigida por la Ley 57/68, había avalado solamente una parte de esas cantidades y se oponía a responder de la restante por inexistencia de cuenta especial y aval; también en la **STS de 17 de marzo de 2016**, que revoca la de la Audiencia Provincial porque descargaba sobre los compradores una responsabilidad de control sobre las cuentas del promotor, que legalmente corresponde a la entidad de crédito en la que el promotor tenga una o varias cuentas. La argumentación el TS se centra en la responsabilidad de la entidad financiera en la que el promotor tiene abierta una cuenta, sin que conste que ésta sea la especial a que se refiere la Ley 57/68, en la que los compradores hicieron los ingresos de las cantidades anticipadas por la compra de viviendas sobre plano o en construcción cuya devolución no fue garantizada mediante seguro o aval.

Por lo que se refiere **al plazo de entrega de las viviendas**, y su carácter esencial o no, la citada **STS de 20 de enero de 2015** planteó la necesidad de que el alto Tribunal se pronunciase expresamente sobre si la rescisión a que se refiere **el art. 3 de la Ley 57/68** se aproxima a la resolución contractual por incumplimiento regulada en el art. 1124 del CC o, por el contrario, siendo la finalidad de la Ley impedir el fraude en la compraventa de viviendas futuras, es un derecho del comprador sólo para el caso de que la vivienda no llegue a construirse. En suma: se trataba de determinar si dicho art. 3 contiene un régimen especial para las compraventas de viviendas comprendidas dentro de su ámbito de regulación que, a diferencia del previsto en el art. 1124, permite al comprador resolver el contrato por retraso en la entrega, aun cuando dicho retraso no sea especialmente intenso o relevante.

El TS realiza una **nueva interpretación del art. 3**, superando la opinión sentada por la STS de 9 de junio de 1986, y declara que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de la escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada, aun después de la fecha estipulada para su entrega. Asimismo, determina el TS que este régimen constituye, dentro de su ámbito de aplicación, **una especialidad respecto del general establecido en el art. 1124 CC**, respecto del cual considera la doctrina jurisprudencial que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte. El régimen especial del art. 3, es decir, considerar el **retraso como causa bastante para la resolución** del contrato por incumplimiento, a instancia del comprador, siempre que no se aprecie mala fe o abuso de su derecho, se fundamenta en los siguientes argumentos:

- El carácter irrenunciable de los derechos concedidos al comprador en el art. 7 de la Ley 57/68, es decir, el derecho a optar entre la rescisión con devolución de las cantidades entregadas o la concesión al vendedor de una prórroga, expresa y explícita; irrenunciabilidad que, como vimos, desaparece en la nueva regulación introducida en la Ley 38/99 por la Ley 20/2015.
- El equilibrio contractual, compensándose concesión al vendedor de la facultad de resolver el contrato por un solo impago por parte del comprador (art. 1504 CC) con la concesión al comprador del derecho a resolverlo por retraso en la terminación y entrega de la vivienda.
- El riesgo, nunca descartable y, como consecuencia de la crisis económica, financiera e inmobiliaria, nada improbable, de insolvencia del promotor-vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso el tiempo, reduciendo las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor.

- Los obstáculos que el transcurso del tiempo a partir de la fecha de la entrega puede provocar al comprador que pretenda dirigirse contra el avalista o asegurador.
- Sin embargo, el TS **ha denegado** en ocasiones pretensiones resolutorias de los compradores de viviendas, por retraso en la entrega cuando, según las circunstancias del caso, resulte patente que en realidad encubren incumplimientos oportunistas de los propios compradores, carentes de un interés jurídicamente protegible. Así, en la **STS 780/2015, de 30 de abril**.

Analizada la posición del TS y siendo, como hemos visto, muy similares las redacciones de la **Ley 57/1968** y la **Ley 20/2015**, -con las citadas modificaciones en cuanto a la determinación del momento temporal en que surge la obligación de garantizar, y el plazo de prescripción del aval, entendemos que la doctrina jurisprudencial fijada sería plenamente aplicable a las nuevas compraventas que se firmen con posterioridad al 1 de enero de 2016, momento de entrada en vigor de la Ley 20/2015.

A la vista de la doctrina jurisprudencial comentada y de la nueva regulación normativa - que según parte de la doctrina, como hemos visto, es menos protectora para los compradores- cabe preguntarse para finalizar si es posible reforzar el sistema de protección de los derechos de los compradores de viviendas sobre plano a través de **las herramientas que ofrece al Estado la institución registral, el Registro de la Propiedad**. Mucho se ha hablado sobre esta materia desde hace años, aunque desde el punto de vista legislativo las modificaciones que se han implementado se concentran en garantizar la devolución las obligaciones pecuniarias derivadas de las cantidades adelantadas a cuenta por los compradores de viviendas, antes de su edificación y entrega, en caso de incumplimiento por el promotor-vendedor.

En este sentido, ya en el 2º Congreso de Registradores, celebrado en 2004, la ponencia que presentó el registrador Rafael Arnaiz Eguren⁶ versó sobre las llamadas **situaciones de prehorizontalidad**, diseñando un completo régimen jurídico que pudiera garantizar el derecho de los adquirentes de los pisos del futuro edificio a través de la institución registral, más allá de la siempre posible anotación de demanda de elevación a público de documento privado, reconocida tanto por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷ como por el TS, cuando de ese documento se deriva un *ius ad rem* o vocación al derecho real, haciéndolo constar en el folio del solar y exigiendo para ello una identificación suficiente del elemento.

⁶ R. Arnaiz Eguren: "Situaciones de Prehorizontalidad: herramientas registrales para la protección de los adquirentes y la lucha contra el fraude".

⁷ RDGRN 24 de junio de 1991: Es hipótesis muy frecuente que la adquisición de las viviendas se efectúe en documento privado y cuando aún no se ha iniciado la construcción del edificio correspondiente, posponiendo para un momento ulterior, la formalización de la escritura pública de compraventa; ello plantea múltiples situaciones conflictivas que podrían terminar en una indefensión del comprador. Ha de considerarse asimismo, el amplio criterio interpretativo adoptado por este Centro Directivo al tratar de definir el ámbito de aplicación del artículo 42-1º de la Ley Hipotecaria, incluyendo en él no sólo la anotación preventiva de las demandas en que se ejercita una acción real sino también aquellas otras mediante las que se persigue la efectividad de un derecho personal cuyo desenvolvimiento lleve aparejado una mutación jurídico real inmobiliaria. Evidentemente, en tanto la construcción no esté concluida o, por lo menos, comenzada, no podrá hacerse constar en el Registro que existe ya sobre cada local o apartamento una propiedad separada: es decir, no podrá inscribirse el régimen de propiedad horizontal como tal (artículo 8º, números 4º y 5º). No puede objetarse a la anotación pretendida, que, al no haber sido perfectamente descritos los bienes objeto del contrato en cuestión, con todos los elementos que individualizan debidamente los pisos o locales privativos en el régimen de propiedad horizontal, la obligación asumida por el vendedor no sería la de dar cosa cierta y determinada, sino una obligación genérica -si bien que de género limitado- y no sería idónea para justificar la anotación de la demanda en que se pide su cumplimiento; por el contrario, y al menos en lo que a la vivienda se refiere, el señalamiento de un número de orden, del tipo al que pertenece y del portal en que se halla, indican la especificidad de la prestación a que se compromete el vendedor, y, por otra parte, la omisión en el documento suscrito, de los datos identificadores pertinentes (planta, superficie, linderos, cuota, etc.) puede ser perfectamente subsanado en su día, judicialmente.

El problema se produce en la fase temporal en que todavía no está constituido formalmente el régimen de propiedad horizontal, ni se ha llevado a cabo su inscripción registral, y **se producen actos dispositivos sobre porciones concretas del edificio en su conjunto**. En este caso la enajenación es posible y válida desde el punto de vista civil⁸, pero su inscripción registral es imposible, puesto que aún no se ha formado la finca privativa objeto de la enajenación y que ha de constar como una unidad independiente dentro del Registro de la Propiedad. Durante esta fase el sistema civil no impide la enajenación parcial del edificio, normalmente en construcción, pero sí una enajenación definitiva firme e inscribible, puesto que no está perfectamente determinado el objeto de la transacción.

De otra parte, y éste es el problema más importante, en tanto en cuanto no se inscriben las transmisiones parciales, el titular registral de tales porciones sigue siendo el transmitente, en la medida en que ostenta dicha titularidad sobre la totalidad del edificio aún no distribuido. Cuando, en estos casos el titular registral dispone voluntariamente de las porciones ya enajenadas, o es objeto de una traba de embargo, o incurre en una situación de insolvencia, y cualquiera de esas operaciones jurídicas se inscribe en el Registro, el adquirente o titular de la carga que inscribe, si ha actuado de buena fe, queda protegido por el principio de fe pública registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria) y deja en total desamparo al adquirente civil que no pudo inscribir. Se da por tanto una fuerte posibilidad de que se produzcan actuaciones fraudulentas.

La propuesta que comentamos pasa por admitir que los contratos de compraventa, compromiso, opción de compra o, simplemente, contratos de intención, por los que se transmitan -o se prometa la transmisión- de porciones concretas de edificios aún no sometidos a régimen de propiedad horizontal, **puedan ser objeto de publicidad registral** a través de la constancia del documento en que se constituye el derecho (*ius ad rem*), mediante la combinación de una anotación preventiva y una nota marginal, y con un sistema de notificaciones a los titulares de derechos sobre la finca en la que se está realizando la edificación. Resumimos lo esencial de este planteamiento, que merece una reflexión doctrinal más pausada:

- Los contratos citados deberán reunir los requisitos mínimos para la identificación de las partes, su domicilio, la porción transmitida (planta, número, letra) y el precio. El reflejo en el Registro se realizará mediante una **anotación preventiva**, asiento de carácter provisorio sujeto a plazo de caducidad (4 años, art. 86 de la Ley Hipotecaria), pero prorrogable en caso necesario.

⁸ STS 14 de febrero de 2002: reiteradamente esta Sala ha proclamado que el Código Civil, en cuanto a la adquisición del dominio, se basa en la teoría del título y el modo, conforme a la cual, -a diferencia de los sistemas legislativos en los cuales la propiedad se transmite por el solo hecho del contrato, sin que la entrega de la cosa tenga otra trascendencia que la de facultar materialmente el ejercicio de los derechos dominicales-; y como, inspirado en el sistema romano, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato, sino es seguida de la tradición y así se desprende de los artículos 609 y 1.095, es decir que solo la composición de los dos elementos, el título y el modo de adquirir, determina la transformación del originario "*ius ad rem*" en un "*ius in re*" (S. de 20 de octubre de 1.990). Asimismo, es preciso constatar que de los contratos de compraventa solo surgen acciones personales, y para poder acreditar la propiedad, con el fin de ejercitar los derechos correspondientes al dominio, se requiere la tradición, como se desprende de lo establecido en el artículo 1.095 y en los artículos 1.461 a 1.465, todos ellos del Código Civil. Y en el presente caso, la parte recurrida, por documento privado había adquirido una expectativa de vivienda, y por ello no podía serle entregada, y esta situación era la que imperaba cuando se realizó la traba en cuestión. Con lo que se constataba la no existencia de la cualidad de propietario en la parte recurrida, y por ello el fracaso de su pretensión tercerista. Y así se proclama en la sentencia de esta Sala de 4 de enero de 1.991, cuando se dice que la constancia en documento privado de un contrato de compraventa no da nacimiento a acción real alguna, puesto que por sí mismo no transfiere el dominio sino se justifica la tradición de la cosa vendida. Lo que aplicado al presente caso, hace que la adquisición de una futura vivienda por el sistema "sobre el plano", podrá en todo caso constituir un título, pero nunca un modo de adquirir, que configure una condición de propietario, que solo podía ocurrir en el momento, o, de la entrega de las llaves -traditio ficta-, o, en el de otorgamiento de la escritura pública -traditio instrumental-.

- La entrega de cantidades a cuenta deberá documentarse y firmarse por ambas partes, con el carácter de carta de pago, y podrá ser objeto de **nota marginal**, tantas como plazos se vayan abonando.
- La práctica de la anotación preventiva o de la nota marginal **no debería impedir** que el propietario del inmueble en su conjunto lleve a cabo los actos de disposición necesarios para culminar la edificación, incluso su enajenación, si bien en este caso debería preverse la subrogación del adquirente en los compromisos asumidos por el transmitente-constructor. También podría el dueño del inmueble en su conjunto, por su sola voluntad, constituir sobre el mismo las garantías necesarias para financiar la construcción, incluso la hipotecaria, así como establecer el régimen de propiedad horizontal o de conjunto inmobiliario, el señalamiento de anejos o elementos comunes o la constitución de servidumbres.
- Sin embargo, la anotación preventiva **no puede facultar** a su titular para enajenar la porción adquirida a que se refiere la anotación, sin consentimiento del adquirente, hasta el momento de la inscripción definitiva del elemento individualizado adquirido, practicada en virtud de título público, una vez constituido el régimen de propiedad horizontal.
- En la instrumentación de este sistema es fundamental que se determinen los **efectos registrales** de las anotaciones y de las notas marginales practicadas en régimen de prehorizontalidad, especialmente en relación con los créditos destinados a financiar la edificación. En este sentido:
 - Los créditos hipotecarios inscritos o los embargos anotados **con anterioridad** a la práctica de anotaciones y notas de prehorizontalidad tienen carácter preferente, de tal forma que en caso de ejecución se cancelen todos los asientos posteriores, incluidos los de prehorizontalidad, de acuerdo con el sistema previsto en la Legislación Hipotecaria y en la LEC.
 - En caso de **créditos ordinarios** anotados preventivamente **con posterioridad** a los asientos resultantes de prehorizontalidad, deben aplicarse las reglas generales resultantes del principio de prioridad y, por tanto, la ejecución de aquellos no impedirá la subsistencia de las anotaciones y notas sobre prehorizontalidad, que serían derechos preferentes. El rematante deberá subrogarse, por tanto, en las obligaciones de entrega de la porción vendida una vez constituido el régimen de propiedad horizontal.
 - Cuando se trate de **créditos hipotecarios inscritos con posterioridad**, por la sola voluntad del propietario del inmueble en su conjunto, aunque la solución más técnica desde el punto de vista registral es la de mantener los asientos (anotaciones de prehorizontalidad) practicados con anterioridad, ello impediría la necesaria financiación de las edificaciones (ya que estos créditos tendrían peor rango que los anteriores, por aplicación del principio de prioridad) y por tanto podría suponer la paralización del tráfico inmobiliario.
 - Por ello, R. Arnaiz propuso como alternativa una discutible alteración puntual de los principios de prioridad y tracto, en aras de una protección equilibrada de los intereses de promotor y de adquirente, de forma que en estos casos tuviera carácter preferente la hipoteca para la financiación de la edificación (aunque hubiera sido inscrita con posterioridad), sin perjuicio de las acciones tanto civiles como penales que puedan ser ejercitadas por el comprador anotante, como consecuencia del incumplimiento del promotor. Esta alteración fuerza el sistema de principios hipotecarios, por lo que como alternativa se propone el **pacto voluntario de**

posposición o permuta del rango entre ambos derechos, a través del procedimiento y con los requisitos del art. 241 del Reglamento Hipotecario,⁹ que la DGRN ha extendido a la condición resolutoria (RDGRN 25 de octubre de 1979), habiendo admitido el Tribunal Supremo la posibilidad de la negociación del rango.

- Dadas las características del sistema propuesto se cree fundamental el establecimiento de un riguroso **régimen de notificaciones**, y se propone que el registrador de la propiedad notifique al titular de los derechos objeto de anotación o nota marginal la iniciación de procedimientos ejecutivos dirigidos contra el titular registral del inmueble, la adjudicación del inmueble en su conjunto como consecuencia de procesos de ejecución, y los actos dispositivos realizados por el titular del inmueble en su conjunto.
- Debería regularse, finalmente, la **cancelación** automática de las anotaciones preventivas y notas marginales de prehorizontalidad, como consecuencia de la inscripción del edificio -a través de la correspondiente declaración de obra nueva- y de la constitución del régimen de propiedad horizontal, así como de la inscripción definitiva del piso o local independiente en que se concrete la porción transmitida.

Dejamos, pues, meramente apuntada la propuesta de protección registral de los derechos de los compradores de viviendas aún no edificadas o en situación de prehorizontalidad, -cuyo desarrollo en torno a una propuesta legislativa podría contribuir a evitar situaciones como las descritas en las sentencias analizadas-, a la espera de confirmar si la doctrina jurisprudencial consolidada por el Tribunal Supremo en torno a la interpretación de la Ley 57/68 puede proyectarse sobre la nueva regulación, aparentemente menos garantista, introducida por la Ley 20/2015 en la Ley 38/99.

⁹ RDGRN 26 de enero 2016: En el sistema inmobiliario registral español el orden (rango), que ha de ocupar un determinado derecho o una medida judicial de aseguramiento de las resultas del procedimiento en el folio registral de una finca, viene determinado por el momento en que se lleva a cabo la solicitud de inscripción o toma de razón mediante la práctica del asiento de presentación. Así lo establece el artículo 24 de la Ley Hipotecaria que afirma: *«Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma»*. Desde ese momento el derecho inscrito gana prioridad frente a otros derechos compatibles o incompatibles cuya toma de razón se solicite aun cuando estén basados en títulos de fecha anterior (artículo 17 de la Ley Hipotecaria). Como pusiera de relieve la RDGRN de 26 de marzo de 1999: *«el denominado "rango registral" de cualquier título que pretenda su acceso al Registro, sea de carácter constitutivo o modificativo de un derecho real preexistente, viene dado exclusivamente por la fecha del asiento de presentación respectivo (cfr. arts. 24 y 25 LH); y si bien es cierto que en determinadas hipótesis se admite una denominada "alteración paccionada del rango hipotecario" (cfr. art. 241 RH) no lo es menos que ello presupone el consentimiento del titular del derecho pospuesto»*. Según afirma la RDGRN de 4 de noviembre de 2000, el rango registral no puede considerarse propiamente como un derecho, sino como una posición o cualidad de la garantía, que se ve beneficiada en su preferencia con la posposición de otra preferente, pero sigue siendo la misma. No cabe posposición entre embargos, según RDGRN de 23 de abril de 1996 y otras.

MENORES Y REDES SOCIALES: NUEVOS DESAFÍOS JURÍDICOS

Miriam Guardiola Salmerón
Abogada especialista en Nuevas Tecnologías y Menores

Fecha de recepción: 24 de mayo
Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: El impacto de las Nuevas Tecnologías ha hecho que nuestra realidad y sociedad cambie y con ella la concepción tradicional que hasta ahora teníamos del Derecho. En ocasiones las TICS han supuesto un nuevo medio para la comisión de clásicos delitos, mientras que en otras ocasiones esta nueva realidad ha dado lugar a nuevas figuras delictivas que hasta su irrupción eran inexistentes o desconocidas para la sociedad y para el legislador. Cada vez más y con mayor frecuencia, los menores tienen acceso a dispositivos electrónicos y telemáticos a edades más tempranas, y con ello el acceso a redes sociales y la puerta abierta a todo tipo de peligros y riesgos. Pero, ¿conocemos realmente cuál es la normativa legal en esta materia y la edad mínima para que los menores puedan acceder a redes sociales? La cuestión nos plantea numerosos interrogantes: ¿a qué edad pueden los menores acceder a este tipo de redes sociales? ¿Existe algún control de verificación y autenticación de este tipo de requisito? ¿Pueden los padres acceder a las cuentas privadas de sus hijos menores? ¿pueden los padres subir fotografías de sus hijos menores a Internet? ¿cuáles son los nuevos ciberdelitos a los que los menores están más expuestos? ¿cuál es la nueva regulación los ciberdelitos que más afectan a los menores como : sexting, child grooming, sextorsión, cyberstalking o cyberbullying? Abordaremos todas estas cuestiones, y trataremos de hacer un análisis crítico de la materia, destacando los nuevos desafíos y retos del Derecho en materia de menores y redes sociales.

ABSTRACT: The impact of new technology has made us to reconsider the classic configuration of law that we have had until now. With the arrival of the new technologies, our lives have changed together with the way to understand our Society and its Law. New technologies are here, living among us and have come to stay, but are we ready for it? New risks and new types of criminal offences have emerged. Sometimes the legislator had to first create these types of criminal offences while in other cases our Law was prepared for these attacks. Increasingly more and more frequently, minors have access to electronic and telematic devices at earlier ages, and thus access to social networks and the door open to all kinds of risks. But, do we really know what the legal regulations in this area and the minimum age for minors to access social networks? The issue raises numerous questions: What age are minors allowed to access to these kinds of social networks? Is there any age limit? ¿ Does exist any control of verification and authentication for this type of requirement? ¿What is the privacy policy of social networks such as Facebook, Twiter or Instalgram (to mention just some of them), in relation to minors? ¿Are parents allowed to access to private accounts of their minor sons or daughters? We will address all these issuesand we will try to make a critical analysis of the matter, highlighting the new challenges of Law retating to minors and social networks.

PALABRAS CLAVE: TIC, menores, RRSS, Reglamento Europeo de Protección de Datos, child grooming, sexting, sextorsión, cyberstalking, cyberbullying, happy slapping, morphing.

KEY WORDS: IT, ICT, Children, social networks, European Data Protection Act, child grooming, sexting, sextorsion, revenge porn, cyberstalking, cyberbullying, happy slapping, morphing, cybercrime.

ÍNDICE. 1. ¿A QUÉ EDAD PUEDEN LOS MENORES ACCEDER A REDES SOCIALES? 1.1 Régimen legal en España. 1.2 El recién aprobado Reglamento Europeo de Protección de Datos y su impacto en esta materia. 1.3. Problemas de control en la verificación y autenticidad en estos requisitos. 1.4. Edades mínimas exigidas por las redes sociales a los menores y políticas de privacidad. 1.5. ¿Pueden los padres acceder a las cuentas privadas de sus hijos menores? 1.6. Conclusiones. 2. ¿PUEDEN LOS PADRES SUBIR FOTOGRAFÍAS DE SUS HIJOS MENORES A REDES SOCIALES? 2.1. El consentimiento de los padres. 2.2 Los límites: intromisión ilegítima. 2.3. En caso de separación y divorcio de los padres. 2.4. Regulación jurídica en esta materia. 2.5. Los riesgos, y el llamado “morphing”. 3. NUEVOS CIBERDELITOS A LOS QUE LOS MENORES ESTÁN EXPUESTOS: CHILD GROOMING, SEXTING, SEXTORSIÓN, CYBERSTALKING, CYBERBULLING, HAPPY SLAPPING, DATING VIOLENCE. 3.1. Child grooming. 3.2. Sexting, sexteo y sextorsión (revenge porn). 3.3. Cyberstalking. 3.4. **Cyberbullying y nuevas formas de ciberacoso: happy slapping.** **CONCLUSIONES.**

1. ¿A QUÉ EDAD PUEDEN LOS MENORES ACCEDER A REDES SOCIALES?

1.1.-Régimen legal en España

Aunque esta materia se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico por el **RD 1720/2007 por el que se desarrolla la LOPD**, el novísimo **Reglamento Europeo de Protección de Datos** ha venido a regular de manera expresa esta materia, razón por la que nos referiremos al mismo en el siguiente epígrafe.

El **artículo 13 del RD 1720/2007 de 21 de Diciembre de 2007** por el que se desarrolla la LOPD de 15 de Diciembre de 1999, establece claramente que **el menor de edad a partir d14 años podrá prestar por sí sólo su consentimiento para el tratamiento de datos de carácter personal**. Por tanto, a contrario sensu, el menor de 14 años necesitará el consentimiento de sus padres si quiere transferir cualquier dato de carácter personal y por tanto, acceder a cualquier RRSS.

Establece el **artículo 13** del citado cuerpo legal que:

*“1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. **En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.***

2. En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.

3. Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo.

4. Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales.”

El texto es muy claro y no deja duda alguna, y como *in claris non fit interpretatio*, del artículo se desprende que el **mayor de 14 años podrá prestar su consentimiento para transferir datos de carácter personal** (recordemos, incluidas imágenes y fotografías que según la LOPD tienen el carácter de datos de carácter personal), mientras que **el menor de**

14 de años necesitará para ello el consentimiento de sus padres, tutores o representantes legales.

El problema surge a la hora de **verificar los requisitos exigidos por el legislador** y por ende, el límite de edad mínima establecido por el mismo. Ninguna de la redes sociales dispone de un sistema eficaz y seguro de verificación de estos datos que garantice su autenticidad y veracidad (ni de la edad mínima exigida como requisito imprescindible, ni de consentimiento de los padres o representantes legales en el caso de que el menor no haya cumplido 14 años). Un tema muy preocupante, ya que los menores en la práctica suelen falsear la edad mínima y burlar este tipo de obstáculos, favorecidos por el escaso o nulo control de esta condición sine qua non. Máxime si tenemos en cuenta que el apartado 4 del citado texto exige a **los responsables de los ficheros o tratamientos en cuestión articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales. Pero de esta cuestión y dada su importancia, hablaremos en un epígrafe separado.**

1.2.-El recién aprobado Reglamento Europeo de Protección de Datos y su impacto en esta materia.

Hace escasas semanas se aprobaba el **Reglamento Europeo de Protección de Datos**, que entró en vigor hace escasos días y que es obligatorio y vinculante para todos los Estados miembros.

El Reglamento modifica de manera muy importante la edad límite de los menores para prestar su consentimiento (el **Reglamento Europeo habla de 16 años, pero establece que los Estados podrán determinar la edad siempre que no sea inferior a 13 años**).

*Señala el Reglamento en su **artículo 8** bajo la rúbrica de “condiciones aplicables al consentimiento del niño, en relación con los servicios de la sociedad de la información” que :*

1. Cuando se aplique el artículo 6 del apartado 1, letra a) 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 considera 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 sólo en la medida en que se dio o autorizó.

Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que ésta no sea inferior a 13 años.

2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.

3. El apartado 1 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”.

Por tanto el texto europeo señala como **edad mínima** para el tratamiento de estos datos personales los **16 años, pero dejando libertad a los Estados miembros para establecer una edad inferior, siempre que no se baje de los 13 años**. Dado que el propio texto deja libertad para que los Estados parte puedan configurar la edad para que el menor voluntariamente preste su consentimiento de manera lícita, (y dado que el **arco de edad establecido por la norma va de los 13 a los 16 años**) habrá que estar muy atentos a las modificaciones que introduzcan los Estados miembros y en especial nuestro legislador, aunque nada impide que se mantengan los 14 años señalados por el RD que desarrolla la LOPD y al que nos hemos referido anteriormente (puesto que se enmarca dentro de la edad exigida por el Reglamento).

La medida, que trata de garantizar la protección y seguridad del menor en materia de protección de datos, establece en el apartado segundo que los responsables de los tratamientos “harán *esfuerzos razonables*” para verificar en tales casos, que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, *teniendo en cuenta la tecnología disponible*. Huelga decir que la expresión “*esfuerzos razonables*” es un tanto vaga y sigue sin garantizar una protección segura y eficaz y un control eficiente. No obstante, abre una nueva puerta a posibles reclamaciones en caso de incumplimiento de estos requisitos por parte de los responsables de los tratamientos de datos.

1.3.- Problemas de control en la verificación y autenticidad de estos requisitos

Como ya adelantábamos, de nada sirve que el legislador establezca unos límites de edad para acceder a redes sociales si no existe un sistema de verificación y control seguro, fiable y eficaz sobre estos requisitos de edad.

El gran obstáculo sobre el acceso de menores a aplicaciones y redes en cuanto a la prestación del consentimiento reside, de nuevo, en la forma de acreditar la autenticidad de la misma, y en asentar un sistema eficaz para la verificación de la edad del menor porque en muchos casos basta un correo o número de teléfono o una simple autodeclaración de veracidad de los hechos para el acceso a redes y demás aplicaciones, pero que para nada garantizan la veracidad de la edad y la autenticación del consentimiento parental, lo que redundará de manera negativa en la seguridad del menor y lo expone a riesgos importantes.

Debemos ser conscientes del gran problema para que de lege ferenda, el legislador pueda introducir sistemas fiables y seguros que garanticen que el acceso a estas aplicaciones. Es necesario y urgente que los responsables de estas aplicaciones y tratamientos de datos establezcan sistemas de control que respeten la legalidad y la edad mínima requerida para las mismas. De nada sirve una regulación sobre edades mínimas de acceso a aplicaciones y prestación del consentimiento online para la transferencia de datos, si en la práctica este requisito puede burlarse y defraudarse tan fácilmente.

Ya hemos adelantado que por imperativo legal el apartado 4 del artículo 13 del RD que regula esta cuestión exige a los responsables del tratamiento de datos, que se aseguren de la veracidad y cumplimiento de estos requisitos, al establecer con carácter literal que *“Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales.”*

En la práctica nos encontramos ante un incumplimiento flagrante de este precepto, ya de que en modo alguno se está cumpliendo el mandato del legislador, que impone al responsable del fichero o tratamiento articular procedimientos que garanticen un control seguro, fiable y efectivo sobre la edad mínima del menor y sobre la autenticidad del consentimiento prestado por los padres en el caso de que el menor no haya cumplido los 14 años.

Debemos tener en cuenta además, como ya hemos adelantado, que el Reglamento Europeo de Protección de Datos exige a los responsables del tratamiento de datos, esfuerzos razonables, para verificar que el consentimiento se ha prestado o autorizado por los padres o responsables del menor si éste no ha cumplido la edad mínima establecida por los Estados miembros. Será la práctica la que nos vaya arrojando luz sobre este asunto, para acreditar si los grandes gigantes están cumpliendo este *desideratum* para una mayor seguridad y protección de los menores.

1.4.- Edades mínimas exigidas por las redes sociales a los menores y políticas de privacidad

La edad mínima exigida por las distintas redes sociales depende mucho del Estado y la legislación que regule la materia y del tipo de red social.

En el caso de España, y como ya hemos visto, el límite de edad lo encontramos en 14 años, pero habrá legislaciones más permisivas (Como EEUU que exige 13 años para prestar el consentimiento, de acuerdo con la **Children Online Privacy Protection Act**, conocida como **COPPA**) y otras legislaciones más protectoras que exijan un límite de edad superior.

Así por ejemplo en el caso de Facebook en España o Corea del Sur, se necesita tener como mínimo 14 años para tener una cuenta de Facebook y sin embargo en EEUU bastará que el usuario menor de edad tenga al menos 13 años. En el caso de Twitter, la edad mínima para su acceso es de 13 años, pero esto varía en el caso de Instagram, Flickr, Pinterest, Vine... por citar sólo algunas con las que los menores se encuentran más familiarizados.

1.5.- ¿Pueden los padres acceder a las cuentas privadas de sus hijos menores?

Creemos necesario poner en antecedentes al lector, por la relación que guarda con esta materia y recordarle que a pesar de que una reciente **Sentencia del TS de 15 de Diciembre de 2015** admitió la licitud de la prueba en juicio de datos recabados por una madre y derivados de una cuenta privada de su hija menor, y a pesar de que muchos creyeron ver una puerta abierta a la posibilidad de que los padre pudieran acceder a cuentas privadas de sus hijos menores, lo cierto es que en ningún caso el Alto Tribunal ha avalado o confirmado este supuesto. Se refiere la sentencia única y exclusivamente a la validez de la prueba en juicio de los datos obtenidos como consecuencia de la intromisión de la madre respecto de la red social de su hija menor.

En ningún caso, el Tribunal está permitiendo el control de los padres para acceder a datos de carácter personal de los menores, pues en este supuesto estaríamos ante un problema de conculcación del derecho a la intimidad del menor, ya que como señala el TS en el **artículo 4.1 de la Ley de Protección del menor** “**los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal o familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar, la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones**”. Y el artículo 4.5 del mismo cuerpo legal dispone que “*los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques e terceros*”.

Por su parte el **artículo 3 de la Ley Orgánica 1 / 1982 de 5 de Mayo** (que también cita la sentencia) de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que establece que “*el consentimiento, deberá prestarse por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, para en los restantes casos, otorgarse mediante escrito de su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado*”.

Resalta la sentencia que “*no puede el ordenamiento jurídico hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, constataría los deberes que le asigna por la legislación civil*”

1.6.- Conclusiones

¿Debería haber una armonización internacional de edad límite o mínima de menores para acceder a redes sociales? Un menor que se encuentre en EEUU goza de una regulación más permisiva que en Europa en sede de protección de datos y menores. Con este **Reglamento Europeo** se ha tratado de armonizar y homogeneizar la legislación de los Estados miembros en esta materia, al establecer una **edad mínima de 16 años, que regirá por defecto en caso de que los Estados no cuenten con regulación expresa. Sin embargo, deja libertad a los Estados partes para elegir entre 13 y 16 años la edad mínima y adecuada para que el**

menor pueda por sí mismo, prestar su consentimiento por lo que a transferencia de datos de carácter personal se refiere.

Como nuevos desafíos y retos en este ámbito, deberán establecerse sistemas eficaces de autenticación de veracidad de la edad, como autodeclaración mediante firma electrónica, uso de identificadores electrónicos como el DNI electrónico, tarjetas de crédito... porque el problema sigue siendo la forma de acreditar y verificar de manera segura y fiable la edad del menor, cuestión que no soluciona ninguna normativa de manera efectiva en esta materia.

No sería congruente ni coherente exigir mínimos de edad para que los menores puedan acceder a redes sociales si en cambio no exigimos responsabilidades a los responsables de los tratamientos de datos de carácter personal para que garanticen toda la seguridad y control, extremando precauciones en tan delicado y sensible tema, como pueden ser los datos de carácter personal de los menores.

Una nueva puerta se abre a los profesionales del Derecho en este campo, que podrán velar por la salvaguarda de los derechos de los menores, garantizando el cumplimiento exigido por el legislador y por el Reglamento.

2.- ¿PUEDEN LOS PADRES SUBIR FOTOGRAFÍAS DE SUS HIJOS MENORES A REDES SOCIALES?

Hasta ahora se había advertido a los menores de los peligros y riesgos de subir a Internet o redes sociales sus propias imágenes.

Pero nunca se había abordado esta cuestión de protección de la imagen del menor cuando son los propios padres los que suben a Internet las fotografías de sus hijos menores.

La cuestión plantea numerosos interrogantes: ¿es posible y lícito que los padres puedan difundir este tipo de imágenes? ¿hay algún límite? ¿puede hacerlo uno sólo de los padres sin el consentimiento del otro? ¿qué ocurre si uno de ellos se opone? ¿en caso de separación y divorcio cómo se gestionan estas decisiones?

Como vemos son cuestiones actuales y muy interesantes en las que algunos autores opinan que no hay una regulación expresa al respecto, aunque nuestro ordenamiento jurídico parece contar con suficiente normativa que pueda cubrir estos supuestos. Y así lo parecen establecer las sentencias que han recaído recientemente sobre esta materia.

2.1.- El consentimiento de los padres

Para que un padre pueda subir una fotografía a Internet, es necesario el consentimiento del otro progenitor, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad*, así lo ha establecido una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1º, de 4 de Junio de 2015. La cuestión que traía causa de una resolución judicial relativa a un divorcio en el que entre otras cuestiones no se restringía el proceder del padre en relación con la publicación de fotografías del hijo común en redes sociales, fue recurrida por la madre, que solicitaba (entre otras cuestiones) la prohibición de publicación de fotografías e imágenes del menor en redes sociales o medios similares sin su consentimiento previo. La Audiencia estimó en parte el recurso y dio la razón en este punto a la recurrente al entender que es una cuestión que se enmarca dentro de la conocida como patria potestad, en los términos del artículo 156 del CC y resolvió en el sentido de *que “en el caso de que Don Adrián pretendiese la publicación de fotos de su hijo Carlos Manuel en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la madre del menor y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización”* En este caso, es necesario el consentimiento de los dos (o al menos el consentimiento de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, o que no se oponga) ya que ambos son cotitulares

de la patria potestad. En caso de oposición de uno de ellos, cualquiera de los dos puede acudir a la vía judicial.

Su fundamento jurídico lo encontramos en el artículo 156 del CC que en sede de patria potestad establece que *“la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice no de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.*

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y en todo caso si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso, la facultad de decidir al padre o a la madre.”

Será necesario, por tanto, el consentimiento de ambos padres o de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo podrán acudir al Juez para que éste resuelva a quién corresponde decidir sobre estas cuestiones (siempre después de oír a los progenitores y al hijo en todo caso si fuera mayor de 12 años, o cuando el Juez lo estime conveniente si a su juicio tuviere suficiente juicio).

No debe confundirse patria potestad con custodia. Muy raramente y con carácter muy excepcional se priva a uno de los padres de la misma, razón por la cual, por lo general, la cotitularidad de la patria potestad corresponderá siempre a ambos progenitores (aún en caso de separación o divorcio con atribución de custodia exclusiva para uno de los progenitores).

Señala el Tribunal en su fundamento jurídico cuarto que *“Tal régimen es el aplicable al supuesto litigioso, por cuanto, aún encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que ambos progenitores conserven la patria potestad. Con lo cual, de pretender el Sr. Adrian la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización. Del modo que dispone el art. 156 CC “*

2.2.- Los límites: intromisión ilegítima

Si la fotografía atenta contra la imagen, honor o intimidad del menor o de alguna forma le es perjudicial o contraria al interés del mismo es irrelevante que exista consentimiento o no por parte de los progenitores, ya que se consideraría un ataque a los intereses del menor o una intromisión ilegítima a su intimidad y podría intervenir el propio Ministerio Fiscal de oficio.

Habrá que ver si la imagen beneficia o perjudica claramente al niño, puesto que en todo caso lo que prima es el interés del menor.

El artículo 2 de la LO de Protección jurídica del Menor, establece que *“primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*. Si la situación es humillante, vejatoria, denigrante o degradante para el menor, o de cualquier forma perjudica su imagen o va en contra del interés del mismo, podría intervenir la Fiscalía de Menores.

Señala la citada sentencia de la Audiencia de Pontevedra que *“Teniendo en cuenta, por lo demás, lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”.*

2.3.- En caso de separación y divorcio de los padres

Aunque los padres se encuentren separados o divorciados (y aunque la custodia sea exclusiva o compartida) la patria potestad, como regla general (y siempre que no se haya suspendido o privado por resolución judicial), **seguirá siendo de los dos** (muy raramente se priva de la patria potestad a uno de los cónyuges) y por tanto estas decisiones seguirán siendo competencia de los dos.

Será necesario, por tanto (de nuevo) **el consentimiento de ambos progenitores o de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro y en caso de desacuerdo podrán acudir a juicio**, como ya hemos adelantado.

2.4.- Regulación jurídica en esta materia

Aunque de lege ferenda sería aconsejable regular esta materia de manera más exhaustiva y detallada para el caso concreto (habida consideración de los importantes riesgos que lleva aparejada esta cuestión, la sobreexposición en redes sociales, la omnipresencia de las TIC y la vertiginosa rapidez de su expansión y difusión, que sin duda alguna supondrá nuevos supuestos no contemplados por la norma y una nueva visión y concepción del derecho), **lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico ya cuenta con regulación expresa que puede cubrir esta materia**. De manera muy breve, haremos un repaso por la normativa aplicable al caso concreto (que además es citada también por la sentencia que hemos analizado)

.-La **Constitución española** en su **artículo 18** garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

.-La **Ley Orgánica de Protección de Datos y su reglamento de desarrollo (Real Decreto 179/2007 de 21 de Diciembre)** entiende que la representación fotográfica de un menor constituye un dato de carácter personal (artículo 5,1 f). El artículo 6 de la Ley exige además la autorización del titular de la imagen para poder disponer y gestionar la misma. Además, el **artículo 13.1 del citado reglamento de desarrollo (RLOPD)** establece que, si se trata de un menor de 14 años, el padre, madre o tutor, debe dar sus consentimientos. Pero si es mayor de 14 años, el menor puede decidir sobre el uso de su imagen.

.- La **Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad personal y familiar y la propia imagen** establece en sus **artículos 2 y 3** que la disposición de una imagen, a través de fotografías, de una persona, requiere su autorización.

.-La **Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (1/1996)**, considera intromisión ilegítima (como ya hemos visto) *“cualquier utilización de la imagen o nombre del menor en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”*.

A mayor abundamiento, cada vez es más prolija la casuística en esta materia, por lo que no será infrecuente encontrar sentencias que resuelvan estas cuestiones y que perfilen de manera más detallada estos supuestos.

Como ya adelantábamos, algunos autores entienden que existe un vacío legal y que la cuestión no se encuentra expresamente regulada. Cuestionan la transcendencia de colgar una foto a una red social protegida y que no sea perjudicial. Alegan que este tipo de decisiones no pueden englobarse dentro de la conocida patria potestad y equipararse a otras cuestiones transcendentales como cambiar a un niño de colegio o residencia, o cuestiones relacionadas con su salud, educación o desarrollo psicosocial. Para estos autores, se duda si se trata de una decisión ordinaria que no necesitaría el consentimiento de ambos padres, por no estar incluida dentro de lo que entendemos como patria potestad.

Sin embargo, la reciente sentencia de la **Audiencia Provincial de Pontevedra** a la que nos hemos referido anteriormente no parece tener ninguna duda de que se trata de una decisión

enmarcada dentro de la patria potestad, y que al ser cotitulares los dos progenitores de la misma, la decisión corresponderá a ambos (en los términos del **artículo 156 del CC** al que nos hemos referido antes).

2.5.- Los riesgos, y el llamado “morphing”

El llamado “**morphing**” es una práctica que consiste en alterar o manipular una imagen. La posibilidad de que la imagen de un menor sea captada y manipulada para transformarla y convertirla en una imagen sexual o de tipo pornográfico es manifiesta. Una de las modalidades de morphing sería la captura de una imagen tomada por el depredador sexual, a la que se aplicaría un programa de tratamiento de imágenes, realizando un montaje y convirtiendo esa fotografía en una de contenido sexual o pornográfico.

Pero el llamado **morphing** no es el único riesgo de “subir” fotografías a Internet. Hemos repetido hasta la saciedad, que la pérdida del control de la imagen y su uso para fines muy distintos de los originales, la facilidad para hacer capturas de pantalla y la posibilidad de cesión a terceros de imágenes privadas e íntimas, hace que en la práctica, aunque se hayan controlado los ajustes de privacidad, la imagen pueda estar circulando en la red para fines muy distintos de los que a priori se emitieron en su origen.

En conclusión, los padres pueden “subir” fotografías de menores a redes sociales siempre que el otro progenitor no se oponga o preste sus consentimiento expreso o tácito (cuando la patria potestad sea conjunta), siempre que no perjudique al menor o atente contra su interés, lo que no exime de los posibles riesgos en que pueda incurrir al desarrollar estas prácticas.

3.- NUEVOS CIBERDELITOS A LOS QUE LOS MENORES ESTÁN EXPUESTOS: CHILD GROOMING, SEXTING, SEXTORSIÓN, CYBERSTALKING, CYBERBULLYING, HAPPY SLAPPING, DATING VIOLENCE

La viralización, globalización y omnipresencia de las TICS hace que la pérdida de control de una imagen (sobre todo si ésta es comprometida) genere ciertos peligros: uso indebido de la imagen para fines muy distintos a los iniciales, pérdida de autoestima, lesión en la reputación de la víctima, daño a su imagen, problemas y desordenes **emocionales, afectivos y psicológicos**... Pero además, un uso inadecuado o inseguro de redes sociales y de las TIC por parte de los menores puede conllevar otros riesgos y la aparición de nuevos ciberdelitos como el llamado child grooming, sexting, sexteo, cyberstalking, cyberbullying, happy slapping... Pasaremos a analizar de manera muy sucinta los nuevos ciberdelitos más relevantes y su regulación jurídica.

3.1 Child grooming

La relativamente reciente regulación del grooming en nuestro ordenamiento jurídico (recordemos que esta figura se introdujo como tal tras la reforma del CP el 22 de Junio de 2010, introduciendo el artículo 183 bis de dicho cuerpo jurídico) surgió como consecuencia de una imperiosa necesidad social de prevenir y mitigar una triste realidad cada vez más preocupante que requería soluciones urgentes e inaplazables: la de proteger a menores frente al acoso de un adulto que se valía de las nuevas tecnologías para ganarse el afecto del mismo con fines claramente sexuales.

Si bien es cierto que el acoso, abuso y agresión a menores ya estaba tipificado en nuestro CP, la utilización de las nuevas tecnologías, y el engaño hacia el menor valiéndose de estos medios para crear vínculos afectivos y así perpetrar más fácilmente estos abusos, carecía de una regulación específica ajustada al caso concreto, y tendente a penar este tipo de actos o actividades preparatorias, máxime teniendo en cuenta la especial reprochabilidad del medio

con el que valerse, que permitía al actor, no sólo su aparente anonimato sino una mayor facilidad para el engaño y la captura de sus víctimas.

Antes de entrar en la nueva regulación del grooming, tal como ha quedado configurado tras la reforma del CP, analizaremos muy sucintamente esta figura par muchos, todavía desconocida:

Etimológicamente la palabra grooming proviene del inglés, anglicismo éste que podríamos traducir como "engatusar", puesto que la base de este delito es la creación de un vínculo afectivo o de confianza del que el adulto se vale para embaucar o "engatusar" a un menor con fines claramente sexuales, valiéndose para ellos medios informáticos y telemáticos.

Para que la figura pueda incardinarse dentro del tipo penal ,debe reunir una serie de **elementos o requisitos básicos**: a)*que el sujeto activo sea un mayor de edad y el sujeto pasivo un menor* b)*que se utilice para embaucar al menor medios telemáticos, informáticos o de comunicación similares* c)*que el adulto, valiéndose de estos medios, cree lazos o vínculos, generando la confianza del menor* d)*que esa relación de confianza tenga como finalidad concertar una cita con el menor para fines sexuales.*

Más allá del análisis jurídico de la figura, desde el punto de vista psicosocial, podemos distinguir varias **fases** de esta conducta: a)**Contacto**. En ella el adulto contacta con el menor a través de cualquier medio telemático, informático o de comunicación. Puede ser muy variado: redes sociales, chats, juegos on line... normalmente con perfiles falsos, aunque no siempre.b) **Confianza**. El adulto va generando vínculos emocionales y creando lazos de confianza con el menor, (actividades similares, gustos, preferencias..) c)**Sedución**. Con frecuencia (aunque no siempre), el adulto intentará seducir al menor, e inducirle a que éste le envíe fotografías, vídeos u otros contenidos de carácter erótico, pornográfico o de índole sexual (sexting) d)**Amenazas, extorsión y coacciones**. Aunque no siempre vaya acompañado de esta fase de amenazas y coacciones, lo cierto es que normalmente el adulto tratará de coaccionar, extorsionar y amenazar al menor con difundir dicho contenido erótico si no accede a concertar una cita con él. En este caso se estarán solapando otras conductas ilícitas como la sextorsión,e) **encuentro con fines sexuales**, el adulto, valiéndose de estas medidas consigue concertar una cita con el menor con claros fines sexuales. No es necesario, sin embargo que el encuentro tenga lugar para que nos encontremos ante esta figura, basta la intención de concertar la cita y los actos encaminados a la misma.

La **Ley 1 /2015 por la que se modifica el CP**, ha modificado numerosos preceptos, entre ellos el relativo al grooming, cuya alteración más sustancial en esta figura se refiere a la **edad límite del menor, elevándola a 16 años** (en lugar de los *13 años a que el CP se refería anteriormente, y acomodándola a la edad de consentimiento sexual, que se ha elevado de 13 a 16 años*).

El artículo 183 ter del CP (modificado por la Ley 1 /2015), establece que" **el que a través de Internet, de teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años, y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento , será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de la penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior, cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.**2. *El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un*

menor de dieciséis años, y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años".

Las nuevas tecnologías y el auge de las redes sociales, supone en muchos casos una puerta abierta a la vulneración de muchos de los derechos de los menores, y los deja indefensos o desprotegidos antes cuestiones tan delicadas como el grooming. La gran difusión del medio, unido a la amplificación de los efectos y a su viralización y globalidad hace especialmente vulnerable un ataque que antes de la llegada de las TIC podía ser más focalizado y puntual y por tanto de más fácil de detectar y perseguir.

3.2 Sexting, sexteo y sextorsión (revenge porn)

Puesto que en la práctica puede ocasionar confusiones conceptuales, reiteramos la diferencia entre el sexting (entendido éste como la emisión voluntaria, consciente y legítima de imágenes, vídeos y otros contenidos de carácter íntimo, erótico o sexual, no está tipificado penalmente) y la difusión, reenvío, o divulgación de este tipo de imágenes sin el consentimiento de la víctima, ya sea por su receptor, ya sea por un tercero, y ello aunque inicialmente se hubieran obtenido de manera lícita con la anuencia de la víctima (estaríamos en este caso ante el tipo penal positivado en el ordinal 7º del artículo 197 del CP, al que a continuación nos referiremos y que implica difusión, reenvío o divulgación de dicho contenido sin el consentimiento de la víctima de manera que menoscabe gravemente su integridad y su dignidad.).

Como su propio nombre indica (la palabra sexting viene de la contracción de dos términos ingleses: sex y texting), estamos ante el envío de contenido sexual, erótico o pornográfico utilizando los nuevos medios de comunicación (webcam, whatsapp, correo electrónico, mensajes de texto...)

Esta nueva figura se encuentra tipificada en el artículo 197.7 del CP y ha sido introducida por el legislador tras la nueva reforma del CP, creando ex novo esta figura (y que sin perjuicio del análisis jurídico más pormenorizado que realizaremos en breve, a groso modo podemos identificarla como la *difusión o divulgación sin consentimiento de la víctima de una imagen o video de contenido erótico, y ello aunque la víctima la hubiera emitido de manera voluntaria y con su anuencia, y ello siempre que se menoscabe gravemente la integridad y la dignidad de la víctima, o literalmente como señala el legislador "intimidad personal de la víctima"*).

El legislador ha querido con ello positivizar un delito que en la práctica podía quedar impune ante la existencia de un vacío legal. Se trata de adecuar la normativa a la realidad social del momento y a las necesidades de la sociedad imperante en cada momento.

El apartado 7 del citado artículo 197 del CP regula por primera vez esta figura, señalando que "Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona (...)".

Para que estemos ante la conducta punible que señala el tipo, es necesario que nos encontremos ante la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones

audiovisuales, siempre que se menoscabe gravemente la intimidad personal de la víctima, y ello aunque dicho contenido se hubiera obtenido con su anuencia.

La conducta típica debe ser la de **difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales. Esa difusión o divulgación debe haberse realizado sin el consentimiento de la víctima** y ello aunque tales imágenes hubieran sido obtenidas con la **anuencia de la víctima** en su domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Por último la divulgación debe **menoscabar gravemente la intimidad de la víctima**.

Se establece un **subtipo agravado** para el caso de que "*los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa*". Es importante señalar en este punto, que el legislador, en el caso del tipo de "sexting" (al igual que ya lo hacía con el *stalking* -artículo 172 ter del CP-), ha regulado este subtipo agravado tanto si el sujeto activo es un varón como una mujer, de manera que no hay distinción alguna aquí entre violencia de género y violencia doméstica, no pudiendo hablar aquí de un caso de tutela penal reforzada por violencia de género.

Distingue claramente el legislador entre la **difusión o divulgación** de la imagen o grabación (que debe producirse sin autorización o consentimiento de la víctima) y la **obtención o captación de dichas imágenes o vídeos** (independientemente de que la víctima hubiera dado o no su consentimiento).

Una figura estrechamente relacionada con esta nueva práctica, aunque con perfiles propios y autónomos, y que no debe confundirse con el tipo penal de sexting al que nos hemos referido anteriormente es la denominada "sextorsión".

Como su propio nombre parece indicarnos, la sextorsión consiste en cualquier tipo de **chantaje, extorsión o amenaza** (que puede ser de carácter económico o de cualquier otra índole, a menudo utilizado como venganza personal entre parejas o exparejas o como chantaje emocional) por parte del sujeto activo, valiéndose para ello de una imagen, vídeo o cualquier otro contenido erótico de la víctima

No existe un tipo penal propio como tal, sino que debe reconducirse a otros tipos penales como la extorsión o el chantaje, según el caso concreto. Puede y debe reconducirse a tipos penales ya existentes, y será el caso concreto el que perfile el tipo al que más se ajusta la conducta delictiva.

3.3 Cyberstalking

El llamado "stalking" es un término de origen anglosajón que podríamos traducir al castellano como acoso, y que incluye diversas actuaciones consistentes en acechar, seguir, perseguir, hostigar y en definitiva acosar a la víctima.

La LO 1/2015, por la que se modificó el CP, vino a introducir con carácter *ex novo* una figura hasta ahora desconocida en nuestro ordenamiento jurídico: el acoso o stalking, entendido éste como un acoso obsesivo, insistente, reiterado y no consentido ni autorizado por la víctima, que ve alterada y perturbada de manera grave el desarrollo de su vida cotidiana. Aunque el legislador no se está refiriendo en particular al cyberstalking, sino al acoso reiterado en general, en la práctica el ochenta por ciento de los casos de acoso reiterado e insistente (sobre todo entre menores) tendrá lugar a través del uso de las

nuevas tecnologías, lo que está muy relacionado con la nueva figura conocida como “dating violence” (acoso entre jóvenes parejas, que supone la semilla o germen de la violencia de género en adultos y que se ha disparado en los últimos años con el abuso de las nuevas tecnologías y un uso inadecuado de redes sociales entre parejas adolescentes).

El llamado **stalking** proviene de la voz sajona *to stalk*. Dicho anglicismo podríamos traducirlo al castellano como **acechar, seguir, acosar, perseguir u hostigar**.

Dicha figura englobaría diversas actuaciones como llamadas insistentes, mensajes reiterados, envío de imágenes continuo, acoso masivo por correo y redes sociales, vigilancia continuada en la calle, hostigamiento hacia la persona o bienes de la misma...

Señala el artículo 172 ter del CP (introducido ex novo por la Ley 1/2015) que :

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

.-El sujeto activo es aquel que acosa, cometiendo alguna de las conductas señaladas en el artículo 172 ter.

.-Pero dicho acoso deber ser a) reiterado e insistente (no puntual o aislado),b) no legítimamente autorizado) que altere de manera grave la vida cotidiana de la víctima

.- El sujeto pasivo debe ser la persona que sufre dicho acoso, viendo mermada su libertad y alterando gravemente su vida cotidiana.

En cuanto al acto de acoso, se podrían reconducir a este tipo penal ciertas actuaciones ilícitas como la vigilancia o persecución de la víctima, el contacto a través de medios de comunicación obsesivo y reiterado, llamadas o mensajes insistentes o el atentado contra su persona o patrimonio, entre otros (quedan pues cubiertos cualesquiera actos de acoso, hostigamiento, persecución o vigilancia siempre que se cumplan los elementos del tipo anteriormente descritos).

Contempla además el tipo agravado en su ordinal segundo, si la víctima es alguna de las personas contempladas en el artículo 173,2 del CP.-Parece que cabe además la concurrencia o concurso con otros tipos penales como delitos contra la vida, el honor, la libertad, la intimidad....

El delito sólo será **perseguable previa denuncia del agravado u ofendido** o de su representante legal.

En España la primera sentencia sobre stalking vino a dictarse por el Juzgado de Primera Instancia de Tudela (Navarra) en una Sentencia de 26 de Marzo de este mismo año (2016) viniendo a consolidar el tipo penal.

3.4.-Ciberbullying y nuevas formas de ciberacoso: **happy slapping**

El ciberacoso es un **acoso psicológico entre menores valiéndose de las TICs**. El acoso puede ser muy variado (*insultos, vejaciones, humillaciones, comentarios hirientes en redes sociales, divulgación de rumores falsos por Internet, enviar mensajes amenazantes por whatsapp, email, sms, colgar en internet imágenes comprometidas y subir vídeos vejatorios, ridiculizantes o caricaturescos*

Frecuentemente, aparecen nuevas formas o modas de ciberacoso como el llamado **“happy slapping** y que es una figura más compleja y que puede derivar en otro tipo de actuaciones delictivas en las que además de daño moral, hay un daño en la integridad física y en la imagen del menor porque el video el acoso o agresión es difundido a través de la red).

Para que estemos antes un caso de ciberacoso (y no frente a otras figuras) deben darse ciertas **notas características:**a) *acoso psicológico (no físico) repetido y continuado, b)utilización de las nuevas tecnologías como medio para el acoso, c)entre iguales (menores) d)sin connotaciones sexuales .*

Dado que nuestro legislador cuenta con normativa suficiente para penar este tipo de conductas delictivas, habrá que estar al caso concreto para determinar ante qué tipo penal nos encontramos y reconducirlo a las figuras jurídicas ya existentes y reguladas en nuestro ordenamiento jurídico como vejaciones, amenazas, insultos, coacciones...

CONCLUSIONES

Los avances en la era de las nuevas tecnologías y las comunicaciones avanzan como nunca antes en la historia de la humanidad. Cada vez más y más personas utilizan redes sociales y servicios en línea. Estamos construyendo nuestras vidas alrededor de Internet y la red y nuevos riesgos aparecen con la omnipresencia, viralización y globalización de las TIC. El impacto de las nuevas tecnologías ha traído consigo una serie de nuevos ciberdelitos, que son el resultado y la consecuencia natural e inevitable de una sociedad en constante cambio. El impacto de las nuevas tecnologías abre un nuevo mundo de preguntas y desafíos en el ámbito jurídico. Nuestra principal preocupación debería ser proteger a nuestros niños. Nuestro mundo ha cambiado y nosotros debemos cambiar también. El derecho es reflejo de esta sociedad cambiante y el Derecho debe adaptarse al cambio. Darwin dijo una vez: “no es la especie más fuerte la que sobrevive, sino la que mejor se adapta al cambio”.

BIBLIOGRAFÍA

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de Abril de 2016, de Protección de Datos

Constitución Española 27 de Diciembre de 1978

Ley Orgánica 1 / 1982 de 5 de Mayo de 1982 de Protección del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y familiar y la propia imagen.

Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1 / 1996.

Código Civil, RD 24 Julio de 1889

Código Penal de 23 de Noviembre de 1995 (modificado LO 1 / 2015 de 30 de Marzo de 2015)

RD 1720/2007 de 21 de Diciembre de 2007 desarrollo de la LOPD

Children Online Privacy Protection Act (COPPA)

Sentencia del TS de 15 de Diciembre de 2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra , Sección 1 de 4 de Junio de 2015.

Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Tudela (Navarra) de 26 de Marzo de 2016.

LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO SUCESORIO

María Elena Cobas Cobiella
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Valencia

Fecha de recepción: 24 de mayo
Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: Los conflictos son consustanciales al hombre y los que nacen con la muerte de las personas son casi inevitables. El presente trabajo tiene como objetivo tratar una cuestión no demasiado abordada en la actualidad, la aplicación de la mediación en los conflictos sucesorios, delimitando algunas cuestiones de interés para los estudiosos del tema.

ABSTRACT: Conflicts are inherent to man and those born with the death of people are almost inevitable. This paper aims to address an issue that has not been addressed so far, the application of mediation in inheritance disputes, defining some issues of interest to scholars of this topic.

PALABRAS CLAVE: Sucesión mortis causa, Mediación, Mediador, Notario.

KEY WORDS: Succession mortis causa, Mediation, Mediator, Notary.

"Nadie puede ser exactamente como yo. Hasta yo tengo problemas para conseguirlo"
Bankhead, Tallulah

Sumario. I. Presentando la cuestión. II. La Mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos y la autonomía de la voluntad. III. ¿Cabe hablar de mediación sucesoria? Algunas ideas preliminares. 3.1. ¿Mediación sucesoria o mediación en conflictos sucesorios? 3.2 ¿Cómo mediar en los conflictos sucesorios? 3.2.1. Identificar la naturaleza del conflicto. 3.2.2 Identificación de los sujetos intervinientes.3.2.3. Delimitación de las normas sucesorias a aplicar. 3.2.4. Genograma familiar y sucesión mortis causa. 3.2.5. La pre-mediación. 3.3. Mecanismos sucesorios que pueden ser empleados para paliar el conflicto. 3.3.1. Empleo de la cautela socini o sociniana. 3.3.2 Nombramiento de albacea en el testamento. 3.3.3 Inclusión de una cláusula de mediación en el testamento. 3.3.4. Empleo de la cláusula arbitral. 3.3.5. Sustituciones hereditarias. 3.4. Papel del Notario en mediación de conflictos sucesorios. IV. Bibliografía.

I. PRESENTANDO LA CUESTIÓN

El conflicto es consustancial al ser humano, han dicho algunos especialistas en la materia¹, percibirlo, identificarlo y saber si efectivamente vale la pena trabajar con él, son unas de las razones, por no decir la esencial que haya hecho que aparezca la mediación, por lo menos como fórmula de resolución extrajudicial de conflictos.

La mediación siempre ha existido, desde tiempos inmemoriales sin embargo es hasta muy reciente que se ha destacado y exaltado su función, llevándose de pronto todos los conflictos a mediación, fueran cuales fueran, apareciendo diversos tipos de mediación e inagotables clasificaciones sobre la misma, hablándose de mediación judicial, extrajudicial, incluso más recientemente de pre-mediación, que si bien desarrollan la cuestión, a su vez complican la finalidad, los objetivos y la naturaleza de lo que inicialmente fue la mediación, como fórmula de resolución extrajudicial de conflictos. En la actualidad, para complicar si cabe más el tema, se han comenzado a incorporar y a participar en mediación diferentes operadores jurídicos, especialmente los abogados de parte, en las sesiones de mediación, que hasta hace muy poco eran privadas porque sólo participaban el mediador o mediadores si fuera una co-mediación y los mediados, destruyendo, por lo menos desde mi perspectiva la esencia de la mediación.

La mediación ha pasado por tanto, de ser una gran desconocida, de aplicación casi nula, a tener un impacto en todos los órdenes de la vida social y jurídica, apartando un poco incluso al arbitraje.

La razón fundamental es que ofreció un número de posibilidades al igual que la jurisdicción voluntaria, frente a una justicia desbordada y agotada, así como por la flexibilidad que tuvo por lo menos en sus inicios, fuera de encorsetamientos, con grandes perspectivas de profundizar en el conflicto, de lograr acuerdos por parte de los mediados y con una visión moderna y atemperada a los nuevos tiempos, en correspondencia además con los requerimientos europeos en la materia y con las directivas y recomendaciones correspondientes² que le ofrecieron el impulso que necesitaba, inicialmente a través de leyes autonómicas en la materia hasta la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³, que la institucionalizó, dándole una cobertura legal.

Este método, además de facilitar acuerdos y soluciones, abrió la posibilidad de desaprender el derecho⁴, dando la oportunidad a una cultura de paz y de transformación social.

La mediación no sólo constituye una fórmula de resolución del conflicto sino que también es una escuela para la formación de los actuales y futuros juristas, en lo que a

¹ S. SOLBES VALERO y J. VALERO LLORCA, Principios psicológicos de la mediación, en *Mediación en el ámbito civil, familiar e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Coordinado Ortega Giménez, A y Cobas Cobiella, M.E. Economist & Jurist. p. 179.

² la Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 16 de septiembre de 1986, respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo de los Tribunales por el exceso de la misma, el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y a la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior (año 1993), el Plan de Acción de Viena encaminado a la instauración de procedimientos extrajudiciales o sustitutorios para la resolución extrajudicial de conflictos (1999), el Libro Verde sobre las Modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, Bruselas, 19.04.2002 COM(2002) 196 final, y la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

³ Publicada en BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

⁴ Vid. L. MIGUEL DÍAZ Negociar o Mediar, No litigar. Op. cit.: s/n pág.

remodelación del pensamiento de refiere, en la cultura de la negociación, de la búsqueda de acuerdos, en el marco del conflicto, y en la importancia que reviste que sean las propias personas las que puedan tomar sus decisiones⁵, porque de lo contrario el conflicto seguirá subyaciendo en las relaciones personales, porque éste siempre trata sobre personas, con independencia del ámbito de aplicación, de su extensión y de su objeto.

II. LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La mediación encuentra cobertura y protección en el ámbito de la autonomía privada, porque la misma al incidir en la libertad individual de las personas, en la ordenación de la vida privada de las personas, se proyecta en las relaciones jurídicas civiles y familiares, reflejándose en el plano del negocio con especial referencia al testamento y al contrato, así como en la esfera patrimonial del individuo, en el negocio jurídico, como acto que permite la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas y finalmente en el derecho subjetivo, como poder jurídico de la persona sobre los bienes y el acceso al libre goce de los mismos.

Este derecho subjetivo es el que permite a las personas acceder libre y voluntariamente a mediación, de ahí que el presupuesto esencial de la mediación es la voluntad de las partes y la autonomía de la voluntad que constituye uno de los principios rectores del Derecho Civil⁶, en correspondencia con la igualdad de las partes, el principio de la buena fe entre otros principios y reglas que informan el derecho privado.

La autonomía de la voluntad no es una regla absoluta, el legislador se ha ocupado de ello, y a razón de lo que previene el artículo 1255 CC⁷, los límites son la ley, la moral y el orden público, fijados de manera general, y cuya aplicación e interpretación estará en manos de los jueces en correspondencia con los imperativos del orden social, el momento histórico y la propia política. También habrá que atemperarse a la materia de que se trate y a la existencia de normas imperativas o dispositivas, las cuales marcarán el camino más o menos amplio de la autonomía privada.

Por esta razón, aunque posteriormente se ha extendiendo a otros ámbitos de la vida social como el penal, el educativo o la política, las primeras leyes en España regulaban la mediación familiar y civil, porque es donde encontró en sus inicios fundamento, desarrollo y protección legal.

⁵ Vid. M.E COBAS COBIELLA, “Autonomía de la voluntad y mediación. Algunas notas sobre la cuestión”, en *Mediación civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 2013, pp. 86- 87.

⁶ “La autonomía de la voluntad se identifica tradicionalmente con el poder que tiene la persona de autodeterminación y autorregulación, supone el ámbito de decisión y de actuación en el plano jurídico y se relaciona directamente con la libertad y la dignidad de las personas, que son las que posibilitan, que cada persona sea un mundo, y que en el ámbito del Derecho civil se traduzca en la libertad que tiene el individuo de elegir su propia norma, y la aplicación de la misma” Vid. COBAS COBIELLA, M. E, “Autonomía de la voluntad y Mediación. Algunas notas sobre la cuestión”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad*, op. cit.; p. 90.

⁷ En igual orden de cosas cabe señalar lo que previene el artículo 1256 CC: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

III. ¿CABE HABLAR DE MEDIACIÓN SUCESORIA?. ALGUNAS IDEAS PRELIMINARES.

3.1. ¿Mediación sucesoria o mediación en conflictos sucesorios?.

La mediación constituye una fórmula de resolución extrajudicial de conflictos, que cuenta con sus peculiares características y con su propia naturaleza jurídica, de ahí que no deba ser confundida por ejemplo con la terapia familiar, ni tampoco puede ser desarrollada por cualquier persona.

No todas las personas ni todos los profesionales están capacitados para mediar, aun cuando se cumpla con las horas requeridas de formación⁸. Si los mediados ven al mediador como terapeutas, psicólogos o juristas pedirán opiniones, y eso desvirtúa la esencia de mediar, que es darle el poder a los participantes de hallar una solución por sí mismos a su problema.

El mediador deberá ser una persona con formación especializada en mediación, por tanto cuando se realiza terapia de pareja u orientación familiar, no se está mediando, y tampoco cuando se asesora o aconseja en cualquier tema, como puede hacer un abogado en su quehacer profesional o un notario, tampoco se está actuando como mediador, porque precisamente lo que caracteriza a la mediación, es que son las propias partes las que toman las decisiones y que el mediador lo que hace es facilitar que se reanuden las comunicaciones que en algún momento se perdieron⁹.

La mediación constituye una metodología de acuerdo, como ha señalado alguna jurisprudencia en la materia, ajena en muchos elementos al derecho, y con importantes elementos incorporados de otras ciencias sociales, como la psicología y la teoría social de la gestión positiva de los conflictos, por lo que los acuerdos que se generan y que son producto de esta metodología, también son de una naturaleza mixta, puesto que en la mayor parte de los casos pueden contener una gran parte de elementos extrajurídicos que los distinguen de cualquier régimen contractual¹⁰.

También constituye un método autocompositivo, que devuelve a los participantes que están en conflicto, el control sobre sus propias decisiones, porque son los que en definitiva mejor conocen y pueden encauzar sus propias vidas y los que con la ayuda de un tercero neutral, serán capaces de llegar al mejor acuerdo posible. En mediación podemos decir que todo es cuestión de la manifestación de voluntad, ya que son los participantes en la mediación (las

⁸ Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que desarrolla en cuanto a la formación lo siguiente: Artículo 5. “Duración de la formación en materia de mediación.1. La duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva.2. Será válida la formación recibida ante instituciones extranjeras siempre que las mismas estuvieran debidamente acreditadas en sus respectivos países y, en su caso, se tendrá en cuenta para completar la duración mínima exigida. Artículo 6. Formación continua de los mediadores. Los mediadores deberán realizar una o varias actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas. La realización de cursos de especialización en algún ámbito de la mediación permitirá cumplir el requisito de la formación continua del mediador”

⁹ Por ello como señala M. C GÓMEZ CABELLO: *“la mediación no debe ser vista como un proceso de orientación o terapia familiar, nada más lejos de la realidad . La diferencia que radica en estos procesos lo que buscan es la solución al problema que tiene la pareja, ayudando a las partes a comunicarse siendo la finalidad la no ruptura de la pareja, mientras que la mediación familiar no cuestiona en absoluto la ruptura, sino que esta es un hecho, lo que busca es la mejor redefinición de la nueva situación creada”*. Los aspectos jurídicos de la mediación: mediación en el ámbito del Derecho de Familia. Particularidades (II)”, *Noticias Jurídicas*, 2007, s/n p.

¹⁰ Sentencia número 132/ 2007, de 21 febrero 2007 (Ponente Pascual Ortuño). JUR\2007\204550.

partes) los propios actores del acuerdo y de las decisiones, porque el mediador no tiene otra intervención que acompañar a éstas en la búsqueda de su propio camino y del entendimiento sobre los puntos que les han llevado al conflicto, como ya he comentado¹¹.

Llegado a este punto, conviene señalar que la mediación al ser una fórmula de resolución de los conflictos, constituye una metodología única con sus principios y notas que desarrolla la ley en la materia, y esto es lo que la define, por ello resulta más aconsejable hablar de mediación aplicada al ámbito sucesorio o de mediación en el ámbito civil o vecinal en su caso, en vez de hablar de mediación sucesoria, mediación civil o vecinal, porque la mediación como categoría conceptual es siempre la misma, no se define por su contenido, ni por su objeto, por tanto las técnicas que se emplean en mediación son iguales, con independencia de la naturaleza del conflicto.

La vinculación estrecha entre la mediación y la autonomía de la voluntad, permite su aplicación en todos los ámbitos del derecho civil, en mayor o menor medida, de lo que no se escapa el Derecho de sucesiones, que al constituir una materia integrante del Derecho civil, posibilita la aplicación de esta fórmula para paliar los conflictos, como en otros órdenes del derecho. Por ello ante la pregunta de ¿si es posible mediar en conflictos sucesorios?, cabe señalar que no todos los conflictos son mediables, ni tampoco todo conflicto en vía judicial puede ser derivado a mediación, no obstante la respuesta es afirmativa, sí es posible mediar en determinados conflictos sucesorios.

Eso sí, existen dificultades añadidas para poder aplicar la mediación a los conflictos sucesorios, por varias razones, en primer lugar, con la muerte se produce la extinción de la personalidad jurídica y la apertura de la sucesión, y si en vida de las personas ya resulta complejo el entendimiento entre las personas, al no estar vivo el titular del derecho, la interpretación de su voluntad para satisfacer a todas las partes del conflicto no resulta nada sencillo, tanto si se ha otorgado testamento como si no, porque en la sucesión intestada los conflictos pueden surgir fundamentalmente en sede de adjudicación hereditaria.

Una segunda dificultad que está presente en todos o en casi todos los conflictos sucesorios, es que subyacen en el fondo de la cuestión, conflictos familiares, por la estrecha vinculación entre familia, herencia y propiedad. De ahí que sea una de las mediaciones más complicadas¹².

Matizando este punto, hay que añadir, que el derecho civil de por sí es bastante complejo, por ello en esta materia específicamente, el mediador debe tener formación jurídica y sobre todo capacidad de cerrar acuerdos y plasmarlos por escrito y con buena técnica, no tienen

¹¹ La ley define la mediación: “*como aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. Por lo tanto el mediador ni asesora ni propone acuerdos, sólo facilita la comunicación de las partes para que ellos lleguen a los mejores acuerdos, aquellos en que los dos salgan ganando. Ganar-ganar es el lema de la mediación. Al vincularse la mediación con los derechos subjetivos de las personas, esto es, que son susceptibles de ir a un proceso de Mediación todas aquellas materias disponibles por las partes, aquellas en las que pueden libremente renunciar, allanarse y llegar a acuerdos transaccionales (art. 751 LEC) siempre que el acuerdo que alcancen no sea contrario a la ley ni al orden público y no perjudique a terceros (art. 6 CC), no es suficiente con la autorregulación a través de Códigos de Conducta (art. 12 Ley 5/2012) para resolver todas las situaciones que pueden darse en su actuación, con independencia del valor que reviste dentro de este quehacer profesional*”. Vid. J. VALERO LLORCA, y M.E. COBAS COBIELLA, “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”. *Diario La Ley* 18890/2012, Año XXXIII, Número XXXX 2012, p. 8

¹² Pensemos por un momento, en un conflicto en el ámbito del Derecho de Sucesiones, materia del Derecho civil compleja, cuyas instituciones resultan ya difíciles para los profesionales del Derecho, imaginamos para operadores sin formación jurídica, por lo que el profesional con mejor preparación para afrontarlo y conducir a las partes a una solución pacífica y conforme a Derecho, debe tener conocimientos del Código Civil y de Derecho privado.

cabida en estos temas las buenas intenciones o ser un buen profesional en otras disciplinas¹³.

3.2. ¿Cómo mediar en los conflictos sucesorios?

3.2.1. Identificar la naturaleza del conflicto.

Lo primero que hay que hacer es identificar la naturaleza del conflicto, siguiendo la doctrina especializada en la materia, percibir el conflicto no es sino el punto de partida, a partir de ahí hay que delimitar el tipo o modalidad de conflicto, si es interpersonal, o global, o incluso los conflictos entre Estados que pueden dar lugar a los conflictos internacionales. Esta determinación como nos dice BARONA¹⁴, “se realiza desde la base de quiénes son los afectados por el conflicto, lo que permite calificar el tipo de conflicto desde la base de quién o quiénes se hallan en conflicto”.

De ahí que inicialmente habrá que determinar dentro de las múltiples situaciones que se regulan en el Derecho civil, si estamos en presencia de un conflicto sucesorio puro, si el conflicto deviene de otros conflictos como los familiares, o si por el contrario los conflictos son vecinales, laborales o de cualquier otra índole. Delimitada la naturaleza o el objeto sobre el que recae el conflicto, hay que señalar que resulta bastante raro un conflicto sucesorio puro, por la relación estrecha que existe entre el Derecho de familia, el Derecho hereditario y la propiedad, por eso casi siempre las disputas hereditarias, traen causa en conflictos internos del entorno familiar, hijos de otros matrimonios, nietos, suegras, yernos etc, conflictos que al no haberse solucionado en vida del causante o del testador subyacen en todas las acciones que se relacionan con la partición de la herencia, con la distribución de los bienes y con el cumplimiento de la voluntad del testador, si hubiera habido un testamento.

Muchos son los conflictos en esta materia, que pueden aparecer en las diversas fases de la constitución del derecho hereditario, cuestiones de acrecimiento hereditario, ausencias, declaración de fallecimiento, en el llamamiento a los herederos (ius delationis); en relación a la identificación de los sujetos de la herencia, al objeto de la misma, a las disposiciones testamentarias, y la interpretación de éstas, a los límites de la autonomía de la voluntad. Otros conflictos que pueden darse también son por la conmutación de la legítima para el cónyuge viudo, en relación a la presunción de capacidad del testador y la posibilidad de su impugnación del testamento, existencia de herederos incapacitados o con capacidad modificada judicialmente entre otros.

3.2.2. Identificación de los sujetos intervinientes.

En segundo lugar hay que calificar los sujetos que intervienen en el conflicto en materia hereditaria, ya que en los mismos, desaparecen conceptos como parientes, familia o vecinos

¹³ Destaquemos la Sentencia de 21 Feb. 2007, de la Audiencia Provincial de Barcelona que establece que: “...es importante resaltar que en la práctica de la mediación en conflictos familiares los mediadores, aun cuando posean una formación específica respecto de las instituciones jurídicas objeto de negociación, su función no es la de asesorar (tarea reservada a los abogados de las partes). De hecho pueden proceder de otras licenciaturas o disciplinas, y no obstante ser excelentes profesionales que pueden ayudar a las partes a alcanzar acuerdos muy positivos para sus vidas y la de sus hijos. Mas en lo que se refiere a los aspectos jurídicos, tanto sustantivos, como en el caso de autos es la previsión de la cesión de un inmueble a una sociedad mercantil, como formales o fiscales, el mediador no es un asesor legal, por lo que no puede garantizar que la redacción de los pactos sea la idónea. Esta es la razón por la que acuerdo de mediación y Convenio Regulador son cosas distintas. Aquél es mucho más amplio, puede que mucho más genérico o más específico, pero desde luego, no puede asimilarse su régimen jurídico al del convenio regulador”. Cfr. Sentencia número 132/2007, 21 febrero 2007, Audiencia Provincial de Barcelona, en su Fundamento Segundo. JUR\2007\204550.

¹⁴ S, BARONA VILAR, “¿Qué y por qué la Mediación?”, en *Mediación civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Economist& Jurist, Difusión Jurídica, 2013, p. 21.

y aparecen otros como herederos, legatarios, u otras figuras como el sublegado, el prelegado, la sustitución, de estricto corte hereditario, que requieren una determinación exacta tanto en su contenido, delimitación y alcance. La terminología conceptual de la sucesión mortis causa es compleja, y específica, a lo que se une las propias situaciones que se pueden producir, por ejemplo si uno de los herederos post muere al causante sin aceptar ni renunciar la herencia, a tenor del artículo 1006 del Código Civil ocuparían su lugar sus herederos; supuesto de hecho en que los sujetos inicialmente implicados en la relación jurídica sucesoria cambiarían, y muchos más ejemplos que se pueden dar en esta materia, de ahí que es muy importante concretar e identificar las personas que han de suceder, bien como herederos o como sucesores particulares, los legatarios.

También habrá situaciones en que el conflicto se produzca entre personas con derechos a la legítima frente a personas que carecen de derechos, como sucedería en el caso de dos hermanos en relación con la herencia de otro hermano. En estos casos, aunque se pudiera mediar, porque la existencia de diversas escuelas de mediación¹⁵ permiten la misma como instrumento para transformar el conflicto, o como cultura de paz, no sólo para la obtención del acuerdo (Escuela de Harvard), si un hermano hereda más bienes que otros, el hermano que no ha recibido lo que quiere o pretende, poco podrá hacer, porque no es un heredero legítimo.

3.2.3. Delimitación de las normas sucesorias a aplicar.

La naturaleza de las normas sucesorias que se tienen que aplicar en cada supuesto concreto es vital en este tema, porque en materia hereditaria existen determinadas normas de corte imperativo que imposibilitan determinados acuerdos, aun cuando los mediados estén receptivos a ello. Esta presencia de normas imperativas camina conjuntamente de la mano con normas dispositivas en materia sucesoria, generando dificultades que no son posibles de soslayar, tanto en relación a los acuerdos que se puedan tomar como a los conflictos que subyacen en cualquier mediación.

El sistema legitimario español carece de flexibilidad, sus límites estrictos constituye una de las cortapisas más férreas frente a la autonomía de la voluntad, como a la posibilidad de organizar libremente la sucesión hereditaria, por lo que con independencia de que los mediados tengan intereses y posiciones acordadas, hay derechos que son indisponibles, porque constituyen normas imperativas que no pueden soslayarse por las partes enfrentadas en el conflicto, por lo que habrá que atenerse en relación a las disposiciones de las partes, a lo previsto en los artículos anteriores, como marco de referencia. Por tanto en los acuerdos de mediación se reflejan las posiciones a las que han llegado las partes, pero con el contenido fijado por la ley, sobre todo en aquellas cuestiones en las que la norma jurídica es imperativa.

La delimitación e identificación de las normas imperativas sería por tanto, el siguiente paso, a tener en cuenta

Hay que tener siempre en cuenta que el Código Civil español fue formulado y aprobado en otra época y bajo otras circunstancias, por lo que sus instituciones son complejas y rígidas, de ahí que algunas soluciones que se pudieran emplear para prevenir e incluso para solucionar un conflicto que tenga relación con la sucesión mortis causa del causante son inexistentes en muchos casos. Sucede esto, por ejemplo con los problemas generados en la sucesión mortis causa de la empresa familiar, y la escasa e incierta regulación que tiene el

¹⁵ En mediación se distinguen principalmente tres Escuelas o Modelos: Modelo tradicional/lineal de Harvard (FISHER, URY Y PATTON), Modelo Circular Narrativo (SARA COBB), y Modelo transformativo (BUSH Y FOLGER).

protocolo familiar, como una vía para prevenir los conflictos en la sucesión de empresa familiar¹⁶.

La posibilidad de mediar en sucesiones, siempre existe, porque como ya se ha dicho es una fórmula para resolver extrajudicialmente cualquier conflicto, si la naturaleza o el contenido del acto lo permiten. Evidentemente hay determinados límites o determinadas aristas, que en el Derecho sucesorio no admiten réplica, como puede suceder en relación a los derechos legitimarios, o a la capacidad del testador, por tanto una mediación de un conflicto sucesorio en el que se disputa en relación a los derechos legitimarios habrá que atenerse a lo previsto por los artículos del Código Civil en esta materia, y aunque se intente por parte de los mediados llegar a un acuerdo, la intangibilidad de la legítima es un escollo complicado de salvar, con independencia de que siempre es posible renunciar a la herencia y a los derechos legitimarios.

A contrario sensu, tampoco cabe mediar en conflictos que carezcan de sustantividad propia, “y que nacen sin futuro”, como por ejemplo un hermano que tenga conflictos en relación a la herencia de su hermano fallecido, en relación a legatarios, o a otros herederos universales, o los conflictos de sobrinos en relación a la herencia de su tío, si partimos de la regulación estricta que mantiene el Código Civil en este punto, en cuanto a lo preceptuado en los artículos 806 y siguientes, que al establecer el círculo de herederos forzosos, excluye a los hermanos y sobrinos de este ámbito. Aquí prevalece la libertad y la autonomía de la voluntad del testador, al carecer de herederos forzosos, por tanto no será parte interesada para acudir a mediación, un pariente no legitimario, como he señalado con anterioridad.

3.2.4. Genograma familiar y sucesión mortis causa.

La elaboración de un genograma familiar es altamente recomendable también para mediar en conflictos hereditarios.

Un genograma familiar constituye un instrumento que permite entender la historia de la familia. Resume el presente, pasado y futuro de ésta, constituyendo por tanto una representación gráfica, un esquema que resume como mínimo tres generaciones de una familia, informando no sólo su estructura, sino también sobre el tipo de relación que se establece entre sus miembros tanto biológica, como legal y emocional. Resulta más complejo que el tradicional genealógico, ya que el árbol genealógico es intemporal, porque la información de cada persona sigue siendo válida con el paso de los años, porque las fechas como el nacimiento o la muerte¹⁷ u otras donde se producen hechos vitales no suelen cambiar.

El genograma suele confeccionarse desde que se produce el primer encuentro con el cliente y ayuda a observar a la familia desde la actualidad sin dejar de atender y entender la historia. La información que se obtiene permite una interpretación bastante objetiva, por lo menos gráfica de la situación de la familia en la actualidad y de sus antecedentes, permitiendo tener una apreciación bastante esquematizada y jerarquizada de la misma, así como la estructura.

¹⁶ El protocolo familiar tiene en la actualidad una escasa regulación, sólo a efectos de publicidad, dispuesta en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares aunque reconoce su existencia en el tejido empresarial español de la empresa familiar, ofrece una definición parcial, sólo en relación a la necesidad de su desarrollo y a su publicidad. Cfr BOE núm. 65 de 16 de Marzo de 2007. En este sentido Vid. M. P. FERRER VANRELL, “La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio. La sucesión contractual como elemento de firmeza”, en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* coord. por Oscar Monje Balmaseda; Francisco Lledó Yagüe (dir.), María Pilar Ferrer Vanrell (dir.), José Angel Torres Lana (dir.), Vol. 2, 2014, p. 1483.

¹⁷ Supuestos de declaración de fallecimiento donde puede presentarse la situación de que aparezca el declarado fallecido.

El empleo del genograma en relación a los conflictos sucesorios y a la ordenación de la herencia, resulta bastante útil, para que el mediador pueda entender el origen del conflicto, los antecedentes familiares y las relaciones que subyacen en el entorno familiar, porque la base de las desavenencias en la sucesión mortis causa, suele tener su antecedente en el desarrollo de la vida familiar.

En la actualidad el modelo de familia y los esquemas familiares han cambiado, este nuevo paradigma familiar frente a la familia tradicional, incide en los conflictos, en las situaciones que afrontan los núcleos familiares actuales, y hay que ser consciente de ello, es mucho más difícil mediar cuando hay hijos de diversos matrimonios, nuevas parejas, nuevos cónyuges, entre otras situaciones familiares. Los nuevos tiempos requieren otros planteamientos y fórmulas.

3.2.5. La pre-mediación.

La pre-mediación juega un papel fundamental para cualquier mediación, como fase previa a la mediación, facilitadora del acceso a la misma.

En el caso de los conflictos sucesorios por la complejidad que tienen, sobre todo para la consecución de los acuerdos sucesorios que son bastante complejos¹⁸, y por la afectación que tienen para la familia, el patrimonio, la pre-mediación es aconsejable, porque según destacado sector doctrinal¹⁹ la misma además de conseguir el control inicial del proceso de mediación, también puede utilizarse para: fijar recomendaciones para la mediación, por ejemplo, la confidencialidad, la naturaleza voluntaria del proceso, las expectativas de cortesía entre las partes y sobre todo decidir si la mediación u otro proceso alternativo de resolución, es el mejor método para solucionar el problema en concreto

3.3. Mecanismos sucesorios que pueden ser empleados para paliar el conflicto.

Una sucesión mortis causa bien ordenada, una partición de la herencia y una previsión del destino de los bienes hecha con lógica, con comprensión de las instituciones sucesorias y con la aplicación de éstas puede evitar o por lo menos paliar los conflictos que aparecen con más frecuencia de lo que se cree a la muerte del causante.

El derecho brinda diversas instituciones jurídicas que se pueden emplear con vistas a prevenir el conflicto o por lo menos dejar algunas cuestiones claras en las cláusulas testamentarias y en la futura división del caudal hereditario.

3.3.1. Empleo de la cautela socini o sociniana.

De acuerdo al derecho común se puede entender por cautela o clausula sociniana, aquella disposición testamentaria en virtud de la cual el testador deja a sus hijos una porción hereditaria que excede de la legítima, pero sometida a limitaciones o gravámenes, y si el hijo no se hace cargo de estos o acataba la última voluntad, debe dejársele reducido a la legítima estricta²⁰.

¹⁸H.SHURVEN, "Pre-mediation for mediators", *ADR Bulletin*, Vol. 12: No. 6, Article 3, en: <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol12/iss6/3>, 2011, s/n p: "La sesión de pre-mediación con cada una de las partes será más útil cuanto más conflictiva o más compleja sea la materia a tratar (tanto respecto a su contenido como al número de partes implicadas)".

¹⁹ H.SHURVEN, "Pre-mediation for mediators," op.cit.; s/n p.

²⁰ En primer lugar, hay que resaltar que, con esta cláusula, el testador establece dos vocaciones hereditarias alternativas a favor del legitimario: o toda la legítima con la carga, o sólo la legítima libre de gravámenes, pero estricta (o legítima «corta»). Se trata de una cláusula en la que el testador llama a sus legitimarios a la totalidad de la herencia por partes iguales y deja a su cónyuge viudo el usufructo universal, previniendo que, de no aceptar los legitimarios el gravamen, se les entregue

La citada cláusula ha sido vetada por entender que constituye un artificio de la ley, o un fraude de ley²¹, por cuanto elude una norma imperativa que es la intangibilidad cualitativa de la legítima, no obstante la doctrina predominante aboga por ella, de ahí que sea empleada y recomendada por los Notarios y aceptada por la jurisprudencia²². En este sentido, habrá además que tener en cuenta lo previsto en el apartado 3 del artículo 820 del CC²³, que refuerza esta posición.

La cautela socini se encuentra entre los instrumentos jurídicos que pueden emplearse, para poder de alguna forma condicionar la voluntad del testador y que los descendientes llamados a suceder tengan que cumplir con las disposiciones establecidas en relación a la herencia. También tiene mucha utilidad, para la sucesión de la empresa familiar porque le ofrece al fundador de la misma un margen para preservar los conflictos en torno a su herencia y a la continuidad de la misma, en definitiva es una opción para flexibilizar el sistema de legitimario español, y hacerlo más cercano a la necesaria modernización de las instituciones sucesorias²⁴.

3.3.2. Nombramiento de albacea en el testamento.

El albacea ha sido una figura que no se le ha concedido en las últimas décadas, la importancia que requiere, a pesar de las múltiples funciones que puede realizar, incluso mucho más que el contador partidor, que se limita a la división del caudal hereditario fundamentalmente.

únicamente su legítima estricta, acreciendo su porción en la mejora a los conformes. Además, se suele añadir, en la práctica notarial, para mayor prevención, que, en caso de no aceptar la cláusula alguno o ninguno de los legitimarios, se le asigne al cónyuge viudo su cuota legal en usufructo y, además, la porción libre en pleno dominio, es decir, el tercio de libre disposición en propiedad. Vid. A. M ROMERO COLOMA, “La admisión de la cautela socini en el Derecho sucesorio español”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.858/2013 parte Comentario, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013, p. 6.

²¹ En este sentido dice MARTÍNEZ VELENCOSO al desarrollar alguna jurisprudencia: “ *no se trata, como se había defendido por algunos autores, de un fraude de ley, puesto que desempeña su papel en una sucesión abierta y por lo tanto, ya diferida, concediendo al legitimario un derecho de opción, entre aceptar la disposición ordenada por el testador, o contravenir la misma y solicitar la intervención judicial, pero recibiendo en este caso, su legítima estricta. Ello sobre la base de quien puede lo más, renunciar a la herencia, puede lo menos, aceptar una herencia que supone un gravamen de su legítima. Al heredero legitimario siempre le queda la posibilidad de exigir su legítima estricta (un tercio). Pero para ello tiene que aceptar la herencia, no se trata de un heredero sujeto a condición, sino que más bien se le concede una opción*”. Vid. L.MARTÍNEZ VELENCOSO, “Caracterización y alcance de la cautela socini contenida en el testamento”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* num.6/2014 parte Comentario, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014, p. 161.

²² El Tribunal Supremo aceptó su validez en sentencia de 12 de diciembre de 1958. Tal cláusula ha sido entendida por la Jurisprudencia (STS 3-12-2001 y 7-07-2003), como una opción que el testador confiere al legitimario, quien puede elegir entre dos alternativas, o cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla.

²³ Que dispone en relación a estas cuestiones: “*si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador, lo que supone la reducción de su porción hereditaria a la legítima*”.

²⁴ Cfr M. E. COBAS COBIELLA, “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, *Revista de Derecho Patrimonial* número 17, Aranzadi, 2006, p.65.

El articulado del Código Civil²⁵ le confiere importantes facultades que han de ser tenidas en cuenta, pero que todas responden a un objetivo común, el de dar cumplimiento a la ley de la sucesión que es la voluntad del testador²⁶, pero sin embargo no está prevista específicamente la de mediar entre los herederos y legatarios, porque la mediación y su regulación es posterior a la regulación del albacea²⁷, que aunque ha sido modificado recientemente en virtud de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, no afectan las funciones del mismo, sino la tramitación de los expedientes en caso de remoción, renuncia, rendición de cuentas entre otros²⁸.

El albacea es una figura idónea para mediar, aun cuando su regulación y finalidad inicial no haya sido esa.²⁹ Pero ostenta algunas dificultades que no debemos ignorar, como que al estar llamado a cumplir con la voluntad del testador, o a realizar la partición de la herencia y cualesquiera que se le hubieran asignado, se debe al testador, a su memoria y al cumplimiento de las cláusulas testamentarias y aunque pudiera llegar a acuerdos, o por lo menos intentarlo, no debería contrariar lo previsto en el testamento. A lo que se unen otras dificultades, ya que al tratarse de un cargo voluntario, gratuito, puede renunciar al cargo y con ello a la mediación, o puede no encontrarse preparado, ni tener la formación necesaria para ejercer como mediador, lo que seguramente pasaría en la mayor parte de los casos.

A pesar de todas estas consideraciones, en estos momentos con el desarrollo de la mediación, el albacea constituye una figura que no debemos desdeñar en la solución de los conflictos que se presenten en la sucesión mortis causa. Pudiera estar llamado desempeñar funciones en muchos sentidos, pero de manera destacada en la búsqueda de acuerdos entre los sucesores, incluso participar conjuntamente con el mediador en las sesiones de mediación, porque constituye aquella persona de confianza del testador, a la cual se le han encomendado o concedido importantes facultades y si a ello le unimos la importancia que tiene el principio favor testamentii, puede ser un elemento importante en hacer cumplir la voluntad del testador, que no es más que hacer cumplir la ley de la sucesión.

De todas formas el nombramiento de albaceas es una decisión segura para futuros acuerdos, aun cuando no intervenga como mediador.

3.3.3. Inclusión de una cláusula de mediación en el testamento.

Algún sector de la doctrina apuesta por la inclusión de la cláusula de mediación en el testamento. Opinión que me parece acertada porque la inclusión de la citada cláusula no genera obligación alguna, ya que al ser la mediación un instituto voluntario, si los herederos o legatarios no quieren acudir a mediación, tendrá el mismo valor que tiene en los testamentos la prohibición que pueda hacer el testador, de que en caso de litis, se acuda a la vía judicial. Pero consolida y divulga el valor de la mediación y hace que se cree en ella y se tenga confianza en la misma.

Cuestión diferente sería que la institución de heredero se someta a la condición de acudir a la mediación, si hubiera conflicto, supuesto que resulta bastante complicado, porque al sostener que la mediación forma parte de ese ámbito de la autonomía de la voluntad, no soy partidaria de obligar a los sucesores, bien herederos o legatarios a pasar por mediación.

²⁵ Cfr artículos 901 y 902 del Código Civil español.

²⁶ Vid. M.E COBAS COBIELLA, *El albaceazgo*, Monografía, Revista Aranzadi, de Derecho Patrimonial, Thomson Aranzadi, 2007, p. 44. hay que recordar que la designación de albacea se hace por la relación personal que se tiene con éste, como persona de confianza del testador.

²⁷ F RODRÍGUEZ PRIETO, “La previsión del conflicto sucesorio en el testamento”, *El Notario del siglo XXI*, número 44, julio-agosto 2012, s/ n p.

²⁸ Cfr artículo 91 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio, BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

²⁹ Vid. COBAS COBIELLA, *El albaceazgo*, op. cit.: p. 88, en relación con la finalidad de la institución

No obstante las bondades de la cláusula de mediación, la doctrina advierte algunas dificultades en relación a la inclusión de la cláusula y sobre todo en relación a su cumplimiento, como que el Notario se encuentre con el problema de qué mediador recomendar, que sea un profesional bien formado, o que el testador no conozca a ningún mediador a quien designar como tal. Insiste además algún estudioso del tema³⁰ en designar más que a un mediador, a una institución especializada, como un Centro de Mediación, o un centro especializado en la materia, como la Fundación Notarial Signum, impulsada por el Colegio Notarial de Madrid.

Desde mi punto de vista una decisión tan importante y personal, no debería dejarse en manos de una institución, sin contar además que la Fundación o el Centro serían los que deberían designar el mediador.

3.3.4. Empleo de la cláusula arbitral.

La apuesta por el empleo de la cláusula arbitral para solucionar conflictos en materia sucesoria, como segunda opción, si la mediación no funcionase explicada dubitativamente por algún sector de la doctrina.

Así nos dice RODRÍGUEZ PRIETO³¹: *“la solución arbitral no es tan satisfactoria como la mediación, al imponerse por el árbitro la solución a la controversia, pero es mucho menos nociva en términos de tiempo, costes reales y deterioro de relaciones que el proceso judicial. El arbitraje puede pactarse directamente por los coherederos, por ejemplo antes de iniciar una mediación previa. Pero sin duda la forma de asegurarlo es una de las citadas cláusulas escalonadas en el propio testamento. Resulta aconsejable, por motivos de “economía procesal”, que sea la misma institución la que organice tanto la mediación en primer lugar, como el arbitraje en segundo término, sin perjuicio de su adecuada separación”.*

Sin embargo desde mi punto de vista, la regulación que hace el artículo 10 de la Ley de Arbitraje³² es limitada, residual porque sólo produce efectos en relación a determinados herederos, y concretos conflictos, lo que no sucede en el caso de la mediación que puede abarcar cualquier conflicto sucesorio.

Esta interpretación dejaría la cláusula arbitral testamentaria como una posibilidad residual, con posibilidades de ser efectiva en muy pocos casos³³.

3.3.5 Sustituciones hereditarias.

Las sustituciones hereditarias constituyen otra de las instituciones testamentarias que si se emplean con acierto, resultan muy eficaces no sólo para evitar la sucesión intestada, sino para marcar nítidamente la voluntad del testador, previniendo así los conflictos³⁴.

³⁰ F RODRÍGUEZ PRIETO, “La previsión del conflicto sucesorio en el testamento”, op. cit.; s/n p.

³¹ Vid. RODRÍGUEZ PRIETO, “La previsión del conflicto sucesorio en el testamento”, op. cit.; s/n p.

³² Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE núm. 309 de 26 de Diciembre de 2003. Cfr artículo 10 Arbitraje testamentario, que regula al respecto: “también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”.

³³ Vid. RODRÍGUEZ PRIETO, “La previsión del conflicto sucesorio en el testamento, op.cit.:s/n p.

³⁴ Desgraciadamente en alguna práctica notarial actual, donde los modelos de los testamentos han invadido el quehacer notarial, las sustituciones hereditarias no se utilizan con la profundidad que se debería.

3.4. *Papel del Notario en mediación de conflictos sucesorios.*

El Notario en la actualidad, empleando bien su potencial jurídico, puede ocupar un sitio destacado en las cuestiones referidas a la mediación, como uno de los pilares más fuertes para paliar el conflicto, siempre que ostente la formación requerida como mediador. Sin embargo en aras de la objetividad que requiere este tema, conviene destacar que el papel del Notario, y la función calificadora que ostenta en la conformación del instrumento público es diferente de la función que puede ejercer como mediador. Son dos cuestiones distintas.

Un instrumento público bien asesorado puede preventivamente evitar el conflicto, de hecho, es una de las funciones que cumple el documento público el de constituir prueba, “la llamada prueba preconstituida”³⁵, mientras que un Notario ejerciendo como mediador, ocupa un papel totalmente diferente, porque aunque en ambos casos la función que desempeñan es extrajudicial, el Notario cuando interviene mediando, no participa en la toma de decisiones de los mediados, ni en el acuerdo a que lleguen, porque hacerlo sería ir en contra de los principios de la mediación reconocidos en el artículo 6 y siguientes de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a diferencia de su intervención como fedatario público, conformador del instrumento público.

En este punto la doctrina³⁶ en la materia advierte dos posiciones en relación al papel del Notario en la previsión del conflicto sucesorio en el testamento, en primer lugar apuesta por la colaboración y participación notarial para el desarrollo de las ADRS, ofreciendo servicios como mediador, previa formación en este tema, para superar además por parte de la población la desconfianza que se tiene en relación a este instituto, fomentado el prestigio de instrumentos como el arbitraje y la mediación. Hay que recordar que llevamos mucho tiempo siendo destinatarios de una sociedad jurisdiccional y donde la confianza a los jueces prevalece sobre cualquier otro operador jurídico.

La segunda posición, que comparten diversos especialistas, es el asesoramiento del Notario, para la introducción de cláusulas y convenios arbitrales, de sujeción a mediación, o multimodales³⁷, pero sobre el presupuesto que se involucre a todo el colectivo notarial y que se aplique en aquellos negocios jurídicos en los que los notarios tengan un mayor y destacado protagonismo.

Esta segunda opinión creo que es bastante acertada, porque la formación sólida que tiene el Notario en derecho civil y específicamente en derecho de sucesiones lo pone a la avanzada de los operadores jurídicos, pudiendo tener un papel fundamental en la prevención del conflicto, en la orientación, asesoramiento de los herederos y sucesores y en orden a la función calificadora que ostenta.

En cualquier cosa, no todas las personas valen para mediar. Requiere una natural aptitud, que no podemos obviar, como dijera el famoso mediador estadounidense en asuntos laborales WILLIAM SIMKIN: “*el mediador debe tener, entre otras, las siguientes cualidades: la paciencia de Job, la sinceridad de un inglés, el ingenio de un irlandés, la astucia de Maquiavelo, la sabiduría de Salomón, la resistencia de un corredor de maratón, la piel de un rinoceronte*”.

³⁵ E, GIMÉNEZ ARNAU, *Derecho Notarial español*, Volumen I, Pamplona, 1964 p. 40.

³⁶ RODRÍGUEZ PRIETO, op. cit, s/ n. p.

³⁷ “*Las cláusulas multimodales escalonadas, que imponen primero una mediación y, sólo en la medida en que ésta haya resultado infructuosa, un arbitraje, son probablemente las más útiles*”, nos dice RODRÍGUEZ PRIETO, op. cit.: s/n p.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

BARONA VILAR, S, ¿Qué y por qué la Mediación?, en *Mediación civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Economist& Jurist, Difusión Jurídica, 2013, pp.13-49.

COBAS COBIELLA, M.E, “Autonomía de la voluntad y mediación. Algunas notas sobre la cuestión, en *Mediación civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Economist& Jurist, Difusión Jurídica, 2013, pp. 86- 87.

COBAS COBIELLA, M.E, “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, *Revista de Derecho Patrimonial número 17*, Aranzadi, 2006, pp. 49-65.

COBAS COBIELLA, M.E, *El albaceazgo*, Monografía, Revista Aranzadi, de Derecho Patrimonial, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 11-289.

MIGUEL, DÍAZ L, Negociar o Mediar, No litigar, op. cit.; s/n pág.

GIMÉNEZ ARNAU, E, *Derecho Notarial español*, Volumen I, Pamplona, 1964, pp. 11-382.

GÓMEZ CABELLO, M, “Los aspectos jurídicos de la mediación: mediación en el ámbito del Derecho de Familia. Particularidades (II)”, *Noticias jurídicas*, s/ n. p.

FERRER VANRELL, M.P, “La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio. La sucesión contractual como elemento de firmeza”, en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* coord. por Oscar Monje Balmaseda; Francisco Lledó Yagüe (dir.), María Pilar Ferrer Vanrell (dir.), José Angel Torres Lana (dir.), Vol. 2, 2014, pp. 1483-1512.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L, “Caracterización y alcance de la cautela socini contenida en el testamento”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* num.6/2014 parte Comentario, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014, pp. 157-175.

RODRÍGUEZ PRIETO, F, “ La previsión del conflicto sucesorio en el testamento, Revista El Notario del siglo XXI, julio- agosto 2012, número 4, s/n p.

ROMERO COLOMA A M, “La admisión de la cautela socini en el Derecho sucesorio español, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.858/2013 parte Comentario, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013, p. 6.

SOLBES VALERO, S y VALERO LLORCA, J, “Principios psicológicos de la mediación”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Coordinado Ortega Giménez, A y Cobas Cobiella, M.E. Economist & Jurist, pp. 175-195.

SHURVEN H, "Pre-mediation for mediators" *ADR Bulletin*: Vol. 12: No. 6, Article 3, en: <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol12/iss6/3>, 2011, s/n p.

VALERO LLORCA, J, COBAS COBIELLA, M.E: “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”. *Diario La Ley* 18890/2012, Año XXXIII, Número XXXX 2012, pp. 7-11.

¿POR QUÉ EL CÓNYUGE VIUDO NO COLACIONA?

María Teresa Pérez Giménez
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 24 de mayo
Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: El Código civil al regular la colación se refiere en general a herederos forzosos. La escasa doctrina que se ha pronunciado al respecto ha entendido casi unánimemente, que se ha de considerar excluido al viudo o viuda, al serle inaplicable la hipótesis de la colación, de modo que ni ha de colacionar, ni se beneficia de la colación de otros. El objeto de este estudio es indagar en las razones que al respecto se alegan para negar esta posibilidad y reflexionar sobre los razonamientos favorables a la misma.

ABSTRACT: The Spanish Civil Code provides that collation generally refers to forced heirs. The scant dicta concerning collation evidence almost unanimously that the provision of collation does not apply to widowers and widows. Thus, it is considered that they do not have to collate nor can take advantage of others' collation. The purpose of this article is to examine the grounds for denying this possibility as well as reflect on the favourable reasoning for it

PALABRAS CLAVE: Colación, herederos forzosos, dispensa.

KEY WORDS: Collation, forced heirs, dispensation from collation.

SUMARIO: I. IDEAS PRELIMINARES. II. EL CÓNYUGE VIUDO, ¿TIENE OBLIGACIÓN DE COLACIONAR? A) Objeciones a la colación de donaciones recibidas por el cónyuge viudo. B) Razonamientos favorables a la colación. III. LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE Y LA COLACIÓN. IV. REFLEXIÓN FINAL.

I. IDEAS PRELIMINARES.

Desde sus orígenes, siguiendo la tradición romana, la obligación de colacionar únicamente afectó a hijos y descendientes,¹ surgiendo como remedio de equidad para paliar una injusticia manifiesta, pues existía una desigualdad evidente entre los hijos que habían permanecido bajo la potestad paterna y los emancipados² los cuales podían crear su propio patrimonio separado de la patria potestad; por el contrario, los hijos que seguían bajo la tutela de los padres no podían crearlo por lo que se producía un perjuicio o agravio para los mismos; por dicho motivo los hijos emancipados estaban obligados a traer a la masa hereditaria el valor de los bienes que hubiesen generado desde su emancipación hasta la muerte del causante. En consecuencia, se puede afirmar que la *collatio bonorum* protegía a los hijos no emancipados en concurrencia con los emancipados.³

Con el Proyecto de 1851, se introduce un giro sustancial y revolucionario en su regulación pues según DE LOS MOZOS⁴ se extendió la colación a todos los herederos forzosos,⁵ se sujetaron a la misma todas las donaciones, sin distinción entre simples y causales y se admitió la práctica de la colación únicamente por imputación,⁶ estableciendo la valoración de los bienes donados al tiempo de la donación en cuestión.

Esta tendencia se mantuvo con mayor o menor intensidad hasta el periodo codificador, donde a diferencia de la situación histórica anterior se establece la colación de los ascendientes cuando éstos son legitimarios efectivos, si bien existen autores como ALVAREZ⁷ que sostiene que la colación sólo procede entre los legitimarios descendientes, o como GARCÍA-RIPOLL⁸ para quien su inclusión se

¹ La evolución histórica de la colación puede consultarse en la obra de J.L DE LOS MOZOS, *La colación*, Ed. RDP, 4ª ed, Madrid, 1965, p. 13.

² M. GARCÍA RIPOLL, *La colación hereditaria*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 19. También sobre el origen de la colación, A. SÁNCHEZ, "Estudio introductorio en la jurisprudencia española de la colación de las donaciones simuladas", *Actualidad Civil*, núm. 11, 2011, p.1219.

³ B. VERDERA, "El régimen de colación de gastos en el Código civil", *RCDI*, núm. 709, 2008, p.2032.

⁴ *Cit.*, nota 1, pp. 106-107.

⁵ A diferencia del Derecho histórico y del resto de legislaciones de la época, se establece la colación de los ascendientes además de la de los descendientes, ya admitida, cuando aquéllos eran efectivamente legitimarios, pues en palabras de F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, Tomo II, p. 250, *donde la ley reconoce legítima, debe también reconocer colación*. No se incluyó al cónyuge viudo, tal vez por carecer entonces del carácter de legitimario.

⁶ El artículo 887 del Proyecto elimina la colación *in natura* y la sustituye por la colación del valor.

⁷ *Curso de Derecho hereditario*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 115.

⁸ *Cit.*, nota 2, p. 310.

debe a un error del legislador sobre la función de la colación, debiéndose haber reservado para los descendientes.

En nuestro Ordenamiento jurídico, con carácter general el artículo 1035 del Código civil⁹ precisa para que exista obligación de colacionar la concurrencia de dos presupuestos: 1º Que concurren a la sucesión varios legitimarios¹⁰ que además sean herederos, ya sea la sucesión testamentaria o intestada; y 2º Que alguno o algunos de ellos hayan recibido del causante de la herencia, en vida de éste, bienes o valores por donación u otro título lucrativo. Se observa pues la importante novedad, tomada del mencionado Proyecto, de extender a todos los herederos forzosos la obligación de colacionar.¹¹

II. EL CÓNYUGE VIUDO, ¿TIENE OBLIGACIÓN DE COLACIONAR?

Si bien el Código civil se refiere en general a herederos forzosos, la escasa doctrina¹² que se ha pronunciado al respecto ha entendido casi unánimemente, que se ha de considerar excluido al viudo o viuda, al serle inaplicable la hipótesis de la colación, de modo que ni ha de colacionar, ni se beneficia de la colación de otros. Las razones que al respecto se alegan son diversas y pueden sistematizarse del siguiente modo.

A) Objeciones a la colación de donaciones recibidas por el cónyuge viudo.

1. Los cónyuges no podían hacerse donaciones durante el matrimonio. Publicado el Código civil de 1889, aunque originariamente no contenía ningún precepto general prohibitivo ni permisivo de la

⁹ El Código de 1889 mantuvo esencialmente las disposiciones del Proyecto de 1851. Sobre el concepto de colación, STS de 15 de febrero de 2001 (RA. 1484).

¹⁰ Aunque el precepto se refiere exactamente a *herederos forzosos*, la expresión resulta poco afinada, pues la legítima se puede recibir por cualquier título, herencia, donación o legado.

¹¹ Según J. CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, Ed. Reus, 11ª ed, Tomo Sexto, Vol. 1º, Madrid, 1989, p. 381, el sistema del Código viene así a resultar intermedio entre las legislaciones de tipo romano, que sólo establecen la colación para los descendientes, y las que, como la francesa, la establecen para todos los herederos abintestato, sean o no legitimarios.

¹² Entre otros, M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, V, Ed. Bosch, 5ª ed, Barcelona, 1994, p. 188; J. SARMIENTO, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, arts. 1035 y ss, Madrid, 1991, p. 2435; J. SANTOS, *Derecho Civil*, Ed. RDP, Tomo VI, Jaén, 1979, p.142; J.A. FERNÁNDEZ, “La colación”, *Derecho de Sucesiones* de F. LLEDÓ, Vol IV, Univ. Deusto, Bilbao, 1993, p.173; J. GONZÁLEZ “La colación”, *Curso de Derecho Civil*, IV, Coord. B. MORENO Valencia, 2002, p.504; F. SÁNCHEZ, *Estudios de Derecho Civil*, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, 2ª ed, Tomo Sexto, Vol. 3º, Madrid, 1910, p. 2029.

contratación entre marido y mujer, la restricción a la libertad contractual era una realidad, fruto de ciertas prohibiciones especiales, que implicaban auténticas excepciones al principio general de capacidad e inhabilitaban a los cónyuges para celebrar contratos entre sí. Tras la reforma operada por la Ley de 2 de mayo de 1975, el marco y las posibilidades de actuación del principio de la autonomía de la voluntad entre cónyuges se vio notablemente ampliado, si bien quedaron subsistentes otras prohibiciones, como la de otorgarse donaciones, la de venderse bienes recíprocamente y la de contraer sociedad universal.¹³

2. La expresión heredero forzoso, que utiliza el artículo 1035, ha de considerarse en un sentido técnico estricto, de ahí que no incluya al cónyuge viudo quien en concurrencia con otros legitimarios, no es heredero o sucesor universal, sino legatario.¹⁴ Los razonamientos aducidos son, entre otros, los siguientes:¹⁵ a) Incompatibilidad de los conceptos de herencia y usufructo, tanto en lo relativo a su naturaleza jurídica, al título del que dimanar, al modo de entrar en el goce de los bienes, a la duración y efectos de las diferentes atribuciones; b) El viudo no responde de las deudas de la herencia, como resulta del artículo 510 del Código civil; y c) Del artículo 839 del Código civil resulta que el derecho del cónyuge viudo puede reducirse a una cantidad de dinero, fijada en función del caudal hereditario. En conclusión, según DE CASTRO¹⁶ se puede sostener que el cónyuge viudo es, más que un heredero, un sucesor *ex lege* de una cuota de la herencia en usufructo.

3. Aún dándose la circunstancia de que el causante instituya heredero al cónyuge viudo, supuesto en el que tendría la doble condición de heredero y de legitimario, queda fuera de la obligación de colacionar, pues en cuanto legitimario su cuota legal es en usufructo, sin derecho a bienes en propiedad.¹⁷ Siguiendo este criterio, la colación

¹³ A.M. PÉREZ, “Comentario a los preceptos reformados por las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio”, art. 1323 Cc, en *Nuevo derecho matrimonial*, Coord. O. MONJE, Ed. Dykinson, 1ªed, Madrid, 2006, pp. 175-182.

¹⁴ En este sentido, A. FUENMAYOR, “Acumulación en favor del cónyuge de un legado de su cuota legitimaria”, *RGLJ*, 1946, I, p.76. También J.L. DE LOS MOZOS, *cit.*, nota 1, p. 209. En este sentido, SAP Madrid, de 26 de febrero de 2004 (RA. 249789).

¹⁵ J. DE CASTRO, “Comentario del art. 834 Cc”, Dir. J.L. ALBÁCAR, en *VVAA, Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Trivium, 1ª ed, Tomo III, Madrid, 1991, p.763.

¹⁶ *Cit.*, nota 14, pág. 764.

¹⁷ M. ALBALADEJO, *cit.*, nota 11, p.187. De igual modo, F. SÁNCHEZ, *cit.*, nota 11, p. 2029. Para M. GARCÍA-RIPOLL, *cit.*, nota 2, pp. 152-153, el viudo no es un legitimario como los otros, y así resulta con claridad de los artículos 807.3º y 834 y siguientes del Código civil: de manera que a falta de una declaración expresa del Código, opina que el cónyuge viudo no participa en la relación colaticia, pues considera que la colación debe producirse entre legitimarios que formen un grupo homogéneo. En sentido similar, J.SARMIENTO, *cit.*, nota 11, p. 2435, excluye al cónyuge de dicha obligación tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión como por la misma esencia y finalidad de la

sólo se realizará entre legitimarios del mismo grupo. En este sentido mantienen su opinión VALLET¹⁸ y MORELL.¹⁹ Para el primero de ellos, la concurrencia a que alude el artículo 1035 del Código civil ha de interpretarse entendiéndose que se refiere a herederos forzosos de la misma clase, de modo que la colación ha de tener lugar respecto a los coherederos de cada grupo, pero no en relación a los de un grupo distinto. Si el testador no puede modificar las cuotas legitimarias de cada uno de ellos, tampoco puede mezclar entre sí los grupos preconfigurados por la ley con carácter ordenativo. Por su parte, MORELL partiendo de que el fundamento de la colación es la presumible voluntad igualatoria del causante dentro de las diferentes clases ve claro que el precepto mencionado se refiere a la concurrencia de herederos forzosos de la misma clase, respecto de los cuales y no con los demás de grupo distinto, ha de tener lugar la colación. Por esta razón y al formar el cónyuge viudo por sí solo un grupo distinto no ha de colacionar ni tampoco aprovecharse de la colación a la que estén obligados coherederos de otro grupo diferente.

B) Razonamientos favorables a la colación.

1. Hoy, sin embargo, tras la reforma de 13 de mayo de 1981, el primer argumento esgrimido queda desprovisto de interés y no puede invocarse, puesto que el artículo 1323 del Código civil admite que los cónyuges puedan transmitirse bienes y derechos por cualquier título y celebrar entre sí toda clase de contratos. De este modo, la norma actualmente vigente ha de interpretarse extensivamente, puesto que restituye a los cónyuges una plenitud de capacidad históricamente cercenada, lo que no nos permite considerarlos como si fueran extraños aunque sí potencia el reconocimiento de la individualidad como persona de cada uno de ellos.²⁰

2. Desde mi punto de vista, tampoco el segundo argumento es suficiente al efecto de excluir la obligación de colacionar del cónyuge viudo pues en realidad el artículo 807 del Código civil bajo la expresión *herederos forzosos* aúna a hijos y descendientes, padres y ascendientes y al viudo o viuda en la forma y medida que establece el legislador. Expresión la aludida que por otra parte, tiene el valor de mera

colación (igualar a los iguales). En la misma línea, la STS de 25 de octubre de 2000 (RA.8549) y SAP Madrid, de 18 de marzo de 2002 (RA. 151525).

¹⁸ “Apuntes de Derecho sucesorio”, *ADC*, 1955, pp. 412 y ss. Este criterio, no obstante se puso en duda en cuanto a la legítima de los hijos naturales; duda que puede hacerse hoy extensiva al supuesto del cónyuge viudo. En este sentido, A. REAL, *Usufructo universal del cónyuge viudo*, Ed. Montecorvo, 1ª ed, Madrid, 1988, pp. 488-489.

¹⁹ “Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima”, *RGJL*, Vol. 98-99, p. 115. En igual sentido, para J.L. DE LOS MOZOS, *cit.*, nota 1, p. 212, nota 26, parece extraña toda confusión entre las distintas clases de legitimarios.

²⁰ J.A.TORRES, “Comentario del art. 1323 Cc”, Dir. J.L. ALBÁCAR, en *VVAA, Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Trivium, 1ª ed, Tomo IV, Madrid, 1991, p.872.

reminiscencia histórica, pues hoy legitimario es quien ya sea como heredero testamentario o abintestato, como donatario o como legatario tiene derecho a obtener o completar en su caso, una cuota líquida de bienes. En este sentido, el artículo 815 del Código civil, nos permite considerar dicha expresión como una impropiedad del lenguaje que nos impide imponer la obligatoria consideración del legitimario como heredero. El causante puede elegir el título en virtud del cual el legitimario va a recibir su derecho a la legítima,²¹ que únicamente ha de considerarse como una limitación a la libertad dispositiva del mismo, pues no puede imponerse sobre ella ningún gravamen, ni condición, ni sustitución, a salvo los limitados supuestos que establece el propio Código. Por otro lado, por el hecho de ser legitimarios, no se convierten en obligados a satisfacer las deudas de la herencia, pues como dice LLEDÓ²² responder personalmente de las deudas de la herencia es algo completamente distinto a poder adquirir sólo parte de los bienes que existan después de la liquidación.

3. Intentar rebatir el tercer argumento expuesto requiere algunas reflexiones. La primera de ellas exige reconsiderar brevemente la naturaleza y caracteres del usufructo y más concretamente de la legítima viudal destacando su carácter patrimonial. La segunda, derivada de la anterior, recomienda indagar en lo que PASQUAU²³ llama arquitectura general de la institución de la colación, con el fin de determinar la posible cabida del cónyuge viudo en la misma. Por último, me referiré al fundamento de la colación.

El artículo 468 del Código civil admite la posibilidad de que el título constitutivo del usufructo sea negocial o legal. En cualquier caso se trata de un derecho real dotado de características tales como su oponibilidad a terceros, el recaer sobre cosa ajena, pues frente al usufructuario se encuentra necesariamente el nudo propietario, siendo un derecho que se clasifica de los de goce y además de los que otorga a su titular las más amplias facultades de disfrute, con la obligación natural de restitución de la cosa en cuestión al producirse su extinción.

²¹ En este sentido, J.B. VALLET, *Las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p.184. También, J. PUIG, *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Bosch, 2ª ed, Vol IV, Barcelona, 1990, p. 467. De igual modo, L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Vol IV, Madrid, 1995, p. 455 y M. GARCÍA-RIPOLL, *cit.*, nota 2, p.152. En contra, M. PEÑA “La naturaleza de la legítima”, *ADC*, 1985, p. 849, considera la legítima como una porción de bienes que corresponde a los legitimarios como herederos y por tanto sucesores a título universal y con carácter forzoso, por determinación de la ley, cualquiera que fuere la voluntad del testador.

²² *Derecho de Sucesiones*, Vol I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1992, p. 132.

²³ “Comentario de los arts. 1035 a 1050 Cc”, Dir. J.L. ALBÁCAR, en VVAA, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Trivium, 1ª ed, Tomo III, Madrid, 1991, p.1184.

El usufructo viudal, regulado en los artículos 834 y siguientes del Código civil, es el principal supuesto de usufructo legal en nuestro Derecho, una vez que desaparecen los usufructos paterno y dotal, si bien como señala CAVANILLAS²⁴ ello no quiere decir que se trate de un usufructo que la ley automáticamente constituya, sino que siendo de constitución necesaria o impuesta, admite la libertad en la forma, así a través de una institución hereditaria con asignación de bienes por el propio testador, legado, adjudicación en fase de partición, etc.

El texto vigente se introduce en nuestro Ordenamiento jurídico con la Ley de 24 de abril de 1958. Desde entonces y dado que el precepto no sufre modificación de interés a este respecto, se trata de una legítima variable, que depende en su extensión de la clase de legitimarios con los que el viudo concurre en la sucesión; pudiéndose tratar del tercio de mejora en el caso más común del artículo 834, concurrencia con hijos o descendientes del causante cualquiera que sea su filiación, de la mitad de la herencia si el concurso es con ascendientes y de dos tercios del caudal si concurre con terceros, no parientes en línea recta del causante de la sucesión.

En cualquiera de los casos, entiendo que el derecho legitimario del cónyuge viudo tiene un marcado carácter patrimonial, susceptible por tanto de valoración, lo que nos permitirá la imputación de la donación con la que hubiera sido favorecido en vida del causante en su cuota legitimaria y si excediera de la misma en la parte que resulte de libre disposición, la reducción en caso de inoficiosidad de aquélla, y si el causante no hubiera dispuesto otra cosa, su colación. Este carácter patrimonial viene corroborado por el hecho de que el legislador permita a los herederos satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo. Facultad ésta de conmutación que tiene su razón de ser, según es doctrina comúnmente admitida, en el propósito de evitar los inconvenientes de la desmembración del dominio y los riesgos económicos de la explotación abusiva de los bienes gravados, así como las incomodidades de toda índole que pueden surgir en una comunidad patrimonial cuando el viudo concurre a la herencia con descendientes no comunes.²⁵

La facultad de conmutar y la elección de una de las posibilidades previstas en el artículo 839 corresponde a los herederos unánimemente quienes además deberán tener en cuenta la voluntad del cónyuge viudo en cuanto a la ejecución de la forma elegida, tanto en lo relativo

²⁴ “Comentario del art.468 Cc”, Dir. J.L. ALBÁCAR, en VVAA, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Trivium, 1ª ed, Tomo II, Madrid, 1991, p.795. Cita a DORAL.

²⁵ J. DE CASTRO, *cit.*, nota 14, art. 839. p. 774.

a la determinación de los bienes a los que afecte, como a la fijación de valoraciones y el señalamiento de las posibles garantías al viudo.

Por su parte en el caso del artículo 840 del Código civil se trata de que el viudo no tenga que mantener relaciones permanentes con los hijos extramatrimoniales de su consorte. Para ello, podrá exigir que su legítima le sea satisfecha asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios, asignación que se entenderá hecha en plena propiedad, procediéndose de mutuo acuerdo, y, en defecto del mismo, mediante decisión judicial. En conclusión, como dice ESPEJO²⁶ el derecho del cónyuge al usufructo no es, en realidad, más que una de las posibles formas en que su legítima puede quedar satisfecha, ya que existe la posibilidad de que otros interesados opten por satisfacerla de otro modo, admitiendo incluso la facultad del testador de obligar al viudo a la conmutación.²⁷ En consecuencia, ese valor patrimonial independiente²⁸ y además perfectamente conmutable de la legítima del cónyuge viudo, creo que nos puede permitir equipararlo a los demás legitimarios con los que concurra a la sucesión, pues simplemente se impondría la capitalización en cada caso del valor de dicho usufructo para obtener la cuantía mínima que debería percibir el viudo si se le otorga en forma diferente a la usufructuaria.

Siguiendo el planteamiento manifestado al principio, junto con el artículo 1035 del Código civil, el 1045 y el 1047, organizan la construcción general de la institución de la colación. Según este último precepto, el donatario, en nuestra hipótesis el cónyuge viudo, tomará de menos lo que ya hubiera recibido por donación.

Esta donación habrá de tenerse en cuenta a varios efectos:²⁹ en primer lugar, para computarla, operación contable que tiene por finalidad calcular la legítima de los herederos forzosos y la determinación al mismo tiempo del margen de libre disposición del patrimonio del causante. A ella se refiere el artículo 818 del Código civil en el párrafo segundo, pues al *relictum*, valor de los bienes que quedan a la muerte del testador, con deducción de las deudas del mismo, se ha de agregar el de las donaciones que el causante efectuó,

²⁶ “La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria”, *ADC*, 1992, p.390.

²⁷ Al respecto, C. LÓPEZ, *La conmutación de la legítima*, Ed. Tecnos, 1ª ed, Madrid, 1989, pp. 143 y ss y M. CÁRCABA, “Reflexiones sobre la conmutación del usufructo viudal”, *RGLJ*, 1986, p. 583.

²⁸ Las STS de 5 de noviembre de 1913 y 13 de abril de 1956 consideran criterio racional tomar como tipo de valuación del usufructo el que establezcan las leyes fiscales.

²⁹ La STS de 24 de enero de 2008 (TOL 1256805) se refiere a los conceptos de cómputo, atribución e imputación. Diferencian conceptualmente las operaciones de colación y las de cálculo de la legítima, J. LETE y J. LLOBET, “Comunidad hereditaria en Cataluña”, Dir. M.C. GETE-ALONSO, en VV.AA, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Ed. Thomson-Aranzadi, 1ª ed, Navarra, 2011, Tomo II, p. 2588.

donatum. Todo ello, para evitar el posible fraude de las legítimas mediante actos de disposición *inter vivos* de aquél. Hecho este cálculo se habrán obtenido las bases para fijar las legítimas, en la cuantía que proceda según los distintos casos. Esta operación ficticia de agregación de las donaciones para señalar las legítimas y determinar si son o no inoficiosas, atañe a todas las que haya efectuado el causante, no sólo a las colacionables en el sentido del artículo 1035.³⁰

Posteriormente, las donaciones, entre ellas aquélla con la que se haya beneficiado al cónyuge viudo, serán objeto de imputación, es decir de adjudicación a cada una de las partes, según proceda, en las que idealmente se divide la herencia, para determinar si exceden del margen de libertad atribuido al causante en la disposición de sus bienes, y por tanto, su carácter o no inoficioso. Dicha imputación debe realizarse en base fundamentalmente a los criterios que establece el artículo 819 del Código civil en sus dos primeros párrafos, donde distingue las donaciones hechas a los hijos de las realizadas a extraños. No se refiere pues ni a los ascendientes, ni al cónyuge viudo. No obstante, creo que lo lógico será a pesar de que el precepto utiliza el término limitativo hijos, incluir en su ámbito a todos los legitimarios, de modo que las donaciones a favor de los ascendientes o del cónyuge, no han de imputarse en la parte de libre disposición, sino en su legítima,³¹ pues entiendo que prevalece su carácter de legitimarios frente a su posible consideración como extraños, concepto dentro del cual DE CASTRO³² incluye a los no legitimarios, y en una acepción amplia también a los legitimarios con donación no imputable a la legítima porque así el testador lo haya dispuesto expresamente, y a los legitimarios con donación imputable, respecto a la parte que exceda de la legítima, cuando en ambos casos no se tome en cuenta en la mejora.

Si la donación con la que se favoreció al cónyuge excede de acuerdo con lo anterior del valor de su legítima y de la parte de libre disposición de la herencia, resultará inoficiosa y habrá de reducirse, en cuanto perjudique la legítima estricta de los demás coherederos forzosos.³³

³⁰ Ver las STS de 19 de julio de 1982 (RA. 4256), 17 de marzo de 1989 (RA. 2161) y 21 de abril de 1990 (RA.2762), entre otras. Según J. GONZÁLEZ, quien cita a LACRUZ, *cit.*, nota 11, p. 501, la colación no es una operación que sirve a la vez para el cálculo de la legítima y para contar en la partición, como un anticipo, lo donado a los legitimarios por el causante. La colación, ni defiende la legítima, ni necesariamente, la iguala.

³¹ M. ESPEJO, *cit.*, nota 25, p. 390, piensa que no hay ninguna dificultad para admitir que el testador pueda imponer la imputación a la legítima viudal de las donaciones o legados, aún los que consistan en bienes en plena propiedad, hechos a favor del viudo. En igual sentido, J.B. VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Ed. Civitas, Tomo I, Madrid, 1982, pp. 820 y ss.

³² *Cit.*, nota 14, art. 819, p. 729.

³³ SAP Valladolid de 7 de febrero de 2003 (RA. 76283), diferencia la colación de la donación y la declaración de donación inoficiosa.

Por último, la colación. Se trata de una operación de carácter particional,³⁴ cuya finalidad no es la protección de las legítimas, sino la formación de la masa partible y que opera cuando concurren varios herederos forzosos, alguno de los cuales ha recibido una donación del causante, considerándose la misma como un anticipo de su cuenta de partición, de la parte que le corresponda como heredero. Así, de acuerdo con los preceptos ya mencionados, sólo los legitimarios que concurren con este carácter a la sucesión y que recibieron donación en vida del causante, habrán de traer los valores recibidos para la determinación de sus cuotas, lo que no afecta a la titularidad de los bienes donados mientras queden cubiertas las legítimas, si bien de las adjudicaciones que se hagan en pago de dichas cuotas se deducirá el valor de tales bienes y, por ello, sólo recibirán bienes de la herencia en la parte que les reste para cubrir el valor de su haber.

Según el propio Código civil, no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor.³⁵ Opta el legislador, claramente, por el sistema de colación por imputación, es decir, el valor de lo donado se incorpora al caudal partible para distribuirse entre los legitimarios-herederos, de acuerdo con lo determinado por el causante en su testamento o con las normas de la sucesión abintestato. Previamente, como es lógico, se habrán pagado las deudas de la herencia, se satisfarán las legítimas de los legitimarios no instituidos herederos, se pagarán los legados y la porción hereditaria de los herederos que no sean legitimarios.

Así, la colación opera exclusivamente en orden a determinar cómo ha de repartirse el caudal relicto. Por ello, más que un tipo de aportación, consiste en una *toma de menos*, equivalente a lo ya recibido por donación. A efectos de valoración, con la Ley de 13 de mayo de 1981, se establece un sistema en virtud del cual se considera la cosa según el estado físico en que se encontraba al tiempo de la donación, pero valorada al tiempo en que se evalúan los bienes hereditarios.³⁶

³⁴ M. ALBALADEJO, *cit.*, nota 11, p.186. Más exactamente, aunque de naturaleza particional, es una operación autónoma e independiente pues entiendo que la determinación de las cuotas, de los respectivos haberes hereditarios es una operación necesariamente anterior a la partición propiamente dicha que supone la atribución y adjudicación de bienes concretos en pago de dichas cuotas. En este sentido, V.L. MONTÉS, “La partición en general” en *Derecho de Sucesiones*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª ed, Valencia, 1992, p. 620. También, J. ROCA, “Comentario de los arts. 1035 a 1050 Cc”, Dir. M. ALBALADEJO, en VVAA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol 2º, Madrid, 1989, p.3, nota 9.

³⁵ Sobre el artículo 1045 Cc y especialmente la oposición entre el criterio valorista en la valoración en el momento de la donación ó en la época de la partición, ver M. ALBALADEJO, “El cambio del viejo al nuevo artículo 1045 y su derecho transitorio”. *Actualidad Civil*, núm 14, 2002, pp. 489 y ss. Sobre la interpretación del art. 1045 Cc, STS 4 de diciembre de 2003 (RA. 8526).

³⁶ Para M. PASQUAU, *cit.*, nota 22, p. 1181, lo que ha pretendido la reforma no es más que evitar las injustas consecuencias del nominalismo, permitiendo una *actualización*

En atención a todo lo expuesto, no encuentro inconveniente para que llegada la hora de partir el caudal relicto entre los coherederos forzosos, a los cuales equiparo al cónyuge viudo, y una vez determinado lo que corresponde a cada uno previa adición contable y ficticia del valor de lo donado, se incluya en los lotes que de tal reparto resulta para los herederos-legitimarios-donatarios el valor de lo donado; de modo que reciban un lote inferior, en compensación de lo que se les anticipó.

Esta última afirmación me obliga a tener en consideración el fundamento de la colación, quizá uno de los aspectos sobre los que más se han extendido el Tribunal Supremo³⁷ y la doctrina, probablemente con la intención de ofrecer una idea lo más correcta posible de la institución que nos ocupa. No obstante, no existe unanimidad a la hora de exponer dicho fundamento, si bien si se descarta en la actualidad que tenga que ver con la protección de las legítimas,³⁸ pues en su acepción jurídica más estricta más bien parte de que éstas están suficientemente cubiertas con la herencia a la que han sido llamados los legitimarios como herederos.³⁹

Según LACRUZ⁴⁰ la doctrina le atribuye un doble fundamento: de una parte, la presunción de voluntad de que el causante, al atribuir ciertos bienes gratuitamente a un heredero suyo, lo hace como anticipo de lo que en herencia le corresponderá; de otra, la voluntad del legislador que quiere, objetivamente, que todos los herederos forzosos tengan iguales expectativas sobre el patrimonio familiar.

En el primer caso se supone que el causante quiere que su donación sea a cuenta de la participación en la herencia, por ello ese anticipo se tomará de menos, se descontará de su haber. En el segundo, el

del valor originario de los bienes, acorde con las fluctuaciones monetarias; pero el objeto de la valoración debe ser la cosa tal como se hallaba al tiempo de la donación, considerando todas sus circunstancias, no sólo físicas, sino también económicas y jurídicas. De ahí, que se deberá colacionar no el valor que entonces tenía la cosa donada, sino el valor que aquella misma cosa tenga al tiempo de la partición. Sobre estas cuestiones se han de tener en cuenta las STS de 19 de julio de 1982 (RA. 4256), 17 de marzo de 1989 (RA. 2161), 28 de abril de 1988 (RA. 3284), 17 de diciembre de 1992 (RA. 10696), 17 de junio de 1995 (RA. 5317), entre otras.

³⁷A los diversos fundamentos de la institución hacen referencia las STS de 17 de marzo de 1989 (RA.2161), 15 de febrero de 2001 (TOL 99681) y 19 de febrero de 2015 (TOL 4839330).

³⁸Sobre esta cuestión, M. ESPEJO, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p.159.

³⁹ A. GALVÁN, "Donaciones imputables a la legítima y donaciones colacionables". Comentario a la STS de 15 de febrero de 2001, *Actualidad Civil*, núm 43, 2001, p. 1514. En igual sentido, C. LÓPEZ, *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 45.

⁴⁰ *Elementos de Derecho Civil*, Ed. Dykinson, V, Madrid, 2001, p.138.

fundamento de la norma se encontraría en la voluntad del causante de igualar a todos los herederos forzosos, no estableciendo diferencias entre ellos. Este trato igualatorio sólo cederá ante su clara disposición en contrario.

De acuerdo con GARCÍA-RIPOLL⁴¹ entiendo que la colación no es una presunción en sentido técnico estricto, sino una norma material dispositiva acomodada a la probable voluntad del causante. De este modo, dándose el supuesto de hecho recogido por el artículo 1035 del Código civil y si no existe la declaración complementaria de dispensa a la que se refiere el artículo 1036, el efecto jurídico es claro: se debe colacionar.

Ello nos permite entender que se trata de un efecto sucesorio de derecho dispositivo, que entrará en juego únicamente en ausencia de disposición contraria del causante, lo que tiene un evidente interés pues nos permite dejar al margen la idea tradicional de presunción de la voluntad del causante, si bien dicha voluntad no desaparece pues puede alterar la idea de igualdad que se encuentra latente en el instituto de la colación, a través de su dispensa, lo que supone una declaración de voluntad expresa por parte del causante.⁴²

En este sentido, existe obligación de colacionar a no ser que el causante haya dispuesto lo contrario. ¿En qué consiste entonces esa probable voluntad del mismo?

Para muchos, en nuestro sistema jurídico aún pervive la idea de los antiguos fueros y costumbres medievales de la necesaria igualación de los descendientes,⁴³ con lo que la colación se fundamentaría en la voluntad del causante de que sus legitimarios sean igualados en la sucesión. Se trataría pues de un mecanismo técnico que tiende a la igualdad entre ellos, si bien no se acomoda perfectamente a esta finalidad⁴⁴ pues como el causante puede instituir a los legitimarios en partes desiguales, la igualdad que genera la colación no es absoluta, no

⁴¹ *Cit.*, nota 2, pp. 50-52. Según J.A. FERNÁNDEZ, *cit.*, nota 11, p.165, no se trata de una presunción *stricto sensu* pues, de ser así, cabría prueba en contrario, cosa que no admite nuestro ordenamiento; para que la colación no proceda es necesario que el causante lo disponga mediante la dispensa de colación, que es una declaración negocial y no una simple prueba.

⁴² En este sentido, J. ROCA, *cit.*, nota 31, p. 13.

⁴³ Así, el Fuero de Salamanca, 31; el Fuero de Plasencia, 477; Fuero de Alcalá, 268; Fuero de Cuenca, X, 22 y 27.

⁴⁴ M. GARCÍA-RIPOLL, *cit.*, nota 2, p. 77. Dice M. ALBALADEJO, *cit.*, nota 11, p. 186, que hay casos en que la colación puede desigualar aún más de lo que desigualó el causante. Según A. MARÍN, *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración*, Ed. Reus, 4ªed, Madrid, 1948, p.66, la colación está fundada en el deseo legal de igualar y está limitada en cada época por el ámbito de desigualar del que goce la voluntad del causante. Es decir, es la disposición testamentaria la que produce la desigualación, no la colación en sí misma.

es plena, aunque quizá si pudiera mantenerse en términos de proporcionalidad entre las cuotas,⁴⁵ atribuyendo a la colación un efecto equilibrador.

Otros apoyan el fundamento de la colación en la supuesta voluntad del causante de considerar lo donado como anticipo de la herencia, de la masa partible entre los coherederos legitimarios, que es cosa distinta de presumir que el causante quiere igualar a todos sus herederos forzosos.⁴⁶ El argumento es válido para muchos autores pero tiene algunas fisuras y no es del todo convincente para otros. Así lo expone GARCÍA-RIPOLL⁴⁷ en el caso de que el causante ordene la colación de un legado, supuesto en el que no se puede hablar de anticipo de herencia porque lo legado pertenece normalmente a la misma y porque el beneficiario no puede tomar de menos lo que precisamente toma ahora y no tomó antes.

Desde mi punto de vista, el artículo 1037 del Código civil contempla el supuesto en el que el heredero concurre a la sucesión con otros legitimarios también llamados a título universal, siendo además favorecido con un legado. En este caso, excepcionalmente, el testador podría ordenar la colación de lo dejado en el testamento. Sin embargo, creo que para esta hipótesis, en realidad lo que pretende el legislador es señalar, como dice SARMIENTO⁴⁸ el carácter discriminatorio implícito en estas liberalidades testamentarias a título singular que se percibirán además de la participación que le corresponda en la masa hereditaria. De este modo, con el prelegado se establece una desigualdad a favor del prelegatario, que no se debe corregir al tiempo de la partición del resto de los bienes, pues de ser así, el prelegado no sería tal, quedando reducido a una mera norma particional efectuada por el testador en aplicación de la facultad que le reconoce el artículo 1056 párrafo primero del Código civil.⁴⁹

⁴⁵ Este parece ser el criterio de la STS de 19 de julio de 1982 (RA. 4256), a cuyo tenor la colación implica *una ordenación basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia*. También J.L. LACRUZ, *cit.*, nota 37, p. 145.

⁴⁶ Considera la donación como un anticipo de la futura cuota hereditaria, la STS de 17 de marzo de 1989 (RA.2161), aunque no deja de lado las ideas de igualdad y proporcionalidad.

⁴⁷ *Cit.*, nota 2, p.51.

⁴⁸ *Cit.*, nota 11, p. 2442.

⁴⁹ En este mismo sentido, M. PASQUAU, *cit.*, nota 22, p.1173. Sin embargo, para M. ESPEJO “Algunas cuestiones sobre la colación y su dispensa en relación con la protección de las legítimas”, *Actualidad Civil*, 1998, pp. 239-242, no se puede ignorar que la partición y el prelegado colacionable son realidades distintas, tanto en el plano teórico como en el práctico, pues la previsión particional depende estrictamente de la existencia y efectividad del llamamiento de heredero, y el prelegado no, ya que supone, por definición, la existencia de dos títulos sucesorios en una misma persona. Es cierto que en la práctica puede ser difícil distinguir una previsión particional de un prelegado, pero lo que parece difícilmente discutible es que el artículo 1037 puede permitir que el causante

Es cierto, sin embargo, que la masa en la que se integra el valor del bien objeto de la colación es distinta del caudal relicto pues en un orden lógico de proceder primero se satisfarán las legítimas, si algún legitimario no ha sido instituido heredero; después se pagarán los legados y prelegados; y por último, se pagará la porción hereditaria a los herederos que no sean legitimarios. Por otra parte, el bien donado no está afecto a las cargas de la herencia. Quizás por ello, se puede afirmar que más que considerar lo donado como un anticipo de la cuota hereditaria, se deba entender que la probable voluntad del causante es que su valor se tenga en cuenta como parte de la masa repartible entre los coherederos legitimarios, de modo que esas donaciones otorgadas en vida por el causante, lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendrá derecho a percibir por herencia. Así, la colación operará exclusivamente en orden a determinar cómo han de partirse el caudal relicto los afectados por ella, quienes recibirán lotes inferiores en compensación de las donaciones.

En conclusión, al colacionar se produce la modificación en la formación de las cuotas sucesorias,⁵⁰ su reestructuración,⁵¹ pues con ella se procura dar contenido a las mismas. Se trata, en definitiva, de un criterio meramente distribuidor⁵² de la herencia en cuestión, en virtud del cual al donatario-legitimario-heredero se le descontará de su cuota en la misma el importe de la donación recibida del causante, lo que beneficiará, en su caso, a los demás coherederos legitimarios.

En atención a todo lo expuesto, teniendo en cuenta además, que la colación no limita la facultad de disponer del causante, que puede dispensar de aquella, no veo qué razón jurídica puede haber para excluir al cónyuge viudo-donatario-legitimario y heredero de la misma, a no ser de índole meramente afectiva y a lo frágil de su legítima, lo cual tiene también lógicamente su importancia, tal vez por atender a la necesaria protección material y económica del mismo, en atención a la relación específicamente matrimonial que le unió a su consorte premuerto. Por ello y salvo por esta última razón, sigue sin parecerme un inconveniente insoslayable la circunstancia de que la legítima del cónyuge viudo en nuestro Ordenamiento jurídico sea una cuota legal

establezca un prelegado colacionable, es decir, una disposición testamentaria que, si bien debe traerse a colación, atribuye al designado un llamamiento sucesorio independiente y autónomo respecto de su institución de heredero.

⁵⁰ J.L DE LOS MOZOS, *cit.*, nota 1, p.166. También, J. SANTOS, *cit.*, nota 11, p. 141.

⁵¹ A. ROMÁN, "La partición de la herencia", en *Instituciones de Derecho Civil Español*, Ed. Mc.Graw-Hill, VII, Madrid, 1999, p.117.

⁵² En este sentido, A. GALVÁN, *cit.*, nota 36, p.1514. Según J. ROCA, *cit.*, nota 31, p. 8, la colación se dirige a formar la masa partible. La finalidad de la colación para J.A. FERNÁNDEZ, *cit.*, nota 11, p. 177, es reajustar la distribución de los bienes entre los herederos forzosos. De igual modo, para L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *cit.*, nota 20, p. 584.

usufructuaria, sin derecho en principio, a bienes hereditarios en propiedad.

III. LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE Y LA COLACIÓN.

Si el causante dispensa de la colación a su cónyuge viudo, le estará liberando en su condición de donatario de que se le cuente en su parte de la herencia lo donado, de forma que no lo reciba de menos en bienes relictos, sino que de éstos le correspondan todos los que le toquen por su cuota en la herencia, como si nada hubiese tomado en vida del difunto. Dispensar de colación legal implica la existencia de una declaración de voluntad que emite el causante de una sucesión por la cual libera del deber de colacionar a todos o a una parte de sus herederos forzosos, y que puede producirse por medio de un negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*⁵³ y significa que el causante ha dispuesto que las donaciones no se imputen en la legítima, en el sentido de que el dispensado de colación tome, además de lo que se le donó, la legítima entera que le corresponda.⁵⁴

En virtud de esta declaración de última voluntad,⁵⁵ la partición de la herencia en cuestión se realizará sin tener en cuenta las liberalidades entre vivos hechas a los herederos legitimarios. Dicha manifestación tiende por tanto a rectificar la función que la donación tendría en la futura distribución de sus bienes entre sus herederos forzosos conforme a las normas de la colación; es decir, excluir la colación de los valores donados.⁵⁶ No obstante, la donación dispensada de colación ha de ser computada, considerada a los efectos de determinar el importe económico de las legítimas, pues de otro modo el donante tendría una vía fácil para defraudar los derechos de sus legitimarios; por otra parte, ha de tenerse en cuenta la especialidad que presentan las donaciones inoficiosas y la posibilidad de su reducción, lo que

⁵³ J.M. BÁDENAS, *La dispensa de colación*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, p. 120. Sobre esta materia, A.I. BERROCAL, “La donación *inter vivos* con dispensa de colación como mejora”, *Actualidad Civil*, núm 5, 2014, p. 568 y ss.

⁵⁴ Así define la dispensa de colación M. ALBALADEJO, “La dispensa de colación y su revocación”, *RDP*, 1996, p. 261. Para A. GARCÍA-BERNARDO, *La legítima en el Código civil*, Consejo General del Notariado, 2ª ed, Madrid, 2006, p. 392, la dispensa de colación implica un mero cambio de imputación dispuesto por el donante o testador. En este sentido, STS de 14 de diciembre de 2005 (RA. 300).

⁵⁵ Como tal la caracterizan, M. GARCÍA-RIPOL, *cit.*, nota 2, p. 233; M. ALBALADEJO, *cit.*, nota 51, p. 261 y J.L. LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, Parte General, Ed. Bosch, Barcelona, 1961, p. 570; J. SARMIENTO, *cit.*, nota 11, p. 2439, entre otros.

⁵⁶ J. ROCA, *cit.*, nota 31, p. 37. No necesariamente solemne según F.C. DE DIEGO, *Dictámenes jurídicos*, Tomo III, Ed. Bosch, Dictamen 49, Barcelona, 1958, p. 590. Por su parte, plantea dudas sobre la correcta interpretación de este precepto, E. SERNA, “Los derechos sucesorios de los hijos en los nuevos modelos familiares”, Coord. A. L. REBOLLEDO, en VV.AA, *La familia en el Derecho de Sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ed. Dykinson, 1ª ed, Madrid, 2010, p. 249.

ocasionaría, en su caso, que el exceso se incorpore al caudal de la herencia.

La dispensa de colación debe ordenarse expresamente, lo que requiere que la manifestación de voluntad del causante en tal sentido sea clara, indubitada e inequívoca⁵⁷ en cuanto a la no inclusión de la donación en la masa partible. Se realizará en testamento o bien de manera simultánea a la donación⁵⁸ e incluso en acto posterior a la misma distinto del testamento.⁵⁹

Si el legislador pone en manos del causante esta posibilidad, debe ser él quien al dispensar de la colación al cónyuge viudo provoque ese trato discriminatorio con el que le está beneficiando, pues percibirá la donación además de la participación que le corresponda en el caudal como heredero que es. La dispensa le favorece en cuanto que se beneficia de la colación a la que si han de someterse el resto de legitimarios no dispensados. En este sentido, realmente la dispensa se presenta como una ventaja patrimonial⁶⁰ en favor del dispensado, respecto del régimen supletorio que establece la ley.

En conclusión, creo que el efecto de la dispensa de la colación al cónyuge es el mismo que si *a priori* entendemos que por ley no tiene obligación de colacionar. Si las normas sobre colación son de derecho dispositivo, y la voluntad que ha de regir cualquier sucesión es la del causante, teniendo en cuenta que en el cónyuge viudo se dan todos los presupuestos que exige el artículo 1035 del Código civil, creo que es lógico imponer al mismo la obligación legal de colacionar y que sea el cónyuge causante, el que si así lo desea le procure ese trato favorable sobre los demás, eximiéndole de dicha obligación, pues el poder de disposición del causante respecto de su patrimonio está limitado únicamente por los derechos legitimarios de los demás implicados en la sucesión.⁶¹

⁵⁷ Dice M. PASQUAU, *cit.*, nota 22, p. 1171, que el Código impide que pueda deducirse por vía presuntiva la voluntad de dispensar la colación, pero no obliga al causante a utilizar precisamente la palabra dispensa.

⁵⁸ Dicha posibilidad la admiten las STS de 13 de diciembre de 2000 (RA.9439) y 13 de marzo de 1989 (RA.2036).

⁵⁹ Siempre que reúna las exigencias formales de la donación. En este sentido, entre otros, J.L. LACRUZ, *cit.*, nota 52, p. 570; J.L. DE LOS MOZOS, *cit.*, nota 1, p. 272; J. ROCA, *cit.*, nota 31, p. 41; J.A. FERNÁNDEZ, *cit.*, nota 11, p. 170; L. DíEZ PICAZO y A. GULLÓN, *cit.*, nota 20, p.582; J. GONZÁLEZ, *cit.*, nota 11, p. 502; A. VILLAGÓMEZ, “Comentario del Código civil. Arts. 1035 a 1050”, Coord. I. SIERRA, en VV.AA, *Comentario del Código Civil*, Ed. Bosch, 1ª ed, Tomo 5, Barcelona, 2000, p.479. Según M. ALBALADEJO, *cit.*, nota 51, p. 263, puede hacerse en cualquier tipo de acto.

⁶⁰ M.GARCÍA RIPOLL, *cit.*, nota 2, p. 280.

⁶¹ Sobre la revocabilidad de la dispensa de colación ver el caso concreto sobre el que informa C. LASARTE, “La esencial revocabilidad de la dispensa de colación hereditaria”, *RCDI*, 2012, pp. 1291-1328.

Por último, junto a la colación propia o legal, se contempla por la doctrina⁶² la posibilidad de la colación voluntaria, entendiendo por tal la imposición de la misma por el causante en los supuestos no recogidos por el legislador. Tenemos a estos efectos que distinguir dos posibilidades: la primera de ellas en lo que concierne a los casos recogidos por los artículos 1037, al cual me referí anteriormente y 1042, en cuanto que no se traerán a colación, sino cuando el causante lo disponga, los gastos que hubiera hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística.⁶³

Ambas situaciones se encuentran dentro de lo posible, no sólo por el hecho de ser recogidas por el Código civil, sino también porque al ser la colación una figura de derecho dispositivo, parece obvio que el testador goza de un amplio margen de autonomía. No obstante ello, me parece que el ámbito de aplicación y operatividad de esta norma queda considerablemente reducido si tenemos en cuenta que la realidad social del tiempo en el que vivimos impone que este tipo de gastos se integren en el contenido del artículo 142, pues al ampliarse el ámbito de necesidades primarias de las personas, se extiende correlativamente el objeto de la obligación de alimentos.⁶⁴ Desde este punto de vista, dejaría de existir liberalidad susceptible de ser colacionada.

La segunda posibilidad a la que antes hice referencia viene determinada por la circunstancia de que sea el propio causante el que imponga la obligación de colacionar no contemplada por el Ordenamiento jurídico. Así, a un no legitimario instituido heredero, o también no existiendo ningún legitimario si se impone el deber de colacionar a todos los instituidos.⁶⁵

No está claro en la doctrina si realmente en estos supuestos se puede hablar estrictamente, genuinamente, de colación. Así, le niegan dicho carácter LACRUZ⁶⁶ y DE LOS MOZOS,⁶⁷ si no se dan los requisitos que marca el artículo 1035 del Código civil, aunque no dudan de la

⁶² M. ESPEJO, *cit.*, nota 25, pp. 402-403; M.GARCÍA-RIPOLL, *cit.*, nota 2, pp. 306-308; M.ALBALADEJO, *cit.*, nota 11, p.185.

⁶³ Sobre esta materia, STS 15 de febrero de 2001 (RA.1484).

⁶⁴ En este sentido, STS de 30 de diciembre de 2000 (RA.10385), 24 de abril de 2000 (RA.3378) y SAP de Valencia de 20 de febrero de 1987. En el mismo sentido, J. SARMIENTO, *cit.*, nota 11, p. 2450, entiende que sería conveniente la derogación de este artículo, incluyendo su contenido en el artículo precedente; no obstante, su

mantenimiento tras la reforma operada por la Ley 11/81, obliga a la observancia de su contenido normativo, debidamente interpretado en función de la realidad social vigente.

⁶⁵ A estos supuestos añade M. GARCÍA-RIPOLL, *cit.*, nota 2, p. 307, que podría imponer el causante la colación en especie, e incluso la aplicación analógica del artículo 861, que regula el legado de cosa ajena. Asimismo, el causante podría establecer la valoración del bien a efectos de colación.

⁶⁶ *Cit.*, nota 52, p. 573.

⁶⁷ *Cit.*, nota 1, p. 285.

licitud de dicha imposición. Por el contrario para GARCÍA-RIPOLL⁶⁸ la colación en todos estos supuestos es perfectamente admisible y no debe calificarse de anómala. Su única especialidad es que no la impone la ley sino el causante.

Será posible entonces que por vía voluntaria se introduzca una mayor amplitud subjetiva, de modo que se obligue a extender los efectos de la colación al supuesto del cónyuge viudo. Para ello será clave la interpretación de la voluntad testamentaria.⁶⁹

IV. REFLEXIÓN FINAL.

El artículo 1035 del Código civil se manifiesta rotundamente al señalar que la colación se produce entre herederos forzosos, expresión que nos remite inmediatamente al artículo 807, donde se considera como tales a los hijos y descendientes, a los padres y ascendientes, y al cónyuge viudo. Así, para colacionar hemos de encontrarnos ante legitimarios efectivos en la sucesión en cuestión. Y no hay duda que el cónyuge viudo puede serlo, en solitario o concurriendo con algunos de los anteriores, si bien es cierto que su legítima goza de una naturaleza particular. Dicha concurrencia puede extenderse a la institución de heredero, si así lo ha determinado el causante, pudiendo haber recibido en vida del mismo alguna liberalidad.

Tradicionalmente, no era sujeto de la colación, lo que tenía su lógica; de un lado, porque durante mucho tiempo careció del carácter de legitimario; de otro, porque existía una tradición histórica profundamente arraigada, que se rompe con el actual artículo 1323 del Código civil, plasmada en la prohibición de donaciones entre los cónyuges, cuestión hoy totalmente superada en virtud del principio de igualdad que gobierna desde la base toda nuestra legislación.

Dándose pues todas estas circunstancias, si el cónyuge viudo no tiene que colacionar, el legislador debería expresarlo con claridad, en aras del principio de seguridad jurídica. Por ello, teniendo en cuenta que con la colación no se trata de proteger las legítimas, sino de formar la masa partible, determinando cómo ha de repartirse el caudal relicto, no veo inviable que el cónyuge viudo participe en la misma, de modo que al igual que los demás que reúnan los presupuestos del precepto, reciba un lote inferior, en compensación de lo que se le anticipó, dado el carácter equilibrador que ha de reconocerse a la institución.

⁶⁸ *Cit.*, nota 2, p. 307.

⁶⁹ Esta posibilidad la admite sin duda M.ESPEJO, *cit.*, nota 25, pp. 402-403.

Aún más, no se debe olvidar la posibilidad de que exista una declaración complementaria de dispensa al alcance del causante o previamente del donante para evitar el efecto de la colación en su cónyuge.

Por último, no parece coherente que dándose en el cónyuge viudo los presupuestos del artículo 1035 del Código civil, se le excluya de la obligación legal de colacionar y sin embargo se admita la colación voluntaria de quienes puede que ni siquiera los reúnan.

El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente?*

Mariana De Lorenzi

Doctora en Derecho (Universitat de Barcelona)

Abogada Especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario)

Miembro de A.F.I.N.

Docente Asociada en Derecho de la Niñez y la Adolescencia en la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano

Fecha de recepción: 24 de mayo.

Fecha de aceptación: 15 de junio.

RESUMEN: La identidad personal comienza a forjarse en el pasado del ser humano, en sus mismos orígenes biológicos. Desde este axioma, la verdad biológica ha devenido un principio clave del Derecho de las Familias en Occidente. Tradicional paradigma de la filiación por naturaleza, su trascendencia se extiende en la actualidad a los supuestos de filiación adoptiva y por reproducción humana asistida, impulsada, en gran medida, por la C.D.N. Entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes que ella consagra, destaca el derecho a conocer los orígenes biológicos (artículos 7 y 8). Estos preceptos, junto a la prohibición de realizar distinciones por razón del nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2.1), exigen la expansión del principio de la verdad biológica a favor de todas las personas, incluidas las concebidas de forma natural que gozan de una filiación adoptiva y las nacidas por reproducción humana asistida. La mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos contemplan este derecho en la adopción. Si bien su admisión en los supuestos de reproducción humana asistida se ha enfrentado a mayores reticencias, en los últimos años se ha ido afianzando un progresivo cambio de rumbo hacia la abolición del secreto y la admisión de la investigación de los orígenes biológicos. Este artículo estudia el derecho a conocer los orígenes biológicos, caracterizándolo como un derecho humano, fundamental y autónomo, parte del derecho a la identidad personal, e indaga en el reconocimiento que recibe a nivel internacional, así como en España y Cataluña.

ABSTRACT: The forging of personal identity begins in the human being's past, in their own biological origins. Starting from this axiom, biological truth has become a key principle of Western Families Law. While it is a traditional paradigm of filiation by nature, its current significance extends far beyond this to the cases of filiation by adoption and by assisted human reproduction, thanks in large part to the influence of the C.R.C. Among the rights of children and adolescents, the enshrinement in the C.R.C. of the right to know one's biological origins (articles 7 and 8) stands out. These provisions, along with the ban on discrimination on the grounds of birth or any other status (article 2.1), entail the extension of the principle of biological truth to all individuals. This includes those naturally conceived and then adopted and the offspring of assisted reproductive technology. Most contemporary legal systems contemplate this right in adoption. While allowing it in assisted human reproduction has met with greater resistance, in the last few years a tendency away from secrecy and in favour of the investigation of biological origins has become established. This paper undertakes a study of the right to know one's biological origins; defining it as a human, fundamental and autonomous right, part of the right to personal identity; and enquires into its recognition at an international, national and Catalan level.

* Este trabajo es resultado de una investigación que quedó plasmada *in extenso* en la tesis doctoral titulada “El derecho a conocer los orígenes biológicos – La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos de reproducción humana asistida”; presentada y defendida en la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona (2015). En la actualidad, continúa la investigación en el contexto del proyecto coordinado RETOS de investigación “Deseos parentales y derechos reproductivos y filiales: miradas interdisciplinares sobre decisiones reproductivas y ‘orígenes’ en reproducción asistida, adopción y subrogación” (2016-2019), CSO2015-64551-C3-R, Ministerio de Economía y Competitividad, Financiación: € 121.000, Investigadora principal Diana Marre; Subproyecto 1: “Del control de la natalidad a la ansiedad demográfica: comunicación, secreto y anonimato en las tecnologías reproductivas del siglo XXI”, CSO2015-64551-C3-1-R, Investigadora Principal Diana Marre.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, derechos humanos, orígenes biológicos, identidad personal, derecho a saber, niños, niñas y adolescentes, Derecho Constitucional de las Familias, reproducción humana asistida, anonimato del donante, adopción, Convención sobre los Derechos del Niño, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

KEY WORDS: Fundamental rights, human rights, biological origins, personal identity, right to know, children and adolescents, Families Constitutional Law, assisted human reproduction, donor anonymity, adoption, Convention on the Rights of the Child, European Convention on Human Rights, Human Assisted Reproduction Act..

Sumario: Introducción. 1. La necesidad del reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos de las personas independientemente de su filiación. 2. Delimitación del presente estudio. 2.1. El derecho a conocer los orígenes biológicos. 2.1.1. Orígenes biológicos e identidad personal. 2.1.2. El conocimiento de los orígenes biológicos como derecho. 2.1.3. La caracterización del conocimiento de los orígenes biológicos como un derecho humano, fundamental y autónomo. 2.2. La perspectiva del Derecho Constitucional de las Familias. 2.3. La hipótesis. 3. El reconocimiento jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos. 3.1. En el orden interno. 3.1.1. Reconocimiento constitucional. 3.1.2. Reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos. 3.1.3. Su reconocimiento infraconstitucional. 3.2. En el derecho comparado. 4. El derecho a conocer los orígenes biológicos en la realidad social. 5. A modo de cierre. Bibliografía.

“La verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio”
Marco Tulio Cicerón (384-322 A.C.)

Introducción

La identidad personal comienza a forjarse en el pasado del ser humano, en sus mismos orígenes biológicos. Desde este axioma, la verdad biológica ha devenido un principio clave del Derecho de las Familias en Occidente. Tradicional paradigma de la filiación por naturaleza, su trascendencia se extiende en la actualidad a los supuestos de filiación adoptiva y por reproducción humana asistida, impulsada, en gran medida, por la Convención sobre los Derechos del Niño (C.D.N.). Este instrumento ha sido esencial, ante todo, para reafirmar el carácter universal de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, al tiempo que evidencia una comunión entre los países del entorno en edificar el actual Derecho de las Familias sobre tres pilares: el protagonismo de la persona, el mayor valor de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares y el orden público como medio para garantizar los derechos fundamentales. Finalmente, un cambio en la noción misma de niñez y adolescencia enaltece el carácter de sujetos de derechos de las personas menores de edad, que son doblemente protegidas en sus derechos en cuanto personas y en virtud de la etapa vital por la que atraviesan.

Entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes destaca la consagración que la C.D.N. hace del derecho a conocer los orígenes biológicos (artículos 7 y 8). Estos preceptos,

junto a la prohibición de realizar distinciones por razón del nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2.1), exigen la expansión del tradicional principio de la verdad biológica a favor de *todas las personas*, incluidas las concebidas de forma natural que gozan de una filiación adoptiva y las nacidas por reproducción humana asistida. La voluntad parental como fuente de la filiación y la discordancia entre el vínculo jurídico y el biológico, características de estos dos casos, motivan el estudio del derecho a conocer los orígenes biológicos fuera del ámbito de la filiación y que el acceso a los umbrales genéticos y/o gestacionales se escinda de aquélla y de sus alcances o efectos.

Mientras la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos contemplan este derecho en la adopción; sea estableciéndolo juntamente con el correlativo deber de información, sea a través del sistema de la adopción abierta; a más reticencias se ha enfrentado su admisión en los supuestos de reproducción humana asistida. Pese a ello, en los años ochenta comienza a abrirse paso una primera corriente de países prohibiendo el mal llamado *anonimato del donante*¹ (Suecia, Austria o Suiza), aunque es recién en estas últimas dos décadas que se afianza un progresivo cambio de rumbo hacia la abolición del secreto y la admisión de la investigación de los orígenes biológicos (entre otros, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Finlandia, Alemania, Argentina²).

Ante este panorama es importante preguntarse cuál es el reconocimiento que el derecho a conocer los orígenes biológicos recibe hoy en día en Cataluña, en particular, y en España, en general. Para dar respuesta a este interrogante, se incluyen en el desarrollo de este artículo, cuatro cuestiones fundamentales. Se comienza por la necesidad de la protección de este derecho en todos los supuestos de filiación previstos, en pos del principio de igualdad y de no discriminación. Tras delimitar claramente qué se estudia, con qué finalidad y en qué marco jurídico, se examina su consagración o desconocimiento en el ordenamiento interno, con remisión al internacional, y en el derecho comparado. El análisis sobre si se reconoce o no el derecho a conocer los orígenes biológicos de las personas no estaría completo si no se expandiera la mirada más allá de lo jurídico para indagar, en cuarto lugar, en la realidad social. Finalmente, se concluye con la revisión de algunos testimonios de personas nacidas de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, T.R.H.A.) que invitan a reflexionar acerca de la actitud displicente de los legisladores que, por no soltar viejos prejuicios, cierran los ojos a las consecuencias que el avance científico y tecnológico tienen en los derechos humanos y fundamentales.

1. LA NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS A LAS PERSONAS INDEPENDIENTEMENTE DE SU FILIACIÓN

En el actual Derecho de las Familias el interés de las personas por conocer sus orígenes biológicos puede presentarse en **tres situaciones** diferentes relacionadas con la filiación.

El supuesto típico que durante mucho tiempo ha acaparado casi en exclusiva la atención jurídica es el de la **filiación por naturaleza**. Hoy en día existe consenso entre los autores acerca del reconocimiento constitucional y legislativo del *principio de la verdad*

¹ El empleo de esta expresión en el presente trabajo se explica en la asiduidad de su uso con la salvedad de que en propiedad el donante no es anónimo, pues su identidad es conocida. Si el equipo médico sabe quiénes son los donantes y sus identidades deben incluso constar en el Registro Nacional de Donantes, es que no hay anonimato. Dicha identidad es sí *reservada* (término que con más pertinencia refiere a la aspiración de mantener algo oculto a ciertas personas) *por mor* de la regla de confidencialidad que rige en el ámbito médico. Desde esta óptica, la donación es anónima solo *parcialmente*, respecto a las personas que se someten al tratamiento y que no pueden acceder *per se* a estos datos. Véase, en este sentido, M. SOTO LAMADRID, *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 516.

² Sobre el reconocimiento de este derecho en Argentina, puede consultarse: M. DE LORENZI, “El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida” y “El derecho de los niños nacidos de técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos”, en S. FERNÁNDEZ (dir.), *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes – La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)*, Capítulos 7 y 8, Título Segundo, Tomo I, Abeledo Perrot, Argentina, 2015, pp. 1059-1080 y 1081-1111, respectivamente.

biológica y de que el mismo ampara a las personas cuya filiación se determina por naturaleza. Destacando el protagonismo de esta máxima, el legislador considera oportuno que las personas así concebidas tengan una filiación legal acorde con el vínculo genético y, cuando así no fuere, les garantiza la *libre investigación de quién o quiénes son sus progenitores* a través del ejercicio de las acciones de impugnación y reclamación de la paternidad y/o maternidad, cumpliendo el mandato constitucional del art. 39.2 *in fine* (“[l]a ley posibilitará la investigación de la paternidad”).

La revalorización de los lazos de sangre no solo dio sustento al principio de la verdad biológica sino que además obligó a reconocer el interés de las **personas adoptadas** a obtener la información relativa a su concepción y nacimiento. No obstante, para evitar que de la averiguación de los orígenes biológicos derive un efecto filiatorio que haría perder sentido a esta institución, el legislador regula este derecho fuera del ámbito de las acciones de filiación³. De este modo, reforzando y preservando el vínculo legal entre adoptantes y adoptados, reconoce a estos últimos la posibilidad de descubrir quiénes son sus progenitores.

Por último, el desarrollo científico, a través de los tratamientos médicos de fertilidad, diversifica y multiplica las personas implicadas en la filiación de los así nacidos. Esta variedad de aportaciones (donantes, receptores, gestantes, médicos, padres, etc.) hace posible una disociación de los vínculos genéticos, gestacionales y sociales⁴ que despiertan, con incluso más fuerza que en los supuestos analizados precedentemente, el interés de las **personas nacidas de T.R.H.A.** por conocer sus orígenes biológicos. Sin embargo, en España, su situación se encuentra teñida de incertidumbre debida a las dudas acerca de si efectivamente gozan de este derecho y, en caso que así sea, sobre cuáles son los efectos derivados de su ejercicio.

2. DELIMITACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO

El objeto sobre el que este artículo se centra es el derecho a conocer los orígenes biológicos. Se parte de la hipótesis de que el ordenamiento jurídico español no le brinda un suficiente reconocimiento, ya que si bien éste es garantizado, en mayor o menor medida, a favor de las personas que gozan de una filiación por naturaleza o adoptiva, quienes han nacido en virtud de T.R.H.A. se encuentran en una situación de desamparo. Su marco teórico viene dado por el Derecho Constitucional de las Familias.

2.1. *El derecho a conocer los orígenes biológicos*

Afirmar que este artículo tiene por objeto el derecho a conocer los orígenes biológicos exige, de manera primordial, una aclaración terminológica sobre cuál es el significado que se atribuye a la expresión “orígenes biológicos” para, en segundo lugar, poder caracterizarlo como un “derecho” que es dable de ser considerado como “humano, fundamental y autónomo”.

2.1.1. *Orígenes biológicos e identidad personal*

Cuando hablamos de los orígenes de una persona estamos haciendo referencia, sin duda, a su identidad. El concepto de identidad, lejos está de ser estático, pues remite a una noción en permanente hacer, redefinición, cambio y evolución; siendo, por tanto, un concepto dinámico. Si bien es cierto que el ser humano no nace con una identidad predeterminada, fija y consumada, al modo que lo hace con un grupo sanguíneo, una raza, un color de ojos, etc., también lo es que viene a este mundo portando una serie de

³ En este sentido, afirman LÓPEZ, MONTÉS y ROCA que “[l]a acción de investigación de la paternidad y de la maternidad no puede considerarse una acción de filiación en sentido estricto...” sino que debe ser considerada una “...acción autónoma e independiente de las de reclamación e impugnación...” y una “...posibilidad ‘en los juicios sobre filiación’”. A. LÓPEZ, V. MONTÉS Y E. ROCA (Ed.), *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, 3ª Edición, Valencia, 1997, p. 316.

⁴ Véanse, al respecto, J. HARRINGTON, G. BECKER Y R. NACHTIGALL, “Nonreproductive Technologies. Remediating kin structure with donor gametes”, *Science, Technology and Human Values*, Vol. 33, N° 3, 2008, pp. 393-418; y C. ÁLVAREZ, “Múltiples maternidades y la insoportable levedad de la paternidad en reproducción humana asistida”, *Revista de Antropología Social*, Vol. 411, N° 15, 2006, pp. 411-455.

características (biológicas, orgánicas, físicas, genéticas, etc.) que, unidas a las interrelaciones que entable con el medio exterior y con sus semejantes, construyen su identidad⁵. Dicho con las palabras de FERNÁNDEZ SESSAREGO, la identidad personal se forja en el pasado, en los orígenes de la persona, atraviesa su presente y se proyecta hacia su futuro⁶.

Del mismo modo que no puede negarse este dinamismo, tampoco puede menospreciarse la existencia de una esencia que permanece. La identidad se conforma por esa insondable plétora de características con las que un individuo llega a este mundo que son sus orígenes biológicos (es decir, la herencia genética que derivó en ese embrión que devino persona, sus nexos con el vientre que lo cobijó, etc.⁷) y por otras circunstancias no menos importantes, como los lazos que unen al nacido con los brazos que lo reciben, el calor de aquellos que lo acunan, el pecho que lo alimenta o el amor de quienes velan su sueño. No *sólo* los orígenes biológicos pero sin duda *también* los orígenes biológicos responden a la pregunta de quién se es, a la pregunta por la identidad personal⁸.

Reconocer esta complejidad exige abandonar, de una vez por todas y para todos los casos, un discurso competitivo entre *lo biológico* y *lo social* como si se tratasen de aspirantes a un único puesto: el del “verdadero” padre o madre. Ello será factible cuando definitivamente se comprenda que descubrir el propio sustrato biológico es una circunstancia autónoma y disociable de la filiación; razón por la que este artículo analiza aquél hecho exclusivamente desde la perspectiva del derecho a conocer los orígenes sin que de ello derive ningún vínculo jurídico filial. Sólo cuando se tenga cabal claridad al respecto, podrá entenderse que –independientemente del medio escogido por el legislador para determinar la filiación– para la identidad personal **ambas circunstancias son imprescindibles**⁹.

Para acompañar el término “orígenes”, que visiblemente alude a los comienzos, elegimos la expresión “biológicos”. La amplitud que la palabra “orígenes” presenta la hace asazmente adecuada para referir tanto a las *circunstancias generales* relativas a la concepción, gestación y/o nacimiento de una persona como a *quiénes* han estado involucrados en estos hechos. Por su parte, la flexibilidad de la locución “biológicos” (relativa a la ciencia que estudia a los seres humanos) permite englobar tanto los umbrales de quien se ha convertido en hijo o hija por adopción como de quien lo ha sido gracias a la reproducción humana asistida, abarcando a un mismo tiempo los aportes genéticos y los gestacionales. La terminología escogida pone *per se* de manifiesto la intención de evaluar si, al igual que las personas que gozan de una filiación por naturaleza, los adoptados y nacidos de reproducción humana asistida tienen derecho a conocer las circunstancias que precedieron a su nacimiento y a sus “progenitores”. Aunque somos conscientes que etimológicamente esta expresión hace referencia a quienes aportan sus *genes*, en coherencia con la extensión que se reconoce a la palabra “biológicos”, en este estudio le atribuimos un

⁵ Como ha afirmado VILA-CORO de una manera muy gráfica, la identidad del individuo es el genoma en diálogo con el ambiente, pues la biología proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con la cultura que, conforme a estímulos y respuestas del hábitat, descifran el mensaje genético. M. VILA-CORO BORRACHINA, “El derecho a la identidad personal”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. 6, N° 24, 1995, p. 409. Véase, también, de la misma autora: “Padre referencial e identidad personal”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. 7, N° 25, 1996, p. 45.

⁶ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la Identidad Personal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

⁷ Como dice THÉRY, el engendramiento es una “acción humana compleja”, que no puede ser reducido a un conjunto de actos biológicos porque está contextualizado en el mundo humano, razón por la que prefiere el uso de esta expresión a la de procreación. La autora considera al “...engendramiento como ‘una única acción compleja entre varios socios’, acción que puede diferenciarse en diversas ‘partes’, y que se extiende desde el momento de la solicitud de una donación a un tercero hasta el nacimiento y la inscripción del hijo en la filiación” (“El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento”, *Revista de Antropología Social*, Vol. 18, 2009, pp. 21, 30, 32 y 40).

⁸ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁹ THÉRY considera que con el reclamo por conocer los orígenes biológicos los individuos buscan ser “...situados simbólicamente en la común condición humana, la de la transmisión generacional doblemente abierta a lo desconocido: la del pasado y la del futuro de la humanidad”. Pese a que la sociedad hace hincapié constante en la importancia del engendramiento, los ordenamientos jurídicos, en ocasiones, les dicen a las personas nacidas de T.R.H.A. que esa máxima (solo a ellas) no les resulta aplicable, dejándolas solas en ese espacio en blanco de su propia historia conscientemente creado por otros. Negándoles el pasado se les impide “...unir su calidad de mortal a su nacimiento, como si sus cuerpos hubiesen perdido su realidad” y la actitud del derecho al permitir que ello ocurra es claramente discriminatoria. *Ibidem*, pp. 38-39.

alcance amplio que incorpora a los *genitores* que donan sus gametos para un *tratamiento médico de fertilidad* y a las *gestantes por sustitución*.

2.1.2. *El conocimiento de los orígenes biológicos como derecho*

Si la filosofía da sustento a la identidad personal y la psicología la explica, el derecho tiene por función garantizarla, resguardando el espacio de libertad necesario para que cada individuo pueda desarrollar libremente su personalidad¹⁰. Elevar esta aspiración humana al rango de *derecho*, comporta el reconocimiento a toda persona de un aval jurídico al respeto, preservación y no tergiversación de su identidad¹¹. Conforme a ello, toda persona puede aspirar legítimamente a disponer de todas las medidas conducentes a conocer y formar su identidad.

Por su parte, pesa sobre el Estado deber de *respetar* y *garantizar* la identidad de sus ciudadanos. Para ello es esperable que asuma tanto una actitud *abstencionista*, de no irrumpir, impedir ni negar ningún acto lícito que se realice en pos de aquélla y de no esconder, ocultar ni falsear ninguna información sobre ella, como *activa*, removiendo los obstáculos y facilitando los medios para hacerla efectiva.

La ya señalada complejidad propia de la identidad personal impone al Derecho asegurar el respeto de absolutamente todos y cada uno de sus elementos básicos y constitutivos; pues sería absurdo pensar que es posible proteger uno de sus aspectos y negar otros. De allí que el reconocimiento de la identidad personal haga imprescindible garantizar el derecho a conocer los orígenes biológicos¹².

2.1.3. *La caracterización del conocimiento de los orígenes biológicos como un derecho humano, fundamental y autónomo*

El derecho a conocer los orígenes biológicos puede ser caracterizado como un **derecho humano, fundamental y autónomo**.

En cuanto **derecho humano** ha recibido consagración en tres ámbitos del Derecho Internacional: en el de las Conferencias de la Haya, en el de Naciones Unidas y en los marcos regionales. Con base en los arts. 7 y 8 C.D.N., la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Corte I.D.H. y T.E.D.H., respectivamente) adoptan una noción amplia del derecho a la identidad que –incorporando tanto el derecho a conocer los orígenes biológicos como a tener relaciones familiares– lo consideran implícitamente reconocido en las convenciones americana y europea de derechos humanos (C.A.D.H. y C.E.D.H.). Este derecho ha sido objeto de una rica jurisprudencia en referencia a la filiación por naturaleza y por adopción, aunque no existe aun ningún pronunciamiento sobre el mismo en los casos de T.R.H.A. Por su parte, las instituciones europeas han mostrado su preocupación a través de recomendaciones, informes, resoluciones, etc. en los que afirman la importancia del derecho a conocer los orígenes biológicos¹³.

El derecho a conocer los orígenes biológicos es además un **derecho fundamental**. Ello queda fuera de toda duda desde la concepción de que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal subyacentes en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por España que deben

¹⁰ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Ob. cit.*, pp. 2-3 y 11-13.

¹¹ Así lo sostienen, también, M. D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”, *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto, 2005, pp. 20-21; y C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Ob. cit.*, p. 115.

¹² Véanse, R. LERTXUNDI BARAÑANO, S. DE LOS REYES PEÑA y J. HAYA PALAZUELOS, “Donación de gametos”, en C. BUIL RADA ET AL. (coord.), *Manual de salud reproductiva en la adolescencia – Aspectos básicos y clínicos*, Capítulo 28, Sociedad Española de Contracepción, Zaragoza, 2001, p. 859; y M. VILA-CORO BORRACHINA, “Padre referencial e identidad personal”, *cit.*, p. 45.

¹³ Algunos ejemplos que pueden citarse son: PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados miembros en materia de adopción de menores*, de 22 de noviembre de 1996, PE 215.242/def. A4-0392/96; *Resolución sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados miembros en materia de adopción de menores*, Doc. A4-0392/96, D.O.U.E. DO C 20/176, de 20 de enero de 1997; *Resolución sobre la adopción internacional en la Unión Europea*, de 19 de enero de 2011, P7_TA(2011)0013; o CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación N° 1443/2000 para el respeto de los derechos del niño en la adopción internacional*, de 26 de enero de 2000, § 5.

informar el ordenamiento jurídico interno¹⁴. Es posible arribar a esta conclusión empleando tanto una interpretación material¹⁵ como formal¹⁶; pues, en virtud del principio de progresividad e independientemente del carácter normativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la C.E. manda interpretar sus preceptos conforme con ellos (arts. 96.1 y 10.2 C.E.) y los principios del art. 10.1 C.E. En cuanto tal, este derecho es merecedor de una triple custodia jurisdiccional: la tutela judicial ordinaria (art. 24 C.E.), la protección judicial especial de los derechos fundamentales brindada por el procedimiento de preferencia y sumariedad ante los Tribunales ordinarios y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (T.C.) (art. 53.2 C.E.) y el recurso ante el T.E.D.H.

El derecho a conocer los orígenes biológicos es asimismo un **derecho autónomo**, al igual que el derecho a la identidad personal del que es parte, y pese a así serlo. Sin embargo, es necesario destacar que la complejidad que caracteriza al derecho a la identidad –propia de la esfera que regula– hace que el derecho a conocer los orígenes biológicos encuentre puntos de contacto con numerosos derechos y principios. Ello ocurre con aquellos que contemplan aspectos mismos del derecho a la identidad (tal como acaece con el derecho al nombre, o con los principios de verdad biológica o de libre investigación de la paternidad), con otros derechos que son escindibles de este último (como es el caso de la salud, la integridad física y mental, la vida o la intimidad); y también con los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, igualdad o *favor filii*). En ocasiones esta cercanía provoca que la vulneración del derecho a conocer los orígenes biológicos acabe afectando también a alguno/s de los mencionados, pero ello en modo alguno menoscaba el hecho de que sea un derecho autónomo. En otros casos, en cambio, el reconocimiento de derechos o principios, incluso siendo parte del derecho a la identidad, escapa a la satisfacción del derecho a conocer los orígenes biológicos.

¹⁴ S.T.C. (Sala Primera) Nº 21/1981, de 15 de junio de 1981, F.J. 10º (Recurso de amparo Nº 92/1980; B.O.E. Nº 161 de 7 de julio de 1981, pp. 3-6).

¹⁵ Desde la visión material, los instrumentos internacionales de derechos humanos (arts. 96.1 y 10.2 C.E.) y los principios del art. 10.1 C.E. son considerados fuentes de los derechos fundamentales. Como explica RUBIO LLORENTE, estos últimos reconocen diversas fuentes (escritas, no escritas, internacionales o jurisprudenciales) y entre las internacionales se encuentran los tratados (F. RUBIO LLORENTE, “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves de razón práctica*, Nº 75, 1997, pp. 2-7). Véanse, asimismo, las interpretaciones realizadas por L. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, 2ª edición, Madrid, 2005, pp. 162-164; C. RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 73-74. Entre quienes reconocen en estos tratados internacionales la fuente del derecho a conocer los orígenes biológicos es posible mencionar a F. RIVERO HERNÁNDEZ, “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”, en *Actualidad Civil*, Vol. Junio de 2003, Nº 2, 2003, pp. 593-632, Versión Digital, Ref. LA LEY 1018/2003; y “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la STC 116/1999, de 17 de junio, al *affaire Odièvre*)”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 103, Nº 1, 2004, p. 133; A. M. ROMERO COLOMA, “Derecho a la intimidad e identidad genética”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 2005, Nº 27, Abril – Junio de 2005, p. 64; F. LLEDÓ YAGÜE, “Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación post mortem. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto”, en F. LLEDÓ YAGÜE (dir.), *La filiación: su régimen jurídico e incidencia en la genética en la determinación de la filiación*, Cuadernos de Derecho judicial, C.G.P.J., Madrid, 1994, p. 371; M. D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *Ob. cit.*, p. 36; y en una posición contraria se ubican R. DURÁN RIVACOBÁ, quien dice que es falso que la C.D.N. “...admita incondicionalmente y en abstracto que la prole conozca su origen biológico...” (“El anonimato del progenitor”, *Aranzadi Civil*, Nº 3/2004, Versión digital, Ref. BIB 2004/332) y M. GARRIGA GORINA cuando afirma que ninguno de ellos reconoce de forma expresa, clara e incondicionada el derecho del adoptado a conocer el propio origen (*La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p. 212).

¹⁶ Aun negándose a los tratados internacionales carácter normativo, la sola circunstancia de que resulte imprescindible interpretar los preceptos constitucionales conforme con los instrumentos internacionales de derechos humanos que ratificados por España le resultan vinculantes, ya de por sí, sustenta el reconocimiento del carácter fundamental del derecho a conocer los orígenes biológicos. En este sentido, el T.C. reconoce que las resoluciones que dicta el T.E.D.H., en cuanto órgano cualificado para interpretar el C.E.D.H. son obligatorias y vinculantes para España cuando sea Estado demandado aunque carezcan de efecto directo en el orden interno. Conforme con ello, declarada la violación de un derecho del C.E.D.H. por el T.E.D.H. que constituya violación también de un derecho fundamental consagrado en la C.E., es al T.C. al que le corresponde enjuiciarla, como juez supremo de la C.E. y de los derechos fundamentales. Véase, S.T.C. Nº 245/1991, de 16 de diciembre.

2.2. La perspectiva del Derecho Constitucional de las Familias

El fenómeno de la globalización, clave en el mundo contemporáneo, debe su existencia, en gran parte, a la presencia de un sustrato común que hermana hoy en día a las sociedades occidentales: los derechos humanos. Desde esta apreciación encuentra explicación otro suceso que se produce en paralelo a nivel doméstico: el de la constitucionalización de las diversas ramas del derecho, del que no escapa el Derecho de las Familias¹⁷. Es precisamente desde esta última óptica que debe enfocarse el análisis jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos.

La adición del término “Constitucional” a la locución “Derecho de las Familias” busca enfatizar dos fenómenos.

En primer lugar, recalca que las relaciones familiares deben ser examinadas desde los derechos fundamentales de las personas, dejando atrás el análisis fragmentario imperante durante mucho tiempo y que trataba a ambas ramas del Derecho como compartimentos estancos, uno de derecho público, otro de derecho privado. Esta perspectiva tiene una especial trascendencia en nuestro estudio, pues focaliza un derecho fundamental como el que aquí nos convoca (protagonismo del Derecho Constitucional) en referencia a personas cuya filiación se ha determinado por adopción o por reproducción humana asistida (remisión al Derecho de las Familias).

Enfatiza, en segunda instancia, que la presencia de los derechos fundamentales en el Derecho de las Familias viene ligada a una determinada noción actual de “familias” y del derecho que las regula. Nos encontramos así ante un derecho que, influenciado por valores como la democracia familiar, la libertad personal o la solidaridad, se caracteriza por la diversidad de modelos familiares¹⁸, el papel relevante de la autonomía de la voluntad y el carácter subsidiario del orden público familiar¹⁹. No abunda recordar que, en cuanto rama del Derecho Civil, el Derecho de las Familias tiene como razón última que la justifica a *la persona*, en este caso inmersa en un grupo familiar y con vínculos legales que la une al resto de miembros que lo componen.

Como puede constatar, la expresión “Derecho Constitucional de las Familias” no solo permite resaltar el protagonismo que tienen los derechos fundamentales en el Derecho de las Familias, sino que además se erige en un método de estudio de las relaciones familiares desde la persona humana y bajo la condición *sine qua non* del respeto de sus derechos. Siendo que el individuo, antes que hijo, padre, tutor, hermano, etc., es sobre todo persona, se impone una visión de sus relaciones familiares desde su carácter de titular de los derechos fundamentales que le garantiza el sistema jurídico constitucional.

2.3. La hipótesis

La finalidad de este trabajo es la de desentrañar qué reconocimiento recibe el derecho a conocer los orígenes biológicos, parte del derecho a la identidad y sostenido en los principios de dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad, en Cataluña y España.

La existencia de este dilema deviene de las contradicciones presentes en la legislación española, que –como veremos *infra*– pese a reconocer este derecho en la adopción y en la filiación por naturaleza, al sentar la regla del anonimato del donante, lo desconoce en los supuestos de reproducción humana asistida.

También es necesario analizar cómo resuelve la cuestión el Derecho Catalán en el que, si bien no se proclama el carácter secreto de las donaciones de gametos y/o preembriones como ocurre a nivel estatal, no existe pronunciamiento explícito de que los nacidos de T.R.H.A. tengan derecho a conocer sus orígenes biológicos.

¹⁷ Véanse, al respecto, A. GIL DOMÍNGUEZ, M. V. FAMÁ Y M. HERRERA, *Derecho constitucional de familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006; N. LLOVERAS Y M. SALOMÓN, *El Derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009; y M. DE LORENZI, “El Derecho de Familia entre lo público y lo privado”, en A. KRASNOW (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, Capítulo 2, Tercera Parte, Tomo I, Thomson-Reuters – La Ley, Argentina, 2015, pp. 173-216.

¹⁸ Ello explica el uso del plural para sustituir la clásica expresión “Derecho de Familia”.

¹⁹ Todas ellas, notas distintivas del actual Derecho de las Familias que son, por lo demás, manifestaciones del fenómeno de “privatización” por el que el mismo atraviesa.

A estas incertezas se suma la ausencia de una norma expresa en la C.E., hecho que exige un especial esfuerzo analítico para constatar si la falta de un pleno reconocimiento y garantía del derecho de *todas las personas* a conocer sus orígenes biológicos en la legislación infraconstitucional se aviene a aquélla y al derecho internacional de los derechos humanos.

3. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Comprobada la trascendencia que el conocimiento de los orígenes biológicos presenta al ser erigido como un derecho humano y fundamental, deviene imprescindible indagar acerca de su reconocimiento jurídico. Esto exige focalizar el análisis en el **orden interno** y en el **derecho comparado**.

3.1. *En el orden interno*

Situados en los ordenamientos jurídicos español y catalán resulta necesario dilucidar, en primer lugar, cuál es el reconocimiento **constitucional** que el derecho a conocer los orígenes biológicos recibe, pregunta que no puede ser respondida sin recurrir al **derecho internacional de los derechos humanos**. Finalmente, centrar la mirada en el nivel **infraconstitucional**, implica el estudio del ámbito **legislativo, jurisprudencial y doctrinal**. Una vez atravesados todos estos órdenes será posible arribar a la conclusión de si los sistemas jurídicos español y catalán superan el control de constitucionalidad y convencionalidad²⁰.

3.1.1. *Reconocimiento constitucional*

La señalada ausencia de norma expresa en la C.E. exige indagar acerca de su reconocimiento implícito. A nuestro entender, la necesidad de separar la herencia biológica y la filiación en los supuestos de reproducción humana asistida obsta a entender que el derecho a conocer los orígenes biológicos encuentre resguardo bajo el derecho a investigar la *paternidad* (art. 39.2 *in fine* C.E.). Para desentrañar si existe otra norma que proteja este derecho y, en su caso, cuál es, debemos dirigir la atención hacia el orden internacional.

3.1.2. *Reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos*

Según la propia C.E., la interpretación de los derechos constitucionales debe realizarse conforme a los tratados de derechos humanos (art. 10.2) que, de haber sido ratificados por España, forman parte del ordenamiento interno (art. 96.1). De todos los instrumentos internacionales que cabe considerar, hay dos que resultan especialmente trascendentes de cara a sostener el reconocimiento implícito del derecho a conocer los orígenes biológicos como parte del derecho a la identidad personal en la C.E.: el C.E.D.H. y la C.D.N.

Particularmente útil resulta la interpretación que del art. 8 del C.E.D.H. realiza el T.E.D.H. cuando considera que el derecho a la identidad implica la posibilidad de conocer todos los detalles sobre los orígenes de la persona, entre los que incluye a los biológicos, y que el derecho a la identidad integra la noción de vida privada proclamada por el mencionado precepto. De este modo, si el T.E.D.H. estima que el derecho a la identidad

²⁰ Tomamos aquí la expresión “control de convencionalidad” utilizada por la Corte I.D.H. para hacer referencia a la necesidad de que las autoridades públicas competentes realicen un examen para verificar que las normas de derecho interno guardan relación y respeto con las normas dispuestas por la C.A.D.H. Esta locución aparece por primera vez en la jurisprudencia de dicha Corte en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 [véase, § 124 y, en el mismo sentido, el § 173 del caso “La Cantuta vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia de 29 de noviembre de 2006], aunque ya con anterioridad, en los casos “Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia de 25 de noviembre de 2003; y “Tibi vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 7 de septiembre de 2004, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos a las mismas, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad. Al respecto, puede consultarse, C. NASH (ed.), “Control de Convencionalidad”, *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N° 7, 2015, disponible [en línea] en el sitio web de la Corte I.D.H., enlace directo: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>; última consulta: 25/05/2016.

compone la noción de vida privada del art. 8 C.E.D.H., no puede sino afirmarse que el derecho a conocer los orígenes biológicos encuentra resguardo –aunque implícito– en el art. 18 C.E.

Resultan asimismo aplicables las consecuencias que este tribunal ha extraído del reconocimiento del derecho. En particular, que el mismo implica el derecho a obtener toda la información relevante sobre la historia personal²¹; que es parte del derecho a la identidad, condición esencial para el ejercicio del principio de autonomía personal²² y libre desarrollo de la personalidad²³; que el acceso a la información tiene trascendencia en el bienestar de las personas y la preservación de la estabilidad mental, a la que considera una condición previa indispensable para el goce efectivo del derecho a la vida privada²⁴; y la prohibición a las autoridades de obstruir, sin causa justificada, la búsqueda de información relativa a la identidad²⁵.

Considerando que una de las funciones del T.E.D.H. es la de establecer los estándares para que un derecho resulte consistente con el objeto y propósito del C.E.D.H. adaptándolo a las circunstancias de la vida moderna y realizando una interpretación prospectiva de su jurisprudencia, no es ocioso deducir que el mismo reconoce este derecho, sin distinciones en virtud del nacimiento, en la filiación por naturaleza, por adopción y derivada de reproducción asistida. Cabe tener presente que el Tribunal se ha pronunciado explícitamente a favor de este derecho en la filiación por naturaleza y en la adopción; en este último caso, fundamentalmente a partir del cambio respecto de la postura adoptada en “Odièvre”, que tuvo lugar a partir del 2006 con “Jäggi” y reafirmado por “Phinikaridou”, “Backlund” y “Godelli”. Aunque no lo ha hecho aun en los casos de reproducción humana asistida, es posible vaticinar que, si abandonara el amparo del margen de apreciación de los Estados²⁶ y mantuviera la línea seguida, elegiría que la práctica del secreto en las “donaciones de engendramiento”²⁷ vulnera el art. 8 C.E.D.H.

Otro instrumento de derechos humanos ratificado por España que resulta particularmente trascendente para considerar que el derecho a conocer los orígenes biológicos es parte del ordenamiento jurídico interno y completar la interpretación realizada por el T.E.D.H., es la C.D.N. La misma resulta clave al haber sido pionera en reconocer el derecho a la identidad como un derecho autónomo así como en brindarle una protección integral incorporando expresamente, junto al derecho a tener una vida familiar, el derecho a conocer a los progenitores.

Este derecho no es absoluto sino que procede sólo “en la medida de lo posible”. Esta expresión –que ha servido de base a algunos autores para justificar el parto anónimo o el anonimato del donante–, a nuestro entender, hace referencia exclusivamente a *cuestiones fácticas*, pero nunca jurídicas.

Cuando los progenitores no resulten identificables, se desconozca su paradero o no sean conocidos porque han desaparecido por cualquier circunstancia, no resultará posible para el niño ni conocerlos ni ser cuidado por ellos. Tampoco será factible esta circunstancia cuando la madre ignore la identidad del progenitor. En estos casos, no hay remedio alguno que los Estados puedan adoptar, pues se trata de eventualidades extra legales. Por el contrario, cuando el niño o niña hubiera sido dado en adopción o nacido en virtud de una donación de engendramiento no existe la imposibilidad fáctica de conocer a sus progenitores, y la ley debe disponer lo necesario para que dicha información se conserve y se entregue al nacido

²¹ “Mikulić v. Croatia” (1st Section, Judgment of 4 September 2002, Application N° 53176/99), § 54; “Odièvre v. France” (Judgment of 13 February 2003, Application N° 42326/98), § 49; “Gaskin v. The United Kingdom” (Judgment of 7 July 1989, Application N° 10454/83), §§ 37 y 49.

²² “Pretty v. the United Kingdom” (Judgment of 29 July 2002, Application N° 2346/02), § 61.

²³ “Bensaid v. The United Kingdom” (Judgment of 6 May 2001, Application N° 44599/98), § 47. También “Mikulić”, *cit.*, § 54.

²⁴ “Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie” (2nd Section, Arrêt de 30 Août 2006, Requête N° 60176/00), § 83; y “Bensaid”, *cit.*, § 47.

²⁵ “Gaskin”, *cit.*, § 39.

²⁶ Hoy en día, éste es el principal enemigo al que la efectividad de los derechos humanos se enfrenta en Luxemburgo.

²⁷ Esta denominación es acuñada por THÉRY, quien la escoge por considerar que le permite incluir otro tipo de técnicas (como las donaciones de embriones o las gestaciones por sustitución), superando así el modelo basado en la donación de esperma (*Ob. cit.*, p. 27). Siguiendo a esta autora, cuando aquí empleamos esta locución, lo hacemos para referir tanto a las donaciones de gametos y de preembriones como a la gestación por sustitución.

(tal como lo ha venido avalando con sus interpretaciones, el Comité de los Derechos del Niño²⁸); aun cuando –claro está– en estos casos no vayan a ser cuidados por ellos sino por los adoptantes y quienes se sometieron a las T.R.H.A., respectivamente.

Defender que la C.D.N. habilita a las leyes nacionales a establecer el secreto en el parto o en la reproducción humana asistida, carece de toda coherencia pues afecta directamente al núcleo duro de este derecho, al extremo de desconocerlo y anularlo. La expresión “en la medida de lo posible”, cuya función es *adjetivar* o *condicionar* el derecho fundamental, de emplearse para *anularlo* perdería por completo su razón de ser.

Por tanto, de existir una privación ilegítima de cualquier elemento de la identidad de un niño, niña o adolescente, incluidos sus orígenes biológicos, sea por acción sea por omisión, los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas o de cualquier tipo, destinadas a reestablecerlo.

Tras lo expuesto, es dable afirmar que la C.D.N., en cuanto instrumento vivo que exige ser interpretado conforme a su objetivo y propósito de reconocer el derecho a la identidad, consagra genéricamente el derecho de todas las personas a conocer sus orígenes biológicos, independientemente de su filiación. Sin embargo, este derecho recibe, según la clase de filiación, una diferente lectura. De esta forma, el derecho a la identidad que la C.D.N. consagra puede ser traducido en la admisión de la libre investigación de la paternidad por naturaleza, el derecho del adoptado a conocer a sus progenitores y el derecho de las personas nacidas de reproducción asistida a conocer a sus donantes y/o gestantes²⁹.

3.1.3. Su reconocimiento infraconstitucional

No menos compleja es la situación del derecho a conocer los orígenes biológicos a **nivel legislativo**; de hecho, podría decirse que lo es aún más. Esto se debe fundamentalmente a ciertas contradicciones, como son, las diferentes soluciones dadas por el legislador estatal a este derecho en los casos de adopción y en los de reproducción humana asistida o el distinto trato que el mismo recibe en estos últimos casos en la legislación estatal y en la catalana.

Resulta así que el régimen sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico infraconstitucional no es consistente; puesto que mientras que este derecho es reconocido expresamente en la filiación por naturaleza y en la adopción, en materia de reproducción humana asistida la legislación catalana guarda silencio y la estatal directamente lo ignora.

Sin perjuicio de la trascendencia que, sin duda, tiene la consagración explícita del derecho del adoptado a ser informado sobre sus orígenes biológicos en el C.C.³⁰, su efectividad depende de ciertas disposiciones legales que pueden erigirse en obstáculos o garantes del mismo.

²⁸ En numerosas ocasiones, este Organismo ha manifestado su preocupación por la vulneración al derecho a conocer los orígenes biológicos realizada por ciertas legislaciones nacionales (como las de Luxemburgo, Francia, República Checa, Noruega o Dinamarca o la vigente en su momento en el Reino Unido e Irlanda) cuando admiten la no identificación de los progenitores en los certificados de nacimiento o el secreto en los supuestos de reproducción asistida o adopción. Véase, en primer lugar, el Informe sobre el 18º período de sesiones, CRC/C/79, 24 de julio de 1998, §§ 252 y 270. Ejemplos de lo dispuesto en las observaciones finales y exámenes de informes respecto a Luxemburgo en 1998 y 2005 (CRC/C/15/Add.92, 24 de junio de 1998, §§ 11 y 29; y 38º período de sesiones, CRC/C/15/Add.250, 31 de marzo de 2005, §§ 6-9 y 28-29); Francia en 1994 y 2004 (6º y 36º período de sesiones, CRC/C/15/Add.24, 25 de abril de 1994, §§ 14 y 25 y CRC/C/15/Add.240, 30 de junio de 2004, §§ 23-24, respectivamente); República Checa en 1997, 2003, 2010 y 2011 (16º período de sesiones, CRC/C/15/Add.81, 21 de octubre de 1997, § 8; 32º período de sesiones, CRC/C/15/Add.201, 18 de marzo de 2003, §§ 7-10; CRC/C/CZE/3-4, 20 de abril de 2010, § 11; y 57º período de sesiones: del 3 de mayo al 17 de junio de 2011, CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 de agosto de 2011, §§ 8 y 37); Noruega en 1992, 1998, 2004 y 2009 (CRC/C/8/Add.7, § 130; CRC/C/70/Add.2, 18 de noviembre de 1998, § 132; CRC/C/129/Add.1, 6 de octubre de 2004, §§ 219-220; CRC/C/NOR/4, 11 de mayo de 2009, § 153); o Dinamarca en 1995 (8º período de sesiones, CRC/C/15/Add.33, 15 de febrero de 1995, § 11).

²⁹ Las ideas aquí plasmadas sobre el reconocimiento que la C.D.N. brinda al derecho a la identidad han sido objeto de un análisis y desarrollo más extenso en: M. DE LORENZI, “El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida”, en S. FERNÁNDEZ (dir.), Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes – La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación), Capítulo 7, Título Segundo, Tomo I, Abeledo Perrot, Argentina, 2015, pp. 1059-1080.

³⁰ En este sentido, el art. 180 C.C. dispone, en su apartado 6, que “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos...”.

En el Derecho Civil Español hay cuatro reglas que reafirman este derecho y una que lo vulnera.

En el primer sentido, caben citar la constancia registral del nombre de la progenitora como punto de partida para el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado y la prohibición del parto anónimo³¹; la consagración de los correlativos deberes de la Administración de reunir y conservar la información así como de prestarla al serle requerida³², y de los padres de comunicarle al hijo o hija sobre ella³³; el reconocimiento de una acción por la que encauzar la pretensión de conocer los orígenes biológicos³⁴; y el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto con los miembros de la familia de origen, como paliativo de los efectos de la disposición legal que dispone entre ellos la ruptura de los vínculos jurídicos³⁵.

La regla que contrasta con este panorama legislativo, por desconocer lisa y llanamente el derecho a conocer los orígenes biológicos, es la que permite a los adoptantes solicitar que se extienda una nueva inscripción del nacimiento durante la minoría de edad del adoptado en la que solo consten los datos relativos a la adopción sin mención alguna a la filiación biológica anterior, salvo la constancia de los datos registrales de la inscripción de esta última (números de libro, folio y página) que queda formalmente cancelada en la casilla de observaciones. Las normas de la Dirección General de los Registros y del Notariado que así lo permiten (Disposición Primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999 para la adopción nacional y Resolución-Circular de 31 de octubre de 2005 en materia de adopciones internacionales) deben considerarse nulas por contradecir normas de rango superior, como la que impone la obligación legal de inscribir marginalmente la adopción en el certificado de nacimiento³⁶, las que consagran el derecho a conocer los orígenes biológicos sin discriminar en razón de la filiación³⁷, las de la Ley N° 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reafirman este derecho al implementar la adopción abierta³⁸ o las que mandan interpretar el interés superior del niño conforme con sus derechos fundamentales³⁹.

La situación del derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción choca con el claro desconocimiento del mismo visible en la Ley N° 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en lo sucesivo, L.T.R.H.A.) y con el silencio que guarda el legislador catalán.

El principio legal de confidencialidad respecto a la identidad de los donantes que sienta la ley estatal (art. 5.5 y cs. L.T.R.H.A.), quebrantable solo cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales o en virtud de los derechos a la salud, a la vida o a la integridad personal⁴⁰, no hace sino reafirmar la negación del derecho a conocer los orígenes biológicos y, con él, del derecho a la identidad. La falta de constancia registral del modo de concepción⁴¹ borra la poca evidencia sobre los orígenes biológicos que pudieran tener las personas nacidas de donaciones de engendramiento, que sólo podrán conocerlos si sus padres tienen la voluntad de informarles sobre ellos.

El derecho a conocer los orígenes biológicos sí tiene vigencia en el ordenamiento jurídico catalán, donde la regla del anonimato no tiene cabida. La laguna legal en él existente (es

³¹ Arts. 115 y 120 C.C.

³² Art. 180.5 C.C.

³³ Art. 180.6 C.C., *a contrario sensu*.

³⁴ Art. 180.6 C.C.

³⁵ Art. 178.1 y 178.4 C.C.

³⁶ En este sentido, véase, el art. 46 L.R.C.

³⁷ Arts. 7 y 8 C.D.N. En el mismo sentido, en Cataluña, el art. 30, apartados 1 y 2, Ley N° 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña.

³⁸ Cfr: arts. 178.4 y 180.5 y 6 C.C. conforme a la modificación que impone esta Ley.

³⁹ Cfr: art. 2.2.d) Ley Orgánica N° 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil y el art. 3 C.D.N. En el mismo sentido, en Cataluña, el art. 5.4 Ley N° 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña.

⁴⁰ Reza la norma citada: "Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes".

⁴¹ Art. 7.2 L.T.R.H.A.

decir, la falta de una explícita alusión a que las personas nacidas de T.R.H.A. tengan derecho a conocer sus orígenes biológicos) debe cubrirse, por un lado, con la norma que establece que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a su identidad personal, a conocer su origen genético, progenitores y parientes biológicos y a obtener la información sobre ellos sin realizar ninguna distinción en virtud de la filiación⁴²) y, por el otro, con una interpretación extensiva de los artículos del *Codi Civil de Catalunya* que reconocen que el adoptado tiene el derecho a ser informado sobre sus orígenes y a investigar la identidad de sus progenitores, al tiempo que impone a los adoptantes la obligación de comunicarles tal situación tan pronto como gocen de suficiente madurez o, como máximo, cuando cumplan doce años⁴³. Ello obliga a rechazar la aplicación analógica del art. 5.5 y cs. L.T.R.H.A. puesto que éste contradiría las normas y los principios propios del derecho autonómico. Por lo demás esta es la solución que mejor resguarda el interés superior del niño perfilado por la legislación autonómica como un principio al servicio de sus derechos y no puede admitirse una solución diferente en virtud del nacimiento sin afectar el principio de igualdad. Resultaría arbitrario reconocer a los niños y niñas nacidos de modo natural el derecho a conocer sus orígenes biológicos y negárselos a quienes han nacido en virtud de una T.R.H.A. Esta realidad jurídica se enfrenta, no obstante, a una realidad social que muestra que la reserva de la identidad del donante tiene plena vigencia en la práctica de los centros sanitarios.

La **jurisprudencia española**, lejos de aportar claridad al tema en el orden estatal, ha seguido caminos diferentes e incluso contradictorios, agravando la incertidumbre legislativa, que tampoco la **doctrina** ha logrado disipar.

Ni siquiera los más altos tribunales han ofrecido una respuesta unívoca al derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida. Mientras que en junio de 1999 el T.C. declara que la figura del anonimato del donante no contradice el art. 39.2 *in fine* C.E., en cuanto dispone que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad” [S.T.C. (Pleno) N° 116/1999⁴⁴], tres meses más tarde, el Tribunal Supremo (T.S.), justo en sentido contrario, garantiza este derecho en la adopción al declarar la inconstitucionalidad del parto anónimo [S.T.S. (Sala Primera) N° 776/1999⁴⁵].

Debido a su insuficiente argumentación jurídica y su excesivo oportunismo y pragmatismo, las aportaciones que la S.T.C. N° 116/1999 puede dar a este tema no son más que dos y de una forma muy limitada. En primer lugar, es destacable su observación respecto a que el eventual conocimiento de la identidad del donante no persigue establecer un vínculo legal y que la acción a ello destinada tiene un ámbito distinto de la acción de reclamación de la filiación, que se deduce considera un motivo suficiente para rechazar la acción pero cuya fundamentación no se acompaña. En segundo lugar, afirma que el anonimato no es inconstitucional porque no comporta una imposibilidad absoluta de determinar la identidad del donante y, *a contrario sensu*, que sí lo sería, si así fuera⁴⁶.

De la S.T.S. N° 776/1999 son realizables la interpretación que realiza desde el principio de igualdad para rechazar la legalidad del parto anónimo, estimando que de aceptarse esta figura se estaría formulando una distinción injustificada entre madre y padre o según la existencia o ausencia de matrimonio, así como la advertencia de que la ocultación de la identidad de la madre tendría una clara proximidad con ciertas prohibiciones penales, como podrían ser el delito de usurpación de estado civil o de suposición de parto⁴⁷.

Sin perjuicio de la S.T.C. N° 116/1999, la constitucionalidad del art. 5.5 L.T.R.H.A. no es posible considerarlo un tema resuelto; pues, aun cuando aquella cierre la cuestión en

⁴² Art. 30 Ley N° 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña (Derecho a la identidad, al nombre, a la nacionalidad y a conocer los orígenes): “1. Los niños y los adolescentes tienen derecho a su identidad personal y sexual, y a tener un nombre y una nacionalidad, desde su nacimiento. 2. Los niños y los adolescentes tienen derecho a conocer su origen genético, padres y madres biológicos y parientes biológicos. 3. Los niños y los adolescentes tienen derecho a solicitar a las administraciones públicas competentes la documentación que les permita acreditar su identidad”.

⁴³ Cfr. arts. 235-49 y 235-50 *Codi Civil de Catalunya*.

⁴⁴ Sentencia de 17 de junio de 1999, Recurso de inconstitucionalidad N° 376/1989; B.O.E. N° 162 de 8 de julio de 1999, pp. 67-80.

⁴⁵ Sentencia de 21 de septiembre de 1999; Roj: STS 5672/1999.

⁴⁶ Cfr: Fundamento Jurídico 15.

⁴⁷ Cfr: Fundamento Jurídico 5.

relación con el art. 39.2 *in fine* C.E., como bien ha subrayado ya RIVERO HERNÁNDEZ⁴⁸, no se pronuncia acerca de la coherencia de dicha norma respecto a otros preceptos, tal como el art. 18, en referencia a los arts. 10.1 y 14 C.E.

Por otro lado, el interés de la **doctrina española** por este tema se retrotrae a la década de los ochenta. Ya en el II Congreso Mundial Vasco que se celebró en Vitoria en 1987, los autores mostraron su preocupación por la posibilidad de que las personas nacidas de T.R.H.A. accedan a sus orígenes biológicos⁴⁹, como puede advertirse desde antes de la sanción de la Ley N° 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁵⁰. Sin embargo, las mayores elaboraciones doctrinales han tenido lugar con ocasión de ella o bien más adelante motivadas por las referidas decisiones jurisprudenciales del año 1999 o la dictada por el T.E.D.H. en el caso “Odièvre” (2003), que pese a referir a la adopción sirvió de estímulo a comentarios en torno a la reproducción asistida.

La mayoría de los autores españoles concuerdan en la defensa del carácter reservado de las donaciones; pero mientras algunos sólo admiten que esa reserva caiga en virtud del derecho a la vida o a la salud (en la misma línea que la L.T.R.H.A.)⁵¹, un importante sector doctrinal pone en duda la constitucionalidad y/o pertinencia del secreto sobre la identidad de los donantes, reclamando el efectivo reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos⁵². La defensa de este derecho se ha asentado, como norma, en su carácter de derecho fundamental; aunque no siempre es apreciado como un derecho autónomo. Por lo general, los autores lo consideran parte integrante de la noción de uno, algunos o varios derechos (como el derecho a la salud, la integridad física y moral, etc.) o principios (como la libre investigación de la paternidad, la igualdad, la libertad o la dignidad humana) y sostienen que su resguardo constitucional debe encontrarse en la/s norma/s que los consagran. Desde esta perspectiva, se ha abierto un intenso debate y se han formulado fuertes críticas a la política legislativa adoptada en 1988⁵³ que son, no obstante, ignoradas por el legislador del 2006, como demuestra el precepto vigente, idéntico al que le sirve de antecedente, y el hecho de que en los debates parlamentarios de la nueva ley nada se diga, discuta ni proponga al respecto⁵⁴.

3.2. *En el derecho comparado*

En los países occidentales existe una cada vez más generalizada conciencia social sobre la importancia de los orígenes biológicos en la formación de la identidad personal. Ello

⁴⁸ F. RIVERO HERNÁNDEZ, “La constitucionalidad del anonimato del donante...” *cit.*, pp. 115-116.

⁴⁹ Véase, al respecto, la publicación que de las conferencias y/o ponencias presentadas en dicho evento científico realizó el DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO (UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco (Vitoria-Gasteiz, de 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987), Trivium Edit., España, 1988.

⁵⁰ B.O.E. N° 282, de 24 de noviembre de 1988, pp. 33373-33378.

⁵¹ E. ROCA TRÍAS (1999); F. LLEDÓ YAGÜE (1994); M. MORO ALMARAZ (1988); A. NIETO ALONSO (2004); V. MONTÉS PENADÉS (1988); L. ZARRALUQUI (1988). A los fines de agilizar y facilitar la lectura, para acceder a las citas completas de las obras en las que los autores se expiden se remite a la bibliografía que consta al pie del artículo.

⁵² F. RIVERO HERNÁNDEZ (1988) (2003); C. QUESADA GONZÁLEZ (1994); F. BLASCO GASCÓ (1991) (1991); L. REBOLLO DELGADO (2000); J. VIDAL MARTÍNEZ (1988) (1994) (1998) (2000) (2004); C. VIDAL PRADO (1996); C. LEMA AÑÓN (2001); F. PANTALEÓN (1988) (1993); M. PÉREZ MONGE (2002); A. C. SOLER BELTRÁN (2002), M. GARRIGA GORINA (2000); R. M. RAMÍREZ NAVALÓN (1987); V. BELLVER CAPELLA (1999); Y. GÓMEZ SÁNCHEZ (1988); J. A. MARÍN GÁMEZ (1993); J. DELGADO ECHEVARRÍA (1988). Se extiende la aclaración realizada en la nota anterior a esta cita.

⁵³ Se han pronunciado por la inconstitucionalidad del anonimato, DELGADO (1988), PANTALEÓN (1988), RIVERO HERNÁNDEZ (1989), BLASCO (1991), BUSTOS (1992), MARÍN (1993), GÓMEZ (1994), VIDAL MARTÍNEZ (2000), CÁRCABA FERNÁNDEZ (1995), RAMÍREZ NAVALÓN (1987). Otros, sin sostener abiertamente la inconstitucionalidad, discrepan sobre la conveniencia de la medida o el modo de regulación: HERRERA (1991), CORRAL (1992), LLEDÓ YAGÜE (1988). Se aplica a esta nota la aclaración formulada en la nota 51.

⁵⁴ La única discusión que se generó en relación a él fue, por iniciativa de algunos grupos parlamentarios, el reproche a la circunstancia que el Registro de Donantes esté centralizado en vez de asentarse en cada Comunidad Autónoma (Cfr. CORTES GENERALES, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, D.S. N° 151, Año 2006, Sesión plenaria N° 140 de 16 de febrero de 2006; disponible [en línea] en el sitio web del *Congreso de los Diputados*, enlace directo: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_151.PDF; última consulta: 25/05/2016).

explica una constatable tendencia en el derecho comparado hacia la apertura, no sólo respecto a las personas adoptadas sino también de las nacidas de T.R.H.A.

Los países del sistema del *common law* han estado siempre un paso delante en el reconocimiento del derecho de las personas a conocer sus orígenes biológicos. Cuna de la *open adoption*, países como Australia o Nueva Zelanda le han reconocido un lugar preeminente en sus legislaciones, consagrándolo como uno de sus objetivos, un *guiding principle* y/o una condición que permite evaluar la idoneidad de los adoptantes. Han sido asimismo vanguardistas en reproducción humana asistida, como lo demuestra Victoria con su temprana abolición legal del anonimato por 1997 o más recientemente con la inédita extensión retroactiva del derecho a conocer la identidad de los donantes de gametos (2014)⁵⁵. La tendencia por ellos marcada ha sido seguida con mayor o menor alcance por algunos países del continente americano o europeo, fundamentalmente, el Reino Unido.

Una mayor heterogeneidad es visible entre los países del *civil law* europeo, pues lejos de reinar un único sistema hay países que consagran el derecho de las personas a conocer sus orígenes biológicos⁵⁶, hay otros que muestran un abierto desprecio hacia él con la consagración del parto anónimo y del anonimato del donante⁵⁷ y hay un tercer grupo cuyas particularidades dificultan su ubicación en uno o en otro, sea porque lo reconocen en la adopción pero lo ignoran para los supuestos de reproducción asistida⁵⁸, o porque aun cuando lo consagran constitucional o legislativamente este derecho se enfrenta a un sinnúmero de obstáculos legales o fácticos que hacen dicha consagración inefectiva o insuficiente⁵⁹.

En general, la honestidad en la adopción ha quedado plasmada a través de dos modelos legales: el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado y el deber parental de informarlos o la consagración de la adopción abierta. De uno u otro modo, la mayoría de las sociedades occidentales actuales reconocen este derecho en la adopción⁶⁰.

Se constata asimismo una tendencia hacia la honestidad en la reproducción humana asistida.

Aun cuando numéricamente no sea erróneo afirmar que la mayoría de los países admiten el secreto, la diferencia numérica no es tan ampliamente mayoritaria como se pretende ni tan extrema en sus alcances como se ha alegado. Ante todo, debe tenerse presente que algunos países no prohíben la posibilidad que el donante sea conocido, sino simplemente no se manifiestan al respecto⁶¹; y que las legislaciones que establecen el secreto de la identidad de los donantes no lo hacen de un modo absoluto sino que muestran una cierta flexibilidad, consagrándolo como principio pero admitiendo excepcionalmente el acceso a la información con diferentes alcances⁶². Un tercer dato que relativiza el predominio del secreto es el sistema del *double-track*, que deja a la voluntad del donante el que su identidad pueda o no ser conocida. Si los países que actualmente lo adoptan⁶³ siguen el camino tomado por los Países Bajos podría pensarse que el mismo marca una transición hacia la prohibición legal del anonimato.

Esta tendencia hacia el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos es resultado de un proceso que ha tenido lugar en dos momentos diferentes. Una primera corriente la inició Suecia con la primera ley en el mundo (1984) en prohibir el anonimato en las donaciones de esperma y que fuera seguida como ejemplo durante la década de los

⁵⁵ Así lo establece la Victoria Assisted Reproductive Treatment Further Amendment Act N° 58 (2014), en vigor desde el 29 de junio de 2015. En su art. 10 modifica el art. 59 de la Assisted Reproductive Treatment Act N° 76/2008, extendiendo el derecho de acceso a la identidad del donante a las personas nacidas entre el 1 de julio de 1988 y el 31 de diciembre de 1997.

⁵⁶ Como, por ejemplo, Suiza, Suecia, Finlandia, Noruega o Países Bajos.

⁵⁷ Es el caso de Francia o Luxemburgo.

⁵⁸ Son ejemplos Grecia, Islandia o Dinamarca.

⁵⁹ Es posible encontrar casos en los que del mismo modo que se acepta el parto anónimo o confidencial se reconoce en algún punto este derecho (Italia o Alemania), o citar aquellos países que pese a exigir la inscripción registral del nombre de los progenitores acaban permitiendo en la práctica el parto secreto (Bélgica o Austria), o referir simplemente a los que brindan un reconocimiento insuficiente o meramente teórico al derecho a conocer los orígenes (Portugal o Austria).

⁶⁰ Suiza, España, Suecia, Finlandia, Países Bajos, Noruega, Grecia, Dinamarca, Islandia, Bélgica, Italia, Alemania, Portugal; por citar algunos ejemplos europeos.

⁶¹ Croacia, Irlanda, Macedonia, Rusia o Serbia.

⁶² Portugal, Grecia o Eslovenia.

⁶³ Como, por ejemplo, Islandia, Bélgica o Dinamarca.

noventa por países como Austria o Suiza. Otra tendencia, mucho más reciente, ha tenido lugar a partir del cambio progresivo de rumbo que Estados originariamente defensores del anonimato han hecho hacia la supresión del secreto y la admisión de la investigación de los orígenes, como es el caso de Noruega (2003), los Países Bajos (2004), Reino Unido (2005) o Finlandia (2006).

Es dable destacar que, por el contrario, ningún país que haya establecido el derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción o en la reproducción asistida ha cambiado su legislación hacia el secreto. Incluso Alemania que en 2013 ha adoptado el parto confidencial como medida para garantizar la privacidad de las mujeres durante el embarazo y parto, lo ha hecho preservando el derecho del nacido a conocer a su progenitora⁶⁴.

Por último es importante subrayar que el silencio legislativo respecto al derecho de las personas nacidas de gestación por sustitución a conocer sus orígenes biológicos no puede erigirse en un obstáculo a su goce cuando éste tiene una consagración legal o constitucional. Ni siquiera la prohibición de esta práctica puede afectar el derecho del nacido cuyo superior interés debe ser priorizado. Es más, reconocer este derecho en las donaciones de gametos o preembriones y negarlo en la gestación por sustitución comportaría una diferenciación injustificada entre las personas en razón del nacimiento que supondría un trato discriminatorio. El castigo por la acción de los padres, aun cuando fuera ilícita, no puede trasladarse a los hijos e hijas. Si se reconoce este derecho a las personas cuya filiación hubiera sido consecuencia de otros actos ilícitos (como adopciones ilegales, tráfico de menores o supresión de identidad), no existe razón que fundamente un trato diferente cuando el ilícito realizado por los padres sea el haber recurrido a una práctica prohibida por ley como la gestación por sustitución.

4. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LA REALIDAD SOCIAL

Aun cuando España no escapa a esta tendencia hacia la honestidad y la sinceridad sobre la forma de concepción, la complejidad de su realidad social muestra ciertas diferencias entre las familias por adopción y las familias por reproducción humana asistida. Podríamos afirmar que resulta perceptible, a nivel social, la misma incoherencia que comprobamos existe en el orden jurídico. De este modo, paralelo a un notable reconocimiento de este derecho entre las familias adoptivas persiste en algunos sectores sociales un cierto mutismo entorno a los orígenes cuando de reproducción humana asistida se trata.

Numerosas investigaciones corroboran la existencia de una tendencia en las sociedades occidentales actuales hacia la sinceridad sobre los orígenes biológicos en la adopción. En concreta referencia a España, hace apenas unos años que comienza a apreciarse una mayor preocupación por la identidad biológica. Las investigaciones realizadas muestran, por un lado, un generalizado interés de los adoptados por sus orígenes biológicos, corroborado por el altísimo porcentaje del noventa por ciento de adultos investigados buscando acceder a la identidad de sus progenitores (1997)⁶⁵; y, por el otro, un cambio de actitud en los

⁶⁴ Así lo dispone la “Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt”, de 28 de agosto de 2013, en vigor desde el 1 de mayo de 2014, que regula las ayudas a las mujeres embarazadas y el parto confidencial. Puede consultarse (en alemán) la información disponible [en línea] brindada por el Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, enlace directo: <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung%2cdid=199564.html>, en especial, Die vertrauliche Geburt. Informationen über das Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt, enlace directo: <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/publikationen.did=206324.html>; o Fragen und Antworten zum Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt, enlace directo: <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung4/Pdf-Anlagen/faq-vertrauliche-geburt.property=pdf.bereich=bmfsfj.sprache=de.rwb=true.pdf>; o La Vanguardia, “Alemania permite el ‘parto anónimo’ como alternativa a los ‘buzones de bebés’”, disponible [en línea] en *La Vanguardia*, de 5 de julio de 2013, enlace directo: <http://www.lavanguardia.com/vida/20130705/54377269097/alemania-permite-parto-anonimo-alternativa-buzones-bebes.html>. Última consulta: 25/05/2016.

⁶⁵ P. AMORÓS ET AL., “Adultos adoptados: el conocimiento de sus orígenes. Situación en España”, *Pedagogía Social-Revista Interuniversitaria*, Vol. 1998, N° 2, 1998, pp. 157-172. Recientemente se ha afirmado que de replicarse nuevamente este estudio sería posible concluir que una amplia mayoría de los técnicos reconocerían el derecho a conocer los orígenes biológicos de los adoptados (D. ROSSO LOBO, “Experiencias de trabajo en el apoyo de la búsqueda de los orígenes”, en A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO Y B. GÓMEZ-BENGOECHEA

adoptantes, como certifica el hecho de que en poco menos de diez años el porcentaje de niños y niñas que desconocían haber sido adoptados disminuyera de un cincuenta por ciento a un cinco por ciento (Andalucía, 1996-2005)⁶⁶. A ello podrían haber coadyuvado la adopción de políticas públicas que insisten en la importancia de la comunicación de los orígenes biológicos, a través de su difusión en las guías de adopción, en la formación parental pre-adoptiva o en el servicio post-adoptivo y que la actitud de apertura de los adoptantes sea evaluada como una de las características para determinar su idoneidad.

Por lo demás, la amplia difusión y acogida mediática que desde hace un tiempo han venido adquiriendo acontecimientos históricos, como el de “los niños de la guerra” o el de “los bebés robados”, permiten detectar en la sociedad española una creciente preocupación por la verdad sobre los orígenes biológicos. En efecto, la condena y exigencia internacional de investigación y castigo de crímenes como los cometidos contra los “niños del franquismo”⁶⁷ o la apertura de una investigación judicial de estos hechos por genocidio y/o lesa humanidad en Argentina⁶⁸, han atraído la mirada social hacia tristes episodios de supresión de identidad que parecían olvidados. Por su parte, el entramado de adopciones ilegales que envolvió el caso de “los bebés robados”, que habiendo comenzado durante la dictadura franquista se extendió hasta pasados los años ochenta, ha adquirido en los últimos tiempos una inusitada actualidad. Ello gracias a las propias víctimas que, buscando constatar si efectivamente habían sido o no madres despojadas o hijos o hijas sustraídos, se han unido en asociaciones de afectados o han denunciado estos sucesos ante la justicia o públicamente ante los medios de comunicación⁶⁹.

En materia de reproducción humana asistida es visible un progresivo abandono en occidente del régimen de reserva de la identidad del donante y un avance hacia la apertura. Diversos estudios antropológicos, psicológicos y sociológicos constatan un cambio de actitud de todos los involucrados⁷⁰. La situación de España aun contrasta bastante con este

(coord.), *Los retos de la postadopción: balance y perspectivas*, Capítulo 9, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 138).

⁶⁶ B. SAN ROMÁN SOBRINO, “De los ‘hijos del corazón’ a los ‘niños abandonados’: Construcción de ‘los orígenes’ en la adopción en España”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 34, N° 1, 2013, p. 2. Cfr., asimismo, los estudios de J. PALACIOS, Y. SÁNCHEZ-SANDOVAL Y E. SÁNCHEZ, *La Adopción en Andalucía: Análisis de la dinámica familiar en torno a la adopción y comparación de los niños adoptados con sus compañeros actuales, con niños semejantes a ellos en su origen y con niños institucionalizados*, Dirección General de Atención al Niño, Consejería de Asuntos Sociales, Junta de Andalucía, Sevilla, 1996; J. PALACIOS, Y. SÁNCHEZ-SANDOVAL Y E. LEÓN, *Adopción internacional en España: Un nuevo país, una nueva vida*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

⁶⁷ M. RODRÍGUEZ ARIAS, *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 25-33; A. GIL GIL, “La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la guerra civil y el franquismo: aspectos penales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, N° 1, Enero de 2009, pp. 54-64; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Casos cerrados, heridas abiertas: el desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, Sección Española de Amnistía Internacional, 2012. Disponible [en línea] en el sitio web de Amnesty International, enlace directo: [http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11217&lang=EN](https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/44110212%20Resumen%20Informe%20heridas%20abiertas?CMD=VEROBJ&MLKOB=31219680404;POLITICALAFFAIRS COMMITTEE, Need for international condemnation of the Franco regime (Report for debate in the Standing Committee), Doc. N° 10737, 04/11/2005, §§ 72-75; disponible [en línea] en el sitio web del Consejo de Europa, enlace directo: <a href=); L. DÍEZ, “La ONU exige a España que investigue los crímenes franquistas y anule la amnistía”, disponible [en línea] en Cuartopoder.es, de 1 de octubre de 2013, enlace directo: <http://www.cuartopoder.es/laespumadeldia/2013/10/01/la-onu-exige-al-espana-que-investigue-los-crimenes-franquistas-y-anule-la-amnistia/>; S. LAFUENTE, “España: ONU indaga por primera vez crímenes del franquismo”, disponible [en línea] en *BBC Mundo*, de 25 de septiembre de 2013, enlace directo: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/09/130923_espana_victimas_guerra_civil_franco_mxa_vh.shtml

Última consulta: 25/05/2016.

⁶⁸ Causa N° 4.591/2010 (A12.447), caratulada ‘N.N s/genocidio’. “Amnistía Internacional reafirma que los crímenes de lesa humanidad deben ser investigados dondequiera y cualesquiera que sea la fecha en que se hayan cometido y castigados, se hallen o no reprimidos por la legislación interna” (AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Ob. cit.*, p. 18).

⁶⁹ Entre las numerosas publicaciones que relativas a éste existen puede consultarse, por ejemplo, la reciente publicación del diario digital República de las ideas, “Bebés robados: Justicia y Verdad”, décadas de impunidad amparadas por el Gobierno español”, disponible [en línea] en Republica.com, Madrid, de 9 de junio de 2015, enlace directo: <http://www.republica.com/2015/06/09/bebes-robados-justicia-y-verdad-decadas-de-impunidad-amparadas-por-el-gobierno-espanol/>; última consulta: 25/05/2016.

⁷⁰ Las actitudes favorables a la apertura de los **padres** –que en otros países alcanzan a superar el noventa por ciento– no pueden ser constatadas en España donde no se manejan suficientes datos estadísticos. Sin embargo, un estudio del 2010 verifica que la razón que impulsa a las mujeres a preferir la fecundación sexual planificada

panorama general. Parece subsistir un cierto rechazo hacia las T.R.H.A. en algunos sectores de la sociedad, hecho del que daría razón el hermetismo que en torno a ellas aun se mantiene. Perduran numerosos prejuicios respecto a las donaciones de engendramiento, incluso entre los propios donantes de óvulos y espermatozoides que, al ser consultados, siguen justificando el silencio⁷¹. Las diferencias constatables según las formas familiares, con una actitud abierta y honesta de las madres solteras por elección que se enfrenta al silencio mantenido por las parejas heterosexuales, demuestra que persiste en la mentalidad española una asociación entre genes, paternidad, infertilidad e impotencia, que explicaría que se detecten sentimientos de vergüenza por no poder cumplir con la función esperable de procrear o de afrenta hacia la esterilidad (principalmente la masculina). Se considera que este estigma se sustenta en gran medida en que el consejo profesional sigue siendo el de ocultar la verdad a los hijos e hijas sobre el uso de material genético donado⁷².

La situación social no impide que siga en el aire la pregunta acerca de si este panorama, acompañado por las políticas legislativas que sustentan el anonimato en España, son respetuosos de los derechos fundamentales que rigen su ordenamiento jurídico a partir de los compromisos asumidos con la ratificación de tratados y convenciones internacionales de derechos humanos como son la C.D.N., el C.E.D.H., etc.

Luego de este estudio podemos responder, no sin pesar, que la legislación española que consagra el secreto respecto a la identidad de los terceros participantes en las T.R.H.A. no supera ni el control de constitucionalidad ni de convencionalidad.

A MODO DE CIERRE

Afirmaba Aristóteles que “todo hombre por naturaleza desea saber”. Este deseo natural que para el filósofo griego estaría presente en todos los individuos, resulta particularmente visible en las personas nacidas de T.R.H.A.

En la primera parte del libro *The right to know one's biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*⁷³ encontramos numerosos

para alcanzar su objetivo de ser madres solas por elección (por sobre la donación de gametos e incluso la adopción) es que este medio les permitirá en un futuro responder al deseo de sus hijos e hijas de conocer a sus progenitores. Se comprueba asimismo un interés por los orígenes biológicos en las **personas nacidas de reproducción humana asistida**. Se constata una necesidad de saber y aun sabiendo de saber más, un fuerte deseo generalizado por encontrar a los progenitores, hermanos y/o hermanas genéticas; y, una vez conseguido, por mantener ese contacto; y una sostenida lucha, movilización y organización para sortear los obstáculos existentes en los sistemas de anonimato. Pese a que siempre se ha presumido que la voluntad de los **donantes** era contraria a la apertura, circunstancias como la proliferación de las *egg-share donors* o ciertas investigaciones realizadas permiten concluir que hoy en día la actitud negativa de los donantes hacia la apertura es más un mito que una realidad. Esto permitiría asimismo considerar infundado el temor que se ha manifestado por la desaparición de estas prácticas. La disminución del número de donantes por la abolición del anonimato es un hecho posible pero no indefectible; y en cuanto previsible, evitable o reversible. Aun cuando existen publicaciones que así lo afirman, en ocasiones las disminuciones son mucho más modestas que la presagiada y en cualquier caso siempre se han recuperado las cifras anteriores. Por otro lado, existen estudios que muestran incluso un incremento en el número de donantes pese a los cambios normativos. Es oportuno asimismo destacar que en algunos países la falta de donantes ha sido una constante desde antes de la supresión legal del anonimato. La única consecuencia contrastada de tal cambio legislativo es la modificación del perfil de los donantes hacia personas más maduras, informadas y altruistas.

⁷¹ C. ÁLVAREZ, “Múltiples maternidades y la insostenible levedad de la paternidad en reproducción humana asistida”, *Revista de Antropología Social*, Vol. 411, N° 15, 2006, pp. 411-455.

⁷² Cfr: M. JOCILES Y A. RIVAS RIVAS, “¿Es la ausencia del padre un problema? La disociación de los roles paternos entre las madres solteras por elección”, en *Gazeta de Antropología*, Vol. 26, N° 1, Artículo 04, 2010; disponible [en línea] en el sitio web de *Digibug*, enlace directo: http://digibug.ugr.es/handle/10481/6773#_vgyPOrV5LkY; y “La revelación de los orígenes según los modelos familiares: el caso de la donación de gametos”, *Comunicación presenta en el XI Congreso Español de Sociología ‘Crisis y cambio: propuestas desde la sociología’, GT 3: Sociología de la Familia – Sesión 3: ‘Monoparentalidad, adopción y reproducción asistida’*, Madrid, 10, 11 y 12 de julio de 2013. Disponible [en línea] en el sitio web de la *Federación Española de Sociología*, enlace directo: <http://www.fes-sociologia.com/la-revelacin-de-los-orgenes-segn-los-modelos-familiares-el-caso-de-la-donacin-de-gametos/congress-papers/261/>; última consulta: 25/05/2016; R. ACHILLES, “Protection from What? The Secret Life of Donor Insemination”, en *Politics and the Life Sciences*, Vol. 12, N° 2, 1993, pp. 171-172; y M. J. MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro”*, Colección Biblioteca de Derecho Privado, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 107-108; y C. MURRAY Y S. GOLOMBOK, “To tell or not to tell: The decision-making process of egg-donation parents”, *Human Fertility*, Vol. 6, N° 2, 2003, pp. 89-95.

⁷³ J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *The right to know one's biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Academic and Scientific Publishers nv, Bruselas, 2012.

testimonios de personas nacidas gracias a la donación de gametos. Su lectura no sólo permite acceder de primera mano a una información que grafica con trazos claros el valor que los orígenes biológicos han tenido y tienen para estas personas, sino que además pone en evidencia la necesidad de una política legislativa que garantice lo que no es más (ni menos) que un derecho humano y fundamental del ser humano.

Naomi, una niña de 12 años concebida con esperma de donante anónimo, asevera que todos estamos aquí por alguna razón y que perseguimos descubrirla, pero que para que sea factible saber a qué venimos a este mundo es imprescindible conocer primero cómo llegamos a él. Desde esta convicción, teme que de no dilucidar sus orígenes nunca pueda descifrar para qué está aquí. Afirma, no obstante, con optimismo que seguro algún día lo averiguará, aunque de momento deba esperar. Y concluye desafiante que “hasta entonces, pueden estar seguros, estaré esperando”⁷⁴.

J. S., una niña un año mayor que Naomi, pone en entredicho y rebate las razones que le han dado para negarle su derecho a saber quién es su donante; entre otras, la eventualidad de que sea una mala persona y pueda lastimarla. Con astucia observa que incluso de tratarse de una mala persona existe algo llamado prisión donde debería estar y donde, en tal caso, podría visitarlo y hablar con él. Replica que, aun así, esa es su historia, que no le importan las consecuencias y que no deberían apartarla del donante. Insiste en que la decisión respecto al encuentro entre ambos no es ni del gobierno ni del legislador, sino de ella y su donante y que sólo a ellos pertenece. ¿Qué ocurre si éste no lo desea o se niega? Dice que allí es donde para ella se termina⁷⁵.

También Bill CORDRAY, un arquitecto concebido por inseminación con donante durante la Segunda Guerra Mundial y que conoció este hecho recién con 37 años, cuestiona que sean los terceros quienes decidan por los nacidos cuando son ellos la única autoridad para resolver sobre sus propios valores y para reivindicar su dignidad. Repudia el poder que tienen los profesionales para afirmar que las identidades de los donantes no son importantes para los nacidos y la usurpación que ello implica de su derecho fundamental. Nadie más, sostiene, puede disponer, en su nombre, lo que necesitan. Mostrando el estrecho vínculo de los orígenes biológicos con la identidad, interpela por la posibilidad de acceder a la verdad central para que les cuente quiénes son⁷⁶.

Otro activo defensor del derecho a conocer los orígenes es Barry STEVENS, reconocido escritor, director y actor de cine. Resalta con mucha claridad y elocuencia la independencia entre el rol del donante y el del padre, así como entre la necesidad de saber y el amor filial. Para comenzar aclara que nunca se refiere al donante como su “padre”. Explica que la necesidad de encontrar al donante responde al hecho de que él también “le pertenece” y que el nacido de estas prácticas no sólo es merecedor de la información sobre la salud sino también de “la dignidad de conocer la identidad del hombre cuyo cuerpo le ha dado la vida”. Pese a que el conocimiento que logró tener de su donante fue limitado (cuando accedió a su identidad éste ya había fallecido) y que le hubiera gustado conocerlo personalmente, el solo hecho de saber quién fue ese hombre le resultó decisivo para generar un sentido de existencia más sólido y una mayor confianza en sí mismo. “Hay un sentido de pertenencia”, afirma. Cuenta que ahora puede adivinarlo en su rostro, del mismo modo que él se ve en su hija. Puntualiza que el placer que sintió al haber podido desentrañar la identidad de su donante no afectó en absoluto los recuerdos de su fallecido padre, quien se convirtió en su padre en el momento en que decidió tener hijos. Destaca que la conexión entre ellos nada tuvo que ver con el A.D.N. y cómo la búsqueda del donante le ha ayudado a entenderlo de un modo más profundo y compasivo. Y concluye con un agradecimiento “a sus dos padres” por haberle regalado la vida⁷⁷.

⁷⁴ N. WILLIAMS, “Everyone is here for a reason”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *Ob. cit.*, pp. 36-37. La traducción es de la autora.

⁷⁵ J.S. “How I learned the truth and what else I’d like to know”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *Ob. cit.*, p. 39. La traducción es propia.

⁷⁶ B. CORDRAY, “Does the right to know matter?”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *The right to know one’s biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Academic and Scientific Publishers nv, Bruselas, 2012, p. 48. La traducción nos pertenece.

⁷⁷ B. STEVENS, “Who I come from”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *Ob. cit.*, pp. 34-35. Destacan no sólo por las nominaciones y premios recibidos sino también por la referencia a su experiencia personal en la búsqueda de sus orígenes, las películas *Offspring* (2001) y *Bio-Dad* (2009). Mientras la primera de

Otros dos testimonios de interés son los de Olivia PRATTEN y Joanna ROSE, pues sus experiencias personales han llegado a altos estrados de la justicia de Canadá e Inglaterra, respectivamente⁷⁸, lo que las ha hecho mundialmente conocidas. Ambos pronunciamientos judiciales han ocupado la atención de los juristas y el último de ellos ha resultado clave para la reforma legal suprimiendo el anonimato en el Reino Unido⁷⁹.

“Mi concepción con donante es mi realidad; es todo lo que siempre he conocido. Ser concebida con el esperma de donante anónimo no es toda mi identidad, pero es una parte importante de quien soy... Aun cuando para mis padres, fue siempre el ‘donante’, instintivamente siempre supe que para mí no era simplemente el ‘donante’ porque no fui yo quien recibió el esperma. Por el contrario, era mi padre biológico; él había ayudado a mi creación”. PRATTEN aclara así las cuestiones terminológicas y lo precisa que resulta la expresión “*biological father*” para expresar su realidad, que ningún eufemismo puede cambiar. Aunque pueda ser impactante, para ella, esta locución connota la distancia formal y la ausencia de relación familiar con el donante. Ello distingue claramente ese hombre de su “*Dad*” que la ama y con quien sí tiene una relación afectiva. Es igual de elocuente que Barry STEVENS cuando expone: “...el hecho de tener un papá que me ama es independiente y distinto del hecho de no conocer la identidad de mi padre biológico”. Dice querer conocerlo en pos del pleno conocimiento de sus orígenes biológicos, que –para ella– implica empoderamiento; y precisamente para tomar el control en la construcción de su identidad es que –afirma– llevó su pretensión ante los tribunales. No inició la búsqueda porque aspire a una relación con él o porque desee más familia u otro papá; todo ello ya lo tiene con su familia y sus padres. Son, en cambio, sus orígenes biológicos lo único que el amor de sus padres no le puede dar⁸⁰.

Finalmente, ROSE, con un discurso más crítico hacia la práctica de la donación de gametos, considera evitable la ruptura y el reemplazo del parentesco y la identidad que sistemáticamente se da en estos casos. Sentencia que la concepción con donantes, con su pérdida intencional, nunca debería ser justificada como una solución ética a la infertilidad ni respaldada institucionalmente⁸¹.

La búsqueda de los orígenes emprendida por estas personas y por otros nacidos de estas prácticas, es decir, por quienes de verdad importan, en cuanto titulares del derecho fundamental a saber y, en ocasiones, además quienes su superior interés debe primar, son en definitiva un testimonio de que el secreto no sólo es nocivo sino además inocuo. Es inocuo para tapar e inocuo para dar solución a los problemas que las donaciones de engendramiento plantean. El secreto no solo permite esconder el problema sino también la solución.

La verdad puede camuflarse pero no por ello dejará de existir y aunque se intente sepultar, tarde o temprano, el silencio habla y la verdad sale a la luz. Ahora bien, ¿cuál verdad? No hablamos de la verdad *de mentira*, de esa que se inventa, que se maquilla de concepción natural, que se edifica sobre una naturalidad inexistente y que se sirve jurídicamente de la aplicación forzada de paradigmas ajenos, extraños e inoperantes. Hablamos de la verdad de que esa persona es precisamente persona, gracias a un doble

ellas recibe el *Donald Brittain Award* y el *IDFA Audience Award*), la segunda fue nominada al Emmy y al Grierson. La traducción nos pertenece.

⁷⁸ “Pratten vs. British Columbia (Attorney General)”, 2011 B.C.S.C. 656, 19/05/2011, 2012 B.C.C.A. 480. ‘Re Adoption of B.A.’, (1980) 17 R.L.F (2d) 140 (Man.Co.Ct.). “Rose y Anor v. Secretary of State for Health Human Fertilisation and Embriology Authority”, Court of Appeal – Administrative Court, 26 July 2002, (2002) EWHC 1593 (Admin). Sobre el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en Canadá, véanse, M. GIROUX Y M. DE LORENZI, “Putting the child first: A necessary step in the recognition of the right to identity in Canadian Law”, *Canadian Journal of Family Law*, Vol. 27, N° 1, 2011, pp. 53-94; “The Recognition of the Right to Identity of Children Born of Assisted Procreation: A Provincial Responsibility”, J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *Ob. cit.*, pp. 310-318.

⁷⁹ Así lo hemos afirmado con V. PIÑERO, luego de una comunicación personal con Joanna Rose, en el artículo que publicáramos en 2009. Véase, M. DE LORENZI Y V. PIÑERO, “Assisted human reproduction offspring and the fundamental right to identity: recognition of the right to know one’s origins under the European Convention of Human Rights”, *Personalized Medicine*, Vol. 6, N° 1, 2009, p. 89.

⁸⁰ O. PRATTEN, “Attempting to learn my biological father’s identity – A Canadian tale of frustration and eventually litigation”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *Ob. cit.*, pp. 50-51. Traducción propia.

⁸¹ J. ROSE, “Identity harm: lessons from adoption for donor conception”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *Ob. cit.*, p. 117. Traducido del inglés por la autora.

regalo: el de los genes o el útero de una persona y el del deseo inconmensurable de quienes, por hacer realidad su sueño de ser padres, despojándose de prejuicios arcaicos, han hecho tanto para traerla al mundo. Hablamos de esa verdad que los hijos e hijas no tienen tapujos en aceptar y reivindicar. Hablamos de estas formas de ser familias que abundan en nuestras sociedades. Hablamos de la realidad. Después de todo, retomando los pensamientos de Aristóteles, “la única verdad es la realidad”.

BIBLIOGRAFÍA

- A. C. SOLER BELTRÁN, “Comentario a la STC, de 17 de junio de 1999, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida”, *Derecho.com*, N° 41, de 1 de junio de 2002, Disponible [en línea] en el siguiente enlace directo: <http://www.derecho.com/articulos/2002/06/01/comentario-a-la-stc-de-17-de-junio-de-1999-resolviendo-el-recurso-de-inconstitucionalidad-contra-la-ley-35-1988-sobre-tecnicas-de-reproduccion-asistida-el-a/>; última consulta: 25/05/2016.
- A. GIL DOMÍNGUEZ, M. V. FAMÁ Y M. HERRERA, *Derecho constitucional de familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006
- A. GIL GIL, “La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la guerra civil y el franquismo: aspectos penales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, N° 1, Enero de 2009, pp. 54-64.
- A. LÓPEZ, V. MONTÉS Y E. ROCA (Ed.), *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, 3ª Edición, Valencia, 1997.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Casos cerrados, heridas abiertas: el desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, Sección Española de Amnistía Internacional, 2012. Disponible [en línea] en el sitio web de Amnesty International, enlace directo: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/44110212%20Resumen%20Informe%20heridas%20abiertas?CMD=VEROBJ&MLKOB=31219680404>; última consulta: 25/05/2016.
- A. M. ROMERO COLOMA, “Derecho a la intimidad e identidad genética”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 2005, N° 27, Abril – Junio de 2005, pp. 63-70.
- A. NIETO ALONSO, “Reproducción asistida y anonimato de los progenitores”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 16/2004, Parte ‘Estudio’, Versión Digital, Ref. BIB 2004/1745B. CORDRAY, “Does the right to know matter?”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *The right to know one’s biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Academic and Scientific Publishers nv, Bruselas, 2012, pp. 40-48.
- B. SAN ROMÁN SOBRINO, “De los ‘hijos del corazón’ a los ‘niños abandonados’: Construcción de ‘los orígenes’ en la adopción en España”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 34, N° 1, 2013, pp. 2-10.
- B. STEVENS, “Who I come from”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *The right to know one’s biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Academic and Scientific Publishers nv, Bruselas, 2012, pp. 31-35.
- C. ÁLVAREZ, “Múltiples maternidades y la insoportable levedad de la paternidad en reproducción humana asistida”, *Revista de Antropología Social*, Vol. 411, N° 15, 2006, pp. 411-455.
- C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la Identidad Personal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- C. MURRAY Y S. GOLOMBOK, “To tell or not to tell: The decision-making process of egg-donation parents”, *Human Fertility*, Vol. 6, N° 2, 2003, pp. 89-95.
- C. LEMA AÑÓN, “El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y constitución”, en A. CAMBRÓN INFANTE (ed.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Edit. Trotta, Madrid, 2001, pp. 15-56.
- C. MURRAY Y S. GOLOMBOK, “To tell or not to tell: The decision-making process of egg-donation parents”, *Human Fertility*, Vol. 6, N° 2, 2003, pp. 89-95.
- C. NASH (ed.), “Control de Convencionalidad”, *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N° 7, 2015, disponible [en línea] en el sitio web de la Corte I.D.H., enlace directo: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>; última consulta: 25/05/2016.
- C. QUESADA GONZÁLEZ, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 47, N° 2, 1994, pp. 237-303.
- C. RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- C. VIDAL PRADO, “El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)”, *Revista Jurídica de Navarra*, Vol. 1996, N° 22, 1996, pp. 265-282.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO (UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco (Vitoria-Gasteiz, de 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987), Trivium Edit., España, 1988.
- D. ROSSO LOBO, “Experiencias de trabajo en el apoyo de la búsqueda de los orígenes”, en A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO Y B. GÓMEZ-BENGOECHA (coord.), *Los retos de la postadopción: balance y perspectivas*, Capítulo 9, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, pp. 137-148.
- E. ROCA TRÍAS, “Filiación asistida y protección de derechos fundamentales”, *Derecho y Salud*, Vol. 7, Enero – Diciembre de 1999, pp. 1-14.

- F. BLASCO GASCÓ,
 “La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, Vol. 1991, N° 1, 1991, pp. 697-718.
- “Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 90, N° 4, 1991, pp. 953-979.
- F. LLEDÓ YAGÜE,
 “Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación post mortem. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto”, en F. LLEDÓ YAGÜE (dir.), *La filiación: su régimen jurídico e incidencia en la determinación de la filiación*, Cuadernos de Derecho judicial, C.G.P.J., Madrid, 1994, pp. 321-379.
- (dir.), *La filiación: su régimen jurídico e incidencia en la determinación de la filiación*, Cuadernos de Derecho judicial, C.G.P.J., Madrid, 1994.
- F. PANTALEÓN,
 “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, Madrid, 1988, pp. 19-36
- “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Vol. Mayo–Agosto de 1993, N° 15, 1993, pp. 129-160
- F. RIVERO HERNÁNDEZ,
 “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO (UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco (Vitoria-Gasteiz, de 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987), Trivium Edit., España, 1988, pp. 141-168
- “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”, *Actualidad Civil*, Vol. Junio de 2003, N° 2, 2003, pp. 593-632, Versión Digital, Ref. LA LEY 1018/2003
- F. RUBIO LLORENTE, “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves de razón práctica*, N° 75, 1997, pp. 2-7.
- I. THÉRY, “El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento”, *Revista de Antropología Social*, Vol. 18, 2009, pp. 21-42.
- J. A. MARÍN GÁMEZ, “Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida”, *Poder Judicial*, Vol. Diciembre de 1993, N° 32, 1993, pp. 89-106.
- J. DELGADO ECHEVARRÍA, “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinación de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO (UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco (Vitoria-Gasteiz, de 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987), Trivium Edit., España, 1988, pp. 201-229.
- J. GARCÍA VICENTE, “Los principios del Derecho de las acciones de filiación”, *Actualidad Civil*, N° 5/2004, Ref. BIB 2004/480.
- J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *The right to know one’s biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Academic and Scientific Publishers nv, Bruselas, 2012.
- J. HARRINGTON, G. BECKER Y R. NACHTIGALL, “Nonreproductive Technologies. Remediating kin structure with donor gametes”, *Science, Technology and Human Values*, Vol. 33, N° 3, 2008, pp. 393-418.
- J. PALACIOS, Y. SÁNCHEZ-SANDOVAL Y E. SÁNCHEZ, *La Adopción en Andalucía: Análisis de la dinámica familiar en torno a la adopción y comparación de los niños adoptados con sus compañeros actuales, con niños semejantes a ellos en su origen y con niños institucionalizados*, Dirección General de Atención al Niño, Consejería de Asuntos Sociales, Junta de Andalucía, Sevilla, 1996
- J. PALACIOS, Y. SÁNCHEZ-SANDOVAL Y E. LEÓN, *Adopción internacional en España: Un nuevo país, una nueva vida*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.
- J. ROSE, “Identity harm: lessons from adoption for donor conception”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *The right to know one’s biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Academic and Scientific Publishers nv, Bruselas, 2012, pp. 106-117.
- J. S., “How I learned the truth and what else I’d like to know”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *Ob. cit.*, pp. 38-39.
- J. VIDAL MARTÍNEZ,
 “La figura del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida”, *Revista General de Derecho*, Vol. 50, N° 600, Septiembre de 1994, pp. 9523-9535.
- “La regulación de la reproducción humana asistida en el Derecho Español”, en J. VIDAL MARTÍNEZ (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1998, pp. 83-104.
- “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad N° 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Vol. Enero–Junio de 2000, N° 12, 2000, pp. 113-137.
- “Inherent Rights of the person in assisted reproduction”, en P. LODRUP Y E. MODVAR (ed.), *Family Life and Human Rights. Papers presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Law*, Gyldendal Akademisk, Noruega, 2004, pp. 943-957.
- Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Edit. Civitas, Madrid, 1988.
- L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, 2ª edición, Madrid, 2005.
- L. REBOLLO DELGADO, “Constitución y Técnicas de Reproducción Asistida”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Núm. 16, 2000, pp. 97-135.
- L. ZARRALUQUI, *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.
- M. DE LORENZI,

- “El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida”, en S. FERNÁNDEZ (dir.), *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes – La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)*, Capítulo 7, Título Segundo, Tomo I, Abeledo Perrot, Argentina, 2015, pp. 1059-1080.
- “El derecho de los niños nacidos de técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos”, en S. FERNÁNDEZ (dir.), *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes – La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)*, Capítulo 8, respectivamente, Título Segundo, Tomo I, Abeledo Perrot, Argentina, 2015, 1081-1111.
- “El Derecho de Familia entre lo público y lo privado”, en A. KRASNOW (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, Capítulo 2, Tercera Parte, Tomo I, Thomson-Reuters – La Ley, Argentina, 2015, pp. 173-216.
- M. DE LORENZI Y V. PIÑERO, “Assisted human reproduction offspring and the fundamental right to identity: recognition of the right to know one’s origins under the European Convention of Human Rights”, *Personalized Medicine*, Vol. 6, N° 1, 2009, pp. 79-92.
- M. D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”, *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto, 2005, pp. 19-74
- M. GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi Edit., Navarra, 2000.
- M. GIROUX Y M. DE LORENZI, “Putting the child first: A necessary step in the recognition of the right to identity in Canadian Law”, *Canadian Journal of Family Law*, Vol. 27, N° 1, 2011, pp. 53-94.
- “The Recognition of the Right to Identity of Children Born of Assisted Procreation: A Provincial Responsibility”, J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *The right to know one’s biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Academic and Scientific Publishers nv, Bruselas, 2012, pp. 310-318.
- M. JOCILES Y A. RIVAS RIVAS, “¿Es la ausencia del padre un problema? La disociación de los roles paternos entre las madres solteras por elección”, en *Gazeta de Antropología*, Vol. 26, N° 1, Artículo 04, 2010; disponible [en línea] en el sitio web de *Digibug*, enlace directo: <http://digibug.ugr.es/handle/10481/6773#.VcyPOrV5LkY>; última consulta: 25/05/2016.
- “La revelación de los orígenes según los modelos familiares: el caso de la donación de gametos”, *Comunicación presenta en el XI Congreso Español de Sociología ‘Crisis y cambio: propuestas desde la sociología’, GT 3: Sociología de la Familia – Sesión 3: Monoparentalidad, adopción y reproducción asistida*, Madrid, 10, 11 y 12 de julio de 2013. Disponible [en línea] en el sitio web de la *Federación Española de Sociología*, enlace directo: <http://www.fes-sociologia.com/la-revelacin-de-los-orgenes-segn-los-modelos-familiares-el-caso-de-la-donacin-de-gametos/congress-papers/261/>; última consulta: 25/05/2016.
- M. MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro”*, Colección Biblioteca de Derecho Privado, Bosch, Barcelona, 1988.
- M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.
- M. RODRÍGUEZ ARIAS, *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- M. SOTO LAMADRID, *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
- M. VILA-CORO BORRACHINA, “El derecho a la identidad personal”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. 6, N° 24, 1995, pp. 407-414.
- “Padre referencial e identidad personal”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. 7, N° 25, 1996, pp. 39-49
- N. LLOVERAS Y M. SALOMÓN, *El Derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009.
- N. WILLIAMS, “Everyone is here for a reason”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *The right to know one’s biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Academic and Scientific Publishers nv, Bruselas, 2012, pp. 36-37.
- O. PRATTEN, “Attempting to learn my biological father’s identity – A Canadian tale of frustration and eventually litigation”, en J. GUICHON, I. MITCHELL Y M. GIROUX (ed.), *The right to know one’s biological origins – Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Academic and Scientific Publishers nv, Bruselas, 2012, pp. 49-56.
- P. AMORÓS ET AL., “Adultos adoptados: el conocimiento de sus orígenes. Situación en España”, *Pedagogía Social – Revista Interuniversitaria*, Vol. 1998, N° 2, 1998, pp. 157-172.
- POLITICAL AFFAIRS COMMITTEE, *Need for international condemnation of the Franco regime (Report for debate in the Standing Committee)*, Doc. N° 10737, 04/11/2005, §§ 72-75; disponible [en línea] en el sitio web del Consejo de Europa, enlace directo: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11217&lang=EN>; última consulta: 25/05/2016.
- R. ACHILLES, “Protection from What? The Secret Life of Donor Insemination”, en *Politics and the Life Sciences*, Vol. 12, N° 2, 1993, pp. 171-172
- R. DURÁN RIVACOBBA, “El anonimato del progenitor”, *Aranzadi Civil*, N° 3/2004, Versión digital, Ref. BIB 2004/332.
- R. LERTXUNDI BARAÑANO, S. DE LOS REYES PEÑA Y J. HAYA PALAZUELOS, “Donación de gametos”, en C. BUIL RADA ET AL. (coord.), *Manual de salud reproductiva en la adolescencia – Aspectos básicos y clínicos*, Capítulo 28, Sociedad Española de Contracepción, Zaragoza, 2001, pp. 851-863.
- R. M. RAMÍREZ NAVALÓN, “Problemas jurídicos de las nuevas formas de RH. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas”, *Revista General del Derecho*, Vol. 1987, N° 5, pp. 6537-6566.
- V. BELLVER CAPELLA, “El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Vol. Julio-Diciembre de 1999, N° 11, 1999, pp.

- V. MONTÉS PENADÉS, “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO (UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco (Vitoria-Gasteiz, de 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987), Trivium Edit., España, 1988, pp. 171-199.
- Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Político*, Vol. 1988, N° 26, 1988, pp. 85-113.

EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL CASO OBERGEFELL Y LOS PROBLEMAS NO RESUELTOS QUE DE ESTE DERIVAN

ROBERTO GARETTO
Doctor en Derecho
Università degli Studi di Camerino

Fecha de recepción: 24 de mayo.
Fecha de aceptación: 15 de junio.

RESUMEN: En el año 2015 la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre el caso Obergefell y legalizó en todo el país el matrimonio entre personas del mismo sexo. El juez Kennedy, redactor de la opinión de la mayoría, demostró claramente como la prohibición de tal forma de matrimonio es incompatible con la Cláusula de Igual Protección y la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda y reconoció la existencia de un «derecho al matrimonio» para las parejas homosexuales. Los disidentes de los jueces en minoría lamentan en cambio la falta de rigor jurídico de esta sentencia, que creen interrumpa bruscamente un proceso democrático que habría tenido que conducir eventualmente a una ley para permitir el matrimonio homosexual. Un año después del pronunciamiento, es oportuno reconocer que la sentencia presenta aspectos no resueltos: sobre el plano teórico no ha proporcionado una redefinición exhaustiva de matrimonio y bajo el perfil práctico deja abierta la cuestión del conflicto entre la Primera Enmienda y la Decimocuarta Enmienda en materia de libertad religiosa y de disenso con respecto a los procedimientos relacionados con la celebración de los matrimonios homosexuales.

ABSTRACT: In 2015 the US Supreme Court decided the case Obergefell and legalized same-sex marriage across the country. Justice Kennedy, who drafted the majority opinion, has clearly shown that to ban this kind of marriage would contrast the Equal Protection Clause and the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment and thus recognized the «right to marry» for homosexual couples. The judges' dissents complained about the absence of legal accuracy in this sentence, that brusquely interrupts a democratic process that would have had to eventually lead to a law to legalize same-sex marriage. One year after the Court decided the case, it needs to be recognized that the sentence presents unresolved issues: on the theoretical plan it did not provide a complete redefinition of marriage and in practical terms it left open the issue of the conflict between the First Amendment and the Fourteenth Amendment in the area of religious freedom, especially with respect to the ones who want to avoid any involvement in procedures related to the celebration of a same-sex marriage.

PALABRAS CLAVE: familia, matrimonio homosexual, (matrimonio en) EE.UU., pareja homosexual, temática gay, derechos civiles, igualdad, LGBT, Corte Suprema de EE.UU., libertad religiosa.

KEY WORDS: family, same-sex marriage, (marriage in the) USA, same-sex couple, gay issues, civil rights, equality, LGBT, U.S. Supreme Court, religious freedom.

1. La decisión sobre el caso *Obergefell*.

1.1 Los orígenes del caso *Obergefell*.

El caso *Obergefell* se originó a partir de una situación humana de intenso sufrimiento¹. James Obergefell conoció a John Arthur más de veinte años antes de que el caso fuera llevado a juicio. Los dos se enamoraron y comenzaron una vida juntos, dando lugar a una relación única y duradera. En el año 2011 a Arthur le fue diagnosticada esclerosis lateral amiotrófica (ELA), una enfermedad degenerativa de tipo neuromuscular, por lo que Obergefell y Arthur decidieron conseguir un reconocimiento formal de su relación, recurriendo al matrimonio, antes de que para Arthur esto fuese imposible. Ya que Ohio, el estado donde la pareja residía, no permitía el matrimonio homosexual, los dos tuvieron que ir a Maryland, donde se reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dado el delicado estado de salud de Arthur, se recurrió a un vuelo medicalizado y el matrimonio se llevó a cabo en la pista de aterrizaje del aeropuerto de Baltimore el 11 de julio de 2013. Tres meses más tarde Arthur murió, en Ohio. El *Department of Health* de Ohio, en aplicación de las normas vigentes del Estado, no permitió que a Obergefell se le fuera reconocido como «*surviving spouse*» en el certificado de defunción de Arthur.

Por disposición de la ley, Obergefell no sólo fue privado de los beneficios que podían derivarse de esa condición, sino que también figuraba como un extraño con respecto al fallecido.

Esta dolorosa situación llevó Obergefell a tomar acciones legales, pidiendo que su nombre fuera indicado como cónyuge sobreviviente en el certificado de defunción de Arthur; la demanda llegó a la Corte Suprema Federal.

El caso Obergefell se convirtió rápidamente en el centro de atención de los medios de comunicación del país: se presentaron 148 *amici curiae briefs*, número que superó los presentados en los casos anteriores en que la Corte Suprema de los Estados Unidos había deliberado².

A causa del recurso presentado a la Corte Suprema surgieron dos cuestiones: si la Decimocuarta Enmienda vinculaba a un estado a celebrar un matrimonio entre dos personas del mismo sexo (cuestión relevante en los casos combinados de Michigan y de Kentucky) y si la Decimocuarta Enmienda obligaba a un estado a reconocer un matrimonio entre dos personas del mismo sexo celebrado en otro estado en el que estaba reconocido el *same-sex marriage*.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, la Corte Suprema estableció que la Decimocuarta Enmienda impone al estado el reconocimiento del matrimonio entre dos personas del mismo sexo cuando dicho matrimonio ha sido legalmente celebrado en otro estado (pronunciamiento relevante en los casos combinados de Ohio, Tennessee y Kentucky).

La primera cuestión es la más escabrosa desde un punto de vista constitucional. La Corte Suprema no se pronunció sobre esta cuestión en el caso *Windsor*, pero se vio obligada a resolverla en el caso *Obergefell*. Sobre la misma cuestión, además, la Corte se pronunció de forma afirmativa, argumentando que dejar de reconocer el derecho a casarse de las parejas homosexuales («*right to marry*») viola el Debido Proceso (*Due Process Clause*) y la Igual Protección (*Equal Protection Clause*) de la Decimocuarta Enmienda.

La Cláusula de Debido Proceso, que asegura a las parejas de personas del mismo sexo ya casadas la validez del matrimonio celebrado, está relacionada con la Cláusula de Igual Protección, que reconoce a las parejas no casadas el derecho a contraer matrimonio sobre la base de la equidad respecto a aquellos que ya han contraído un *same-sex marriage*³.

¹ Cfr. A.S. LEONARD y P.A. CAIN, *Sexuality Law. 2015 Supplement*, Regnery Publishing, Durham, 2015, p. 20.

² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), *Joint Petition for a Writ of Certiorari*, pp. 1 ss.

³ P. NICOLAS, "Fundamental Rights in a Post-Obergefell World", *Yale J. L. & Feminism*, núm. 27 (próxima publicación, 2016), accesible en: *University of Washington School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2015-27*, pp. 30 s.: «*the Due Process Clause protects the right of existing married couples to retain their marriages, while the Equal Protection Clause guarantees existing unmarried couples the right to enter such marriages on an equal basis with those who have previously had the opportunity to exercise that right*».

1.2 La majority opinion del juez Kennedy.

El juez Anthony Kennedy redactó la opinión de la mayoría⁴; a él se unieron los jueces Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan. La opinión de la mayoría estableció que las prohibiciones estatales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo incurrierían en la violación de ambas cláusulas, la del Debido Proceso y la de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda.

Kennedy escribió que la Constitución garantiza la libertad para todos, una libertad que incluye derechos específicos, como permitir a la persona definir y expresar completamente su identidad⁵. Citando el caso *Griswold v. Connecticut*⁶, la opinión de la mayoría afirmó que las libertades fundamentales protegidas por la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda se extienden a las opciones personales que son funcionales a la dignidad y la autonomía de la persona.

Entre tales opciones se deberán incluir incluso las más íntimas, relativas a su identidad, así como las orientaciones y las convicciones personales⁷. Sin embargo, la identificación y la tutela de estas libertades fundamentales no ha sido reducida a una fórmula preconstituida⁸ y el análisis de casos como *Loving v. Virginia*, *Zablocki v. Redhail* y *Turner v. Safley*⁹ nos muestra claramente que la Cláusula del Debido Proceso también se extiende al «derecho a casarse»¹⁰.

La opinión de la mayoría expresa precisamente este concepto: el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental inherente a la libertad de la persona y, bajo las cláusulas del Debido Proceso y de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda, las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y de esa libertad¹¹.

El punto central de la decisión fue establecer si el matrimonio homosexual era reconducible al derecho a contraer matrimonio.

La sentencia *Obergefell v. Hodges* focaliza el propio análisis con respecto a la existencia – o menos – de un derecho fundamental, o sea el «*right to marry*».

Cabe destacar que la Corte no quiso examinar la hipótesis de la configurabilidad de un determinado «derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo» («*right to same-sex marriage*»), sino que prefirió tomar en consideración el «derecho a casarse» («*right to marry*»)¹² como un derecho fundamental de la persona en su sentido más amplio («*in its comprehensive sense*»), preguntándose, por lo tanto, si era admisible excluir determinadas categorías de este derecho¹³. La mayoría no dejó de lado el hecho de que, si la ejercitabilidad de un derecho se debía determinar sólo sobre el presupuesto de su anterior ejercicio, situaciones consolidadas en el tiempo encontrarían en sí mismas completa

⁴ *Majority opinion* expresada por votación de 5-4.

⁵ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 1 s.: «[t]he Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity».

⁶ *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 484–486 (1965).

⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 10: «[t]he fundamental liberties protected by the Fourteenth Amendment's Due Process Clause extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices defining personal identity and beliefs».

⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 10: «Courts must exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect».

⁹ Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 12 (1967); *Zablocki v. Redhail*, 434 U. S. 374, 384 (1978); *Turner v. Safley*, 482 U. S. 78, 95 (1987).

¹⁰ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 11.

¹¹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp.4 s.: «the right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. The Court now holds that same-sex couples may exercise the fundamental right to marry. No longer may this liberty be denied to them».

¹² En tal sentido, no se quisieron tener en cuenta los derechos de una categoría de sujetos determinados – las personas gay y lesbianas –, de los cuales se supusiera que podrían sufrir una discriminación, sino más bien el derecho al matrimonio en sí mismo, como un derecho fundamental; cfr. D.H.J. HERMANN, “Extending the Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: the United States Supreme Court Decision in *Obergefell v. Hodges*”, *Ind. L. Rev.*, núm. 49, 2016, p. 368: «the Court's opinion did not rest on an analysis of the rights of gays and lesbians as a class established as litigants who deserve equal treatment because of discrimination or subjected to some level heightened scrutiny because of discrimination directed at a suspect class. Instead, the Court primarily based its decision on a consideration of the right to marriage as a fundamental right whose benefits could not be denied to same-sex couples since there is no justified basis for such denial».

¹³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p.18: «inquired about the right to marry in its comprehensive sense, asking if there was a sufficient justification for excluding the relevant class from the right» (énfasis añadido).

legitimación y negaría *a priori* la posibilidad de reconocer, a determinadas categorías de sujetos, derechos anteriormente desconocidos¹⁴.

La opinión de la mayoría, conduciendo el propio análisis en un plano estrictamente axiológico, notó la firme interrelación que transcurre entre el valor de la libertad de la Cláusula de Debido Proceso y aquel de la equidad de la Cláusula de Igual Protección¹⁵ y dedujo de ello que las prohibiciones estatales relativas al *same-sex marriage* se pusieron en contraste con respecto de ambos valores¹⁶. Llegando en tal modo a la conclusión de que la libertad y la igualdad de las parejas homosexuales fueron significativamente afectados por esta situación, la Corte declaró inconstitucional las prohibiciones relativas al matrimonio entre personas del mismo sexo por violación de ambas cláusulas y estableció la facultad, para todas las parejas homosexuales, de ejercer el derecho a casarse («*right to marry*») en cada uno de los 50 estados de la Confederación¹⁷.

Debido al daño continuo y grave, la inestabilidad y la incertidumbre causada por la normativa relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo, que se diferenciaba de un estado a otro, y en consideración de la evidencia - en cuanto a la inconstitucionalidad de las prohibiciones, detectada por algunos estados, introdujo por consiguiente en todos los estados el *same-sex marriage* - la Corte estableció el principio de que cada estado debe reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados legítimamente en otro estado¹⁸.

La Corte notó con claridad que, si bien el proceso democrático («*democratic process*») puede resultar un medio adecuado para poner en discusión y decidir temas relevantes como el *same-sex marriage*, no se puede sin embargo aceptar la idea de que el sujeto deba apoyarse exclusivamente en el proceso democrático para que le sea reconocido un derecho fundamental¹⁹. En efecto, el sujeto puede invocar la protección constitucional de aquel que cree ser su propio derecho, también en caso de que su solicitud no sea respaldada por un consentimiento general e incluso en el caso en que, quien tiene facultad de legislar sobre la materia específica, deliberadamente elija no hacerlo²⁰. Esto, en cuanto los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a un voto, ni pueden depender de los resultados de una elección²¹.

La Corte no pudo dejar escapar el hecho de que, no acoger en sede procesal las instancias de las parejas homosexuales, dejando que el proceso democrático - con un «enfoque prudente»²² - hiciera el justo curso, habría comportado un grave daño a las parejas del mismo sexo, mientras hubieran quedado en espera de esta dinámica evolutiva²³.

La Corte también rechazó el principio de que permitir que las parejas homosexuales se casasen habría puesto en entredicho la institución misma del matrimonio, la creación de un desapego por el matrimonio entre personas del sexo opuesto, ya que sería determinado por una atenuación de la relación entre el matrimonio y la procreación. La Corte definió esta hipótesis ilógica («*counterintuitive*») y poco realista («*unrealistic*»)²⁴. Por el contrario, la Corte reconoció que el

¹⁴ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p.18: «[i]f rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied».

¹⁵ Sobre este tema, cfr. D.H.J. HERMANN, *o.c.*, p. 377.

¹⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 19 ss.

¹⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 22 s.

¹⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 28: «if States are required by the Constitution to issue marriage licenses to same-sex couples, the justifications for refusing to recognize those marriages performed elsewhere are undermined».

¹⁹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 24: «the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights».

²⁰ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 24: «[a]n individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act».

²¹ Cfr. *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638 (1943): «fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections». A la sentencia y a este específico pasaje hace referencia explícita *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 24.

²² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 25: «the Court has been asked to adopt a cautious approach to recognizing and protecting fundamental rights» (énfasis añadido).

²³ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 25. El principio expresado por la Corte se basa en un precedente expresamente indicado: *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S., at 186, 190-195 (1986).

²⁴ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 26: «[t]he respondents also argue allowing same-sex couples to wed will harm marriage as an institution by leading to fewer opposite-sex marriages. This may occur, the respondents contend, because licensing same-sex marriage severs the connection between natural procreation and marriage. That argument, however, rests on a counterintuitive view of opposite-sex couple's decisionmaking processes regarding marriage and parenthood. Decisions about whether to marry and raise children are based on many personal, romantic, and practical considerations; and it is unrealistic to conclude that an opposite-sex couple would choose not to marry simply because same-sex couples may do so» (énfasis añadido).

matrimonio entre personas del mismo sexo no habría comportado ningún riesgo, ya sea para los sujetos implicados, o para terceros²⁵.

Por otro lado, sin descuidar la parte netamente en desacuerdo con respecto del *same-sex marriage*, la Corte indicó la posibilidad de una ulterior tutela, en acuerdo con la Primera Enmienda²⁶.

1.3 Los dissent. El emerger de puntos problemáticos.

Los cuatro jueces de la minoría, John Roberts, Antonin Scalia, Clarence Thomas y Samuel Alito respondieron con *dissenting opinions* individuales.

El examen de cada uno de estos *dissent* resulta particularmente interesante para recabar elementos nodales de incertidumbre en la decisión de la Corte Suprema.

El *Chief Justice*, John Roberts, expresó la convicción de que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo no viola la Constitución²⁷. Al *dissenting opinion* de Roberts adhirieron también los jueces Scalia y Thomas.

Roberts no denegó, de por sí, la aplicación del «*substantive due process*» - a través del cual los derechos fundamentales están protegidos por la Cláusula del Debido Proceso - pero denunció el hecho de que tal aplicación hubiese sido instrumental, en pasado, para expandir las categorías específicas de derechos percibidos como fundamentales²⁸. Muy linealmente Roberts notó que ninguna sentencia anterior cambió la noción jurídica del matrimonio y que, por tanto, siguió siendo hasta entonces la unión de un hombre y una mujer. La prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo no violó, por lo tanto, la Cláusula del Debido Proceso²⁹.

En relación con la Cláusula de Igual Protección, Roberts afirmó que las prohibiciones relativas al *same-sex marriage* no constituyen una violación de la cláusula, ya que se relacionan lógicamente con un interés del ordenamiento jurídico, que es preservar la definición tradicional del matrimonio³⁰.

Afrontando luego el tema desde una perspectiva más general, Roberts tuvo en cuenta la historia misma del matrimonio. En su opinión, esta institución, desde siempre y universalmente, se ha caracterizado como la unión entre un hombre y una mujer («*the union of a man and a woman*»), unión destinada a la procreación y al cuidado de los hijos³¹.

El juez Roberts expresó fuertes críticas sobre la orientación de sus colegas, contenida en la opinión de la mayoría, que - en su opinión - se basa en convicciones morales y no sobre presupuestos constitucionales y que tiene como objetivo la expansión de los derechos fundamentales, sin poner atención en la perspectiva histórica ni en el entorno social en que ellos se colocan. Recurriendo al «*slippery slope argument*» - que pone en relación el matrimonio homosexual con otras formas de relación socialmente creídas no aceptables³² - Roberts planteó, incluso, la eventualidad de que la

²⁵ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 26: «*with respect to this asserted basis for excluding same-sex couples from the right to marry, it is appropriate to observe these cases involve only the rights of two consenting adults whose marriages would pose no risk of harm to themselves or third parties*».

²⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 27.

²⁷ Sobre el *dissent* del *Chief Justice* Roberts, véase una presentación extensa y analítica en D.H.J. HERMANN, *o.c.*, p. 382 ss.

²⁸ En este sentido, el juez Roberts se refiere directamente a los casos históricos de impropia aplicación del «*substantive due process*»: *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 19 How. 393 393 (1856) e *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 10 ss. (Roberts, C.J., *dissenting*).

²⁹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 15 ss. (Roberts, C.J., *dissenting*); véase, en particular, slip op., p. 16: «*[i]n Loving, the Court held that racial restrictions on the right to marry lacked a compelling justification. In Zablocki, restrictions based on child support debts did not suffice. In Turner, restrictions based on status as a prisoner were deemed impermissible. None of the laws at issue in those cases purported to change the core definition of marriage as the union of a man and a woman (...). In short, the "right to marry" cases stand for the important but limited proposition that particular restrictions on access to marriage as traditionally defined violate due process*».

³⁰ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 24 (Roberts, C.J., *dissenting*): «*[i]n any event, the marriage laws at issue here do not violate the Equal Protection Clause, because distinguishing between opposite-sex and same-sex couples is rationally related to the States' "legitimate state interest" in "preserving the traditional institution of marriage."* Lawrence, 539 U.S., at 585 (O'Connor, J., *concurring in judgment*)».

³¹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 4 s. (Roberts, C.J., *dissenting*); slip op., p. 4 (Roberts, C.J., *dissenting*): «*[a]s the majority acknowledges, marriage "has existed for millennia and across civilizations."* Ante, at 3. *For all those millennia, across all those civilizations, "marriage" referred to only one relationship: the union of a man and a woman.*»

³² Cfr. J. CORVINO, "The Case for Same-Sex Marriage", en *íd.* y M. GALLAGHER, *Debating Same-Sex Marriage*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2012, p. 64: «*[t]he general idea is that there is some connection between same-sex marriage, on the*

opinión de la mayoría pudiese ser en un futuro utilizada para ampliar la definición de matrimonio hasta incluir formas de poligamia legalizada y *polyamory*³³.

A continuación, Roberts criticó duramente la opinión de la mayoría, afirmando que afectaría a un principio-bisagra de la democracia, ya que se atribuye al poder judicial la tarea - no originariamente prevista - de encaminar un cambio social que se percibe como urgente, quitándole, de la misma manera, a los ciudadanos la facultad de decidir en mérito³⁴.

Según Roberts la decisión de la mayoría también es perjudicial para el componente social que apoya el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que cierra secamente el debate político sobre el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo e impide una verdadera aceptación («*true acceptance*») a nivel social de la aceptación de los principios que este componente propugna³⁵. Roberts opinó finalmente que la decisión de la mayoría está destinada incluso a tener un impacto negativo en cuanto atañe a la libertad religiosa³⁶ y reconoció, en el lenguaje adoptado por la Corte, ataques inapropiados a los oponentes del matrimonio entre personas del mismo sexo³⁷.

El juez Antonin Scalia escribió, con el estilo incisivo que le distinguía³⁸, una opinión discrepante³⁹, a la que incluso el juez Thomas se adhirió. Scalia empezó sosteniendo que la decisión de la Corte sustrae al pueblo la libertad de gobernarse a sí mismo, dándose a sí mismo sus propias normas. En tal perspectiva, esta decisión habría interrumpido bruscamente un proceso democrático, representado por el apasionado y riguroso debate sobre el *same-sex marriage*, que involucró a toda la nación⁴⁰.

Con respecto a la supuesta violación de la Decimocuarta Enmienda, Scalia argumentó que, dado que las prohibiciones relativas a los matrimonios entre personas del mismo sexo no resultaban inconstitucionales en la época en que la Decimocuarta Enmienda fue adoptada, no hay razón para que estas sean hoy consideradas inconstitucionales⁴¹. Scalia negó cualquier fundamento a la decisión de la Corte de abrogar normas que no estuvieran expresamente en contra de la Decimocuarta Enmienda y tachó la opinión de la mayoría como inadecuadamente jurídica («*lacking even a thin veneer of law*»)⁴².

one hand, and various objectionable relationships, on the other. (...) polygamy, incest and bestiality are the most commonly cited».

³³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 20 s. (Roberts, C.J., *dissenting*); véase, en lo específico, slip op., p. 20 (Roberts, C.J., *dissenting*): «[i]t is striking how much of the majority's reasoning would apply with equal force to the claim of a fundamental right to plural marriage». Sobre este tema, cfr. K. YOSHINO, "A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*", *Harv. L. Rev.*, núm. 129, 2015, pp. 177 s. Acerca de la posibilidad de coexistencia de modelos de matrimonio tan diferentes entre ellos, véase la reciente experiencia de Sudáfrica; cfr. R. GARETTO, "Multiplicity of Marriage Forms in Contemporary South Africa", *E.Afr.J. Peace & Hum. Rts.*, núm. 20, 2014, pp. 68 ss.

³⁴ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 24 ss. (Roberts, C.J., *dissenting*); cfr. en particular slip op., p. 24 s. (Roberts, C.J., *dissenting*): «[o]ver and over, the majority exalts the role of the judiciary in delivering social change. In the majority's telling, it is the courts, not the people, who are responsible for making "new dimensions of freedom... apparent to new generations," for providing "formal discourse" on social issues, and for ensuring "neutral discussions, without scornful or disparaging commentary." Ante, at 7-9».

³⁵ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 26 s. (Roberts, C.J., *dissenting*): «[w]hen decisions are reached through democratic means, some people will inevitably be disappointed with the results. But those whose views do not prevail at least know that they have had their say, and accordingly are - in the tradition of our political culture - reconciled to the result of a fair and honest debate (...). By deciding this question under the Constitution, the Court removes it from the realm of democratic decision. There will be consequences to shutting down the political process on an issue of such profound public significance».

³⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 27 (Roberts, C.J., *dissenting*): «creates serious questions about religious liberty».

³⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 29 (Roberts, C.J., *dissenting*): «[i]t is one thing for the majority to conclude that the Constitution protects a right to same-sex marriage; it is something else to portray everyone who does not share the majority's "better informed understanding" as bigoted».

³⁸ El juez Antonin Scalia, fallecido en los primeros meses del 2016, ya desde su nombramiento en el 1986, ha tenido un profundo impacto de huella conservadora sobre la orientación jurisprudencial y filosófica de la Corte Suprema. Cfr. D. ROTH, "Replacing Scalia", *Dordt College, Faculty Work: Comprehensive List, Paper* 458, 2016.

³⁹ Sobre el *dissent* del juez Scalia, cfr. D.H.J. HERMANN, *o.c.*, pp. 389 ss.

⁴⁰ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 2, (Scalia, J., *dissenting*): «[t]his practice of constitutional revision by an unelected committee of nine, always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves. Until the courts put a stop to it, public debate over same-sex marriage displayed American democracy at its best». Cfr. en sentido crítico, aunque en una perspectiva cercana al pensamiento *conservative*: S.E. WALTON, "Conservatives Should Attack Obergefell's Interpretive Method, Not Its Hijacking of the Democratic Process" (September 25, 2015), accesible en SSRN, <http://ssrn.com/abstract=2667223>.

⁴¹ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 4 (Scalia, J., *dissenting*): «[w]e have no basis for striking down a practice that is not expressly prohibited by the Fourteenth Amendment's text, and that bears the endorsement of a long tradition of open, widespread, and unchallenged use dating back to the Amendment's ratification».

⁴² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 4 (Scalia, J., *dissenting*).

La *vis* polémica de Scalia se expresa, en este *dissent*, con toda su fuerza: después de haber lamentado el hecho de que, en su opinión, lo manifestado por la mayoría amenazaba con resquebrajar la credibilidad de la Corte, mellando su reputación de pensamiento lineal y análisis sobrio⁴³, Scalia denunció irónicamente la caída de nivel causada por esta sentencia, lo que parece conducir a la Corte «del razonamiento jurídico disciplinado de John Marshall y Joseph Story a los aforismos místicos de la galleta de la suerte»⁴⁴.

El juez Clarence Thomas escribió un *dissent*⁴⁵, al que el juez Scalia también se adhirió. Thomas rechazó precisamente el principio del *Substantive Due Process*; su aplicación en efecto - a su juicio - les permitiría a los jueces decidir exclusivamente en el ámbito constitucional movidos por las mismas creencias personales, y no en cambio, en coherencia con los principios fundamentales garantizados por la Constitución⁴⁶. Al hacer esto, el poder judicial se alejaría del sentido de la Constitución y, subvirtiendo los principios democráticos, exaltaría el papel de los jueces en detrimento del pueblo, del cual deriva su autoridad.

Según Thomas, la única libertad que recae bajo la protección de la Cláusula del Debido Proceso es la libertad de restricción física («*physical restraint*»)⁴⁷. En apoyo a este argumento notó, incluso, cómo durante mucho tiempo la libertad había sido entendida como libertad individual con respecto a los actos del poder ejecutivo («*governmental action*»), y no como derecho a medidas administrativas específicas («*governmental entitlement*»)⁴⁸, como las licencias matrimoniales. Thomas además sostuvo que - en su opinión - la decisión de la mayoría alteraría el orden constitucional⁴⁹ y amenazaría la libertad religiosa⁵⁰.

Por último, Thomas criticó la afirmación de la mayoría, para la cual el reconocimiento del matrimonio atribuye mayor dignidad a las parejas homosexuales. Thomas argumentó que, aunque se trata de un acto público, este de por sí no puede aumentar la dignidad, porque la dignidad es un derecho innato de la persona, del cual tampoco no puede ser privada, incluso si - con actos públicos - se ha permitido la esclavitud o se ha dispuesto el internamiento en campos de concentración⁵¹.

El juez Samuel Alito escribió un *dissent*⁵², al que los jueces Scalia y Thomas se adhirieron. Refiriéndose a la sentencia *Washington v. Glucksberg*⁵³, en la que está establecido el principio de que la Cláusula del Debido Proceso se aplica únicamente a los derechos y a las libertades que están «profundamente arraigadas en la historia y la tradición de esta nación»⁵⁴, Alito notó cómo, a su modo de ver, no es posible reivindicar ningún «derecho» al *same-sex marriage*, basándose en la pretensión de

⁴³ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 9 (Scalia, J., *dissenting*): «[t]he stuff contained in today's opinion has to diminish this Court's reputation for clear thinking and sober analysis».

⁴⁴ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 7 s. (Scalia, J., *dissenting*): «from the disciplined legal reasoning of John Marshall and Joseph Story to the mystical aphorisms of the fortune cookie». Acerca de estos dos importantes jueces de la Corte Suprema del siglo XIX, cfr. J.P. SECOLA, "The Judicial Review of John Marshall and Its Subsequent Development in American Jurisprudence", *Bridgeport L Rev.*, núm. 9, 1988, pp. 11 ss., R.K. NEWMYER, *Supreme Court Justice Joseph Story: Statesman of the Old Republic*, University of North Carolina Press, Chapel Hill - London, 1986, pp. 3 ss.

⁴⁵ Cfr. D.H.J. HERMANN, *o.c.*, pp. 391 ss.

⁴⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 2 (Thomas, J., *dissenting*): «[i]t distorts the constitutional text, which guarantees only whatever "process" is "due" before a person is deprived of life, liberty, and property. U. S. Const., Amdt. 14, §1. Worse, it invites judges to do exactly what the majority has done here—"roa[m] at large in the constitutional field guided only by their personal views" as to the "fundamental rights" protected by that document».

⁴⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 6 (Thomas, J., *dissenting*).

⁴⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 7 (Thomas, J., *dissenting*): «[i]n the American legal tradition, liberty has long been understood as individual freedom from governmental action, not as a right to a particular governmental entitlement».

⁴⁹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 13 (Thomas, J., *dissenting*): «[t]he majority's inversion of the original meaning of liberty will likely cause collateral damage to other aspects of our constitutional order that protect liberty».

⁵⁰ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 16 (Thomas, J., *dissenting*): «[h]ad the majority allowed the definition of marriage to be left to the political process—as the Constitution requires—the People could have considered the religious liberty implications of deviating from the traditional definition as part of their deliberative process. Instead, the majority's decision short-circuits that process, with potentially ruinous consequences for religious liberty».

⁵¹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 16 s. (Thomas, J., *dissenting*): «the majority goes to great lengths to assert that its decision will advance the "dignity" of same-sex couples (...). Human dignity has long been understood in this country to be innate (...) human dignity cannot be taken away by the government. Slaves did not lose their dignity (any more than they lost their humanity) because the government allowed them to be enslaved. Those held in internment camps did not lose their dignity because the government confined them».

⁵² Cfr. D.H.J. HERMANN, *o.c.*, p. 393 ss.

⁵³ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997).

⁵⁴ *IBIDEM*: «deeply rooted in this Nation's history and tradition».

esta definición. Alito criticó ásperamente a los colegas de la mayoría por haber asumido una actitud de discontinuidad con un precedente jurisprudencial y con una consolidada tradición⁵⁵.

Además, Alito defendió la posición de los estados contra los que se interpuso recurso de amparo, sosteniendo la idea de que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo es funcional para promover la procreación y para garantizar un entorno óptimo para el crecimiento de los menores⁵⁶. Alito expresó su preocupación por la posibilidad de que lo afirmado en la opinión de la mayoría pudiera ser sucesivamente usado para atacar a aquellos que estuvieran en desacuerdo con respecto a los matrimonios entre personas del mismo sexo, con el riesgo de que los mismos fueran tachados de beatonería, especialmente si se encontraran desempeñando funciones como miembros del ejecutivo, como empleados del gobierno o como personal de la escuela⁵⁷.

En conclusión, Alito expresó la convicción de que, si cualquiera que estuviera ciertamente en desacuerdo con respecto al matrimonio homosexual, habría reprochado esta sentencia; asimismo, todos los demás estadounidenses, sin importar su opinión sobre el matrimonio, habrían sentido una cierta preocupación por el excesivo poder en manos de los jueces, manifestado con la decisión en este caso⁵⁸.

2. Las cuestiones no resueltas. La aplicabilidad de la Primera Enmienda.

2.1 Valor innovador de la decisión y sus límites en el plano formal.

Un año después de la decisión de la Corte Suprema en el caso *Obergefell*, podemos suponer que los que tomaron parte en el debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en los EE.UU. y se colocaron en el filón de pensamiento *liberal*⁵⁹, tienen óptimos motivos para reputarse satisfechos por la solución adoptada.

La Corte Suprema, acogiendo la exigencia de la elaboración judicial de nuevas aplicaciones de la Cláusula del Debido Proceso y de la Cláusula de Igual Protección, ha expresado un nuevo sentido «social» de igualdad y una nueva «generación» de *Equal Protection law*⁶⁰.

La conclusión a la que la Corte llegó cierra un proceso que comenzó en 1993 con el caso *Baehr vs. Lewin* y que continuó durante más de veinte años: el final de un largo viaje destinado a liberar - en la perspectiva *liberal* - la institución del matrimonio de la «cadena de la tradición» («*the shackles of tradition*»)⁶¹.

En cambio, aquellos que, en el desarrollo de este intenso y alentador debate sobre el tema de las uniones homosexuales en el contexto del «proceso democrático» estadounidense, bruscamente interrumpido por la decisión de la Corte Suprema, se han encontrado en posiciones más conservadoras, ponen de manifiesto las muchas perplejidades por el abandono de un modelo tradicional de matrimonio heterosexual y procreativo. Además, ellos se encuentran en desacuerdo con respecto a una

⁵⁵ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 2 s. (Alito, J., *dissenting*).

⁵⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 3 ss. (Alito, J., *dissenting*).

⁵⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., pp. 6 s. (Alito, J., *dissenting*): «*will risk being labeled as bigots and treated as such by governments, employers, and schools*».

⁵⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 8 (Alito, J., *dissenting*): «*[m]ost Americans—understandably—will cheer or lament today's decision because of their views on the issue of same-sex marriage. But all Americans, whatever their thinking on that issue, should worry about what the majority's claim of power portends*».

⁵⁹ Para una reflexión acerca de los enfoques sobre la cuestión de la homosexualidad, cfr. A. SULLIVAN, *Virtually Normal. An Argument about Homosexuality*, Picador, London, 1995, pp. 20 ss. Para una sintética reconstrucción del debate entre partidarios y opositores del matrimonio entre personas del mismo sexo en EE.UU., cfr. R. GARETTO, «Presupposti per una «ridefinizione» concettuale del matrimonio. Il dibattito fra sostenitori della tradizione e fautori del cambiamento negli Stati Uniti d'America ed in Spagna», *Annali Camerino*, núm. 4, 2015, pp. 9 ss.

⁶⁰ N.D. HUNTER, «A Deer in Headlights: the Supreme Court, LGBT Rights, and Equal Protection», *Hous. L. Rev.*, núm. 52, 2015, p. 1145: «*[t]he Supreme Court is at a crossroads in its Equal Protection jurisprudence. Cases involving LGBT rights issues have identified the need for the Court to craft a new generation of Equal Protection law, if only to serve its traditional function of providing meaningful guidance in future cases. Deficiencies in current law go beyond mere lack of clarity, however. How the Court addresses the current doctrinal and theoretical shortcomings in this corner of constitutional law will help shape new social meanings of equality*» (énfasis añadido).

⁶¹ Cfr. S. STERN, «When One's Right to Marry Makes Others «Unmerry»», *Alb. L. Rev.* (próxima publicación, 2016), accesible en <http://ssrn.com/abstract=2648133> (p. 2): «*the end of a long journey to liberate the institution of marriage from the shackles of tradition*» (énfasis añadido). En esa perspectiva el autor además observa que: «*Obergefell is a contemporary peak in a seemingly endless, centuries-long clash between liberal states and diverse cultures and religions that have embraced illiberal norms*» (p.5).

jurisprudencia vinculante que, aunque modificando tan radicalmente el instituto matrimonial, no ha sabido o querido desarrollar una reflexión exhaustiva sobre la definición misma de matrimonio.

El tema de la diferencia sexual, que en sí mismo marca la definición de matrimonio en la perspectiva tradicional, ha sido eludido deliberadamente, notando simplemente que el matrimonio entre personas del mismo sexo no constituye una amenaza para aquellos que conciben el matrimonio procreativo y por lo tanto sólo heterosexual.

Esta estrategia «elusiva» despierta no pocas perplejidades, tanto en quien examina la sentencia poniendo atención a la técnica interpretativa, como en quien desarrolla su reflexión sobre el plan de la filosofía del derecho.

Más coherente parece haber sido la Corte Suprema de California en 2008, al decidir los casos *In re marriage*: admitiendo la dificultad de una extensión de la categoría «matrimonio» hasta abarcar las uniones entre personas del mismo sexo, configuró la hipótesis de establecer un término sustitutivo de alcance general que debería aplicarse tanto a las parejas heterosexuales, como a aquellas homosexuales⁶².

En el caso *Obergefell*, sin embargo, esa hipótesis no ha sido tomada en consideración y se ha preferido, en cambio, no afrontar el problema formal de modo claro. Esta es, por cierto, una elección arriesgada: se legitima una tendencia a interpretar no tanto el derecho en coherencia con los valores fundantes del ordenamiento jurídico, es decir, aquellos recogidos en los textos constitucionales, sino más bien de una manera funcional a las necesidades contingentes de los individuos.

Esta tendencia jurisprudencial ha sido cumplidamente expresada por el juez Kennedy cuando afirma que los que escribieron la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) y aprobaron la Decimocuarta Enmienda no pudieron llegar a conocer la exacta extensión que el valor de la libertad asumiría concretamente en el futuro, por lo que debemos suponer que ellos dieron el mandato a las generaciones futuras para garantizar a cada uno aquellas libertades personales que se hubieran venido a percibir como fundamentales⁶³. Pero esto significa - en términos concretos - que la Decimocuarta Enmienda dice lo que los cinco jueces, que constituyen la mayoría en la Corte Suprema, afirman en un momento determinado, y que podría ser diferente en un momento siguiente.

Es evidente que se desvincula así la pronunciación de la Corte del dato textual de la Constitución, poniendo en riesgo el presupuesto de neutralidad de la decisión. Así, en lugar de interpretar la ley en conformidad con los principios fundamentales de la Constitución, existe el riesgo de que el juez tome su propia decisión sólo sobre la base de las opciones éticas personales⁶⁴. Esta eventualidad - que se pone en relación con la técnica interpretativa de la Corte y no con el mérito de la decisión - fue ampliamente prevista en precedencia y denunciada incluso por aquellos que eran favorables a la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales⁶⁵. La decisión del Tribunal Supremo parece haber concretizado puntualmente lo temido⁶⁶.

⁶² Cfr. *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 856: «*there can be no doubt that extending the designation of marriage to same-sex couples, rather than denying it to all couples, is the equal protection remedy that is most consistent with our state's general legislative policy and preference*» (énfasis añadido).

⁶³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 11: «*[t]he generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning*».

⁶⁴ Sobre este tema, cfr. H. WECHSLER, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", en *Harv. L. Rev.*, núm. 73, 1959, p. 19: «*[a] principled decision (...) is one that rests on reasons with respect to all the issues in the case, reasons that in their generality and their neutrality transcend any immediate result that is involved. When no sufficient reasons of this kind can be assigned for overturning value choices of the other branches of the Government or of a state, those choices must, of course, survive. Otherwise, as Holmes said in his first opinion for the Court, "a constitution, instead of embodying only relatively fundamental rules of right, as generally understood by all English-speaking communities, would become the partisan of a particular set of ethical or economical opinions"*».

⁶⁵ También en el pensamiento liberal, de hecho, emerge tal conciencia: Cfr. J. DWYER, "Same-Sex Cynicism and the Self-Defeating Pursuit of Social Acceptance Through Litigation", *Smu L. Rev.*, núm. 68, 2015, p. 6: «*[t]he Supreme Court's grant of certiorari in DeBoer v. Snyder should be cause for optimistic cheer for someone like myself who strongly supports extending legal marriage to same-sex couples. Instead it occasions grave disappointment and foreboding, because the expected result - an imperious judicial command that all states reform their marriage laws - will be both unprincipled and counter-productive*».

⁶⁶ En el pensamiento conservador la denuncia de una incongruencia parecida, después de la pronunciación de la Corte Suprema, emerge de modo neto: cfr. R. ANDERSON, *Truth Overruled: The Future of Marriage and Religious Freedom*, Regnery Publishing, Washington, 2015, p. 59: «*[t]he Supreme Court's ruling in Obergefell v. Hodges is a serious setback for Americans who believe in the Constitution, in the rule of law, self-government, and marriage as the union of husband and wife. The Supreme Court has not simply decided a case incorrectly - it has damaged the common good and harmed our republic*».

2.2 La aplicabilidad de la Primera Enmienda en caso de disenso con respecto a la celebración de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

En el ámbito de proveer tutela a aquellos que están en desacuerdo con el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo a través de la Primera Enmienda, la Corte tiene presente una situación específica, la de las preclusiones religiosas en relación con la celebración de este tipo de matrimonios⁶⁷.

Sobre temas específicos, la esfera religiosa sigue teniendo una gran importancia en el proceso de *lawmaking* en los EE.UU. No es posible afrontar un discurso tan amplio en este artículo⁶⁸, por lo que sólo se harán algunas referencias sintéticas en relación al potencial conflicto que puede crearse entre la libertad religiosa y el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Algunos creen que se deberían encontrar modalidades específicas, adecuadas para preservar la libertad religiosa de aquellos que a nivel individual no acepten un matrimonio entre personas del mismo sexo y, en razón de su cargo o posición, se encuentren a obrar con sujetos que estén a punto de celebrar o apenas hayan celebrado un matrimonio de este tipo⁶⁹.

La cuestión es de particular complejidad. Hay quien ha observado, sin embargo, que los mismos términos del problema no parecen correctamente configurados, en cuanto el rechazo de un servicio público funcional a la realización de un matrimonio homosexual - a pesar de que se origine a partir de razones religiosas - parecería concretarse en la pretensión, en sí de alcance más general, de violar específicas normas que prohíban comportamientos discriminatorios con respecto a la orientación sexual⁷⁰.

Para una evaluación general, sin duda se debe tener en cuenta la posición ocupada por la persona que expresa el desacuerdo con respecto a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Puede ser, en primer lugar, una organización religiosa, o de otra entidad de orientación confesional. Esta opción ya se había tenido en cuenta específicamente en los argumentos orales del caso *Obergefell*⁷¹. El juez Roberts, que más tarde dará su voto en contra de la decisión del caso, planteó la posibilidad de que escuelas católicas pudieran ser obligadas a acoger parejas homosexuales en sus instalaciones de alojamiento para los estudiantes⁷². Del mismo modo el juez Alito, que como Roberts expresará sucesivamente voto contrario con respecto a la mayoría, evidenció la posibilidad de que - equiparando el matrimonio interracial y el homosexual - universidades y *colleges* católicos pudieran ser despojados de la exención de los impuestos reservado a las instituciones cuyo valor educativo está reconocido por el gobierno federal⁷³.

Con respecto a las hipótesis planteadas, el Procurador General Donald Verrilli, Jr. declaró que se trataba de situaciones verosímiles. Eso deja espacio a muchas opciones interpretativas, pero señala en todo caso una pauta de principio coherentemente atribuible a la aplicación predominante y extensiva de la Decimocuarta Enmienda, adoptada por la Corte en el caso *Obergefell*⁷⁴.

⁶⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), slip op., p. 27: «it must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered». Sobre este aspecto complejo, cfr. D.H.J. HERMANN, *o.c.*, pp. 380 ss.

⁶⁸ Sobre el tema, véase: M.J. PERRY, *Constitutional Rights, Moral Controversy, and the Supreme Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 189 ss.

⁶⁹ Sobre este argumento, cfr. J.M. OLESKE, JR., "The Evolution of Accommodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same-Sex Marriages", *Harv Civ Rights-Civil Lib Law Rev*, núm. 50, 2015, pp. 100 ss.; R. ANDERSON, *o.c.*, pp. 85 ss.

⁷⁰ K. YOSHINO, *o.c.*, p. 176: «[i]ndividuals who object to the simple existence of same-sex marriage on religious grounds not only have an extremely attenuated claim of harm, but also run up against the prohibition on creating civil law based on religious viewpoints. So the objection must be limited to individuals alleging a more particularized injury, such as the florist or restaurateur who does not wish to cater a gay wedding. But the real reason that such individuals are being asked to violate tenets of their faith is not same-sex marriage per se, but laws forbidding discrimination on the basis of sexual orientation».

⁷¹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), *Oral Argument*, pp. 36 ss.

⁷² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), *Oral Argument*, p. 36.

⁷³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), *Oral Argument*, p. 38.

⁷⁴ Sobre este tema, cfr. M.L. RIENZI, "Substantive Due Process as a Tway Street. How The Court Can Reconcile Same-sex Marriage and Religious Liberty", *Stan. L. Rev. Online*, núm. 68, 2015, pp. 18 s.

Otra hipótesis puede ser la de los dependientes en locales públicos, o de los mismos titulares de tales locales, en caso de que rechazaran proveer prestaciones y servicios funcionales a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo⁷⁵.

Efectivamente un episodio de tal género - inmediatamente después de la pronunciación de la Corte Suprema - ocurrió en el estado de Indiana, causando gran revuelo en los medios de comunicación⁷⁶.

Es totalmente evidente que enfatizar contrastes sobre cuestiones tan delicadas es inoportuno. Un enfoque «vive y deja vivir» («*live-and-let-live approach*») es siempre deseable y en todo caso posible en la sociedad contemporánea⁷⁷. Sin embargo, en caso de que no se pudiera llegar a una solución que garantizase a los unos y a los otros la misma esfera de libertad, haría falta encontrar una solución en el plano del derecho⁷⁸.

En el ámbito del derecho laboral existen precedentes en que, como consecuencia de un despido disciplinario en contra de trabajadores que incurren en ciertas faltas laborales graves, derivando estas faltas de preceptos de la religión practicada por los mismos trabajadores, la Corte Suprema ha aplicado la tutela ofrecida por la Primera Enmienda⁷⁹ y otros en los que eso no se ha considerado posible⁸⁰. Esta última orientación es cronológicamente aquella más reciente, y ciertamente parece más lógica y coherente con la reciente pronunciación en tema de matrimonio entre personas del mismo sexo⁸¹.

Una última hipótesis, particularmente problemática, es la de los funcionarios públicos que pudieran oponer formas de «objeción de conciencia» con respecto al procedimiento que conduce a la emisión de licencias matrimoniales a sujetos del mismo sexo. Es del todo evidente que la aplicación del principio expresado por la Corte Suprema, que según la Decimocuarta Enmienda establece el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, implica el derecho – para los sujetos del mismo sexo - de recibir las licencias matrimoniales por parte de los despachos públicos a tal fin delegados. Del mismo modo, el funcionario puede considerar inaceptable, por su propia fe religiosa, el matrimonio entre personas del mismo sexo (una «abominación») e invocando la *Free Exercise Clause* garantizada por la Prima Enmienda, puede negarse a conceder la licencia matrimonial solicitada⁸².

Se crea así un conflicto entre la Decimocuarta Enmienda y la *Free Exercise Clause*.

Algunos consideran aplicable en el ámbito matrimonial cuanto en su tiempo fue dispuesto en materia de aborto en el caso *Roe v. Wade*⁸³, en cuanto si por un lado se reconoció un derecho constitucional al recurso a prácticas abortivas, por otro lado, se quiso garantizar a aquellos que se encontraran en desacuerdo, la posibilidad de no ser forzados a proveer en ningún modo alguna colaboración con respecto al acto de tales prácticas⁸⁴. La analogía está acentuada hoy por la naturaleza

⁷⁵ J.M. OLESKE, JR., *o.c.*, pp. 100 s.: «*these exemptions would allow for-profit businesses to refuse services to same-sex couples, providing a shield from state and local antidiscrimination laws for a wide variety of commercial actors. Examples include innkeepers and restaurant owners who do not want to host same-sex weddings, bakers and florists who do not want to provide their services for such weddings, employers who do not want to extend family health benefits to married same-sex couples, and landlords and hotel owners who do not want to rent apartments or rooms to such couples*». En la misma perspectiva, sobre estas situaciones concretas, véase también S. STERN, *o.c.*, pp. 29 s. e M.L. RIENZI, *o.c.*, pp. 18 ss.

⁷⁶ M.L. RIENZI, *o.c.*, p. 18.

⁷⁷ M.L. RIENZI, *o.c.*, p. 19: «*[a]s with most other issues, our society remains capable of adopting a live-and-let-live approach in which same-sex marriage is recognized as a constitutional right, but religious dissenters are neither punished for their beliefs nor forced to violate them*» (énfasis añadido).

⁷⁸ Sobre los términos del conflicto que puede venirse a crear, cfr.: J.M. OLESKE, JR., *o.c.*, p. 148: «*one of the most passionate arguments made by religious liberty advocates today is that the religious convictions of business owners should presumptively trump laws governing the secular economy. Conceived of in those terms, religious liberty will inevitably conflict with the rights of third parties in the marketplace, whether competitors, customers, or employees. And the specific third-party right threatened by allowing businesses to refuse marriage-related services and benefits to same-sex couples is the right of those couples to receive equal protection under state antidiscrimination laws*».

⁷⁹ *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 403 (1963).

⁸⁰ *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

⁸¹ Cfr. D.B. MCKECHNIE, «Obergefell's Prescription: Why the Fourteenth Amendment Trumps State Employees' Free Exercise Claims», *ConLawNOW*, núm. 7, 2015, pp. 22 s.

⁸² D.B. MCKECHNIE, *o.c.*, pp. 24 s.: «*[t]he employee may believe, from a religious perspective, that same-sex marriage is an abomination. To be sure, the Free Exercise Clause protects "first and foremost, the right to believe and profess whatever religious doctrine one desires."* The employee may then feel compelled by his or her truly held religious beliefs to deny the same-sex couple a license» (énfasis añadido).

⁸³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁸⁴ M.L. RIENZI, *o.c.*, p. 20: «*[t]he abortion decisions both recognize a substantive constitutional right to abortion and acknowledge the diversity of opinion on the subject and the appropriateness of protecting dissenters from forced participation or support*».

sensible y emocional conectada con la temática del matrimonio homosexual, y en su tiempo con aquella relativa al aborto⁸⁵.

Difícil pronosticar si esta analogía será argumento dirimente.

2.3 El conflicto entre la Decimocuarta Enmienda y la Primera Enmienda y su posible superación.

La perspectiva correcta para resolver el conflicto potencial entre la Decimocuarta Enmienda y la Primera Enmienda no parece consistir en la subordinación de uno de los dos al otro; es en cambio oportuno interpretarlos conjuntamente a la luz de la jurisprudencia que ha conducido a su aplicación⁸⁶.

La Decimocuarta Enmienda expresa un principio *religion-neutral* de valor general; su aplicación puede ser inhibida por la Primera Enmienda sólo cuando en el origen sea detectable una animosidad de naturaleza religiosa que produzca efectos aplicativos de carácter distorsivo⁸⁷; este no parece hipotizable en el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Una solución parecida al conflicto entre la Decimocuarta Enmienda y la Primera Enmienda sería completamente coherente con la más reciente jurisprudencia expresada en materia de fe religiosa y deberes de los trabajadores, a la que ya nos hemos hecho referencia⁸⁸.

En conclusión, frente a la pronunciación de la Corte Suprema que establece un derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo, cualquiera sea la posición personal que se pueda tener sobre el tema, hace falta reconocer que queda mucho por profundizar.

Quien se sienta cercano a un enfoque más conservador indudablemente perseguirá objetivos que promuevan la consolidación de las garantías que tutelan la libertad de aquellos que, por motivos religiosos o éticos, expresen desacuerdo con la celebración de un *same-sex marriage* y por tanto deseen quedar excluidos, en caso de que razones laborales o profesionales soliciten su intervención⁸⁹.

Quien se coloca en una prospectiva *liberal* notará - a veces con particular énfasis - que todavía hay un largo camino por recorrer antes de alcanzar una concreta *equal protection* en materia de matrimonio homosexual⁹⁰.

De todas maneras, la decisión de la Corte Suprema constituye, para quien estudia el matrimonio en un contexto jurídico, un ámbito de investigación de extraordinario estímulo. El examen de la sentencia no debe ser reducido a expresar una valoración de mérito con respecto al resultado obtenido; pues, sobre un tema tan delicado y rico en implicaciones toda valoración carecerá seguramente de carácter unívoco. El análisis deberá más bien ofrecernos un estímulo para reflejar el sentido de «justicia» que ha originado tal pronunciación y sobre las nuevas perspectivas de «libertad» que de ella se originan⁹¹.

⁸⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 116 (1973): «[w]e forthwith acknowledge our awareness of the sensitive and emotional nature of the abortion controversy». Sobre el tema, véase: M.L. RIENZI, *o.c.*, pp. 20 ss.

⁸⁶ Cfr. D.B. MCKECHNIE, *o.c.*, p. 25.

⁸⁷ Cfr. D.B. MCKECHNIE, *o.c.*, p. 26: «[t]he legal dictates of the Fourteenth Amendment would only give way to the Free Exercise Clause if they were motivated by religious animosity».

⁸⁸ *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872, 879 (1990): «[t]he mere possession of religious convictions which contradict the relevant concerns of a political society does not relieve the citizen from the discharge of political responsibilities».

⁸⁹ M.L. RIENZI, *o.c.*, p. 23: «[i]f the Court recognizes a constitutional right to same-sex marriage, it should acknowledge that the same characteristics of marriage that make it special to people on all sides—its importance, its relationship to life's most profound questions, and its relationship to human dignity—prohibit government coercion on either side of the question».

⁹⁰ Cfr. A.C. INFANTI, "Victims of Our Own Success: The Perils of Obergefell and Windsor", *Ohio St. L.J. Furthermore*, núm. 76, 2015, p. 85: «[t]he Supreme Court decisions in Obergefell and Windsor have been celebrated as landmark victories for the LGBT rights movement. But (...) there is still much work to be done. These two important victories are adulterated by perils that portend the need for additional legal reforms that will rebound to the benefit of all within and without the LGBT community»; J.B. HARRISON, "At Long Last Marriage", *Am. U. J. Gender & Soc. Pol'y & L.*, núm. 24, 2015, pp. 59 s.: «[w]hat remains after Obergefell is much work to be done to build a regime of institutional formal equality that provides protection for gay and lesbian persons not just in the context of marriage, but also in the much wider context of where individuals work and where they live and where they chose to seek services. This is critical and important work that will be carried out through lobbying at the state and federal level and through the courts as increased litigation is brought in these arenas. Obergefell provides the framework and impetus of much of this work, but it is merely the beginning of the work, not the end»; D.H.J. HERMANN, *o.c.*, p. 396: «[a]lthough the opinion in Obergefell does not provide significant legal authority for further development of gay and lesbian rights, the mere fact that gays and lesbians may marry establishes their position in civil society, which is likely to lead in the future to full integration of gays and lesbians into society with all the rights and obligations of citizens».

⁹¹ K. YOSHINO, *o.c.*, p. 179: «[d]iscerning new liberties has always been, and will always be, more an art than a science. After Obergefell, we simply must».

Bibliografía

- R. ANDERSON, *Truth Overruled: The Future of Marriage and Religious Freedom*, Regnery Publishing, Washington, 2015, p. 59.
- J. CORVINO, "The Case for Same-Sex Marriage", en *id.* y M. GALLAGHER, *Debating Same-Sex Marriage*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2012, p. 64.
- J. DWYER, "Same-Sex Cynicism and the Self-Defeating Pursuit of Social Acceptance Through Litigation", *Smu L. Rev.*, núm. 68, 2015, p. 6.
- R. GARETTO, "Multiplicity of Marriage Forms in Contemporary South Africa", *E.Afr.J.Peace & Hum. Rts.*, núm. 20, 2014, pp. 68 ss.
- R. GARETTO, "Presupposti per una «ridefinizione» concettuale del matrimonio. Il dibattito fra sostenitori della tradizione e fautori del cambiamento negli Stati Uniti d'America ed in Spagna", *Annali Camerino*, núm. 4, 2015, pp. 9 ss.
- J.B. HARRISON, "At Long Last Marriage", *Am. U. J. Gender & Soc. Poly & L.*, núm. 24, 2015, pp. 59 s.
- D.H.J. HERMANN, "Extending the Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: the United States Supreme Court Decision in *Obergefell v. Hodges*", *Ind. L. Rev.*, núm. 49, 2016, pp. 368 ss.
- N.D. HUNTER, "A Deer in Headlights: the Supreme Court, LGBT Rights, and Equal Protection", *Hous. L. Rev.*, núm. 52, 2015, p. 1145.
- A.C. INFANTI, "Victims of Our Own Success: The Perils of Obergefell and Windsor", *Ohio St. L.J. Furthermore*, núm. 76, 2015, p. 85.
- A.S. LEONARD y P.A. CAIN, *Sexuality Law. 2015 Supplement*, Carolina Academic Press, Durham, 2015, p. 20.
- D.B. MCKECHNIE, "Obergefell's Prescription: Why the Fourteenth Amendment Trumps State Employees' Free Exercise Claims", *ConLawNOW*, núm. 7, 2015, pp. 22 s.
- R.K. NEWMYER, *Supreme Court Justice Joseph Story: Statesman of the Old Republic*, University of North Carolina Press, Chapel Hill - London, 1986, pp. 3 ss.
- P. NICOLAS, "Fundamental Rights in a Post-Obergefell World", *Yale J. L. & Feminism*, núm. 27 (próxima publicación, 2016), accesible en: *University of Washington School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2015-27*, pp. 30 s.
- J.M. OLESKE, JR., "The Evolution of Accommodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same-Sex Marriages", *Harv Civ Rights-Civil Lib Law Rev*, núm. 50, 2015, pp. 100 ss.
- M.J. PERRY, *Constitutional Rights, Moral Controversy, and the Supreme Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 189 ss.
- M.L. RIENZI, "Substantive Due Process as a Two-way Street. How The Court Can Reconcile Same-sex Marriage and Religious Liberty", *Stan. L. Rev. Online*, núm. 68, 2015, pp. 18 ss.
- D. ROTH, "Replacing Scalia", *Dordt College, Faculty Work: Comprehensive List, Paper 458*, 2016.
- J.P. SECOLA, "The Judicial Review of John Marshall and Its Subsequent Development in American Jurisprudence", *Bridgeport L. Rev.*, núm. 9, 1988, pp. 11 ss.
- S. STERN, "When One's Right to Marry Makes Others «Unmerry»", *Alb. L. Rev.* (próxima publicación, 2016), accesible en <http://ssrn.com/abstract=2648133> (pp. 2 ss.).
- A. SULLIVAN, *Virtually Normal. An Argument about Homosexuality*, Picador, London, 1995, pp. 20 ss.
- S.E. WALTON, "Conservatives Should Attack Obergefell's Interpretive Method, Not Its Hijacking of the Democratic Process" (September 25, 2015), accesible en *SSRN*, <http://ssrn.com/abstract=2667223>.
- H. WECHSLER, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *Harv. L. Rev.*, núm. 73, 1959, p. 19.
- K. YOSHINO, "A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*", *Harv. L. Rev.*, núm. 129, 2015, pp. 176 ss.

LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DE DIGNIDAD EN MALI

FRANCOISE BASTIEN RABNER

Magistrada y antigua Profesora de universidad
Directora de proyectos en Abogados sin fronteras-Francia

Fecha de recepción: 24 de mayo.

Fecha de aceptación: 15 de junio.

RESUMEN: En el marco del proyecto europeo titulado “Dignidad : respeto de los derechos de las personas privadas de libertad”, la ONG Abogados sin fronteras (ASF) llevó a cabo durante un periodo de dos años (septiembre 2013-septiembre de 2015), diez misiones en las ciudades malienses de Bamako, Kati y Kayes con el objetivo de fortalecer el sistema judicial mediante la difusión de la cultura del respeto de los derechos humanos. A tal fin, se realizaron distintas actividades como el asesoramiento jurídico a los reclusos, las formaciones en beneficio de todos los agentes implicados en el sistema penal, así como la celebración de mesas redondas que incluían profesionales del ámbito judicial. En un contexto de multi-crisis (institucional, humanitaria y de seguridad), el presente proyecto, cuyos destinatarios no son otros que los más vulnerables, contribuye a desvelar la urgente necesidad de fortalecer el sistema judicial maliense.

ABSTRACT: Under the framework of an European project titled “Dignity: Respecting inmates’ rights”, the NGO Lawyers without Borders (LWOB) carried out ten missions during two years in the malinese cities of Bamako, Kati and Kayes aimed at strengthening judicial system by spreading the culture of respect to Human Rights. In order to do so, different activities were performed such as providing juridical advice to the inmates, promote education to all the agents involved in Penal System as well as roundtables with professionals from the Juridical System. In a context of multiple-crisis (institutional, humanitarian and security), this project, whose recipients are the most vulnerable ones, aims to unfold the urgent need to boost malinese Juridical System.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Estado de derecho, prisión provisional, agentes implicados en el sistema penal, organización no gubernamental.

KEY WORDS: Human Rights, Rule of law, detention, criminal agents, non governmental organization.

SUMARIO: 1) INTRODUCCIÓN.- 2) GÉNESIS DEL PROYECTO “DIGNIDAD”.- 3) CONTEXTO GEOPOLÍTICO.- 4) ACTOS PREPARATORIOS.- 5) MISIONES.- 6) CONSULTAS JURÍDICAS EN PRISIÓN Y SEGUIMIENTO JUDICIAL.- 7) FORMACIONES.- 8) MESAS REDONDAS.- 9) CLAUSURA

1. INTRODUCCIÓN

La idea de la creación de una ONG tal y como es hoy en día Abogados sin fronteras (ASF) tuvo su origen en la necesidad de organizar, por parte de abogados extranjeros, la defensa de los imputados y de las víctimas del genocidio que tuvo lugar en Ruanda en 1994. Esta experiencia fundacional iniciada por Bélgica, tuvo como resultado, la emergencia de otras muchas asociaciones nacionales de naturaleza similar. De este modo, en 1998 se creó en Francia la ONG Abogados sin fronteras. Esta idea se replicó en otros países como en Dinamarca, en los Países Bajos, en Italia, en Mali, en Mauritania, en Suecia y en Suiza.

El objetivo de nuestra asociación de solidaridad internacional es actuar en aquellos lugares donde la defensa no tiene voz y contribuir al respeto de los derechos humanos. Porque el acceso al derecho y a la justicia es una condición fundamental de la dignidad humana, la ONG interviene en todo el mundo en apoyo al Estado de derecho, a la institución judicial y al derecho a un juicio justo. De este modo, ASF tiene por vocación, desarrollar en el ámbito local, una sólida armadura judicial protectora de los derechos y de la dignidad humana. Sus actuaciones se centran en fortalecer a los agentes locales en el ámbito judicial, respondiendo a sus necesidades y actuando a su lado.

Nuestras estrategias de intervención están ampliamente reconocidas y nos facilitan la confianza de los principales donatarios institucionales cuando nuestras actividades coinciden a su vez, con la voluntad política de las fuerzas presentes.

2. GÉNESIS DEL PROYECTO “DIGNIDAD”

Desde el año 2000, ASF-Mali venía organizando las “caravanas jurídicas” que garantizaban de ciudad en ciudad, y de forma totalmente voluntaria, jornadas de consultas gratuitas destinadas a suplir la falta de asistencia letrada.

Más adelante (2008) y en colaboración con ASF-Francia, nacieron las “giras jurídicas en Mali”. Éstas operaron por vez primera en las ciudades de Segou, Sikasso y Koulikoro, y consistían como su propio nombre lo indica, en *tournées* jurídicas. También incluían actividades de formación en materia de sensibilización de los instrumentos de protección de los derechos humanos para los agentes del ámbito judicial.

El gran éxito de estas actividades llevó a ASF-Francia a presentar el 12 de octubre de 2011 dentro de la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos (IEDDH), una nueva propuesta titulada “*Dignidad : respeto de los derechos de las personas privadas de libertad*”¹.

Ésta fue el resultado de las constataciones y los análisis llevados a cabo durante las consultas que se realizaron en los centros de detención malienses, y que revelaban la clara falta de conocimiento de los textos jurídicos y de los compromisos internacionales del país por parte de su población.

Con una duración de 24 meses, el proyecto, dirigido a implementarse en colaboración con los abogados de ASF-Mali en las ciudades de Bamako, Kati y Kayes, tenía como objetivo, “contribuir al fortalecimiento del sistema judicial maliense”, y más concretamente, a “incrementar el cumplimiento de las normas y de las garantías mínimas que se deberían de respetar en las personas privadas de libertad en el seno del mundo penitenciario”.

¹ Solicitando una subvención de 182.980,70€.

Los resultados esperados eran:

- Permitir a los detenidos más vulnerables, tener un mejor conocimiento de sus derechos tras haber recibido asistencia jurídica gratuita;
- Mejorar las capacidades de los agentes judiciales instruyéndoles sobre las leyes nacionales e internacionales de Mali;
- Promover, entre los responsables del cuerpo jurídico, el compromiso de un diálogo sobre cuestiones relacionadas con las detenciones, las violaciones de los derechos humanos y con el desarrollo de las buenas prácticas.

La propuesta fue estudiada y considerada en función de las necesidades locales y por ende, fue seleccionada. El inicio de las actividades comenzaron en enero de 2013. Una docena de voluntarios de ASF-Francia concretamente de Marsella , Burdeos, Toulouse , Poitiers , Lyon , París, la Rochelle y Bastia mostraron su interés por el programa.

3. CONTEXTO GEOPOLÍTICO

Debido a la guerra de independencia contra el gobierno de Mali (2012) que tuvo lugar en la región de Azawad (norte de Mali), el país se vio sumido en una profunda crisis que llevó al aplazamiento del inicio de las actividades de ASF-Mali. De enero a abril (2012), la rebelión Tuareg, encabezada por el Movimiento Nacional para la Liberación del Azawad (MNLA) y aliada al movimiento islamista Ansar Dine, atacaron distintos campamentos militares y tomaron las tres principales ciudades del norte de Mali (Gao, Kidal y Tombuctú) poniendo la unidad nacional del país en peligro.

En marzo de 2012, aprovechando la situación de inestabilidad, el capitán Amadou Sanogo perpetró un golpe de Estado provocando el derrocamiento del gobierno presidido por el presidente de la República, Toumani Touré. A pesar de que se restablecieron las instituciones democráticas, los territorios del norte quedaron, unas semanas más tardes, bajo el control exclusivo de los movimientos islamistas que impusieron la *sharia* (ley islámica).

La impotencia del gobierno en transición, provocó una solicitud de intervención a Francia, que lo llevó a cabo en enero de 2013. La operación Serval , reemplazada por la operación Barkhane, permitió contener el avance de los yihadistas y la reconquista del norte de Mali².

4. ACTOS PREPARATORIOS

En el seno de ASF, nuestro equipo apodado “grupo Mali”, al ver que las actividades sobre el terreno se encontraban suspendidas por razones de seguridad, aprovechó este plazo de tiempo para diseñar lo mejor posible y en contacto con nuestros socios malienses, los instrumentos necesarios para la realización de nuestras misiones.

Nuestra primera actividad consistió en recopilar, con mucha dificultad, las legislaciones nacionales e internacionales aplicables en el país africano. Los abogados malienses nos ayudaron a completar nuestra base de datos, concretamente con el envío de textos que no estaban incorporados en el Código Penal, como por ejemplo, la legislación sobre armas³ o sobre estupefacientes⁴. En la gran mayoría de los casos, son ellos mismos los que tienen

² El acuerdo de paz con el norte de Mali se firmó el 20 de junio de 2015.

³ Ley del 7 de junio de 1960 que fija el régimen jurídico de las armas y de las municiones de la República sudanesa.

⁴ Ley número 01-078 del 18 de julio de 2001 sobre el control de las drogas y de los precursores.

que hacer frente a la dispersión de los textos, a una codificación poco actualizada y a trabas burocráticas.

La familiarización con los textos nacionales no supuso dificultad alguna debido a la gran proximidad entre el derecho maliense y el derecho francés. Además, al igual que en Francia, Mali ratificó la casi totalidad de los instrumentos universales y regionales relativos a los derechos humanos, a la excepción notable del segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés) que pretende abolir la pena de muerte.

Con el objetivo de preparar las consultas jurídicas, elaboramos fichas que nos permitieron disponer de un patrón común relativo a la identidad y a la situación del detenido (orden de detención, progreso del procedimiento, solicitudes de puesta en libertad, condiciones de la detención).

Las formaciones que debíamos de realizar tenían como destinatarios a un público muy variado cuyo denominador común era la participación judicial en el proceso que lleva a la encarcelación. Entre el público, se hallaban una treintena de becarios, de oficiales de policía judicial (gendarmes y policías), de fiscales, de jueces, de abogados, de alguaciles y de miembros de la administración penitenciaria. La principal dificultad con la que nos encontramos fue crear un itinerario pedagógico lo suficientemente atractivo para todos y que a la vez fuera una fuente de aprendizaje duradera. Teniendo en cuenta esta limitación, y decididos a convertirlo en una ventaja, construimos un circuito interactivo, procurando organizar los trabajos en subgrupos, entremezclando las categorías profesionales y basándonos en estudios de casos que se asemejasen a la situación local maliense.

De acuerdo con los compromisos contractuales con la Delegación de la Unión Europea (DUE), elaboramos:

- Un documento que recogía el dispositivo procedimental que se impondría a los actores judiciales a medida que se iba desarrollando la investigación y la información;
- Una recopilación de extractos de los principales textos nacionales e internacionales necesarios para la realización de los ejercicios propuestos en el curso de las formaciones y utilizables en el marco de las funciones ejercidas por los participantes;
- Una recopilación de tiras cómicas destinadas a ser distribuidas a los detenidos en el momento de nuestras visitas y adaptadas casi siempre, a un público a menudo iletrado y que desconoce sus derechos elementales.

5. MISIONES

Tras evaluar la situación de seguridad en Bamako, decidimos lanzar nuestro programa en septiembre de 2013. La creación por un lado, de la MINUSMA⁵, establecida por el Consejo de Seguridad en su resolución S/RES/2100, de 25 de abril de 2013 y la celebración por otro lado, de elecciones libres que llevaría a la presidencia de la República a Ibrahim Boubacar Keïta, nos llevó a pensar que la estabilización del país y la reconciliación nacional pronto se materializarían.

La misión de “inauguración” de ASF-Malí, realizada con la ayuda de la coordinadora de ASF, permitió poner la piedra fundadora del proyecto: encuentros con representantes de

⁵ Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en Malí

nuestro donatario (DUE), de Naciones Unidas⁶, de cooperaciones nacionales activas en el sector judicial⁷, de representantes de distintos departamentos del ministerio de Justicia, con el presidente del Colegio de Abogados de Mali y con las principales organizaciones de la sociedad civil presentes en el sector de los derechos humanos⁸.

Todas estas actividades han sido llevadas a cabo conjuntamente con los abogados de ASF-Mali. Esta colaboración fue también necesaria cuando se llevaron a cabo varias entrevistas para reclutar al coordinador que trabajaría con nosotros durante los dos años de duración del proyecto *Dignidad*.

La conferencia de lanzamiento, muy mediatizada, dio el toque de salida de nuestras actividades. Las diez misiones necesarias para la realización de los objetivos del proyecto fueron repartidas teniendo en cuenta la población carcelaria: 8 en Bamako, 2 en Kati, ciudad cuartel militar próxima de la capital (Bamako), y 2 en Kayes (cerca de la frontera con Senegal). Para cada una de ellas, la semana se repartía en 3 fases: 2 días de consultas jurídicas, 2 días de formación y el último día, una mesa redonda que incluía a las autoridades judiciales.

6. CONSULTAS JURÍDICAS EN PRISIÓN Y SEGUIMIENTO JUDICIAL

Incluso contando con el apoyo del ministerio de Justicia para nuestro proyecto, y dotándonos de todas las autorizaciones requeridas y necesarias, nos sorprendió la facilidad de acceso a los centros penitenciarios malienses. Las normas y usos europeos están muy lejos de los sistemas de seguridad de los centros malienses donde aún, no se observan sistemas tan avanzados como la video vigilancia, el sistema informatizado de puertas ni el recuento digital.

Al llegar a los locales del centro de detención de Bamako, nos asombró el volumen de personas presentes y el hecho de no poder distinguir de un simple vistazo si se trataba de gente detenida, de visitantes (familia o vendedores ambulantes de refrescos o de teléfonos) o incluso a veces, de los propios funcionarios de la administración penitenciaria. Una vez realizada la visita de cortesía al regidor, nos instalamos bajo el Baobab⁹ situado en el patio de aquel viejo edificio colonial y comenzamos a realizar nuestras consultas.

La previa impresión de relativa libertad de circulación se tambaleó cuando, a escasos metros de nosotros, en un edificio se amontonaban decenas de detenidos, arrestados en masa al norte del país y transferidos a Bamako. Sólo una reja les proporcionaba un poco de luz y la contemplación de otros reclusos cuyo régimen penitenciario era más favorable. A pesar de nuestras peticiones y de la fuerte cooperación de la administración penitenciaria, nunca pudimos acceder a estos reclusos ni a sus fichas de arresto. Construida en los años cincuenta para una capacidad de 500 reclusos, este centro de detención ha tenido que hacer frente a la afluencia masiva de los prisioneros que llegaban desde el norte del país alcanzando los 2.000 presos. En la inmensa mayoría de las celdas, estos presos apenas pueden tumbarse boca abajo y los menos aventajados, pasan la noche

⁶ MINUSMA, OCAH (Oficina de la ONU para la Coordinación de Asuntos Humanitarios), (PNUD) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

⁷ Canada, Suiza, Países Bajos, Francia y Suecia

⁸ Asociación maliense de derechos humanos, Comisión nacional de derechos humanos, Amnistía Internacional, Comité Internacional de la cruz roja, Oficina Internacional Católica de la Infancia, DE-MESSO.

⁹ También conocido como el árbol del pan del mono. Tradicionalmente, hace referencia a un lugar de reunión donde, a la sombra de este árbol, se debatían sobre asuntos de sociedad, de política, etc.

en el pasillo central. Este apiñamiento genera problemas de salud, como la epidermis tal y como pudimos comprobarlo de primera mano.

Junto a estas duras condiciones físicas para los reclusos, se añade el desconocimiento de sus derechos. A pesar de la adopción de una legislación sobre la asistencia jurídica¹⁰, los detenidos, en su gran mayoría desprovistos de recursos económicos, no tienen acceso a un abogado.

Para la puesta en marcha de nuestras consultas, priorizamos a los reclusos más vulnerables en función de su estado de salud, de su situación de pobreza, de su edad e incluso de su estado de aislamiento en prisión. En Kayes, a diferencia de Bamako, no se observan bloques de celdas que hagan la distinción entre las mujeres y los menores por un lado, y los hombres por otro lado. Pedimos poder verlos a todos y lo logramos. Para evitar la promiscuidad entre las detenidas mujeres y los reclusos hombres, éstas se pasan el día cerca de los vigilantes y de los regidores no muy lejos de la administración local, situada en el exterior de las instalaciones penitenciarias. Esta solución fue ideada por el regidor con el objetivo de asegurar la seguridad de esta población vulnerable. A pesar de los posibles riesgos de fuga, nunca jamás se ha producido alguno.

Es la ingeniosidad humana la que en la mayoría de los casos compensa la miseria institucional. Así en Kati, el regidor instaló un huerto en el exterior del recinto penitenciario en el que trabajan por turnos, los detenidos que pueden gozar de una alimentación menos deficiente. En ese mismo recinto, debido a la falta de vehículos de servicio, los vigilantes conducen a los detenidos a la audiencia/vista con sus motocicletas personales...

Por otro lado, en Bamako, en aras de separar a los hombres de las mujeres, de ofrecer un marco más flexible de encarcelamiento a los más vulnerables y por último, de favorecer la reinserción, en 1998 se crearon los centros de detención, de reeducación y de reinserción para mujeres y para menores de Bollé. A pesar de que las infraestructuras ofrecen una mayor comodidad, la ausencia de una política socio-educativa eficaz conduce sin embargo, al abandono por parte de los interesados.

El hacinamiento carcelario es causa, en parte también, por la severidad del Código Penal. Por ejemplo, el robo se materializa, y por tanto es de naturaleza criminal, desde que existe una circunstancia agravante guardando relación con la reunión de dos personas o la circunstancia de la víctima (como el empleador o uno de sus visitantes¹¹). En lo que concierna a las mujeres, un gran número de las detenidas son procesadas por infanticidio e ingresadas en prisión preventiva. La falta de un sistema contraceptivo eficazmente desarrollado y la posibilidad del recurso al aborto, hacen que estas mujeres maten a sus hijos recién nacidos para no ser rechazadas por su comunidad por haber dado a luz a un niño fuera del matrimonio.

Todas estas situaciones tan complicadas, nos condujeron a pedir a la DUE una modificación de nuestro contrato para que nos permitiese realizar el seguimiento judicial de los detenidos. La extensión del contrato fue aceptada sin dificultad alguna por su relevancia. De este modo, los abogados de ASF-Mali pudieron desarrollar actividades de defensa penal en beneficio de una población desamparada y consiguieron en muchos de los casos, poner fin a situaciones de ilegalidad como la ausencia de una orden de detención o a obtener decisiones judiciales en plazos más razonables.

¹⁰ Ley del 24 de agosto de 2011 y decreto del 6 de octubre de 2006

¹¹ Artículos 253 a 256 del Código Penal

7. FORMACIONES

La prevalencia de la detención provisional, el exceso en los plazos de retención policial y/o de detención, lo cual en muchas ocasiones se ejecuta sin ningún tipo de orden regular, los olvidos o la imposibilidad material de extracción que privan a los acusados de audiencia o incluso la corrupción, justifican nuestras actuaciones dirigidas a la formación de los agentes implicados en el sistema penal.

Estas actividades tuvieron un gran éxito entre las personas que trabajaban en el sector judicial, muy a menudo privadas de documentación y de herramientas informáticas. Además de ser consideradas una fuente de conocimiento, estas jornadas permitieron un diálogo fructífero entre los distintos cuerpos profesionales, permitiendo interrogarse sobre las prácticas diarias, reflexionar sobre los conceptos de vulnerabilidad, de privación de libertad o incluso de dignidad, y a trabajar en la implantación de textos nacionales e internacionales a partir de textos similares extraídos de la realidad sobre el terreno.

Las evaluaciones que se propusieron al final de las formaciones, permitieron medir la sed de aprendizaje y la voluntad de apropiarse de las reglas jurídicas¹². Testimoniaron además, la voluntad de los participantes de desarrollar unas prácticas de calidad al servicio de la dignidad del imputado desempeñando solamente el carácter punitivo dentro del respeto del principio de legalidad.

8. MESAS REDONDAS

En la continuidad de las actividades anteriormente evocadas, y conforme al compromiso contractual que vincula ASF con su proveedor de fondos, invitamos tras la conclusión de cada una de las sesiones, a las altas esferas del ámbito judicial, a los primeros presidentes, a los fiscales generales, al decano del Colegio de Abogados de Mali¹³, a los directores administrativos del ministerio de Justicia, a los regidores de prisión, y a los oficiales de policía y de gendarmería a examinar las disfunciones percibidas en las detenciones o puestas de relieve durante las formaciones¹⁴. Nos sorprendió particularmente la sinceridad percibida en las mesas redondas, permitiendo abordar muy especialmente, el problema de la corrupción.

Precisamente, son de estos debates de donde nacen las propuestas destinadas a garantizar el respeto de los derechos de las personas privadas de libertad, cuya síntesis toma la forma de una carta de “buenas prácticas” elaborada siguiendo el procedimiento oficial: investigación y custodia, prisión preventiva, audiencia del juicio y sentencia.

Este documento, así como un inventario de los establecimientos penitenciarios visitados, han sido ampliamente difundidos en beneficio de la comunidad jurídica de Mali.

9. CLAUSURA

La conferencia de clausura tuvo lugar en Bamako el 11 de septiembre de 2015 en la presencia del jefe de cooperación de la DUE, del representante del ministerio de Justicia, del Decano del Colegio de Abogados y del director nacional de la Administración Penitenciaria.

¹² A lo largo de los dos años de duración del proyecto, el contenido pedagógico ha ido variando con el fin de responder mejor a las demandas de los estudiantes; de este modo, se ha ido centrando poco a poco en los derechos de los menores

¹³ Órgano colegiado nacional que cuenta con 340 abogados cuya mayoría se encuentran instalados en Bamako

¹⁴ Especialmente en lo relativo al incumplimiento de los plazos en los procedimientos y que llevan a detenciones ilegales

Más allá del balance cuantitativo¹⁵ del que dimos cuenta, la asistencia de numerosas personas al cierre del proyecto, testimonió el impacto de este programa en el seno de los actores implicados en el ámbito judicial y de la sociedad civil. Entre los asistentes, se hallaban desde agentes de la cadena penal, miembros de la administración penitenciaria, miembros del ministerio de Justicia, de la MINUSMA, hasta numerosos representantes de la sociedad civil, particularmente de las asociaciones y de las ONG trabajando para ASF en beneficio de los derechos humanos¹⁶.

El éxito de esta conferencia puso de relieve la visibilidad de nuestras actividades y la importancia del fortalecimiento del sistema judicial maliense. Nos permitió además, reforzar los lazos con otros actores de la sociedad civil también comprometidos con la defensa de los derechos humanos. Concluimos la conferencia resaltando la necesidad urgente de aunar nuestros esfuerzos, llevando a cabo programas concertados y complementarios. Cabe recordar que los primeros Marcos Estratégicos de la Lucha contra la Pobreza (CSLP) se elaboraron por el Estado maliense sin una auténtica respuesta conjunta con la sociedad civil. No obstante, desde el año 2000, se ha venido imponiendo de manera progresiva, la idea de la necesidad de un diálogo entre la sociedad civil y el Estado. Esta colaboración fructífera en beneficio del fortalecimiento de la democracia es uno de los resultados visibles de nuestra actividad durante estos dos años de proyecto.

Por último, el éxito de este programa no debe ocultar la finalidad última de nuestras actividades, las cuales se traducen en la inutilidad de nuestro apoyo. Así, es nuestra esperanza que nuestros compañeros de ASF-Malí puedan, en un futuro próximo, llevar a cabo con total autonomía, sus actividades de asistencia en beneficio de los más vulnerables. Pero para ello, Mali debe previamente modernizar su sistema judicial¹⁷, única llave de acceso a la paz social y al desarrollo.

¹⁵ 1040 consultas expedidas, 208 detenidos defendidos por un abogado, 216 agentes de la cadena penal formados, 72 participantes en las mesas redondas.

¹⁶ El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Prisioneros Sin Fronteras (PRSF), la Asociación de Jóvenes Abogados Malienses (AJAM), la Oficina Internacional Católica de la Infancia, Freedom House, ASF-Canadá

¹⁷ Después del Programa Decenal de la Justicia (PRODEJ) adoptado en 2000, las autoridades malienses pusieron en marcha el Programa de Apoyo al sector de la Justicia en Mali (PAJM) (2014-2018)

EVENT REPRESENTATION AND LEGAL DISCUSSION: NOVEL LINGUISTIC THEORY PROVIDES FRAMEWORK TO IDENTIFY GRAMMATICAL TACTICS AT THE SERVICE OF LEGAL AUTHORS' GOALS

PAULA DELGADO LOCKHART

Licenciada en Traducción Jurídica. Profesora Asistente de Traducción Jurídica III – Universidad de Montevideo. Ex Profesora Asistente de Análisis del Discurso con Lingüística Sistémico Funcional – Universidad de Montevideo

Fecha de recepción: 24 de mayo

Fecha de aceptación: 30 de junio

RESUMEN: El presente artículo pretende introducir a los profesionales del Derecho los conceptos básicos de la Lingüística Sistémico Funcional, una teoría que permite adquirir conciencia de las decisiones gramaticales que de lo contrario se suelen tomar automática y subconscientemente. A su vez, la teoría permite entender cómo la gramática actúa sobre nuestra percepción de los hechos a nivel subconsciente. El resultado de tener estos conocimientos consiste en una toma de decisiones gramaticales más apropiadas y eficaces para el cumplimiento de los objetivos de cualquier texto, jurídico o no. El artículo también reflexiona sobre el impacto que podría causar el estudio de textos jurídicos desde la perspectiva de la Lingüística Sistémico Funcional en la práctica del Derecho, lo cual jamás se ha llevado a cabo aún.

ABSTRACT: This article introduces to legal practitioners the basic concepts of Systemic Functional Linguistics, a theory which enables language users to make all otherwise subconscious grammatical decisions conscious, and also become aware of how grammar subconsciously shapes their perception of events.. Knowledge of this theory should enable them to make more appropriate and effective grammatical choices for fulfilling the purposes behind any text (legal or not). The article also discusses the potential impact that studies on legal texts from a Systemic Functional Linguistics approach could have on the practice of Law; no studies of the like have ever been conducted.

PALABRAS CLAVE: Redacción de textos jurídicos, Derecho, Lingüística Sistémico-Funcional, Análisis del Discurso, Argumentación.

KEY WORDS: Legal writing, Law, Systemic Functional Linguistics, Discourse Analysis, Argumentation.

SUMARIO: 1. Introduction – 2. The theory explained – 3. Analysing grammar with SFL: the three strands of meaning structured into clause – 4. Analysing grammar with SFL: relevant grammatical aspects to look for in legal memoranda – 4.1 Grammar to construe ideational meaning – 4.2 Grammar to construe interpersonal meaning – 4.3 Grammar to construe textual meaning – 5. Conclusions – 6. Bibliography

1. INTRODUCTION

Bibliography on legal narrative and argumentation for drafting effective and compelling statements of facts and legal arguments already exists in abundance. However, at present, all of them fail to include the discoveries revealed by a novel Linguistic theory, called *Systemic Functional Linguistics*, which provides the theoretical framework to deconstruct any text or discourse for uncovering underlying *assumptions*, *tactics* and *ideology* contained in every text, *through its grammatical choices*. All this “concealed” information escapes the awareness of ordinary readers, as opposed to that of readers who master this theory, as the theory provides the tools to bring to consciousness the way in which this “hidden” information is realised and crafted into text *through grammar* to serve the authors’ purposes. This article will introduce the very basic concepts of SFL (Systemic Functional Linguistics) in plain language –for non-linguists–, and finally encourage practicing lawyers to suggest that studies on legal texts in the light of SFL be conducted, with a view to discovering patterns of grammatical choice in i.e. winning cases as opposed to those of losing cases.

Systemic Functional Linguistics were developed by linguist Michael Halliday, a professor and researcher whose career includes work at Universities such as Cambridge, Macquaire, Sydney, London, Beijing, Illinois, among others. The very first publication on SFL, written by him and revised by Christian M.I.M. Matthiessen, was called “*An Introduction to Functional Grammar*”, and since it was released in 1985, its proposed conception of language and approach to Discourse Analysis is rapidly expanding across diverse human fields of knowledge.

Currently, studies applying SFL are being conducted to analyse Political discourse (Butt, Lukin and Matthiessen, 2004), Media discourse (White 2004), History discourse (Martin and Wodak 2003), among other related fields, revealing *how* the grammatical construal of “reality” aids the fulfillment of the author’s goal, and, on occasions, even serves a covered agenda. The theory provides the tools to argue how there is no such thing as an objective text.

“*It is not that language can be used ideologically; it is that the very use of language is ideological. This is because the use of language necessitates choices between different modes of meaning*” (Hasan, 1996: 34). Applied SFL brings to light in a scientific and statistical manner the way in which authors’ supposedly objective or alleged factual portrayal of reality is actually charged with their vision, subconscious assumptions, culture, world vision and subjectivity in general, *through grammatical choices* and how all this is structured at the service of their goals.

Lawyers may not be interested in uncovering *ideological* positions encoded in text, but rather, in how the opposing party uses grammar to construe their vision of a given situation in a manner that it fits into a certain legal definition or that it falls within the scope of a certain provision they argue should apply. Becoming aware of such tactics would constitute an advantage to lawyers when it comes to finding any weak argumentation that would otherwise be overlooked. No narrative nor argumentative aspects of legal memoranda escape the potential undermining they may be subjected to when performing an SFL analysis on them.

Analysing texts with SFL enables readers to:

1) Become closer to the true event or series of events, as described in their “raw” terms –that is to say, with the least possible grammatical manipulation;

2) Identify contending parties’ tactics in their use of language to fulfil their underlying goals; become aware of any hidden goals; become aware of our own legal texts’ flaws or weak points which may be otherwise identified by the opposite party;

3) Trace logical relations between events and ideas in text, of which we often lose track in lengthy memoranda, and check whether said logical relations are accurate when tallied with the events described, or whether they have become mistakable or misleading.

In view of all this, if SFL studies were conducted on a good sample of legal memoranda –as is currently being done with political, historical and media texts–, the results could be used to the advantage of all legal practitioners, and serve the actual achievement of Justice through the practice of Law.

2. THE THEORY EXPLAINED

Upon the happening of an event, there are multiple ways of structuring it into a clause and subsequently into a text to *construe* it. The choice of how to reconstruct that event in terms of grammar will be determined by multiple contextual factors: who we are addressing it to, why we want to address it to this person, what we seek to do with that information, what reaction we intend to cause to our addressee or what action we want them to take, what background information we know, what emphasis we want to put on one aspect of the event or another, how we perceive the event itself due to psychological, emotional and cultural biases, among other countless factors.

Most of these choices take place subconsciously, without us noticing it. This is because “...*most language users have not been educated to identify ideology in text, but rather to read [and produce] texts as natural, inevitable representations of reality*” (Eggins, 2004: 11). Knowing SFL makes us aware of these choices and how we could change them to better align them to their purposes.

The power of language, usually underestimated, is as strong as to lead addressees to taking action that they would deem unthinkable.. If the purpose of legal memoranda is to “...*persuade the audience—i.e., the judge or judges who will be deciding the case*” (Lacovara, 2008: 282), defending one vision’s of the facts is crucial, and grammar is key to define our audience’s perception of events. “...*Grammar has a particular power, because it lies beneath the threshold of consciousness. Whereas words – such as “terrorism” – have been consciously debated and attended to...discourses has been much more consequential, but much less analysed or reflected on. It is this view of grammar – of grammar as a covert operation – which we bring to bear in this article on the consequences of forms of discourse for the construction of reality...*” (Butt, Lukin and Matthiessen, 2004: 270).

This is so to the extent that linguistic construction of reality has been proven to play a key role in the justification of genocidal acts during the Second World War, as resulted from the work of philologist Klemperer, “...*who kept a careful account of the deep habituation of Nazi thinking through the automatization of their linguistic formulations (Klemperer 2001)*” (Butt, Lukin and Matthiessen, 2004: 28). Judges, juries, arbitrators or whomever the legal texts may be addressed to, do not escape the impact produced by grammatically well-crafted texts.

3. ANALYSING GRAMMAR WITH SFL: THE THREE STRANDS OF MEANING STRUCTURED INTO CLAUSE

The theory poses that every clause realizes three types of meaning simultaneously: “ideational”, “interpersonal” and “textual”. “*In...one clause...we are actually making three types of meaning simultaneously. We are able to do so because there are three kinds of simultaneous grammatical structures working in any English clause*” (Eggins, 2004: 120). This threefold unraveling of meanings happens first at the clause level, and then at text level. It is when we analyse the three meanings at *text* level, which is done

by obtaining **statistics** from a prior clause-by-clause analysis, that the patterns of grammatical choice arise.

In broad terms, “ideational meaning” refers to how *participants* of the action, state, idea or event expressed are represented, to the “*process*” (the “action”) itself and to any additional *circumstances* which may be included. To interpret ideational meaning, there are several key questions to be asked: : what grammatical *roles* is each participant given in the clause when representing a certain process? What *types* of verbs are used to represent the event? (SFL classifies verbs or “processes” into Material, Relational, Mental, Existential and Verbal, each producing a different impact in the portrayal of the event)). Representing an event using one type of process or another may portray one same event in two extremely opposite manners. Each type of process and the allocation of participant roles is crucial in the construction of the event and the participants themselves. This point will be further developed in section 4.1.

“Interpersonal meaning” refers to the type of relationship that is established between the message producer and receiver, mainly in terms of power, distance and affective involvement with the addressee *and* with the ideational meanings created. This includes the presentation of events whether as factual or as an opinion, which is achieved by certain grammatical choices that are key to SFL analysis. The *mood* and *modality* systems place the author in different positions in respect of the audience and in respect of the ideational meaning construed; based on mood and modality choices, an author may place themselves in a position of authority in respect of the audience, portray themselves as savvy in the matter discussed, present information as purely factual, or show themselves emotionally involved with or detached from the matter discussed, all at their convenience. All this, if well achieved, leads the audience to subconsciously believing that they belong in the role which *the author has assigned them*, which, in addition, may result in a minor inclination towards critical thinking in respect of the ideational meanings produced. Relevant matters of interpersonal meaning will be elaborated in section 4.2.

Lastly, “textual meaning” refers to the logical relations within and between clauses in a text. Ideas, concepts, events and arguments are tied logically by explicit or implicit grammatical indicators, which guide the reader in their understanding of ideational meaning. Textual meaning at clause level is achieved by the choice of *what* information to include in the “theme” of the clause, and what information to take into the “rheme” – “*theme*” being the point of departure of the clause, assumed as shared knowledge between author and audience or an already discussed matter, and “*rheme*” being the new information supplied about that theme. Thematic patterns throughout the text are particularly relevant in the highlighting or relegation of certain information in text. With regard to logical relations *between* clauses, SFL identifies three types of logical relations - “elaboration”, “extension” and “enhancement” – all of which will be developed in section 4.3.

4. ANALYSING GRAMMAR WITH SFL: RELEVANT GRAMMATICAL ASPECTS TO LOOK FOR IN LEGAL MEMORANDA

“If language can be used to defend one version of reality, then, by the same token, it can be used to examine the very reality created by its own power” (Butt, Lukin and Matthiessen, 2004: 288). Even though a proper SFL analysis can only be conducted by linguists whomaster the theory, this section is intended to point out some key grammatical tactics that are used in the construction of all three strands of meaning and which are likely to appear in the specific “genre” of legal memoranda.

Please note that this section constitutes a very elementary synthesis of what SFL analysis does, and by no means does it cover even half of the extent to which SFL analysts go to when applying SFL tools to analyse texts. The following subsections will

outline a few grammatical aspects which readers, non-experts in the matter, may from now onwards attempt to identify when *reading* and also *drafting* legal texts.

4.1 Grammar to construe ideational meaning

Ideational meaning is construed by structuring participants, processes and circumstances into each clause. The following simple clause will be used as an example throughout this section:

“Claimant delivered the goods on time”.

On this clause, the “participants” (which are always nominal groups in the position of “subject”, “direct object” or “indirect objects”, as called by traditional grammar) are “*Claimant*” and “*the goods*”. The process is “*delivered*” (processes are always realised by what traditional grammar would call “conjugated verbs”), and the circumstance is “*on time*” (circumstances are realised by an adverb or adverbial group, a prepositional phrase or even another “rank-shifted” clause).

Focusing on participants first, all texts contain *many* participants, thus, it is convenient to identify first which are the *main* participants so that they can be traced throughout the whole text, and then find out in what ways they are referred to, and particularly, *what grammatical roles they are assigned* by the author, and *what types of processes they are paired with*. The question to be asked is: what types of processes does each participant carry out?

A study conducted by Butt, Lukin and Matthiessen on former US President Bush’s speeches demonstrated how the grammatical construal of ideational meaning served to create the figure of “terrorists” in the population’s mind, which would serve as justification of the actions that would be taken by the government in the future, and how this was precisely done by the choice of his participants’ grammatical roles: *Bush presents an asymmetrical world...and this asymmetry is mainly expressed in the consistent allocation of grammatical roles...* (Butt, Lukin and Matthiessen, 2004: Abstract).

The statistics of which participants carry out which types of processes throughout a text speak loud about how the author wants each participant to be portrayed before the audience. Allocation of participant roles in the processes is key to conveying the factual background of any story, including the “story” told in the statement of facts of a memorandum. Construing the “factual” information in a way that convincingly justifies that a certain action should be taken is a key guiding factor for grammatical choice, and it is thus a key target of SFL analysis. Following an SFL analysis, it is possible to *sketch* the facts described with the least possible grammatical manipulation, probably with the aid of other semiotic systems which realise meaning in a more accurate and easily understandable manner (e.g. visual modes).

In terms of *process classification*, in addition to the SFL classification of processes into Material, Mental, Relational, Existential and Verbal (to be expanded on later), readers may also classify processes *semantically*, i.e. in terms of whether the processes carried out by each participant that have a *positive* or *negative* connotation in the author’s and reader’s culture.

Regarding participants, another question that should be asked is *what the semantic nature* of participants is. Are they people, objects, nominalizations, abstract concepts, collective nouns, abstract nouns, concrete nouns? Choosing to portray an event by mentioning the human participants produces a different impact on the reader than portraying that same event using more “detached” participants, such as abstract concepts, nominalizations or collective nouns. (This is also related to the author’s intended affective involvement, which belongs to the interpersonal analysis and will thus be elaborated in the corresponding section). Any event may be represented by using a

high percentage of abstract or collective nouns as participants or by bringing living participants to the spotlight. This is a choice that will be, as usual, determined by contextual factors and authors' implicit goals, and which is worth questioning.

As the term “nominalization” was mentioned, a basic definition should be provided: “nominalization” refers to packing an event or process into a noun, so that it can become a participant that e.g. *causes* something to happen, *results from* some other participant's action, or *about which the author can predicate* (provide more information about it). Nominalization is a tricky grammatical resource: every time a nominalization is produced, information is lost, and it is the author's decision to choose what information may be dropped from the nominal group that represents the nominalized process. This is one grammatical resource that authors may use to highlight certain aspects of an event and demote others, almost deleting what they deem unimportant or information which, at their convenience, should better appear in a less prominent position. For example, in the example clause “*Claimant believed Respondent's explanation for the late payment*”, the nominal group “*Respondent's explanation for the late payment*”, implies two processes *have* taken place: 1) “*Respondent paid late*” and 2) “*Respondent explained to Claimant why he paid late*”. As these two process have been nominalized, they are “taken for granted”, and no reader usually stops to analyze the processes behind any nominalization. This example may appear minor, because the clause is simple and basic, but when this resource is repeated throughout a text and with much more complex clauses, it it subconsciously draws the reader's attention to one aspect of the event and not others. A critical reader should thus question what reasons may lie behind author-made nominalizations.

Another grammatical resource to relegate information to a less identifiable position is the resource of “rank-shifting”. This consists on “shifting” entire clauses to *participant positions* (“embedded clauses”) or *circumstantial positions* (“subordinate clauses”) within a main clause. When clauses are rank-shifted, they are more easily overlooked, as readers tend to move on to the main process. Rank-shifted information may contain information that is taken for granted and which one should actually question; SFL precisely advocates for not taking any information in text for granted, regardless of the grammatical position it is given. It is in the information that is relegated or demoted where hidden goals and tactics may be mostly found.

Regarding the “analysis” of *processes*, SFL mainly identifies five types of them: “Material processes” are semantically close to “action verbs”; “Mental processes” are those occurring inside the human mind, such as thinking, feeling, perceiving, and processes of the like; “Existential processes” simply state the existence of a participant (“There is...There are” and their synonyms); “Relational processes” are used to *define* participants and *attribute* characteristics to them; and lastly, “Verbal processes” are those representing the action of saying, expressing or quoting. Each type of process has its own characteristics, and choosing between using one or another to convey ideational meaning determines the reader's understanding and perception of the events described, as well as their potential affective involvement.

Statistics of which types of processes are used throughout the text also yield useful information. What types of processes are used on each stage of the text, for what purposes, with which participants, are all questions to be asked regarding processes. Also, each type of process has its own “tricks”. For example, one typical grammatical resource to view an event from one intended perspective is found in the *reversibility* of Mental processes: in the example “*Claimant believed Respondent's explanation for the late delivery*”, the same ideational meaning could have been conveyed using another Mental process which simply changes the spotlight of each participant and the degree of agentivity or responsibility of each participant in the process described: “*Respondent's explanation for the late delivery convinced Claimant*”. Reversibility of Mental processes are ideal for leading the reader in the assignment of liabilities for the events described. Also regarding Mental Processes, it is worth noting that their participants are called “Senser” and “Phenomenon”. As “Phenomena” are usually nominalizations, they should

be particularly attended to, considering the risks in terms of omission of information that all nominalizations entail.

Lastly, regarding “circumstances”, SFL identifies 12 main types of circumstances to enhance the construal of ideational meaning. As circumstances are grammatically disposable, they may seem to have less relevance. However, patterns on the use of circumstantial adjuncts may reveal quite valuable information, as information conveyed as “circumstances” provides information on “reason”, “purpose”, “temporal extent”, “location”, “manner”, “angle”, “quality”, “contingency”, “condition”, among other types of enhancement, of the main process. SFL teaches not to be misled by the fact that certain information is encoded in secondary and seemingly disposable grammatical positions; this information must be also subject to a critical questioning.

All in all, SFL studies meaning created in text in the light of *how it could have been otherwise expressed*. It studies the “meaning potential” or the possibilities of expressing one same meaning as opposed to *the actual choice made*. The reason for making one choice instead of another is not innocent, and the answers to *why* an event was expressed using certain grammatical resources and not others lie in *contextual factors*. Thankfully, these apparently hidden motives leave their trace in grammar, and they are subject to deconstruction by SFL.

4.2. Grammar to construe interpersonal meaning

Interpersonal meaning may be analysed in terms of: 1) the *type* of relationship between text author and audience, as created by grammatical choices; 2) the “*relationship*” between the author and the *ideational* meanings construed.

Mainly two grammatical systems realise interpersonal meaning: one is the system of “*Mood*” and its relation with “*Speech Acts*”, and the other one is the system of “*Modalization*”.

The system of Mood does not differ much from the one on traditional grammar. “Mood” is realised by the ordering of Subject, Finite, Objects and other Complements into the clause [Predicator]. In English, a clause is in Declarative Mood when the order its constituents is Subject + Finite (“conjugated verb”) + Predicator; in Interrogative Mood when the order is Finite + Subject + Predicator; Imperative Mood takes place when the Predicator comes first, preceded or not by the Vocative; and lastly Exclamative Mood is realised by any *what* or *how* pronouns + Complement/Adjunct + Subject + Finite.

“Declarative mood clauses typically realize statements. Interrogative mood clauses typically realize questions. Imperative mood clauses typically realize directives. Exclamative mood clauses typically realize exclamations”. (Lock, 2005: 189).

Statements, questions, directives, commands, offers, advice, are all “Speech Acts”. Even though each Speech Act is typically realised by one specific Mood, it is always possible to produce “Indirect Speech Acts”, each having a specific effect on the interpersonal meaning created. An example of this is the case of “*Declarative directives*”, as in “*Claimant is required to suspend works immediately*” -instead of “*Suspend works immediately*”, which would be the *direct* way of realizing that interpersonal meaning. Another example is the use of “*Interrogative directives*”, such as “*Could the witness explain what he saw on Tuesday 21 May?*”, instead of “*Explain what you saw on Tuesday 21 May*”. These types of “grammatical metaphors” soften any relation of authority existing between author and the audience, or else aid to create it.

Obtaining statistics regarding the proportion of Direct or Indirect Speech Acts speaks loud about what position the author puts themselves in respect of the audience. The roles of author and audience could already be culturally assigned, and if so,

grammatical construction should follow the cultural expectations of how each person in a given position is supposed to treat another. These kinds of contextual or cultural factors should always be borne in mind when making these types of grammatical decisions: how are people supposed to address each other in the target audience's culture, based on their position? And specifically in the case of a legal proceeding, will the judge or arbitrator expect me to sound authoritative in my pleadings, or will doing so precisely turn against me? These are particularly sensitive aspects to bear in mind when dealing with intercultural cases.

Interpersonal meaning is also construed by the system of "Modalization". This has to do with the grammatical resources used to make e.g. statements appear to be certain or less certain, factual or opinion-like, or making directives stronger or milder. There exist grammatical resources to present information as certain (between polar clauses stating "this is so" or "this is not so", there are "modalized" clauses, stating "this could be so", "this may be so", "this is so if [condition]", e.g.). The difference between portraying ideational meaning using adjuncts of Modality or not also aids in the assignment of author's and audience's roles: a text containing a high proportion of unmodalized statements construes the author as a supplier of factual information, as "knowledgeable" of the ideational meanings created and thus could be less likely to be challenged. It is always easier to challenge an opinion than a "fact". Modalizing Declarative Directives, as in "*Action should be taken to compensate the damage caused*", also helps presenting information as a statement or fact, instead of as a requirement. The adjunct chosen for these types of constructions realizes the degree of requirement (compare "should" versus "must"), which aids the construction of the author's role both in respect of the audience and in respect of the ideational meaning.

Another aspect to be considered when construing interpersonal meaning is that: "*Most judges, whether at the trial or appellate level, are generalists. They are called upon to decide a very broad range of legal issues and, as a consequence, seldom have the luxury of becoming an expert on any. By contrast, many lawyers have limited their practices to one or a few areas and can legitimately claim deep expertise in those areas. That expertise can be a double-edged sword. Although the value of an encyclopedic knowledge of a complex area of law (such as tax, patents, government contracts, or antitrust) is obvious, lawyers with such knowledge are sometimes susceptible to omitting necessary background material, bogging down in the minutiae, and/or slipping into jargon that is incomprehensible to someone who has less familiarity with the field*" (Lacovara, 2008: 286). Based on this, it could be suggested that the author's construction of themselves as an expert in the matter should be realised not only by a high degree of *technicality* in the ideational meaning construal, but also, or rather, by their interpersonal meaning choices, using the resources of Mood and Modality. This, however, would be better backed up by an actual SFL analysis on a good sample of legal memoranda, which currently does not exist.

4.3. *Grammar to construe textual meaning*

Textual meaning within clauses is realised by the decision of what information to place in the "Theme" of the clause, and which to place in the "Rheme". As better explained by Halliday himself, "*Theme is the element which serves as the point of departure of the message; it is that which locates and orients the clause within its context. The remainder of the message, the part in which the Theme is developed, is called...the Rheme*" (Halliday, 2004: page 64). Each *Mood* has an unmarked thematic structure, and the choice to use a marked or unmarked thematic structures should be determined by factors such as: what information the author wants to stress, what information is to be taken for granted, the reference chains that have been going on before in text, among others. As Themes are always information that either has been mentioned before or is assumed as shared or understandable by the reader, or else taken for granted, they should be analysed with a critical eye.

The “thematic structure” of the text yields information regarding the logical relations between clauses and ideas in text. “*The thematical organization of the clauses (and clause complexes, where relevant) is the most significant factor in the development of the text*”. (Halliday 2004: 105). The question to be asked is: what are the most prominent types of logical relationships between ideas or events contained in clauses?

The types of logical relationships identified by SFL are three: *Elaboration*, which are restatements or expressions of one same ideational meaning with a different wording, or by using examples or clarifications; *Extension*, which is additional information that adds, contrasts, compares or alters the previous information; and *Enhancement*, which provides information regarding time, space, manner, cause, condition, reason or means in respect of the information enhanced.

Each of these three ways of expanding ideational meaning and linking it logically is sometimes realised by grammatical markers, mainly conjunctions, which may be coordinating (and, but, or, so, then, etc.) or subordinating (because, if, while, like, etc.). On this point, it is worth analyzing whether systems of expansion occur at a hypotactic or paratactic level, thus giving them prominence or not in the construction of ideational meaning.

At times, there are no explicit grammatical indicators of logical relations; this may be done purposefully in order to make leave it up to the reader to draw their own conclusions or “connect the dots” themselves. This is usually a tricky grammatical resource to look for and is a key resource for building arguments and finding potential counter-arguments.

Textual organization of ideational meaning is key to making the reading flow or not. Intricate clause complexes with high lexical density and complex use of the expansion system may be useful to pack a lot of meaning into only one clause, but this may prove to be a double-edged sword as well. “*The problem comes when a busy reader—such as a federal appellate judge—is skimming a brief that contains lengthy sentences packed with several distinct thoughts. It is hard enough to convey a single important thought to a busy reader. The odds of getting a point across effectively decline dramatically when the brief writer tries to force too many thoughts into a single sentence. No later than the editing process, chop those sentences into intellectually bite-sized morsels, so that the busy reader can absorb and digest each distinct thought before sampling the next one*”. (Lacovara 2008: 284). This factor should be borne in mind for deciding on how to construe textual meaning in a legal memorandum of this kind.

Lastly, Systemic Functional Linguistics raises awareness of how written text is not always the best semiotic system to realise certain types of meanings. As *Multimodality* is taking over communicational strategies due to its efficiency in conveying information *accurately, economically and attractively*—three features that legal texts do not currently have—the outcomes of an SFL analysis on legal texts could yield fruitful information on how to possibly incorporate multimodality into legal procedures, by making legal texts more *accurate, efficient, and with the capacity to retain their readers*’ (including judges or arbitrators) *attention* throughout lengthy readings.

5. CONCLUSIONS

Even though Systemic Functional Linguistics is a highly technical discipline, requiring years of study and research to be properly understood, mastered and applied, I believe it is necessary to bring its *basic* concepts closer to their end-users, instead of leaving the theory to isolated linguist elites only.

On these grounds, the object of this article was to make legal practitioners *aware* of how the construction of reality is realised by both purposeful and subconscious *grammatical* choices, and how, conversely, this process may be reversed by deconstructing text using the tools provided by SFL.

Despite the true simplifications contained in this article, which obviously leave so many topics and objects of study of SFL unattended, I believe that explaining language users how language *basically* works, and arguing how much we may learn from analyzing language (particularly with SFL), could result in profitable interdisciplinary collaborations from which valuable knowledge could be broadened, with a view to enhancing, in the long term, every social communication, human interaction, and, in this specific case, aid the achievement of Justice through a less grammatically-manipulated practice of Law.

6. BIBLIOGRAPHY

- BUTT, D. G., LUKIN, A., & MATTHIESSEN, C. M. (2004). "Grammar - the first covert operation of war". In: *Discourse and Society - SAGE Publications. Macquarie University*.
- EGGINS, S. (2004). "An introduction to Systemic Functional Linguistics", 2nd Edition. New York: Continuum.
- HALLIDAY, M.A.K. (2004). "An introduction to Functional Grammar", 3rd Edition. London: Hodder Arnold.
- HASAN, R. (1996) 'What Kind of Resource is Language?', in C. Cloran, D. Butt and G. Williams (eds) *Ways of Saying, Ways of Meaning: Selected Papers of Ruqaiya Hasan*. London: Cassell.
- KLEMPERER, V. (2001) "The Language of the Third Reich: A Philologist's Notebook". London: Continuum.
- LACOVARA, P.A. (2008). "Federal Appellate Practice". The Bureau of National Affairs, Inc. Arlington, Virginia: Bloomberg BNA.
- LOCK, G. (2005). "Functional English Grammar", 8th Edition. New York: Cambridge University Press.
- MARTIN, JAMES R. (2003). "Making history: Grammar for interpretation". In: James R. Martin and Ruth Wodak (eds.), *Re-reading the Past. Critical and functional perspectives on time and value*. Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins.
- WHITE, PETER R.R. (2004). "Subjectivity, evaluation and point of view in media discourse". In: Caroline Coffin, Ann Hewing and Kieran O'Halloran (eds). *Applying English Grammar: Functional and Corpus Approaches*. London: Hodder and Arnold.

EL TIPO AGRAVADO E HIPERAGRAVADO DEL ARTÍCULO 282 BIS

Ignacio Lledó Benito
Doctor en Derecho
Abogado especialista en Derecho Penal Económico

Fecha de recepción: 24 de mayo
Fecha de aceptación: 30 de junio

RESUMEN: Examen a través de la doctrina del tipo agravado del art. 282 bis párrafo segundo inciso primero con la obtención de la inversión, el depósito o la financiación y además produciendo un perjuicio al inversor, depositante o adquirente. Del tipo hiperagravado por la notoria gravedad, cantidades relevantes para la doctrina y la jurisprudencia, y finalmente la penalidad y perseguibilidad.

ABSTRACT: Examination of the doctrine of aggravated type, article 282 bis Spanish Criminal Code, second paragraph, first point with obtaining investment, deposit or financing and producing further damage to the investor, depositor or acquirer. The hyper-aggravated type by further damage, relevant monetary amounts to the doctrine and jurisprudence, and finally the penalty and prosecution.

PALABRAS CLAVE: tipo agravado, obtención de la inversión, perjuicio para el inversor, tipo hiperagravado, notoria gravedad, penalidad, perseguibilidad.

KEY WORDS: aggravated type, obtaining investment, investor detriment hyper-aggravated type of fraud, further damage, penalty and prosecution.

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS. II EL TIPO AGRAVADO: 1) EL TIPO AGRAVADO DEL ART. 282 BIS, INCISO PRIMERO 2) OBTENCIÓN DE LA INVERSIÓN, EL DEPÓSITO O LA FINANCIACIÓN 3) EL PERJUICIO PARA EL INVERSOR, DEPOSITANTE Y ADQUIRENTE. III. EL TIPO HIPERAGRAVADO DEL ART. 282 BIS INCISO SEGUNDO, ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA NOTORIA GRAVEDAD: 1) CUESTIONES PRELIMINARES 2) NOTORIA GRAVEDAD. IV. PENALIDAD V. PERSEGUIBILIDAD.

I. CUESTIONES PREVIAS

Vamos a plantear el estudio de la penalidad en los tipos agravado e hiperagravado desde dos perspectivas, aunque nos vayamos a decantar por una. En principio habría dos hipótesis de trabajo: la primera el estudio del tipo agravado que es exactamente igual al tipo básico más un plus de agravación por la obtención de la inversión, y por el perjuicio causado a los consumidores, con las mismas características que el tipo básico y otro tipo hiperagravado por la notoria gravedad, como criterio diferenciador respecto al tipo agravado. La segunda posibilidad, sería estimar que el 2º párrafo es un tipo cualificado diferente al párrafo 1º, aunque con grandes identidades, fundamentalmente la distinción en cuanto a la obtención de la inversión y el perjuicio causado, y la naturaleza del resultado y que este tipo cualificado tiene un tipo agravado del tipo cualificado, el hipercualificado en relación a la notoria gravedad del perjuicio. Dentro de esta segunda hipótesis hablaríamos de que el tipo cualificado del art. 282 bis párrafo 2º inciso primero, tendría como bien jurídico atacado principalmente el patrimonio de los inversores además de su obtención y después el correcto funcionamiento del mercado, convirtiéndose en un delito de resultado con una pena autónoma, donde ya entraríamos en diferentes cuestiones concursales, porque se podrían producir problemas con la estafa genérica, y además también con el art. 290 que tiene una formulación muy parecida en el párrafo 2º, por lo tanto, cambiaría la configuración de los tipos cualificado e hipercualificado (art. 282 bis párrafo 2º inciso segundo) por la notoria gravedad. Nosotros seguiremos la primera hipótesis, analizando el tipo agravado e hiperagravado.

II. EL TIPO AGRAVADO

1. *Cuestiones preliminares. El tipo agravado del art. 282 bis, inciso primero.*

El art. 282 bis prevé a nuestro juicio dos circunstancias de agravación de la pena con respecto a la figura básica de falsedad en la inversión de capital.

Si la figura básica del art. 282 bis es un tipo de peligro, aquí nos encontramos ya como podemos comprobar, ante un “delito de lesión”. Se castigan por lo tanto más gravemente aquellos casos en que, tras la falsedad de los documentos informativos que han de hacerse públicos para captar financiación, algún sujeto decida invertir en la sociedad y sale perjudicado, puesto que las condiciones ventajosas que aparecían en la información ofrecida no concurren en la realidad¹.

Obsérvese (reparamos por nuestra parte), que se requiere no sólo el resultado concreto de la efectiva inversión, sino que ésta hubiera sido perjudicial para el inversor. Es un *nexo causal* de necesaria concurrencia. Si no es así, no estaríamos en la aplicación del párrafo segundo del art. 282 bis; sino en el párrafo primero, ¿Cuándo ocurriría lo que comentamos? Es decir, ¿la aplicación del párrafo primero? Cuando hubiera “inversión”; pero no se pudiera probar el perjuicio individual al patrimonio del inversor.

Pese a ser evidente (reiteramos por nuestra parte) que cuando hablamos del tipo agravado del art. 282 bis, estaremos ante una lesión que procederá de una conducta dotada de un desvalor de acción netamente superior a aquella que contempla y castiga el citado delito tradicional, lo que sin duda debería reflejarse en su mayor sanción.

¹ PUENTE ABA, L.M. “El art. 282 bis del Código Penal: las falsedades en la inversión en los mercados de valores”. En *RDPC*, nº 7, 2012. Comunicación del Ministerio de Justicia. www.mjusticia.gob.es, págs. 73-74.

2. Obtención de la inversión, el depósito o la financiación

En el párrafo segundo del art. 282 bis se contiene una agravación en “el supuesto de que se llegue a obtener la inversión el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor”, en cuyo caso se impondrá la pena en su mitad superior².

En cuanto a su estructura, este tipo incluye un doble resultado material: no se limita a requerir que se produzca el resultado de la obtención de la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, sino que exige además un segundo resultado, integrado por el efectivo perjuicio para el inversor, depositante o adquirente.

A diferencia del art. 290, la pena del art. 282 bis -2º párrafo – requiere que, obtenida la inversión, depósito, colocación de activo o financiación, tenga lugar asimismo un perjuicio para el inversor, depositante, adquirente o acreedor- es más grave que la de la estafa consumada (pues se mueve entre los dos años y seis meses y los cuatro años de privación de libertad) y conlleva un ingreso efectivo en prisión. El perjuicio debe ser objetivamente imputable a la falsedad en la información y no derivarse de circunstancias ajenas a ésta y propias de las alteraciones que experimentan los valores en los mercados.

Ya que como indican autores como MARTINEZ-BUJAN PEREZ y BONILLA PELLA cabe la posibilidad de existir “obtención de la inversión” por parte de la sociedad emisora, sin perjuicio para el inversor³.

Es más, se argumenta que el hecho que el delito de estafa exigía que su engaño típico tenga que ser idóneo para generar error en su receptor, no supone un verdadero obstáculo para que esta figura pueda castigar, cuando menos en grado de tentativa muchos de los engaños que se efectúan en los mercados para captar financiación⁴.

La diferencia con el art. 282 bis, es que si con la estafa en el tipo objetivo se atiende a la idoneidad lesiva *ex ante*, no es así en el tipo básico contemplado en el art. 282 bis, que se fijaría más como explica convincentemente PASTOR MUÑOZ en lo que se podría exigir “razonable o proporcionalmente a su posible víctima”⁵.

El delito sólo se castiga si las falsedades se comenten con el “*propósito de captar inversores...*” como elemento subjetivo, lo que está claro, es que se introduce un “elemento subjetivo” en su “injusto” que sólo se apreciara cuando se efectúe con la intención de captar el patrimonio del potencial inversor. Lo que como más bien razona FARALDO CABANA, correctamente que convertiría a dichos valores, y a su posible

² MUNOZ CONDE, F. “Estafa de inversores” en *Derecho Penal. Parte Especial. 20ª Edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*. Edit Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015, pág 443.

³ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. *Estafa de inversores y de crédito (El art. 282 bis Código Penal)*. Edit Tirant Lo Blanch. Valencia 2012, pág. 154. También BONILLA PELLA, J. “Delitos relativos al mercado y a los consumidores” en *Memento Penal Económico y de la Empresa*. ORTIZ DE URBINA. I. (Coord.) Edit Lefebvre. Madrid, 2011, pág. 282, núm 2571.

⁴ GALAN MUÑOZ, A. “El fraude de inversores del art. 282 bis CP. ¿Una figura protectora del correcto funcionamiento de los mercados financieros en tiempos de crisis?”. *En Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*. Nº 31. Mayo-Agosto de 2013, pág. 122.

⁵ PASTOR MUÑOZ, N. “La construcción de un tipo europeo de estafa”. *En Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. ARROYO ZAPATERO L./NIETO MARTIN A. (Coords). Edit UCLM, Cuenca, 2006, pág. 207.

afección en el referente esencial del ataque propio de su injusto, y por tanto, bien jurídico que su prohibición y castigo trataría de proteger⁶.

3. *El perjuicio para el inversor, depositante y adquirente*

Para MUÑOZ CONDE la producción del perjuicio debería determinar la aplicación del delito de estafa consumado. Para esto no hay ningún inconveniente, si se mira el hecho desde el punto de vista del inversor individualmente perjudicado. Sin embargo, ante la posible indeterminación del número de los mismos, e independientemente de que éstos ejerzan o no la correspondiente acción penal por estafa, el legislador ha preferido utilizar el sistema de agravar la pena en el tipo básico. Estas agravaciones no excluyen, a juicio del autor, la posibilidad de que un inversor pueda ejercer la acción penal individual por estafa⁷.

En el tipo agravado, sería la pena del “tipo básico” en su mitad superior; prisión de dos años y seis meses a cuatro años, sin multa pecuniaria pese a los beneficios económicos que pueden ser reportados con este delito en su modo agravado. En cambio, en el caso del supuesto “hiperagravado” (párrafo segundo inciso final) la pena a imponer sería de prisión de uno a seis años, y multa de seis a doce meses.

La penalidad en el tipo hiperagravado es de prisión de uno a seis años, lo que a decir de QUERALT JIMENEZ es un modo infrecuente de incrementar las penas partiendo de un tipo básico. La multa es de seis a doce meses, no es la más grave posible, y es la primera vez que aparece en este contexto⁸.

Explica MENDOZA BUERGO que se establece un subtipo agravado en el supuesto de que no sólo se llegue a producir la captación de inversores o la obtención de financiación, sino también que ésta haya tenido lugar con “perjuicio para el inversor”, y demás posibles víctimas mencionadas, caso en el que se impondrá la pena en la mitad superior a la establecida para el tipo básico del párrafo primero, es decir, una pena de prisión de dos años y medio a cuatro años. Se trata por tanto, de un supuesto en el que se consigue el objetivo perseguido de captar inversores, depositantes, colocar activos financieros u obtener financiación, ocasionando además un perjuicio patrimonial para el inversor, depositante o adquirente, y cuya precisión y prueba puede crear más de un problema. Parece que la producción del perjuicio debe considerarse resultado del delito y no condición objetiva de punibilidad, en cuyo caso es necesario, el correspondiente juicio de imputación objetiva y que esté abarcado por el dolo⁹.

Hemos visto que en el tipo básico del delito, en el párrafo primero del art. 282 bis, se consuma el “injusto” con la conducta falsaria; mientras que en el tipo agravado tiene que haber “captación y perjuicio”. En el tipo básico que hemos examinado, lo que se protege no es el patrimonio de una colectividad difusa de inversores; sino el “funcionamiento correcto del mercado de capitales”. Además en el art. 282 bis párrafo 2º inciso primero se protegerá el patrimonio de los inversores, depositantes o adquirentes.

⁶ NIETO MARTIN, A. *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*. Edit Tecnos. Madrid, 2012. pág. 493. También FARALDO CABANA, P. “Art. 282 bis” en *Comentarios al Código Penal 2010*. GOMEZ TOMILLO M. (dir.) . Edit Lex Nova. Valladolid, 2010, pág. 1086.

⁷ MUNOZ CONDE, F. op.cit (*Derecho Penal, Parte Especial*), pág 444.

⁸ QUERALT JIMENEZ, J. “Delitos contra el mercado y los consumidores: fraude de emisión”. En *Derecho penal español. Parte Especial*. 4º edición . Edit. Atelier. Barcelona, 2002. Epígrafe 23.

⁹ MENDOZA BUERGO, B. “Delitos patrimoniales, delitos contra el mercado –art. 282 bis CP-“. En *Memento Práctico Penal*. Edit Francis Lebrevre. Madrid, 2015, pág. 1292, nº 12008.

Es así, que la doctrina especializada recalca el acento, en la “integridad” de los mercados financieros y la confianza en general de los inversores, y en particular asimismo en los valores y productos derivados¹⁰.

En cambio en el tipo agravado del párrafo segundo, el patrimonio de los inversores, depositantes, adquirentes o acreedores, pasa a un mismo plano, convirtiéndose en un auténtico bien jurídico protegido, al lado del propio “bien jurídico” preservado en el tipo del párrafo primero. Se trata de un tipo agravado con las características del tipo básico junto con el perjuicio económico.

Con arreglo a lo expuesto, y en sintonía con la dimensión pluriofensiva del bien jurídico, habrá que admitir entonces también un doble sujeto pasivo en el tipo agravado del párrafo segundo del art. 282 bis: de un lado, la sociedad en general, como en el tipo básico; de otro lado, el grupo colectivo difuso de los inversores, depositantes, adquirentes o acreedores que resulten perjudicados¹¹.

¿Cuándo surge entonces el “subtipo agravado”? Ello ocurrirá cuando el peligro se concrete en un resultado consistente en la captación de los recursos, en cualquiera de las formas previstas en la norma, con perjuicio para el inversor. Es más, como veremos después, la pena se incrementará si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad¹².

El “segundo párrafo” contempla el “resultado cortado” como elemento de agravación de la responsabilidad penal en dos fases de gravedad: mitad superior o nueva y más elevada marco penal en caso de perjuicio y notoria gravedad respectivamente¹³.

En el párrafo 2º del art. 282 bis se incluye el tipo agravado, cuya redacción está inspirada sin duda en el párrafo 2º del art. 290. Se trata de un tipo que exige la causación de un resultado material lesivo para el patrimonio de los sujetos pasivos y que carece de sentido en un delito socioeconómico en el que se tutela un bien jurídico colectivo institucionalizado¹⁴. En el párrafo segundo se prevea un tipo agravado caracterizado por la producción de dicho resultado material¹⁵.

Y a tal efecto como explica QUERALT JIMENEZ se requiere por tanto un doble resultado, en el párrafo 2º del art. 282 bis (lo que aún hace más insólito este delito). Por un lado, hace falta que se haya producido la captación de las inversiones, materialización de la captación de las inversiones que requiere que los importes de las mismas obren ya en poder del emisor del instrumento financiero falsariamente puesto en circulación. Pero aquí, el legislador, añade otro elemento y efectúa una “pirueta político-criminal” de difícil comprensión ya que el perjuicio para el inversor ha de producirse y habrá de producirse, no a la entrega del importe de la inversión, sino cuando ésta, debido exclusivamente a la actuación del sujeto activo, no fructifique. Lo que, por lo general, se sabrá con la

¹⁰ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. “*Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*”. Edit. Tirant Lo Blanch, 5º edición. Valencia, 2015, pág. 331. También BONILLA PELLA, J. op.cit (Delitos relativos al mercado y a los consumidores), págs. 1086/1199.

¹¹ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit (*Derecho penal económico y de la empresa*), pág. 330-331.

¹² BONILLA PELLA, J. op.cit (Delitos relativos al mercado y a los consumidores), pág. 274, ref. 2528.

¹³ MORALES GARCÍA, O. “Fraude de inversores, art. 282 bis”. En *La Reforma Penal 2010. Análisis y Comentarios*. QUINTERO OLIVARES G.(dir.). Edit Aranzadi. Thompson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2010, pág. 232, Epígrafe 27.

¹⁴ MORALES GARCÍA, O.op.cit (Fraude de inversores), pág. 240. También MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit (*Derecho penal económico y de la empresa*), pág. 333.

¹⁵ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit, pág. 329.

amortización, total o parcial, con rendimientos de la inversión, pero siempre *a posteriori* (insistimos por nuestra parte¹⁶).

El problema se agudiza, a nuestro modo de ver cuando el perjuicio no concurre con las primeras amortizaciones. Si fuera así, es complicado entender *de facto* el perjuicio para el inversor.

El legislador “confusamente”, ni explica la “causalidad” (captación del inversor y el perjuicio), ni tampoco la “temporalidad en la lesión patrimonial”. Es por ello que estamos de acuerdo con QUERALT JIMENEZ, que la perdurabilidad de los beneficios durante el tiempo, habrá demostrado la inocuidad de la falsedad inicial. Entonces, a nuestro juicio, la conclusión sería que ya no sería aplicable el párrafo segundo del art. 282 bis (el subtipo agravado).

Se trata de una agravación con respecto al tipo de lesión anterior, de tal modo que la pena será aún más severa, si el daño patrimonial causado es especialmente grave.

No era necesario proceder (en opinión de esta doctrina) a una tipificación autónoma por razón de ámbito específico alguno. Adicionalmente, se provoca la indeseable consecuencia de que el tipo básico del art. 282 bis ni siquiera exige la idoneidad del falseamiento para provocar un perjuicio (sólo la finalidad de captar inversión, colocar activos o financiación), lo que sí hace el art. 290, y pese a ello tiene prevista una pena mayor –prisión de uno a cuatro años en el caso del art. 282 bis frente a prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses del art. 290. El párrafo 2º contiene una doble agravación del tipo básico, a) una de primer grado, por agotamiento del delito, esto es cuando se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación con perjuicio para el inversor depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor; b) otra de segundo grado, en los casos en los que el perjuicio causado fuera de notoria gravedad para las víctimas.

Siguiendo con el perjuicio económico que se puede causar a los inversores y las diferentes cantidades que propone el legislador como agravadas e hiperagravadas podemos observar, tras la Reforma del CP 2015, vigente a partir del 1 de julio, que se introducen una serie de tipos agravados e hiperagravados en los delitos de estafa de los arts. 249 y 250; se elevan las faltas a la categoría de delito leve, con las consecuencias que ello produce en la prescripción al año de cometerse, en vez de, los seis meses de las antiguas faltas. En concreto, señala RODRIGUEZ FERRANDEZ se ha retocado la redacción de uno de ellos (el quinto) y se ha añadido uno completamente nuevo (el octavo), además de introducir un par de aspectos novedosos dentro del tipo súper e hiperagravado del art. 250.2. En primer lugar, el quinto tipo agravado del art. 250.1 que castiga con mayor pena la estafa cuando “*el valor de la defraudación supere los 50.000 euros*”, se le ha añadido como alternativa equiparable en gravedad el caso en que tal defraudación “*afecte a un elevado número de personas*”, de modo que la concurrencia de cualquiera de ambas circunstancias, o incluso las dos a la vez (sin ninguna otra más del art. 250.1) daría lugar a la aplicación de este tipo agravado. En segundo lugar, se ha añadido un nuevo tipo agravado en el art. 250.1, número en octavo lugar, y que castiga el precepto: “*cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos cometidos en este Capítulo*”, matizando seguidamente que para ello “*no se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo*”, añade el autor que en la medida en que se hace referencia en el precepto en cuestión a que este tipo de multirreincidencia es aplicable a todas las infracciones del Capítulo VI, ello incluye discutiblemente a los delitos leves incardinados en el mismo. Por último, en tercer lugar, se ha añadido la posibilidad en el art. 250.2 de que el séptimo de los tipos agravados del 250.1 (la estafa procesal) pueda concurrir (como los supuestos 4º, 5º y 6º,

¹⁶ QUERALT JIMENEZ, J. op.cit (Delitos contra el mercado y los consumidores). Epígrafe 23.

que ya estaban incluidos en esta previsión) con el 1º de ellos (estafa que recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social) para dar lugar a la imposición de la pena híper-agravada que prevé dicho precepto (penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses). Y, además, de modo más visible, se ha añadido a continuación que esa misma pena se impondrá, en cualquier caso, “*cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros*”. El establecimiento de esta agravación implica, lógicamente, la necesidad de acudir al ya conocido Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 en cuanto a su posible solapamiento con el delito continuado, de tal modo que si el perjuicio total causado por diversas estafas, sin que ninguna de ellas individualmente supere los 250.000 euros, excede de dicha cantidad, se aplicaría la franja punitiva prevista en este nuevo tipo híper agravado; en cambio, si una o varias de dichas estafas excede individualmente de esa cantidad, entonces sí se podrá aplicar el art. 74.1 y, con él, dicha franja punitiva en su mitad superior¹⁷.

En otro orden de consideraciones explica el antecedente legislativo del tipo agravado del art. 282 bis, concretamente MARTINEZ-BUJAN PEREZ, quien retrotrae esta figura a la redacción del párrafo segundo del art. 290. Es decir, el legislador reproduce la técnica de la tipificación de este precepto. Que a su vez, como indica el autor se inspira en el Derecho societario italiano (vr.gr., 2622-1 CC) “*incluye el elemento de la causación de un daño patrimonial a la sociedad, a los socios o a los acreedores*¹⁸”.

La exigencia de la lesión patrimonial se cohonesto inadecuadamente en el contexto de la configuración de los delitos de peligro.

Tendrá que existir a nuestro modo de ver y entender el tipo de este delito, una relación de causalidad entre la falsedad y el perjuicio patrimonial como sucede en el delito de falsedad en documentos sociales. Como a la sazón se produce en el delito de estafa¹⁹.

Lo que impedirá, como explica el propio ZABALA LOPEZ-GOMEZ²⁰ y GOMEZ INIESTA la aplicación a muchos supuestos en los que se aprecia una conducta ilícita debido a la visión patrimonialista que emplea el art. 282 bis 2º párrafo.

Así las cosas, está claro analizando el precepto que este segundo párrafo del art. 282 bis, tiene un perjuicio para el patrimonio de los inversores. Es así, que en el párrafo primero del tipo básico, lo que se protege es el “bien jurídico colectivo” (*uti socius*); y por tanto como dice ZABALA LOPEZ-GOMEZ el peligro no llega a concretarse en ningún bien jurídico de carácter individual²¹. Pero en el 2º párrafo del art. 282 bis se protege además el patrimonio de los inversores, depositantes, adquirentes de activos. Y muy importante, que el delito no se consuma exclusivamente en la mera obtención de la inversión; sino que es necesario que se produzca el efectivo “perjuicio patrimonial”. Así

¹⁷ RODRIGUEZ FERRANDEZ, S. “Capítulo decimoséptimo: Defraudaciones” en *Estudios sobre el Código Penal Reformado 2015*. (dir) MORILLAS CUEVAS, L. Edit. Dykinson. Madrid. 2015, págs 553-558.

¹⁸ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.op.cit (*Estafa de inversores y de crédito*), pág. 152.

¹⁹ BAJO FERNANDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código penal*. Edit Universitario Ramón Areces. Madrid, 2004, pág. 56.

²⁰ ZABALA LOPEZ-GOMEZ, C. *Los delitos bursátiles*. Edit La Ley. Madrid, 2011, pág. 189. También GOMEZ INIESTA, D. “Aspectos jurídico-administrativos y penales de la falsificación de la información contable de las sociedades anónimas cotizadas”. En *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*. GARCIA RIVAS, N. (Coord.). Edit. UCLM. Cuenca, 2005, pág. 292.

²¹ ZABALA LOPEZ-GOMEZ, C. op.cit (*Los delitos bursátiles*), pág. 188.

hay autores, como CHOCLAN MONTALVO que se cuestionan y critican que la conducta podía estar ya cubierta por el delito de estafa o de apropiación indebida²².

Cierto es que no exige en el art. 282 bis redactado por la LO 5/2010 que se haya producido un “engaño bastante”, pero es igualmente cierto que en la llamada estafa de inversores y de crédito se plantea además el problema de identificar el perjuicio cuando el inversor que adquirió sus activos confiado en una información falsa no pierde su inversión. El falseamiento con la finalidad de conseguir una inversión, (insistimos por nuestra parte) constituye un engaño, pero el CP permite que no sea preciso entrar a valorar si el engaño es “bastante” o “no”.

Cabría plantearse entonces si puede hablarse de un perjuicio real en supuestos en los que valores de compañías equiparables o índices de valores se han revalorizado sustancialmente más que los activos financieros emitidos por la propia compañía en los que se invierte, o en casos en los que se venda la inversión en el mercado a un precio inferior al de compra en supuestos en los que los activos cotizados de la sociedad se han comportado mejor que sus comparables. Lo que a nuestro juicio encaja mal en la estructura del “perjuicio” contemplado en el art. 282 bis párrafo 2º inciso primero (tipo agravado).

Según parece no podría entenderse producido el perjuicio en estos supuestos, en los que, además se podrán plantear problemas de imputación objetiva, cuando no de causalidad. Efectivamente, la evolución de la cotización de un valor obedece a numerosos factores, siendo imposible aislar uno solo como único causante de un menor beneficio o incluso de una pérdida. Sería el caso descrito antes de un valor que, concurriendo todos los demás elementos del tipo, ha visto reducido su precio, pero en menor medida que otros valores comparables. Con estos parámetros, sólo sería aplicable el subtipo agravado en los supuestos de insolvencia de la compañía, es decir, cuando el inversor pierda toda o casi toda su inversión y, además, se den todos los demás elementos del tipo²³.

En conclusión, se establece una agravación de la pena para el caso que se llegue a obtener la inversión, el depósito, colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante adquirente de los activos financieros o acreedores, sin multa pecuniaria.

III. EL TIPO HIPERAGRAVADO DEL ART. 282 BIS, INCISO SEGUNDO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA NOTORIA GRAVEDAD.

1. Cuestiones preliminares

El art. 282 bis contiene, en el último inciso de su párrafo segundo, un tipo hiperagravado por la notoria gravedad del perjuicio con penas de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Ésta es la misma pena de prisión que el legislador prevé en el art. 250 para las estafas consumadas cualificadas. Parece, pues, que una interpretación sistemática podría dar lugar a entender que tal notoria gravedad concurrirá, en todo caso, en el supuesto de causación de perjuicios superiores a 50.000 euros (art. 250.1.5º). Ello, con independencia, naturalmente, de otros casos en que la gravedad venga determinada por otros factores (cfr. por ejemplo el art. 250.1.4º)²⁴.

²² CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *El delito de estafa*, 2º Edit. Bosch. Barcelona, 2009, pág. 410.

²³ BONILLA PELLA, J. op.cit (Fraude de inversores), pág. 575, nº 6266.

²⁴ SILVA SANCHEZ, J.M./ROBLES PLANAS, R./GOMEZ-JARA DIEZ, C. El delito de estafa de inversiones (art. 282 bis CP). En *El nuevo Código Penal comentarios a la Reforma*. SILVA SANCHEZ J.M (dir.) PASTOR MUÑOZ N.(Coord.). Edit La Ley. Madrid, 2011, pág. 394. También véase GARCIA SANZ, J. “La protección penal del

El citado segundo párrafo del art. 282 bis agrava la responsabilidad en el caso de que hubiere llegado a causar un perjuicio económico, generando al tiempo una “hiperagravación”, con marco penal diferente, en el caso de que el perjuicio fuere de notoria gravedad. La referencia al resultado no debería ser relevante en la sistemática del art. 282 bis, pues lo relevante es la utilización torticera de información perjudicando con ello las bases del sistema de negociación de valores e instrumentos financieros. Pero dada la frecuencia con que la alteración de esas bases concurrirá con un perjuicio individualizable, el legislador resuelve los concursos con la cláusula correspondiente de subsidiariedad expresa. Opina MORALES GARCIA que el régimen del art. 250.1.5 fija en 50.000 euros como el valor de lo defraudado y en el 250.1.4 la especial gravedad, siendo así que el marco penal es idéntico al del art. 282 bis, por lo que esta cifra debería servir de referencia para la valoración del daño en notoria gravedad y activar el marco hiperagravado del art. 282 bis *in fine*²⁵.

En nuestra opinión la cifra debería ser notablemente superior a los 50.000 euros al estar realizando operaciones en el mercado de valores con cifras muy superiores en la mayoría de los casos.

Se plantea asimismo qué casos habrá de subsumir en el art. 250.1.4º como supuestos de “especial gravedad” por la entidad del perjuicio. En principio, parece que los casos en que la “entidad del perjuicio” se refiere a la cuantía de lo defraudado tienen que subsumirse en el art. 250.1.5º y, en caso de que no se superen los 50.000 euros, se han de tratar como estafas del art. 248. Por ellos, la “entidad del perjuicio” se tendría que vincular con aspectos cualitativos de este último que, además, no estén abarcados por otras modalidades agravadas del art. 250.1.

En suma, parece que la producción del perjuicio debe considerarse resultado de delito y no condición objetiva de punibilidad en cuyo caso es necesario el correspondiente juicio de imputación objetiva y que esté abarcado por el dolo²⁶. Reiteramos una vez más, que el concepto de notoria gravedad puede ser objeto de delimitación en el delito de estafa del art. 248, fijándola la jurisprudencia en torno a los 50.000 euros. No obstante, para otros, no cabe extender esta jurisprudencia de forma automática a la estafa de inversores, pues en las operaciones financieras esas cantidades no tienen la consideración notoria gravedad, debiendo elevar ese margen de manera notable (lo que nos parece adecuado, teniendo en cuenta que operamos en un mercado de valores y con las exigencias administrativas de la CNMV²⁷).

2. Notoria gravedad

Si la *inversión* o el *perjuicio* en los inversores dejan de ser potenciales y se acaban haciendo *efectivos* deberá aplicarse la pena prevista por el tipo básico en su mitad superior. La acreditación del perjuicio económico puede implicar severas dificultades probatorias, como consecuencia de la volatilidad inherente a determinados valores. También resulta dudoso si el perjuicio deberá determinarse de acuerdo con un concepto económico o personal de patrimonio o, por fin, si resulta subsumible en tal concepto el “lucro cesante” que podría derivarse de la contratación del producto objeto de la

mercado financiero”. En *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*. ROMEO CASANOVA, C.M y FLORES MENDOZA, F. (dirs.). Edit Comares. Granada 2012, pág. 59.

²⁵ MORALES GARCÍA, O. op.cit (Fraude de inversores), pág. 240.

²⁶ MENDOZA BUERGO B op.cit (Falsedad de la información económica-financiera para inversiones), pág. 1292, nº 12008.

²⁷ GARCIA SANZ, J. op.cit (La protección penal del mercado financiero), pág. 59.

información falsa en detrimento de otros valores equiparables. Si el perjuicio es de “*notoria gravedad*” la pena será de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Con ello, la estafa de inversores agravada se equipara penológicamente a la estafa agravada (art 248 y 249 y art. 250.1.5). A tales efectos, de conformidad con una interpretación sistemática del precepto con lo previsto para el tipo agravado de estafa en el art. 250.1.5º (modificado por la LO 5/2010), podría entenderse (aunque es muy discutido, como veremos *infra*) que el perjuicio es de notoria gravedad cuando supere los 50.000 euros²⁸.

Como dice QUERALT JIMENEZ si se pretende dotar de sustantividad propia a este precepto, y dado que se halla inscrito entre los delitos contra el mercado y los consumidores, sus “guías habrán de ser otras”. Y concluye el autor que su proximidad con la información privilegiada impone el criterio que fueran 600.000€ el límite a partir del cual pudiera, apreciarse este tipo cualificado²⁹. En línea con lo expuesto TUERO GONZALEZ al no concretarse a partir de qué entidad los perjuicios empiezan a considerarse “notoria gravedad”, explica que podría servir como referencia que dentro de la misma sección del CP, el art. 284.2 únicamente sanciona con una pena de prisión más reducida a partir de los 300.000 euros de beneficio o perjuicio; y el art. 285.1 eleva la cifra a los 600.000 euros en el tipo básico, existiendo un subtipo agravado en el art. 285.2.2º por “notoria importancia”³⁰. Quizá nuestra postura se decante por estas cantidades de ser consideradas como “notoria gravedad” al desarrollarse en operaciones en los mercados de valores donde los 50.000 euros pueden considerarse *peccata minuta*, cuando se desarrollan grandes operaciones.

Por otro lado, si por un lado la “agravación de la estafa” se tiene en consideración como dice el art. 250.1.4 “*atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio (que entendemos por nuestra parte concurrentes) y a la situación económica en que se deje a la víctima o a su familia*”, sin embargo, como explica PRAT WESTERLINDH la notoria gravedad puede tener en consideración otros factores distintos a la entidad del perjuicio, como pueden ser: la cuantía de la inversión, el número de inversores engañados, la trascendencia económica y social del daño producido, etc³¹. (¿Podríamos entender el “Caso Bankia”; miles de preferentistas estafados, alarma social producida, administración desleal con las famosas tarjetas black por parte de su Consejo de Administración, indemnizaciones millonarias a sus Consejeros, rescate financiero del Gobierno y de la Unión Europea?). Es decir, que no son equiparables, a nuestro juicio totalmente las circunstancias que condicionan la aplicación de la agravación de especial gravedad del delito de estafa a los supuestos de notoria gravedad del tipo del art. 282 bis.

El legislador considera susceptible de un mayor reproche penal el hecho de que se consiga la inversión y se produzca el perjuicio, en definitiva, que se consuma el hecho delictivo como si se tratase de una estafa “completa”. Incluso de forma paralela al art. 250.1.5º (agravante de especial gravedad en el delito de estafa), se afirma que si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses. Ahora bien ¿cuándo es de notoria gravedad?

²⁸ GOMEZ MARTIN, V. “Sabotaje informático, top manta, importaciones paralelas y fraude de inversores: ¿algunos exponentes de un nuevo derecho penal económico?. En *Revista Jurídica de Cataluña (RJC)*, Vol. 109, nº 4, 2011, pág. 17.

²⁹ QUERALT JIMENEZ, J. op.cit (Delitos contra el mercado y los consumidores: fraude de emisión). Epígrafe 23.

³⁰ TUERO GONZALEZ, A, “El art. 282 bis” en *Código penal comentado*, (dir.) ROMA VALDES A. Edit. Bosch. Barcelona. 2015, pág 477.

³¹ PRAT WESTERLINDH, C. “Estafa de inversores” en *La Ley Penal*. Vol. 7, nº 77. Sección de Estudios. Edit. La Ley 14298/2010. Diciembre 2010, www.laleydigital.es, pág. 8/12.

La notoria gravedad, además de en la Jurisprudencia, viene mencionada en el art 74.2 del CP: *“si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá motivadamente la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”*. Es conocido como “delito masa”; una especie de delito continuado construido por la jurisprudencia para aplicar mayor pena a las estafas y fraudes colectivos (forma de delincuencia patrimonial que afectaba a una colectividad indeterminada) que tuvieron gran incidencia social en los años 80, supuestos en los que aplicando las reglas generales hubieran supuesto un escandaloso privilegio para el delincuente. No tuvo consagración legislativa específica hasta la LO 8/1983 que en el art. 69 bis regulaba junto al delito continuado. La esencia del mismo se determina en que el sujeto activo mediante una acción o varias, que independientemente consideradas serían constitutivas de delito o falta cada una de ellas, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa o colectividad indeterminada de personas. La STS 129/2005 de 2 de marzo, se refiere a una colectividad indeterminada y difusa de personas. Se prevé, básicamente, para los supuestos de defraudaciones a una pluralidad de sujetos indiferenciados. Debe significarse que la Jurisprudencia ha perfilado dicha figura delictiva afirmando que no es clara la delimitación de entre delito masa y delito continuado, aunque el primero puede estructurarse como una modalidad cualificada del segundo, pero de los dos elementos que normativamente se exigen para su estimación, debe destacarse la notoria gravedad del hecho, que no debe confundirse con la *“especial gravedad atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deja a la víctima y a su familia”* del art. 250.1.4 ni *“del valor de la defraudación superior a 50.000 euros”* del 250.1.5 del CP. Señala asimismo la SAP Barcelona número 57/ 2008 de 21 de Enero, que la gravedad, además de ser notoria, ha de afectar a una generalidad de personas, esto es a una muchedumbre o multitud de ellas. La STS 270/2007 estima que ya no puede hablarse de una generalidad de personas sino de más de diez personas concretas que sufrieron la acechanza patrimonial típica de la estafa. Tampoco concurre en el hecho la notoria de la gravedad por la cuantía de lo defraudado que aparece determinado en el hecho probado de la sentencia, suponiendo la especial gravedad del art 250.1.6, pero no la notoria importancia del delito masa³².

Con la Reforma del CP 2015 y los delitos arts. 249 y 250, al haber agravado e hiperagravado los nuevos tipos de estafa hasta incluso una cantidad superior a 250.000 euros (art. 250.2), se plantean dudas con la “notoria gravedad”. Explica VIANA BALLESTER que la locución “notoria gravedad” en clave económica, obliga a exigir una gravedad fuera de toda discusión , y que sea claramente diferente de la nota es especial gravedad de los apartados 4º y 5º del art. 250.1 , concretamente, los 50.000 euros establecidos en el apartado 5º. En este sentido, como recuerda la SAP de Murcia (St 125/2014 de 22 de abril): *“no es una gravedad reforzada, sino algo distinto”* (respecto de esta exigencia es preciso indicar que a juicio de la autora, la introducción del nuevo tipo hiperagravado por defraudación superior a 250.000 euros obligará a reinterpretar este requisito de la notoria gravedad exigiendo en el delito masa en cualquier caso una cantidad defraudada muy superior a dicha cuantía). Concluye la autora en cita, que de todo lo anterior se deduce que los criterios de diferenciación entre el tipo agravado por afectación a un número elevado de personas y el delito masa deberán ser los siguientes: la posibilidad de identificar y determinar los sujetos pasivos afectados (no podrá aplicarse el art. 250.1.5º si las víctimas son indeterminadas) y la cuantía de lo defraudado (para aplicar el art. 250.1.5º, según la redacción literal, no se exige una cantidad elevada, como sí exige en el delito masa del art. 74.2). Los casos más frecuentes que en la práctica

³² ESCRIBUELA CHUMILLA, F.J. *Todo penal 2011*. Edit. La Ley Grupo Wolter Kluwers, Madrid, 2011, págs. 293-306.

plantearán estos problemas de identificación serán las denominadas estafas piramidales, estafas informáticas a través del phishing, las estafas cometidas por Internet etc³³.

Sin embargo, insistimos, por nuestra parte que la “estafa de inversores” no es una especialidad sobre el tipo de estafa, ya que se protegen otros intereses jurídicos; en este caso, se protegen las garantías de un sistema financiero institucional en el que intervienen organismos estatales como la CNMV. No creemos que la “especial gravedad” del art. 250.1.5º sea sinónimo de la “notoria gravedad” que menciona el art. 282 bis³⁴.

Cuando el valor de la defraudación supera los 50.000 euros (art. 250.1.5º), esta modalidad agravada, (introducida por la LO 5/2010), sustituye a la anterior agravación, (como hemos referido más arriba) por “*el valor de la defraudación*”. Antes de la reforma, quedaba en manos del intérprete la determinación de cuándo el valor de la defraudación era suficiente para que la estafa fuera de especial gravedad. Con la reforma LO 5/2010, ha sido el legislador quien ha fijado una cuantía con la que concurre la especial gravedad. En los casos de delito continuado, si la cantidad de 50.000 euros no la superen las estafas por separado, pero sí la suma de todas las estafas entre las que se aprecia continuidad delictiva, se aprecia la modalidad agravada del art. 250.1.5º respecto al delito continuado del art. 74.2, conforme al criterio del TS (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda 30.10.07), delito masa ³⁵. Con la Reforma 1/2015 no varía el art 250.1.5, pero hay una superagravación de la estafa en el art. 250.2 cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros, quizá más acorde con la realidad social y los casos de corrupción y estafas bancarias de los últimos tiempos.

El perjuicio debe ser objetivamente imputable a la falsedad en la información y no derivarse de circunstancias ajenas a ésta y propias de las alteraciones que experimentan los valores en el mercado³⁶.

Establece una pena abstracta dotada de idéntica extensión a la que se prevé para las “estafas” que generen perjuicios de especial gravedad contempladas en el art. 250.1.4. El nuevo régimen del art. 250.1.5 fija 50.000 euros “ el valor de la defraudación” (como vemos visto y referido más arriba) y “la notoria gravedad” la incluye este autor como paralela a ambos puntos del 250.1.4 y 5 , siendo así que el marco penal es idéntico al del art. 282 bis, por lo que la mencionada cifra debería aplicarse, a juicio de MORALES GARCIA, para la valoración del daño en notoria gravedad y activar el marco “hiperagravado” del art. 282 bis³⁷. Creemos que los 50.000 euros es una cantidad ciertamente baja para activar el tipo hiperagravado en este tipo de delitos en los mercados financieros.

Lo que, a juicio de GALAN MUÑOZ, permite que se pueda intentar paliar el problema de “proporcionalidad” que venimos comentando , a la espera de que el legislador lo haga de forma expresa, entendiendo que el perjuicio de notoria gravedad que configura el comentado tipo cualificado del art. 282 bis no tiene por qué asimilarse a los 50.000 euros de los que habla el art. 250; sino a una cuantía notablemente inferior o superior y más cercana a la que determinaría la cualificación, que no sólo atiende a la gravedad del

³³ VIANA BALLESTER, C. “Los delitos de estafa: arts. 249 y 250 CP” en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* 2º edic. (dir.) GONZALEZ CUSSAC J.L, (coords.) GORRIZ ROYO E./MATALLIN EVANGELIO A. Edit Tirant Lo Blanch . Valencia. 2015, págs 748-749.

³⁴ PRAT WESTERLINDH, C. op.cit (Estafa de inversores), pág. 8/12.

³⁵ PASTOR MUÑOZ, N. op.cit (*La determinación del engaño típico en el delito de estafa*), pág. 352

³⁶ SILVA SANCHEZ, J.M./ROBLES PLANAS, R./GOMEZ-JARA DIEZ, C. op.cit (El delito de estafa de inversiones), pág. 394.

³⁷ MORALES GARCÍA, O. op.cit (Art. 282 bis Código penal), pág. 897.

perjuicio producido, sino también a la situación económica de la víctima que lo sufra, circunstancia cualificadora esta última, cuya valoración, en cierta medida, se podría ver compensada en los tipos que venimos analizando por el carácter supraindividual que presentaría su conducta típica³⁸. (Ejemplo serían los preferentistas que invirtieron sus ahorros de toda la vida y ahora los han perdido, podría considerarse dentro del art. 250.1.4, y como son una generalidad de personas, incluso constituida en asociación, podrían incluirse en la notoria gravedad del segundo párrafo del art. 282 bis, ¿o porqué no como un delito masa del 74.2 ?).

Es evidente que existe una contradicción en la punibilidad de ambos supuestos contemplados en el art. 282 bis.

En el segundo párrafo inciso segundo del art. 282 bis, se establece una pena más agravada (prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses), si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad. Se trata de una agravación con respecto al tipo de lesión del párrafo segundo inciso primero, de tal modo que la pena será aún más severa si el daño patrimonial causado es especialmente grave. Para PUENTE ABA, serán los tribunales quienes deberán valorar si concurre esta gravedad, sin que el Código aporte pautas al respecto como criterio orientativo, podría acudir a otros tipos penales que también contemplan la agravación de la pena debido a la causación de perjuicios económicos de especial gravedad, como por ejemplo, la estafa³⁹.

La jurisprudencia del TS ha venido entendiendo (como hemos referido más arriba) que el importe que debía ser considerado como de especial gravedad eran 36.000€ (entre otras STS 860/2008 7 de diciembre) en relación con el delito de estafa agravada del art. 250.1.5º . Este importe fue elevado (como de todos es conocido) por la LO 5/2010 de 22 de junio a 50.000€.

Tiene razón ZABALA LOPEZ-GOMEZ cuando critica que el legislador en el art. 282 bis párrafo segundo no establezca ninguna cuantía como sí ocurre en los demás supuestos de delitos bursátiles. El problema práctico vendrá protagonizado por el importe establecido por la jurisprudencia del TS. Obviamente, en el momento presente no hay doctrina jurisprudencial *ad hoc*. Será interesante en este caso las consecuencias de la OPV de Bankia, y seguir las vicisitudes de todos aquellos inversores que compraron títulos de la entidad hasta mayo de 2012, fecha del primer desplome bursátil de la entidad tras el relevo en la cúpula directiva⁴⁰.

Cualquier operación que necesite un folleto de emisión va ser siempre superior a ese importe, por lo que es razonable la solución que plantea QUERALT JIMENEZ y con la que estamos de acuerdo, según la cual debería vincularse al capital social o a la operación, como hace el art. 100 LMV; pero no establecerse un importe como hace el art. 284.2 o el 285, ya que la especial gravedad del ilícito dependerá más de la operación de que se trate que del importe de la cantidad propiamente dicho⁴¹.

Sin embargo, si consideramos la naturaleza jurídica del delito examinado, de carácter socioeconómico, otros autores como SANTANA VEGA/GOMEZ MARTÍN

³⁸ GALAN MUÑOZ, A. op.cit (El fraude de inversores del art. 282 bis CP), pág. 149.

³⁹ PUENTE ABA, L.M. op.cit (El art. 282 bis del Código Penal: las falsedades en la inversión en los mercados de valores), págs. 73-74.

⁴⁰ ZABALA LOPEZ-GOMEZ, C. op.cit (*Los delitos bursátiles*), pág. 188; BAJO FERNANDEZ, M. op.cit (*Los delitos de estafa en el Código penal*), págs. 143-144. También "Informe del Banco de España" realizado por el perito Sr Busquet y remitido a la Audiencia Nacional.

⁴¹ QUERALT JIMENEZ, J. *Derecho penal Español. Parte especial. 6º edición*. Edit Atelier. Barcelona 2010, pág. 581.

proponen la cifra de los 300.000€ pautada en el art. 284 “por la proximidad del supuesto de hecho”⁴².

El nuevo tipo hiperagravado de estafa del artículo 250.2 aplica una pena de prisión cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros. Se introduce, finalmente, un nuevo tipo hiperagravado cuyo fundamento ha de buscarse en el incremento del desvalor de resultado. Así, como consecuencia de las sucesivas reformas de los preceptos relativos a los delitos de estafa (la L.O 5/2010 ya modificó el 250.1.5º en este mismo sentido), el desvalor de resultado da lugar a una cuádruple graduación del injusto en función de un criterio estrictamente cuantitativo: la cuantía de lo defraudado (art. 249) o el valor de la defraudación (art. 250.1.5º y 250.2): a) Delito leve: si la defraudación es inferior a 400 euros; b) Tipo básico: defraudación desde 400 euros hasta 50.000 euros c) Subtipo agravado del art. 250.1.5º: defraudación superior a 50.000 euros hasta 250.000 euros; y d) Tipo hiperagravado del art. 250.2: defraudación superior a 250.000 euros. El problema aplicativo que podrá plantear este nuevo tipo hiperagravado será el mismo que ya se plantea en la actualidad en relación con la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva en los delitos patrimoniales, en concurrencia con el tipo agravado del art. 250. 1.5º y la posible vulneración del principio *ne bis in ídem*.

Según marcada doctrina jurisprudencial (Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala 2º TS, 30 de octubre de 2007⁴³), en los casos de continuidad delictiva, por aplicación de la regla del art. 74.2, se impondrá la pena en consideración al perjuicio total causado, de manera que, si sumadas las cuantías de múltiples estafas cuyo valor de defraudación individual sea inferior a 250.000 euros, pero cuya suma total sea superior a esa cantidad, podrá aplicarse el nuevo tipo hiperagravado, con la pena en toda su extensión (prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses). En estos casos, aplicar además la mitad superior de la pena o la mitad inferior de la pena superior en grado que dispone el art. 74.1 infringiría el principio *ne bis in ídem*. Pero si en estas mismas circunstancias una o varias de las estafas ejecutadas ya lo es por cuantía superior a 250.000 euros, entonces si podría aplicarse la regla del párrafo primero del art. 74, sobre la pena del tipo hiperagravado, imponiendo la pena en su mitad superior (prisión de seis a ocho años y multa de dieciocho a veinticuatro meses) o la mitad inferior de la pena superior en grado (prisión de ocho a diez años y multa de 30 a 36 meses). Por último, en relación con la delimitación de este tipo y el delito masa del art. 74.2 *in fine*, y por coherencia con lo manifestado líneas arriba respecto a la “notoria gravedad” económica de los hechos al analizar el nuevo tipo agravado del art. 250.1.5º, la aprobación de este tipo hiperagravado del art. 250.2, exigirá que para aplicar la regla penológica del delito masa se requiera, además de la afectación a una generalidad de personas, una defraudación por cuantía muy superior a los 250.000 euros. Sólo así puede colmarse el requisito de que la conducta revista una gravedad muy reforzada en comparación con la gravedad exigida por el tipo del art. 250.2⁴⁴.

En opinión de MUÑOZ CONDE, si se cualifica el perjuicio por notoria importancia, no podría aplicarse la cualificación de la estafa prevista en el art. 250.1.4 o 5 ni la del último inciso del 250.2. Aunque cabría también mantener la opinión de que se trata de un concurso de leyes que debe resolverse por la regla de la alternatividad

⁴² SANTANA VEGA, D./GOMEZ MARTIN, V. “Art 282 bis.”. En Comentarios al Código penal. Reforma L.O 5/2010. CORCOY BIDASOLO-MIR PUIG (dirs.). Edit Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011, pág. 625.

⁴³ Acuerdo Pleno no jurisdiccional Sala 2º TS (30 de octubre 2007): “*El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuere contraria a la prohibición de la doble valoración*”.

⁴⁴ VIANA BALLESTER, C. op.cit (Los delitos de estafa: arts 249 y 250 CP), págs 752-754.

aplicando el precepto que imponga mayor pena en el caso concreto (art. 8.4), y en ese caso la pena más grave podría ser la del delito de estafa, perdiendo el art. 282 bis su autonomía⁴⁵.

El perjuicio de “notoria gravedad” es un concepto jurídico indeterminado, lo que genera confusión y discrepancia doctrinal a la hora de definir objetivamente el perjuicio. Y que tendrá que interpretarse a través de la labor jurisprudencial.

IV. PENALIDAD

En cuanto a la penalidad, la pena a imponer como explica ZABALA-LOPEZ GOMEZ es la más abultada de los delitos bursátiles, junto con el delito de *insider trading* y muy superior a cualquiera de las penas tipificadas para los delitos societarios y de los delitos contra el mercado y los consumidores, capítulo XI en el que se encuentra insertado el precepto dedicado a la estafa de inversiones que estudiamos. Pudiera parecer que el legislador ha optado por establecer esta respuesta penológica tan extensa debido a la importancia que el mercado de valores pudiera tener sobre el sistema financiero, y éste a su vez en la vida de los ciudadanos, como la reciente crisis económica nos lo ha demostrado. Pero lo cierto es que si este hubiera sido el planteamiento resulta por demás claro que se habría impuesto unas penas similares en los supuestos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas –abuso de mercado– al que únicamente impone penas de seis meses a dos años de prisión que en muy raras ocasiones conllevarán el ingreso en prisión⁴⁶.

El tipo penal responde a la artificiosa necesidad autoimpuesta por el legislador español consistente en transponer también penalmente las infracciones contempladas en la Directivas y Decisiones Marco comunitarias.. Tampoco será difícil convenir que quien mediante un engaño bastante materializado en la falsificación de la información que debe figurar en el folleto de emisión de instrumentos financieros consigue producir un error en el inversor generando un acto de disposición patrimonial (la inversión, en sentido estricto) en perjuicio propio o de un tercero, no sólo está realizando el supuesto de hecho del artículo 282 bis párrafo segundo, sino que al tiempo realiza el supuesto de hecho del delito de estafa clásico del artículo 248 ; es más, si el perjuicio causado es de notoria importancia, se impondrá la misma pena tanto si se acude al delito de estafa agravado (artículo 250.1.5^a) como si se acude a lo dispuesto en el artículo 282 bis, párrafo segundo, es decir, entre 1 y 6 años⁴⁷. Además tras la Reforma 1/2015 con el n^o 2 del art. 250 que tiene prisión de cuatro a ocho años, por la estafa superagravada, se eleva la pena.

En ausencia de circunstancias agravantes, y conforme a la praxis jurisprudencial de imponer una pena cercana a la mínima legalmente prevista, ésta será habitualmente susceptible de ser sustituida y suspendida⁴⁸.

La pena asignada al tipo básico, contenida en el párrafo primero del art. 282 bis, es la de prisión de uno a cuatro años, sin que, a diferencia de otros delitos de análoga naturaleza (v.gr., arts. 285 o 290), se haya incluido pena pecuniaria alguna⁴⁹. Señala MENDOZA BUERGO, que la pena es bastante superior a la establecida para el tipo básico de estafa, así como para el delito publicitario, a la que se pueden añadir

⁴⁵ MUNOZ CONDE. F. op.cit (*Derecho Penal, Parte Especial*), pág 444.

⁴⁶ ZABALA LOPEZ-GOMEZ, C. op.cit (*Los delitos bursátiles*), págs. 207-208.

⁴⁷ MORALES GARCÍA, O. op.cit (Fraude de inversores, art. 282 bis), pág. 232.

⁴⁸ BONILLA PELLA, J. op.cit (Estafa de inversiones), pág. 274.

⁴⁹ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit (*La estafa de inversiones y de crédito*), pág 144.

eventualmente las previstas en el art. 308, relativo a la estafa de subvenciones y desgravaciones, por expresa previsión legal⁵⁰.

El carácter mixto de este tipo “a caballo” entre la estafa y las falsedades, así como la capacidad para incidir de manera significativa en los mercados financieros, ha llevado al legislador a establecer una pena superior en el tipo básico al de la estafa. Cabrá la continuidad delictiva, siempre que refiera a instrumentos financieros distintos⁵¹.

Como ya hemos comentado líneas más arriba, la pena del tipo básico del 282 bis es incluso superior a la establecida para el tipo básico de estafa. Así, en el delito de estafa se protege el patrimonio del sujeto pasivo y este delito se caracteriza por ser un delito patrimonial incluido dentro de lo que se ha venido a denominar “*Derecho penal económico en sentido amplio*”. Por el contrario, el delito de estafa de inversiones protege precisamente el correcto funcionamiento del mercado de valores y por ende, la correcta transparencia en la información sobre los valores negociables, por lo que resulta incomprensible la identidad entre las penas de uno y otro delito. Y lo mismo sucede en relación a la “notoria gravedad” del perjuicio producido por el delito de estafa de inversiones, lo que nos lleva nuevamente a pensar que el legislador ha confundido por su *nomen iuris* uno y otro delito⁵².

Ciertamente nos sorprende la “levedad” de la pena pecuniaria, propuesta en el párrafo 2º de aquél respecto a las pérdidas que podrían llegar a sufrir las víctimas inversoras al desarrollarse la acción en los mercados de valores. Asimismo es llamativo que no se establezca por el art. 282 bis ningún tipo de inhabilitación para los administradores de hecho o de derecho de las sociedades emisoras de valores.

En realidad, cupiera preguntarse si producido el “perjuicio”, no sería de aplicación la estafa del art. 248; y si éste fuera de “notoria gravedad”, sino cabría aplicar el art. 250.1.5 que tiene la misma pena que el art. 282 bis. Aunque en atención al concurso, al ser los sujetos y el objeto material más específicos, deberíamos aplicar el principio de especialidad del art. 8.1 desplazando la estafa genérica del art. 248 y aplicando el art. 282 bis.

Con todo, el legislador deja abierta la puerta para que la ejecución de la pena de prisión pueda ser suspendida, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 80 y ss. CP, habida cuenta de que sitúa el límite mínimo en un año de prisión. Con respecto a ello, habrá que considerar, que cuando no concurren circunstancias agravantes, suele ser habitual en la praxis jurisprudencial la imposición de penas próximas al referido límite mínimo⁵³.

⁵⁰ MENDOZA BUERGO, B. op.cit (Delitos patrimoniales, delitos contra el mercado –art. 282 bis CP-), pág. 1292, nº 12007.

⁵¹ CORCOY BIDASOLO-MIR PUIG. op.cit (*Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*), pág. 625.

⁵² QUERALT JIMENEZ, J. Op. cit. (*Derecho penal Español*). Epígrafe 23. También GONZALEZ RUS, J.J. “Delitos de falsedad documental de informaciones sobre instrumentos financieros negociados en los mercados de valores y la estafa de inversiones”. En *Sistema de Derecho penal. Parte especial*. MORILLAS CUEVA L (dir.). Edit Dykinson. Madrid, 2011, pág. 606, quien nos explica que la pena es superior incluso a la que se prevé para la falsedad en documento mercantil (art. 392.1) prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Y en la misma línea FARALDO CABANA, P. op.cit (Art. 282 bis), pág. 1089, (no solo superior al delito societario; sino también al delito publicitario del art. 282). La explicación es la importancia que tiene el mercado de valores en nuestro sistema económico.

⁵³ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit (La estafa de inversiones y de crédito), pág. 145.

Respecto a las consecuencias jurídicas, habrá que reparar en lo dispuesto en el art. 288, y será aplicable al art. 282 bis cuando el sujeto activo haya sido una persona jurídica. De un lado, en el párrafo 1º se prevé con carácter imperativo la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, y si lo solicitara el perjudicado, sin perjuicio de otorgar además al juez o tribunal la facultad de ordenar, en su caso la reproducción total o parcial de la sentencia en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado. El primer párrafo no ha sufrido ninguna modificación con la Reforma del 2015 y se mantiene la misma obligación⁵⁴.

De otro lado, en el párrafo 2º se incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus consecuencias⁵⁵, que se han agravado a tenor de la Reforma del CP 2015⁵⁶. Explica PUENTE ABA, respecto al art. 288 que se prevé una pena de multa de dos a cinco años para la persona jurídica cuando tuviese prevista una pena de privación de libertad superior a dos años. Y por otro, se introduce la opción de aplicar a las personas jurídicas la pena de multa según el sistema de días-multa o de multa proporcional: así, en los delitos con penas de prisión superior a dos años, para las personas jurídicas se optará entre una multa de dos a cinco años, o una multa del triple al quintuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener. La elección entre ambos sistemas, explica la autora en cita, no es libre para el juez o tribunal, sino que ha de escoger aquella modalidad que determine la obligación de pagar una cantidad mayor. Se trata de una nueva previsión igual a la existente con anterioridad en el ámbito de la corrupción en las transacciones económicas internacionales (art.286 ter, antiguo art.445) o en los delitos contra la ordenación del territorio (art. 319). Dadas las dificultades que pueden presentarse para fijar el punto de referencia para el cálculo de la multa proporcional, se ha previsto en estos supuestos que la multa proporcional resulte de aplicación alternativa a la pena de días-multa. Ciertamente la multa proporcional resulta adecuada para sancionar aquellos hechos delictivos en los que su autor obtiene importantes beneficios,

⁵⁴ MIRÓ LLINARES, F. “Disposiciones comunes” en *Estudios sobre el Código Penal Reformado* (dir) MORILLAS CUEVA, L. Edit. Dykinson. Madrid. 2015, págs 655-656.

⁵⁵ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit (*La estafa de inversiones y de crédito*), pág 145.

⁵⁶ **Artículo 288 CP 2015**: “En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1º. En el caso de los delitos previstos en los artículos 270,271,273,274,275,276,283,285 y 286:

- a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.
- b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido, o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.

En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278,279,280,281,282,282bis, 284 y 286 bis al 286:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.
- b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de casos.

2º. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

pero también sucede que puede resultar de difícil o imposible aplicación, en los casos en que no se puede determinar el importe del valor de referencia para calcular la multa. Seguramente por este motivo, en relación con el art 288.1 con respecto al 282 bis, se prevé como alternativa a la multa proporcional el sistema de días-multa⁵⁷.

En el caso de la persona jurídica responsable, las penas previstas para la “sociedad emisora” en estos supuestos son, tras la reforma de 1/2015 como queda reflejado en el artículo 288. 1º párrafo 2º a), los de multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene una pena de más de dos años de prisión y b) multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de casos. Asimismo, si se dan las circunstancias previstas en el CP art. 66 bis, los juzgados y tribunales podrán imponer, además, las penas previstas en los apartados b) a g) del CP art. 33.7 cuando el sujeto activo sea una persona jurídica⁵⁸.

El inciso final del párrafo primero del artículo que comentamos, nos remite al art. 308 que alude al fraude de subvenciones.

Y el art. 308.4 dice que: *“Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”*. Parece, pues, que la frase *“sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 308”* se refiere a esta exención de responsabilidad criminal, es decir, al art. 308.4. Por lo tanto, la excusa absolutoria que contempla el fraude de subvenciones podría ser aplicable al tipo penal de la “estafa de inversores”.

Sin embargo, el art. 308.4 habla de reintegro de las cantidades recibidas, y el tipo penal del art. 282 bis no sólo trata de recepción de cantidades por la empresa que difunde los datos económicos falsos, sino también la contemplan supuestos más amplios, tales como captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio. Por tanto, se requiere una interpretación “extensiva” para llevar la excusa absolutoria al terreno de la “estafa de inversores”. Así, podría entenderse que están exentos de responsabilidad criminal los administradores y empresas que devuelvan la inversión recibida, permitan la salida de los inversores sin ninguna penalización, o admitan la cancelación de los activos financieros obtenidos⁵⁹.

⁵⁷ PUENTE ABA, L.M. “Publicación de la sentencia y sanciones para las personas jurídicas (art 288 CP)” en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* 2º Edición, (dir) GONZALEZ CUSSAC J.L, GORRIZ ROYO.E /MATALLÍN EVANGELIO.A (coords). Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2015, págs 939-941.

⁵⁸ BONILLA PELLA, J. op.cit (Fraude de inversores), pág. 580, nº 6330.

⁵⁹ PRAT WESTERLINDH, C. op.cit (Estafa de inversores), pág. 8/12. Concluye el autor que la excusa absolutoria requiere otras condiciones. Esto nos lleva al resultado absurdo de que, en el caso de aplicarse el tipo agravado del art. 282 bis, y haberse conseguido la inversión, es posible aplicar la excusa absolutoria del art. 308.4 del Código Penal

Otra de las cuestiones a tratar sería la incoherente penalidad en los tipos agravado e hiperagravado. Así para MENDOZA BUERGO, resulta sorprendente que el límite mínimo de la pena para este supuesto “hiperagravado” sea inferior al previsto para el caso en el que el perjuicio no sea de tanta gravedad. A pesar de que en ambos casos se trata de estafas consumadas a través de una conducta falsaria previa y de que se castiga también el peligro para otros eventuales inversores y para el funcionamiento y la confianza en el mercado (bienes supraindividuales), la pena mínima señalada para el caso de notoria gravedad del perjuicio producido (un año de prisión) parece en todo caso incongruente con el límite mínimo de la prevista para supuesto menos grave del inciso primero (dos años y medio de prisión). Es decir, y estamos de acuerdo es que es algo bastante incoherente e ilógico que conducta más graves lleven aparejada menos pena, quizá de *lege ferenda* se pudiese corregir.

Respecto a las penas, que el límite mínimo para el tipo “hiperagravado” del inciso segundo (prisión de un año) sea inferior al límite mínimo asignado al tipo agravado del inciso primero prisión de dos años y seis meses, es inaceptable; como en otro orden de cosas, la suspensión de la ejecución de la pena no es posible en el tipo agravado; pero si en el “hiperagravado”. Estas incoherencias y contradicciones entendemos que sólo podrá subsanarse a través de la vía jurisprudencial.

Es decir, que judicialmente se imponga al autor del “tipo hiperagravado” –inciso segundo, párrafo 2º- una pena que no fuese inferior al límite mínimo del tipo agravado del inciso primero (dos años, seis meses y un día), no tiene sentido ni lógica⁶⁰. Pero como explican MARTINEZ-BUJAN PEREZ y HURTADO ADRIAN, esta subsanación sólo sería posible en un delito en grado de consumación, pero no en el caso de cómplice o de tentativa. Este último autor propone una interpretación “intrasistemática” para salvar la autonomía pretendiendo que “el marco, punitivo de la primera agravación fuera el mismo que el del tipo básico, así de uno a cuatro años”. No obstante, critica esta opción “salvífica” MARTINEZ-BUJAN PEREZ ya que es claramente una interpretación “correctiva” si, pero “*contra legem*”. Ya que como indica este autor el legislador ha previsto imperativamente la imposición de la pena de prisión de uno a cuatro años “en su mitad superior”; y lo que no puede hacer el juez es cambiarla (que no interpretar la letra de la ley⁶¹).

Para MARTINEZ-BUJAN PEREZ, se trata de un “disparate anticonstitucional”, por vulnerar los principios de proporcionalidad y de igualdad ante la ley, y que debería ser inmediatamente corregido. No obstante, de *lege lata* solo puede ser corregido a través de una interpretación judicial, que valiéndose del arbitrio que posee el juzgador en la determinación de la pena dentro del marco penal abstracto, imponga al autor del tipo hiperagravado (inciso 2º del párrafo 2º) una pena que no fuese inferior al límite mínimo del tipo agravado del inciso 1º (dos años, seis meses y 1 día).

El subtipo resulta agravado en el párrafo segundo, como venimos examinando, cuando el peligro se concreta en un resultado consistente en la captación de recursos en perjuicio para el inversor, pero para algún cualificado sector doctrinal también se habrá cometido una estafa ya que en realidad, en estas hipótesis, se habrá cometido, además del delito de fraude de inversores (delito socio-económico), una estafa. Ahora bien, la solución

cumpliendo las condiciones previstas en este artículo, y en el caso de no haberse conseguido la inversión, no cabe apreciar la excusa absolutoria porque no hay nada que devolver. Es decir, la conducta más grave sí que conlleva excusa absolutoria mientras que la más leve no.

⁶⁰ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit (*Estafa de inversores y de crédito*), págs. 158-159.

⁶¹ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit (*Estafa de inversores y de crédito*), pág. 159.

penológica acogida en el nuevo precepto impide la valoración autónoma de la estafa, por ejemplo, en los supuestos en los que ésta fuera constitutiva de falta⁶².

Sentado todo lo anterior, y en conclusión se trata por tanto de un supuesto (el del tipo agravado) en el que se consigue el objetivo perseguido de captar inversores o depositantes, colocar activos financieros u obtener financiación, ocasionando además un perjuicio patrimonial para el inversor o depositante, etc., cuya precisión y prueba puede plantear más de un problema. Parece que la producción del perjuicio debe considerarse resultado del delito y no condición objetiva de punibilidad, en cuyo caso es necesario el correspondiente juicio de imputación objetiva y que esté abarcado por el dolo. Tal perjuicio no se cuantifica salvo por la circunstancia de que fuera de notoria gravedad, elevándose entonces el marco superior de la pena de prisión hasta los seis años y previéndose además una pena de multa de seis a doce meses⁶³.

Resulta sorprendente (queremos llamar la atención una vez más) que el límite mínimo de la pena para este supuesto “superagravado” sea inferior al previsto para el caso en el que el perjuicio no es de tanta gravedad. A pesar de que en ambos casos se trata de estafas consumadas a través de una conducta falsaria previa y de que se castiga también el peligro⁶⁴.

Respecto al plazo de prescripción, este tipo hiperagravado al poseer un límite máximo superior, esto es, el de seis años, lleva aparejada la consecuencia de elevar el plazo de prescripción del delito desde los cinco años (que corresponden al tipo básico y al agravado) hasta los diez años, conforme a lo establecido en el art. 131.1.

V. PERSEGUIBILIDAD

Respecto a la perseguibilidad en el delito del art. 282 bis. También sorprende que no se aplique en el delito de fraude de inversores el sistema de perseguibilidad que establece la LO 5/2010 para el delito de abuso de información privilegiada y manipulación de mercado. En consecuencia, será aplicable la regla general pese a que en estos casos no se protege el patrimonio individual sino un bien colectivo (que perjudica intereses generales) y por eso no parece razonable condicionar su perseguibilidad a la interposición de una denuncia por parte del ofendido. Si bien el Ministerio Fiscal podrá actuar en aquellos casos en que se afecte al interés general o a una pluralidad de personas⁶⁵.

A través de la LO 5/2010, de 22 de junio, se establece un nuevo sistema de perseguibilidad para los delitos de *insider trading* y de manipulación de mercado, pero respecto al delito de estafa de inversiones del art. 282 bis permanece inalterado el sistema vigente desde la promulgación del Código Penal en relación con los delitos contra el mercado y los consumidores que establece el art. 287 en las Disposiciones Comunes a las secciones anteriores. Tampoco ha variado mucho respecto a la reforma del Código Penal 2015 al sustituir incapaz o persona desvalida por “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*”, no afectando al resto del artículo que sigue intacto⁶⁶. Sin embargo, no parece muy lógico si entendemos que lo protegido por

⁶² RODRIGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. “Estafa de inversores” en *Comentarios a la Reforma penal 2010*. AAVV. ALVAREZ GARCIA, F.J y GONZALEZ CUSSAC, J.L. (dirs.) Edit Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010, pág. 325.

⁶³ MENDOZA BUERGO, B.op.cit (Falsedad de la información económica-financiera para inversiones), pág. 1292, nº 12008.

⁶⁴ BONILLA PELLA, J. op.cit (Fraude de inversores), pág. 1088. Epígrafe 12006/12008.

⁶⁵ GARCIA SANZ, J. op.cit (*La protección penal del mercado financiero*), pág. 60.

⁶⁶ Artículo 287 CP 2015: “1. Para proceder por los delitos previstos en la sección 3º de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la

el delito de estafa de inversiones no es el patrimonio individual, sino el correcto funcionamiento del mercado entendido como bien jurídico colectivo y “difuso”, y que por ende se condicione la perseguibilidad a la interposición de una denuncia por parte de ofendido, cuando deberá actuar de oficio el Ministerio Fiscal. Es más, como ha venido a señalar TERRADILLOS BASOCO, en todos los casos en los que se produzca un comportamiento ilícito contra el mercado será raro que no se dañen los intereses generales o se afecte a una pluralidad de personas por lo que también podrá ejercer acciones el Ministerio Fiscal en la práctica totalidad de los casos⁶⁷.

En concreto se halla redactado de forma idéntica al art. 296, que incorpora también otra condición de perseguibilidad en materia de delitos societarios. De ahí, que la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, que exceptuó de la regla contenida en el art. 287-1 los delitos previstos en los arts. 284 y 285, (pero corregido por una ley posterior en 2011 que los incluye y que en el 2015 los exceptúa otra vez), deba considerarse superflua, dado que estos dos delitos quedan ya incluidos en la norma del apartado 2 del art. 287⁶⁸. El hecho de que se excluyesen los delitos de los arts. 284 y 285 probablemente se explique por el ámbito sobre el que inciden ambos delitos; los títulos valores e instrumentos financieros son un sector altamente reglado, en el que existe un organismo (la CNMV), que se encarga del control de actividad⁶⁹. Entonces es incomprensible, como dice MARTINEZ-BUJAN PEREZ⁷⁰, que siendo así, no hubiese quedado excluido asimismo el delito del art. 282 bis.

Sea como fuere, se trata de un delito perseguible a instancia de parte; salvo en los casos, explica QUERALT JIMENEZ que el delito (como es el caso que nos ocupa) afecta a los indefinidos intereses generales o a una incuantificada legalmente pluralidad de personas⁷¹.

persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas”.

⁶⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M. “Globalización, administrativación y expansión del Derecho penal económico. En *Estudios de Derecho penal de la empresa*. ACALE SANCHEZ, M./TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coords.) Madrid, 2009, pág. 19. Donde el autor (acertadamente a nuestro juicio) señala que resulta contradictorio el régimen de perseguibilidad establecido, pues se trata de delitos que-al menos pretendidamente- no se dirigen contra estrictos intereses individuales, sino colectivos.

⁶⁸ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit (*Derecho penal económico y de la empresa*), pág. 397.

⁶⁹ RODRIGUEZ PUERTA, M.J. y MORÓN LERMA, E. op.cit (Estafa de inversores, art. 282 bis), pág. 316.

⁷⁰ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit (*Derecho penal económico y de la empresa*), pág. 397; también LIBANO BERISTAIN, A. *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales adaptado a la reforma del Código Penal*. Edit.. J.M. Bosch. 2011, pág. 294.

⁷¹ QUERALT JIMENEZ, J. op.cit (*Derecho penal Español. Parte especial*). También QUERALT JIMENEZ, J. op.cit (Delitos contra el mercado y los consumidores). Epígrafe 23. Cómo dice FARALDO CABANA, P. op.cit (Art. 282 bis), pág. 1091. No es precisa la denuncia cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. En el art. 282 bis siempre hay afectación a un interés general, como es la funcionalidad del documento, y en la mayoría de los supuestos habrá pluralidad de personas afectadas, puesto que la conducta se dirige al colectivo de inversores. Ello lleva a concluir que se ha de aplicar en todos los casos la excepción a que alude el art. 287 en su párrafo segundo.

Efectivamente a tenor del art. 287, para la persecución de este delito se exigiría la denuncia de la persona agraviada, lo que no parece a nuestro modo de ver que tenga mucho sentido, al menos en el tipo básico, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido que no puede ser otro que el buen funcionamiento y la transparencia y el correcto funcionamiento de los mercados regulados.

No obstante, la naturaleza del delito permitiría la aplicación del apartado 2 del art. 287, al afectar el peligro necesariamente a una pluralidad de personas o a los intereses generales.

De ahí que participemos de la opinión de ZABALA-LOPEZ GOMEZ y TERRADILLOS BASOCO para quienes, no parece muy lógico si entendemos que lo protegido por el delito de estafa de inversiones no es el patrimonio individual, sino el correcto funcionamiento del mercado entendido como bien jurídico colectivo, que se condicione la perseguibilidad a la interposición de una denuncia por parte del ofendido⁷².

Es más, en todos los casos en los que se produzca un comportamiento ilícito contra el mercado será raro que no se dañen los intereses generales o se afecte a una pluralidad de personas por lo que también podrá ejercer acciones el Ministerio Fiscal en la práctica totalidad de los casos⁷³.

Efectivamente, y concluimos por nuestra parte, y no olvidando que en el art. 282 bis, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento del mercado de valores, aunque en el segundo párrafo se requiera para las modalidades agravatorias, el perjuicio para el inversor; concepto tal como lo usa el legislador indeterminado, máxime en un mercado tan volátil como el bursátil.

Creemos que ambos párrafos del art. 282 bis deben ser perseguibles de oficio, porque en primer lugar para los tipos agravados, no dejaría de ser paradójico que el tipo básico afectando a intereses generales como el correcto funcionamiento del mercado fuera perseguible de oficio, no necesitado denuncia de la persona perjudicada y el agravado que es el básico más un plus de agravación, que es el perjuicio para los inversores no lo fuera y pudiera ser perseguibles a instancia de parte, necesitando denuncia de las personas agraviadas en el caso de que se interprete como protector del patrimonio individualizado del inversor, siendo lo lógico todo lo contrario. En segundo lugar porque la condición de una pluralidad de personas se puede dar en el segundo, ya que es igual que las condiciones y características que se dan en el primero; pero con la realización del perjuicio para el patrimonio de los inversores añadiéndose la exigencia, prioritaria, igualmente de protección del correcto funcionamiento del mercado.

Para MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, será siempre aplicable la excepción contenida en el art. 287.2. Y es que la comisión de este delito afecta en todo caso a intereses generales. Conclusión con la que estamos de acuerdo ya que el bien jurídico protegido en el tipo es el correcto funcionamiento del mercado y el patrimonio colectivo difuso de inversores, con lo que su mera realización afecta a los intereses generales de los consumidores y al mercado en general⁷⁴.

⁷² ZABALA LOPEZ-GOMEZ, C. op.cit (*Los delitos bursátiles*), pág. 213. TERRADILLOS BASOCO, J.M. op.cit (Globalización, administrativación y expansión del Derecho penal económico), pág. 19. Donde el autor señala que resulta contradictorio el régimen de perseguibilidad establecido, pues se trata de delitos que-al menos, pretendidamente- no se dirigen contra estrictos intereses individuales, sino colectivos.

⁷³ BONILLA PELLA, J. op.cit (Delitos relativos al mercado y los consumidores), pág. 570, n° 6267.

⁷⁴ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. op.cit (*La estafa de inversiones y de crédito*), pág 160.

Para MENDOZA BUERGO, tampoco parece tener sentido hacer depender la persecución de este delito a la existencia de una denuncia de un agraviado, a la vista de los bienes protegidos y tratándose el tipo básico de un delito de peligro que afectará por hipótesis a una pluralidad de sujetos, lo que permitirá en este caso acogerse a la excepción recogida en el CP art. 287.2. Se ha apreciado la competencia de la Audiencia Nacional para conocer este delito (JCI 10-6-13, EDJ 286566, JCP 12-6-13, EDJ 103125)⁷⁵.

⁷⁵MENDOZA BUERGO, B. op.cit (Delitos patrimoniales, delitos contra el mercado –art. 282 bis CP-), pág. 1292, nº 12009.

APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EUROPA. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES A DEBATE

ANA ISABEL HERRÁN ORTIZ
Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 24 de mayo
Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: Recientemente, se publicaba el esperado Reglamento General de Protección de Datos en la Unión Europea. Mucho tiempo se ha tenido que esperar hasta la aprobación de esta norma, y muchas han sido las expectativas jurídicas que este texto había generado. Pretendemos en este trabajo presentar unas breves notas que analicen algunas de las novedades más significativas de este Reglamento, que si bien no será aplicable hasta 2018, exigirá, como tendremos ocasión de explicar, un gran esfuerzo de los Estados miembros para adaptar su derecho nacional al nuevo contexto legal europeo en protección de datos personales.

ABSTRACT: Recently, the expected General Data Protection Regulation was published in the European Union. The approval of this regulation has been long awaited and the text had created high legal expectations. In this paper we intend to present some brief notes that analyze some of the most significant changes introduced by this Regulation which, although not applicable until 2018, will require, as we will explain, a great effort by the Member States to adapt their national laws to the new European legal context in data protection.

PALABRAS CLAVE: Datos personales Europa Reglamento principios derechos.

KEY WORDS: Europe Regulation personal data rights principles.

SUMARIO: I. EL NUEVO MARCO NORMATIVO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS. PERSPECTIVA GENERAL.- II. ¿HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA DERECHO A LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES EN EUROPA?.- III. A VUELTAS CON LA DEFINICIÓN DEL AMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS.- 1. Ámbito de aplicación material.- 2. El ámbito de aplicación territorial.- IV. LA EVOLUCIÓN DE LOS NUEVOS PRINCIPIOS Y DERECHOS EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EUROPA.- 1. A propósito de los nuevos principios de protección de datos personales.- 1.1. El principio de transparencia en el tratamiento de datos personales.- 1.2. El principio del consentimiento. Nuevas condiciones de validez - 1.3. El principio de privacidad desde el diseño y por defecto.- 2. La consagración legal de nuevos derechos del interesado en la protección de datos. En especial, el derecho de supresión y el derecho a la limitación del tratamiento.- 2.1. El “derecho al olvido” en el RGPD.- 2.2. El derecho del interesado a la limitación del tratamiento y a la portabilidad de los datos.- V.EL RESPONSABLE DEL

TRATAMIENTO Y EL ENCARGADO. NOTAS DISTINTIVAS DE SUS OBLIGACIONES.- 1. El registro de las actividades de tratamiento.- 2. La evaluación de impacto relativa a la protección de datos y la consulta previa la autoridad de control.- 3. Notificación de vulneración de la seguridad de los datos personales.- VI. LA SEGURIDAD DE LOS DATOS PERSONALES. DE LAS EXPECTATIVAS PROFESIONALES A LAS OBLIGACIONES LEGALES- 1. El Delegado de Protección de Datos.- 2. Nuevas oportunidades profesionales. Los códigos de conducta y la certificación VII. CONSIDERACIONES FINALES.- VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

EL NUEVO MARCO NORMATIVO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS. PERSPECTIVA GENERAL

Larga ha sido la espera hasta la reciente publicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobado el 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 (en adelante, RGPD)¹. Su entrada en vigor ha tenido lugar este reciente 24 de mayo de 2016, sin embargo, su aplicación deberá esperar hasta el 25 de mayo de 2018; en ese tiempo, los Estados deben apresurarse y adaptar su normativa a los nuevos dictados del RGPD en la regulación de la protección de datos de carácter personal, y la libre circulación de los mismos.

Su publicación ha puesto fin a varios años de incertidumbre jurídica sobre el rumbo que en el ámbito europeo tomaría el derecho a la protección de datos personales y su tutela. Al mismo tiempo, la aprobación de esta normativa satisfacía las exigencias expresadas tanto desde el sector público como del privado, reclamando una nueva normativa, que permitiera la consideración de la protección de datos desde una perspectiva más actual, acorde con los nuevos avances digitales, y que facilitara la aplicación uniforme de principios, normas y buenas prácticas en toda la Unión Europea.

En efecto, era preciso alcanzar la necesaria armonización legal, y lograr la aplicación de normas uniformes en todos los Estados miembros, garantizando de este modo un nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas en lo que al tratamiento de sus datos personales se refiere equivalente en todos los Estados miembros, mediante la aplicación coherente y homogénea de normas de protección de datos personales en Europa.

En este sentido, coincide la doctrina en destacar que es una norma que regula el tratamiento de la información y la propia circulación de los datos, lo que justifica su trascendencia jurídica. Y además, que dicha norma adopte la forma de un Reglamento implicará que su aplicación sea más directa que la propia de cualquier directiva. Así lo explicita igualmente el propio RGPD, cuando en su art. 99 advierte que “El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

Ahora bien, tal y como resultará patente a lo largo de este trabajo, el citado RGPD es heredero de la Directiva 95/46/CE², de cuyas previsiones no se distancia, tal y como se

¹ 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). Diario Oficial de la Unión Europea L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

² Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DOUE núm. L 281/31, de 23 de noviembre de 1995.

reconoce en el propio texto del Reglamento³. Al mismo tiempo se concede un amplio margen al derecho nacional de los Estados, con lo que la adaptación de dichas normas al nuevo texto representa un reto para los Estados, y genera no pocas incertidumbres jurídicas en relación con la aplicación coherente y uniforme de sus previsiones en cada Estado. En efecto, son numerosas las ocasiones en las que el RGPD cede a las legislaciones nacionales la posibilidad de establecer y delimitar garantías, medidas o facultades para la tutela del derecho a la protección de datos; entre otros, véase el art. 6.3 o el art. 9 del RGPD. Ciertamente, tal y como apuntan algunos autores, no es descabellado pensar que en breve el legislador español deberá acomodar la normativa española a los nuevos tiempos que nacen en el derecho a la protección de datos personales con la aprobación de este Reglamento europeo⁴.

Por otra parte, ha sido definido el texto cuyo estudio abordaremos, como una norma compleja, minuciosa, de difícil interpretación, y cargada de conceptos jurídicos indeterminados, que sin duda complicará la labor de análisis y aplicación de un texto, cuya mayor virtud, a decir de los expertos, reside en la uniformidad legislativa que instaura en la UE en materia de protección de datos personales⁵.

Con todo, sin embargo, no parece que inicialmente las expectativas que este texto generó se hayan visto cumplidas, y como tendremos oportunidad de exponer en el presente trabajo, son numerosas en nuestro país las voces críticas que se han alzado contra el RGPD. Solo el tiempo, y su posterior aplicación en mayo de 2018 determinarán el acierto de los Estados al adaptar a sus derechos nacionales los principios, derechos y obligaciones que la norma prevé; o por el contrario, lamentarán que la tan ansiada uniformidad en la aplicación de principios y derechos de protección de datos personales en Europa aún deba esperar.

¿HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EUROPA?

Sorprende la rotundidad con la que el legislador europeo configura en el RGPD la naturaleza del derecho a la protección de datos personales, cuando en el primero de los considerandos que abren el esperado texto, afirma que la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales “es un derecho fundamental”. Ciertamente que antes la propia Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ya había anticipado en su art. 8 que “toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan”⁶. No se limita, sin embargo, el legislador europeo a proclamar dicha consideración, bien al contrario, extiende dicha protección a las personas físicas “cualquiera que sea su nacionalidad o residencia”, vinculando directamente los principios y normas relativos a la protección de las personas físicas en el tratamiento de sus datos personales, con el respeto a las libertades y los derechos fundamentales.

A mayor abundamiento el art. 1 del citado RGPD establece como objeto de protección “los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, y en particular, su derecho

³ Véase el Considerando 9 del RGPD, que proclama explícitamente la validez de los objetivos y principios de la Directiva 95/46/CE.

⁴ PIÑAR MAÑA, José Luis. “Principales novedades del Reglamento”. Jornada de ENATIC sobre el Reglamento General de Protección de Datos, Madrid, 29 de abril de 2016.

⁵ C. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El nuevo Reglamento Europeo de protección de datos: un texto complejo que abre nuevas perspectivas profesionales”, *Diario La Ley*, núm. 8762, Sección Práctica Forense, 16 de Mayo de 2016.

⁶ CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2000/C 364/01), Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1, de 18 de diciembre de 2000. Continúa diciendo el citado artículo 8 que “Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación”.

a la protección de datos personales”, siendo así que entonces la presente norma no solo tutela el derecho a la protección de datos personales, sino cualesquiera derechos y libertades fundamentales de la persona que pudieran verse afectados por el tratamiento de los datos personales.

En este sentido, si bien se contempla la necesidad de integrar al ser humano en el desarrollo técnico, ello no impide reconocer las carencias del actual marco normativo europeo de protección de datos personales, especialmente en las diferencias importantes que separan a las distintas normativas nacionales de protección de datos de los Estados miembros, y que constituyen a juicio del legislador europeo un importante obstáculo al ejercicio de las actividades económicas en la Unión, falsean la competencia y pueden dificultar la libre circulación de los datos personales en la Unión (véase el Considerando 9 del RGPD).

Por ello, la protección otorgada en materia de tratamiento de la información personal, debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia. De igual modo, advierte el RGPD en su Considerando 13 que es necesario un RGPD que proporcione seguridad jurídica y transparencia a todos los operadores económicos, y ofrezca a las personas físicas de todos los Estados miembros el mismo nivel de derechos y obligaciones exigibles y de responsabilidades para los responsables y encargados del tratamiento, con el fin de garantizar un nivel coherente de protección de las personas físicas en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior.

Merece especial atención sobre el reconocimiento y ejercicio al interesado de los derechos en el marco del RGPD, la previsión establecida en el Considerando (142), por la cual, el interesado que considere vulnerados los derechos reconocidos en el Reglamento (repárese que no solo se alude a derechos a la protección de datos personales) deberá tener derecho a conferir un mandato a una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro⁷.

En este sentido, representa una novedad legislativa, sin precedentes en el ámbito de la protección de datos personales, la posibilidad que conforme al art. 80 y de acuerdo con lo explicado en el Considerando 142 reconoce al interesado el derecho a conceder un mandato a entidad, organización o asociación, en los términos anteriormente señalados, para que presente en su nombre una reclamación, y ejerza, cuando corresponda, los derechos oportunos ante la autoridad de control o judicialmente (véase arts. 77, 78 y 79 del RGPD), así como el derecho a reclamar la correspondiente indemnización, si así se contempla en la legislación nacional del Estado miembro. En efecto, un derecho que al menos en la legislación española adopta la condición jurídica de personalísimo, y cuyo ejercicio, con las salvedades legales, corresponde al propio interesado, admite que, con las restricciones legales de cada derecho nacional, pueda ser ejercitado al menos en vía judicial y ante la autoridad correspondiente, por representación, mediante una asociación y no necesariamente cuando el interesado haya concedido un mandato, sino cuando así se disponga por el Estado miembro, exceptuando el derecho a indemnización y la reclamación de responsabilidad por el tratamiento de datos personales, que corresponde al interesado o a la persona jurídica en que quien se delegue expresamente.

⁷ Conforme se explica en el citado Considerando (142), se trata de organizaciones sin ánimo de lucro que estén constituidas con arreglo al Derecho de un Estado miembro, tengan objetivos estatutarios que sean de interés público y actúen en el ámbito de la protección de los datos personales, para que presenten en su nombre una reclamación ante la autoridad de control, ejerzan el derecho a la tutela judicial en nombre de los interesados o, si así lo establece el Derecho del Estado miembro, ejerzan el derecho a recibir una indemnización en nombre de estos. Un Estado miembro puede reconocer a tal entidad, organización o asociación el derecho a presentar en él una reclamación con independencia del mandato de un interesado y el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando existan motivos para creer que se han vulnerado los derechos de un interesado como consecuencia de un tratamiento de datos personales que sea contrario al presente Reglamento. Ahora bien, esa entidad, organización o asociación no puede estar autorizada a reclamar una indemnización en nombre de un interesado al margen del mandato de este último.

El tiempo dirá en qué medida y con qué garantías los Estados miembros articulan esta facultad del interesado, y qué efectividad práctica alcanzará la posibilidad de que el interesado sea representado en sus reclamaciones judiciales o extrajudiciales por perjuicios a sus derechos como consecuencia de tratamientos de datos personales que le conciernen, e infringen las normas y principios del presente Reglamento general de protección de datos.

A VUELTAS CON LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RGPD

Se ha señalado como uno de los aspectos más destacados y novedosos del Reglamento general, la extensión de su ámbito de aplicación, en especial en el ámbito territorial⁸. Así, si el texto de la Directiva 95/46/CE el art. 4 c) se mostraba muy escueto, y restringía la aplicación de las disposiciones nacionales que se hayan aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales, entre otras circunstancias, cuando “el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea”; el RGPD, por el contrario, hace extensiva su aplicación a todo tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable o un encargado del tratamiento en la Unión debe llevarse a cabo de conformidad con el presente Reglamento, independientemente de que el tratamiento tenga lugar o no en la Unión. Y entiéndase a los efectos del RGPD, que un establecimiento implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables. La forma jurídica que revistan tales modalidades, ya sea una sucursal o una filial con personalidad jurídica, no es el factor determinante al respecto (véase Considerando 22 del RGPD).

1. *Ámbito de aplicación material*

No representa ninguna novedad la delimitación del ámbito material de aplicación del RGPD, en relación con lo anteriormente previsto en la derogada Directiva 95/46/CE, por cuanto que ya el art. 3.1 de la citada norma expresaba que “las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero”.

Justifica el Considerando (15) esta decisión argumentando a tal efecto que la protección de las personas físicas por el tratamiento de sus datos personales no puede hacerse depender de las técnicas de tratamiento utilizadas en cada caso; si bien, excluye de la aplicación del reglamento a los ficheros o conjuntos de ficheros que no se encuentren estructurados conforme a criterios específicos. Ciertamente, si la información personal no se encuentra ordenada o estructurada de acuerdo a criterios o principios no constituye un fichero, con forme a la definición que ofrece el propio Reglamento, y según la cual, se entenderá por fichero “todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica”.

En otro orden de consideraciones, y en clara sintonía con lo previsto en la Directiva 95/46/CE, el Reglamento no se aplicará al tratamiento de datos personales:

- a) en el ejercicio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión;

⁸ M. ARIAS POU, “Las 10 claves del Reglamento general de protección de datos (Reglamento 2016/679, de 27 de abril. DOUE del 4 de mayo de 2016)”, *Diario La Ley*, núm. 8756, 6 de Mayo de 2016, pp.1-7.

b) por parte de los Estados miembros cuando lleven a cabo actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del TUE;

c) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas;

d) por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención.

Como consecuencia de la dispersión legislativa que impera en materia de protección de datos personales en el ámbito de la UE, se encuentra obligado el legislador comunitario a establecer principios y normas que concilien la aplicación de este Reglamento, como norma general de protección de datos, con otros textos europeos ya en vigor, y de aplicación sectorial. Tal es el caso de las normas contempladas en el Reglamento (CE) n° 45/2001 de aplicación al tratamiento de datos de carácter personal por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Así, el Reglamento (CE) n° 45/2001 y otros actos jurídicos de la Unión aplicables a dicho tratamiento de datos de carácter personal se adaptarán a los principios y normas del presente Reglamento de conformidad con su artículo 98⁹; así como la aplicación de la Directiva 2000/31/CE, en particular sus normas relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en sus artículos 12 a 15¹⁰.

2. El ámbito de aplicación territorial

Coinciden los expertos en señalar que se ha extendido significativamente el ámbito de aplicación territorial del RGPD, en relación con lo anteriormente previsto en la Directiva¹¹. Así, con carácter general, el presente RGPD, tal y como ha sido indicado anteriormente, se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un

⁹ Justifica el propio texto del RGPD en su Considerando 17 la necesidad de adecuar ciertos actos jurídicos de la Unión, al señalar que “otros actos jurídicos de la Unión aplicables a dicho tratamiento de datos de carácter personal deben adaptarse a los principios y normas establecidos en el presente Reglamento y aplicarse a la luz del mismo. A fin de establecer un marco sólido y coherente en materia de protección de datos en la Unión...”.

¹⁰ No son estas las únicas oportunidades en el que el Reglamento se refiere a la necesidad de garantizar la coherencia normativa en la aplicación de los principios y normas de protección de datos, una vez aprobado en reglamento general. Así, el Considerando 173, a cuyo tenor, el Reglamento debe aplicarse a todas las cuestiones relativas a la protección de los derechos y las libertades fundamentales en relación con el tratamiento de datos personales que no están sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2), incluidas las obligaciones del responsable del tratamiento y los derechos de las personas físicas, con el propósito de esclarecer la relación entre el presente Reglamento y la Directiva 2002/58/CE, esta última debe ser modificada en consecuencia; de este modo, una vez que se adopte el presente Reglamento, debe revisarse la Directiva 2002/58/CE, en particular con objeto de garantizar la coherencia con el presente Reglamento.

¹¹ Explica la AEPD que el “Reglamento se aplicará como hasta ahora a responsables o encargados de tratamiento de datos establecidos en la Unión Europea, y se amplía a responsables y encargados no establecidos en la UE siempre que realicen tratamientos derivados de una oferta de bienes o servicios destinados a ciudadanos de la Unión o como consecuencia de una monitorización y seguimiento de su comportamiento. Esta novedad supone una garantía adicional a los ciudadanos europeos. En la actualidad, para tratar datos no es necesario mantener una presencia física sobre un territorio, por lo que el Reglamento pretende adaptar los criterios que determinan qué empresas deben cumplirlo a la realidad del mundo de internet. Ello permite que el Reglamento sea aplicable a empresas que, hasta ahora, podían estar tratando datos de personas en la Unión y, sin embargo, se regían por normativas de otras regiones o países que no siempre ofrecen el mismo nivel de protección que la normativa europea. AEPD. El Reglamento de protección de datos en 12 preguntas. Nota de prensa. Véase https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2016/notas_prensa/news/2016_05_26-ides-idphp.php (última consulta: 30/05/2016)

establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no (art. 3.1 Reglamento general). Y es en este punto donde se observa un significativo giro en la política de protección de datos, en cuanto a la aplicación de las normas europeas, cuyo ámbito no se restringe al territorio de la UE, sino que alcanzará al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no, e independientemente también de las modalidades jurídicas que pudiera adoptar dicho establecimiento (sea sucursal, filial...). Se pretende, de este modo, impedir que entidades cuya actividad se desarrolla territorialmente en un Estado miembro, no queden obligadas por el RGPD, habida cuenta que el tratamiento de datos personales se efectúa fuera del territorio de la UE. Asimismo, el presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público.

Por otra parte, el RGPD se aplicará igualmente al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con:

- a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o
- b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.

En este sentido, explica el Considerando 23 del citado texto normativo que para determinar si dicho responsable o encargado “ofrece bienes o servicios a interesados que residan en la Unión” debe precisarse si es evidente que el responsable o el encargado proyecta ofrecer servicios a interesados en uno o varios de los Estados miembros de la Unión; y así, la mera accesibilidad del sitio web del responsable o encargado o de un intermediario en la Unión, de una dirección de correo electrónico u otros datos de contacto, o el uso de una lengua generalmente utilizada en el tercer país donde resida el responsable del tratamiento, no son suficientes para determinar dicha intención, hay factores, que a juicio del legislador comunitario pueden revelar que el responsable proyecta ofrecer bienes y servicios a interesados en la UE, y así, se citan a modo ejemplo: el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros con la posibilidad de encargar bienes y servicios en esa otra lengua, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión.

Por su parte, y conforme la interpretación que se prevé en el Considerando 24, para determinar si se puede considerar que una actividad de tratamiento de datos personales controla el comportamiento de los interesados, debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes.

Lo anteriormente expresado, a nuestro juicio, constituye un intento más del legislador europeo por someter a los principios y normas de protección de datos europeos a las grandes multinacionales que, intentan soslayar la aplicación de las normas de protección de datos personales la UE, operando desde territorios no pertenecientes a la UE, y realizando los tratamientos de la información en terceros países, cuando, sin embargo, se dirigen a los consumidores europeos con sus productos y servicios.

LA EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EUROPA

Por todos es conocido que el imparable desarrollo tecnológico hacía necesario contemplar el derecho a la protección de datos personales desde una nueva perspectiva más dinámica, y menos tradicional. En efecto, la irrupción de las redes sociales, el avance de la tecnología móvil, el Big Data y las nuevas formas de tratamiento de la información personal pronto demostraron que los tradicionales derechos ARCO vinculados a la protección de datos personales no permitirían por sí solos articular suficientemente la protección del ciudadano en el tratamiento de datos personales en este nuevo contexto tecnológico.

En consecuencia, se incorporan al elenco de derechos y garantías tradicionales en el tratamiento de la información personal, otros más novedosos, y acordes con la realidad tecnológica que nos rodea, así: el derecho de transparencia de la información (art. 12 RGPD), el derecho de supresión o “derecho al olvido” (art. 17 RGPD), el derecho a la limitación del tratamiento (art. 18 RGPD) o el derecho a la portabilidad de los datos (art. 20 RGPD).

Por todo ello, es evidente que la entrada en vigor del RGPD conllevará la ampliación de los tradicionales derechos ARCO que hasta ahora se reconocían al ciudadano en el derecho español, y la incorporación de nuevos derechos para la protección de los datos personales del interesado, vinculados con el principio de control de los propios datos personales que reconoce el RGPD (véase Considerando 7).

1. A propósito de los nuevos principios de protección de datos personales

1.1. El principio de transparencia en el tratamiento de datos personales

Explica el art. 5 del RGPD que los datos serán tratados de manera “lícita, leal y transparente en relación con el interesado”. Y es precisamente en la necesidad de transparencia, donde encontramos la primera novedad en la proclamación de los nuevos principios que inspiran y orientan el tratamiento de datos personales a partir de la recién aprobada normativa europea.

Y entonces la pregunta que surge es: ¿en qué se concreta legalmente el reconocimiento y aplicación de este nuevo principio de transparencia? Todos seguramente coincidiremos en señalar que el principio de transparencia exige que la información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y comprensible, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Este principio de transparencia, conforme expresa el art. 12 del RGPD, debe regir en todas las actuaciones de información que el responsable del tratamiento dirija al público o al interesado, de tal forma que se indica que la comunicación:

- a) Sea en forma concisa, transparente e inteligible
- b) Fácilmente accesible,
- c) Fácil de entender, en el caso de menores
- d) Utilizándose un lenguaje claro y sencillo.

Este principio encuentra concreción legal, en la regulación del derecho de transparencia y sus modalidades, que en el art 12 del RGPD se contempla como una auténtica obligación legal del responsable del tratamiento, que deberá cumplirse, salvo petición expresa del interesado, por escrito o por otros medios, incluso los electrónicos.

Claro que el contenido del mencionado derecho no se limita a facilitar el acceso e información sobre el tratamiento de datos personales; bien el contrario, el apartado 2 del propio art. 12 RGPD afirma que el responsable del tratamiento, facilitará al interesado “el ejercicio de sus derechos en virtud de los arts. 15 a 22”, en el plazo de un mes a contar desde la solicitud. Ciertamente es que dicho plazo es susceptible de prorrogarse otros dos meses más, en caso de necesidad y siempre teniendo en cuenta la complejidad y el número de solicitudes. El ejercicio de este derecho así como toda actuación, comunicación o información que se facilite

al interesado será gratuita. Excepcionalmente, podrá reclamarse un canon razonable en función de los costes administrativos ocasionados para facilitar la información o la comunicación, o realizar la actuación; o en su caso, negarse a actuar respecto de la solicitud.

Si el responsable rechazare la solicitud del interesado, deberá informar de ello sin dilación, y en un plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, argumentando las razones de dicho rechazo, y señalando al interesado la posibilidad de presentar reclamaciones ante la autoridad de control o ante autoridades jurisdiccionales.

Sorprende la precisión y el detalle con que el legislador europeo configura este derecho, señalando plazos de respuesta, o incluso limitando la posible ampliación de los mismos. Esta circunstancia únicamente se explica desde el manifiesto temor que expresa el RGPD a repetir errores propios de normas anteriores, y por las cuales se desvirtuaba en cada Estado miembro la aplicación de las normas comunitarias, con interpretaciones divergentes, y normas internas ambiguas.

1.2. El principio del consentimiento. Nuevas condiciones de validez

De la lectura de la definición del consentimiento en el art. 4 11º del RGPD, se desprende que el consentimiento es “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 concierne”. Puede concluirse a partir de esta declaración que, en esencia, el consentimiento presenta en el RGPD idénticas características que en la normativa española, y en la Directiva 95/46/CE; esto es, se ha de tratar de una declaración de voluntad “libre, específica, informada e inequívoca”. Y siendo esto cierto, no lo es menos, que hay aspectos en los que el Reglamento se distancia de la normativa española vigente en materia de protección de datos, y prevé nuevas exigencias para la validez del consentimiento, coherentes con el principio de responsabilidad “proactiva” que el propio Reglamento proclama. En primer lugar, debe ser capaz de demostrar el responsable del tratamiento que el interesado ha prestado su consentimiento al tratamiento; en segundo lugar, el carácter específico del consentimiento queda suficientemente garantizado en el Reglamento, y no se permite disimular o esconder la solicitud de consentimiento en el contexto de una declaración escrita referida a otros asuntos, distintos del propio tratamiento de la información personal.

Y así, la solicitud del consentimiento para el tratamiento de datos personales deberá diferenciarse claramente de los demás aspectos, se aspira, conforme expresa el propio Reglamento, a garantizar que “que el interesado es consciente del hecho de que da su consentimiento y de la medida en que lo hace” (Considerando 42).

Igualmente, el consentimiento debe prestarse libremente, y es por ello, que conforme expone el RGPD, deberá tenerse en cuenta a tales efectos, entre otras circunstancias, “si la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”. Ello porque como advierte el Considerando 42 del RGPD “El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”¹².

Recapitulando, no parece admisible con la aplicación del RGPD la prestación tácita del consentimiento, y tampoco será válida cualquier otra declaración de voluntad que no conste específicamente, y de forma separada; igualmente, la libertad en la prestación del consentimiento tiene como fundamento legal la libre elección del interesado, y la ausencia de perjuicio para quien dedica denegar o retirar el consentimiento. A tenor de lo expresado

¹² Tanto es así, que conforme al Considerando (43), se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.

es acertado pensar que el legislador español pronto abordará una reforma normativa, que facilite la aplicación de estas nuevas previsiones en nuestro derecho interno.

1.3. El principio de privacidad desde el diseño y por defecto

Han destacado los expertos la incorporación del principio de *Privacy by design* en el Reglamento como una muestra evidente de la evolución en la regulación de la protección de datos personales, de forma que la privacidad por diseño constituirá una obligación legal exigible cuando entre en vigor el Reglamento Europeo de Protección de Datos.

No puede decirse, sin embargo, que este principio se consagre en el RGPD por vez primera y constituya una novedad en el ámbito de la protección de datos personales. Antes al contrario, debemos recordar que en los años 90 la Dra. Cavoukian acuñó el concepto y desarrolló sus principios fundamentales¹³; después, y más recientemente, en la 32nd International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners celebrada en Jerusalén, en 2010, se adoptó una Resolución sobre *Privacy by Design*¹⁴. Dicho concepto se ha desarrollado a partir de siete principios que lo articulan y aplican en el tratamiento de datos personales. La auténtica novedad reside en su formulación legal y en su configuración como obligación jurídica del responsable del tratamiento.

Por su parte, garantiza el RGPD en su art. 25 que el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados, teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que entraña el tratamiento para los derechos y libertades de las personas físicas.

Ahora bien, son numerosas las dudas e incertidumbres que rodean a dicho reconocimiento; y así, el desarrollo de los principios exigibles de privacidad por defecto y desde el diseño, ofrece ciertas dudas e incertidumbres, en cuanto a su aplicación práctica, al tiempo que dicha implementación exigirá a las Administraciones Públicas dotar a las organizaciones de los recursos necesarios para llevar a cabo acciones orientadas a sensibilizar y facilitar la capacitación y el conocimiento práctico necesario, para implementar las medidas preventivas desde el propio diseño de la actividad, el proceso, o el negocio, al objeto de incorporar las garantías suficientes para proteger la privacidad y el derecho fundamental a la protección de datos personales.

La incorporación de este principio, como obligación legal del responsable, debe valorarse positivamente, y es de esperar que actúe como instrumento jurídico que permita sensibilizar a las empresas y a las organizaciones sobre la necesidad de establecer medidas de control y prevención adecuadas, garantizando el mantenimiento de un entorno digital más seguro y sólido respecto a gestión de la información y la seguridad de los sistemas informáticos. En efecto, la entrada de esta buena práctica a la normativa europea, viene a fortalecer el carácter preventivo del RGPD, y a impulsar un marco de confianza en el tratamiento de datos personales, al tiempo que se establecen principios para garantizar el control de la información personal por el propio usuario.

Al amparo del principio de minimización de los datos, previsto en el art. 5, y como manifestación práctica del mismo, el art. 25 del RGPD exige que “el responsable del tratamiento aplique las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que, *por defecto*, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento”. Asimismo, se garantizará

¹³ A. CAVOUKIAN, *Privacy by Design. The 7 Foundational Principles*, 2011. Véase documento revisado en <https://www.ipc.on.ca/english/Privacy/Introduction-to-PbD/> (última consulta: 20/05/2016)

¹⁴ Resolution on Privacy by Design. 32nd International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners. Jerusalem (Israel), 27-29 October, 2010.

que, por defecto, los datos personales no sean accesibles, sin la intervención de la persona, a un número indeterminado de personas físicas.

2. La consagración legal de nuevos derechos del interesado en la protección de datos. En especial, el derecho de supresión y el derecho a la limitación del tratamiento

2.1. La configuración del “derecho al olvido” en el RGPD

Otra de las novedades más significativas ha sido la regulación en el RGPD del derecho de supresión, también conocido como “derecho al olvido”. Y a tal efecto, prevé el art. 17 RGPD que el interesado tendrá derecho a obtener, sin dilación indebida, del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento, y éste no se base en otro fundamento jurídico;
- c) el interesado se oponga al tratamiento, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento;
- d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
- e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
- f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información.

Varias son las observaciones que pueden introducirse a propósito de los conceptos jurídicos indeterminados que se introducen en esta previsión legal. Por un lado, si bien el legislador no determina un plazo, como el caso del derecho a la transparencia, establece con reiteración que deberá procederse por el responsable del tratamiento “sin dilación indebida” a la supresión de los datos personales del interesado cuando se aprecie cualquier de las circunstancias a tal efecto establecidas. De igual manera, el responsable del tratamiento, cuando haya hecho públicos los datos personales y estén obligados a su supresión, deberá adoptar las “medidas razonables” para informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a dichos datos personales, o de copia o replica de los mismos¹⁵.

Excepcionalmente, no procederá la supresión de los datos personales cuando el tratamiento sea necesario, entre otras circunstancias, para la formulación el ejercicio o defensa de reclamaciones; para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información¹⁶;

¹⁵ A este respecto, el TJCE en 2014 declaró que conforme al derecho de acceso y al derecho de oposición reconocidos en los artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, deben interpretarse en el sentido de que, “para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellos, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita”. Cfr. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014.

¹⁶ Más recientemente, el TS ha explicado que “El llamado “derecho al olvido digital”, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos

o con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica, histórica o fines estadísticos, en la medida en que dicha supresión pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento¹⁷. Así lo entendió también nuestro alto tribunal al expresar que “La primera de las medidas adoptadas (la eliminación de sus datos personales del código fuente de la página web que contiene la noticia) supone un sacrificio desproporcionado, por excesivo, del derecho a la libertad de información. El llamado “derecho al olvido digital” no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día. Las hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información, al satisfacer un interés público en el acceso a la información. Por ello, las noticias pasadas no pueden ser objeto de cancelación o alteración... Por tanto, la integridad de los archivos digitales es un bien jurídico protegido por la libertad de expresión (en el sentido amplio del art. 10 del Convenio de Roma, que engloba la libertad de información), que excluye las medidas que alteren su contenido eliminando o borrando datos contenidos en ellos, como puede ser la eliminación de los nombres de las personas que aparecen en tales informaciones o su sustitución por las iniciales”¹⁸.

2.2. *El derecho del interesado a la limitación del tratamiento y a la portabilidad de los datos*

Conforme expresa el art. 18 RGPD, el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la limitación del tratamiento de los datos¹⁹, entendido este

personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, “posicionando” a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. ... Pero dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse a un tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos”. Véase STS (Sala de lo Civil), de 5 de abril de 2016, Recurso N.º 3269/2014. Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

¹⁷ Recuérdese en este sentido, lo dispuesto por el TJCE, que al analizar los requisitos de aplicación de estos derechos, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que éste puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate. Cfr. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014.

¹⁸ Véase STS. Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2015. N.º de Recurso: 2772/2013, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena

¹⁹ Conforme expresa el Considerando (67), entre los posibles métodos para limitar el tratamiento de datos personales cabría incluir los consistentes en trasladar temporalmente los datos seleccionados a otro sistema de tratamiento, en impedir el acceso de usuarios a los datos personales seleccionados o en retirar temporalmente los datos publicados de un sitio internet. En los ficheros automatizados la limitación del tratamiento debe realizarse, en principio, por medios técnicos, de forma que los datos

derecho como “el marcado de los datos de carácter personal conservados con el fin de limitar su tratamiento en el futuro” cuando:

- a) el interesado impugne la exactitud de los datos personales, durante un plazo que permita al responsable verificar la exactitud de los mismos;
- b) el tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a la supresión de los datos personales y solicite en su lugar la limitación de su uso;
- c) el responsable ya no necesite los datos personales para los fines del tratamiento, pero el interesado los necesite para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones;
- d) el interesado se haya opuesto al tratamiento en virtud del artículo 21, apartado 1, mientras se verifica si los motivos legítimos del responsable prevalecen sobre los del interesado.

Excepcionalmente, si el interesado obtuvo el derecho a la limitación del tratamiento de sus datos, solo podrán ser objeto de tratamiento, con excepción de su conservación, con el consentimiento del interesado o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, o con miras a la protección de los derechos de otra persona física o jurídica o por razones de interés público importante de la Unión o de un determinado Estado miembro.

En otro orden de consideraciones, un entorno digital en el aparecen nuevos retos para el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal, y en el que los ciudadanos deben seguir teniendo la posibilidad de ejercer un control efectivo sobre su información personal, cobra especial relevancia jurídica el derecho del interesado a la portabilidad de sus datos personales.

En efecto, se reconoce también en el RGPD el derecho de interesado a la portabilidad de los datos, de forma que la persona tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando se cumplan dos condiciones:

- a) el tratamiento sea lícito por estar fundamentado en el consentimiento del interesado o en un contrato, y
- b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados.

A juicio de la AEPD, el nuevo derecho a la portabilidad, representa un avance en el control de los ciudadanos sobre sus datos personales, si bien, lamenta dicha autoridad que el derecho haya quedado ligeramente mermado, de suerte que se limita la auténtica portabilidad, esto es, los datos podrán ser transferidos desde un responsable a otro, a petición del interesado y sin necesidad de la intervención de este, únicamente en los casos en que sea “técnicamente viable”²⁰.

Al igual que en la propuesta de Reglamento, se mantiene el criterio general de gratuidad para el ejercicio de los derechos relacionados con la protección de datos de carácter personal, incluyendo el derecho a la portabilidad de los datos; tan solo cuando se produzcan solicitudes claramente excesivas, especialmente en cuanto a su reiteración, el responsable del tratamiento podrá aplicar una tasa por facilitar la información, ahora bien,

personales no sean objeto de operaciones de tratamiento ulterior ni puedan modificarse. El hecho de que el tratamiento de los datos personales esté limitado debe indicarse claramente en el sistema.

²⁰ AEPD. “El futuro de la protección de datos” en <http://www.aepd.es/aepd-el-futuro-de-la-proteccion-de-datos/> (última consulta: 07/06/2016)

la carga de demostrar el carácter «manifiestamente excesivo» de la solicitud deberá asumirla, en todo caso, el responsable del tratamiento.

Como se apuntaba anteriormente, el derecho a la portabilidad de los datos se concreta en dos facultades: por un lado, la posibilidad de obtener, «en un formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado», una copia de los datos que están siendo objeto de tratamiento, formato que debe permitir que puedan seguir siendo utilizados por la persona interesada (se entiende que en otro sistema o aplicación informática). Y por otro lado, también se podrá optar por transmitir los datos a otro sistema (bien a otro proveedor o prestador de servicios), siempre que los datos sobre los que se pretenda realizar la transmisión se encuentren sometidos a tratamiento automatizado, para lo que también se prevé que sean transmitidos en un “formato electrónico comúnmente utilizado”.

Y es que a nadie se le escapan las dificultades de naturaleza práctica que pueden desprenderse del ejercicio de este derecho, cuando su necesidad no debería ser objeto de controversia, considerando el actual contexto digital, en el que extraordinaria cantidad de información personal circula por las diferentes redes sociales, o por los servicios de “cloud computing”, donde a los prestadores de estos servicios se les confía el almacenamiento y procesamiento de información personal, lo que obliga a prever mecanismos que eviten, la apropiación de la información personal o la vinculación perpetua de los interesados como “rehenes digitales” a un proveedor de servicios determinado.

Inicialmente, el derecho a la portabilidad de los datos garantiza mecanismos efectivos de protección frente al desarrollo de servicios y modelos de negocio que se han generado en torno a internet, y respecto de los cuales la regulación actual no ofrece una respuesta satisfactoria para el interesado, lo que justifica el reconocimiento de estos nuevos derechos al olvido, o a la portabilidad de los datos. Ahora bien, conforme expresa el propio Considerando 68 del RGPD, el ejercicio del derecho a la portabilidad de los datos, no deberá menoscabar el derecho del interesado a obtener la supresión, reconocido en el artículo 17 del presente RGPD. De esta forma, tal derecho no se aplicará al tratamiento cuando sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

Finalmente, varias son las dificultades a las que alude la doctrina cuando aborda la eficacia práctica del derecho a la portabilidad de los datos personales, y así se censura la falta de delimitación jurídica de aspectos tan importantes para el efectivo ejercicio de este derecho como: la ausencia de definición de los formatos electrónicos que han de permitir el ejercicio material del derecho a la portabilidad de los datos; la obligación de implementación de los mecanismos necesarios para facilitar el ejercicio material del derecho a la portabilidad de los datos, con lo que pueda significar de inversiones en el desarrollo de esas funcionalidades; y por último, la ausencia de una valoración racional del impacto que puede tener el derecho a la portabilidad sobre el mercado y la competitividad de los servicios electrónicos²¹.

EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO Y EL ENCARGADO. NOTAS DISTINTIVAS DE SUS OBLIGACIONES

1. El registro de las actividades de tratamiento

Conforme exige el art. 30 del RGPD, cada responsable y en su caso, su representante llevarán un registro por escrito de las actividades de tratamiento efectuadas bajo su responsabilidad, dicho registro deberá contener al menos la información prevista en el citado precepto, como por ejemplo la identificación del responsable, y si procede del

²¹ R. MIRALLES. “El derecho de la portabilidad de los datos personales”. En <http://www.abogacia.es/2012/11/15/el-derecho-de-la-portabilidad-de-los-datos-personales/> (última consulta: 27/05/2016)

represente o del delegado; finalidad de tratamiento, categorías de interesados y de datos personales... Ciertamente, pueden observarse similitudes entre el registro de actividades que regula el presente RGPD, y la obligación de inscripción de los ficheros prevista en la normativa española. No obstante, aquel registro se presenta más exhaustivo, y su obligación para las organizaciones es de mera llevanza, y no de declaración ante la autoridad de control competente, al tiempo que únicamente obliga a determinadas organizaciones, o en relación con concretos tratamientos. En efecto, dicho registro deberá estar a disposición de la autoridad de control que lo solicite, luego no debe enviarse, o presentarse, si no es requerida para ello la organización.

Bien es cierto que dicha obligación no se aplicará a empresa u organización que emplee menos de 250 personas, a no ser el tratamiento puede significar un riesgo para los derechos y libertades de los interesados y no sea ocasional o incluya categorías especiales de datos personales.

Entonces la duda que se suscita, a tenor del silencio del Reglamento es si en el derecho español seguirá siendo exigible la inscripción de ficheros al amparo de la LOPD, o por el contrario, es posible interpretar que la aplicación del Reglamento significará la derogación tácita de esta obligación. Ello no obstante, resulta esclarecedor a estos efectos, y sin duda, contribuye a establecer la correcta interpretación del RGPD en este punto, lo dispuesto en el Considerando 89, cuando lamenta que la obligación general de notificación de los ficheros a la autoridad de control no haya contribuido en este tiempo a mejorar la protección de datos personales en la Unión; para afirmar, a continuación, explícitamente que dicha obligación de notificación general debe “eliminarse y sustituirse por procedimientos y mecanismos eficaces que se centren, en su lugar, en los tipos de operaciones de tratamiento que, por su naturaleza, alcance, contexto y fines, entrañen probablemente un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas”.

Cabe esperar entonces que el legislador español tome buena nota de estas observaciones, y proceda a la necesaria modificación normativa para el establecimiento de nuevas garantías, coherentes con las previsiones del RGPD, y adaptadas a los nuevos retos que para la protección de datos personales plantea la incesante evolución tecnológica.

2. La evaluación de impacto relativa a la protección de datos y la consulta previa la autoridad de control

Cuando aún no había entrado en vigor el RGPD, y en Europa se estaba trabajando con los textos de las diferentes propuestas de Reglamento, que ya auguraban la importancia de reforzar la protección de datos personales desde el momento inicial del tratamiento, la AEPD se anticipó a las previsibles disposiciones legales del RGPD, y publicó una Guía para una evaluación de impacto en la protección de datos personales²². Consciente la AEPD de la necesidad de fortalecer la responsabilidad proactiva de quienes tratan datos personales en los sectores público y privado defiende desde esta Guía que los aspectos de protección de datos y privacidad se tomen en consideración desde la fase inicial, desde el momento mismo del diseño de un producto o servicio. Y así, reclama que entre las herramientas más útiles para avanzar en la privacidad desde el diseño se encuentran las Evaluaciones de Impacto en la Privacidad o en la Protección de Datos²³, que se han desarrollado fundamentalmente en países anglosajones.

²² AEPD. Guía para una evaluación de impacto en la protección de datos personales. Madrid, 2014.

Véase el documento en

https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_EIPD.pdf (última consulta: 27/04/2016)

²³ Según definición que aporta la propia AEPD, una Evaluación de impacto “...es un ejercicio de análisis de los riesgos que un determinado sistema de información, producto o servicio puede entrañar para el derecho fundamental a la protección de datos de los afectados y, tras ese análisis, afrontar la gestión eficaz de los riesgos identificados mediante la adopción de las medidas necesarias para eliminarlos o mitigarlos”.

Claro que en nuestro país el concepto no es nuevo, si bien no constituye conforme a nuestra normativa actualmente en vigor una obligación legal, lo que a juicio de la AEPD no impide reconocer a esta herramienta el valor de una metodología cuya aplicación mejorará las garantías para los derechos de las personas en aquellas organizaciones que las incorporen a sus sistemas y procedimientos de gestión de la privacidad, y al mismo tiempo contribuirá a generar más confianza en los usuarios y clientes de las mismas.

Por ello, si bien la evaluación de impacto ya era conocida en materia de protección de datos personales en España, especialmente, por el empeño de la AEPD, puede decirse, sin embargo, que constituye una novedad su configuración en el RGPD como obligación legal del responsable del tratamiento de datos personales. Y así, conforme expresa el art 35 del RGPD, “cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales”. Claro que la evaluación de impacto relativa a la protección de los datos se requerirá en particular en caso de:

- a) evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar;
- b) tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, o de los datos personales relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10, o
- c) observación sistemática a gran escala de una zona de acceso público.

Obsérvese que el RGPD concede un protagonismo especial a las autoridades de control nacionales en la aplicación de esta herramienta; y así, corresponde a la autoridad de control establecer y publicar una lista de los tipos de operaciones de tratamiento que requieran una evaluación de impacto relativa a la protección de datos y podrá asimismo establecer y publicar la lista de los tipos de tratamiento que no requieren evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos.

Será obligación del responsable del tratamiento consultar a la autoridad de control antes de proceder al tratamiento cuando una evaluación de impacto relativa a la protección de datos muestre que el tratamiento implicaría un alto riesgo si el responsable no adopta medidas para mitigarlo (art. 36 RGPD).

3. Notificación de vulneración de la seguridad de los datos personales

Constituye una muestra especialmente significativa del cambio normativo en la protección de datos personales, la obligación legal que se configura, con carácter general, en el art. 33 del RGPD, y por la cual, en caso de violación de la seguridad de los datos personales, el responsable del tratamiento lo notificará a la autoridad de control competente, sin dilación indebida y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, a menos que sea improbable que dicha violación de la seguridad constituya un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. Si la notificación a la autoridad de control no tiene lugar en el plazo de 72 horas, deberá ir acompañada de indicación de los motivos de la dilación.

Ciertamente esta obligación de notificar quiebras e incidencias en la seguridad de los datos personales no constituye una novedad en materia de protección de datos, habida cuenta que ya la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, con carácter sectorial²⁴, en su art. 4 establece la obligación de que “en caso de

²⁴ DIRECTIVA 2002/58/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las

violación de los datos personales, el proveedor de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público notificará, sin dilaciones indebidas, dicha violación a la autoridad nacional competente”. Asimismo, “cuando la violación de los datos personales pueda afectar negativamente a la intimidad o a los datos personales de un abonado o particular, el proveedor notificará también la violación al abonado o al particular sin dilaciones indebidas”.

En el Derecho español, la Ley 9/2014 contempla la obligación de notificación de incidencias en el marco de tratamientos de datos relativos a comunicaciones electrónicas²⁵; y con carácter general, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre²⁶, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD en su art. 90 dispone que en el documento de seguridad “Deberá existir un procedimiento de notificación y gestión de las incidencias que afecten a los datos de carácter personal y establecer un registro en el que se haga constar el tipo de incidencia, el momento en que se ha producido, o en su caso, detectado, la persona que realiza la notificación, a quién se le comunica, los efectos que se hubieran derivado de la misma y las medidas correctoras aplicadas”. Es lo cierto, sin embargo, que dicha exigencia en la práctica carece de efectividad, y son pocas las organizaciones que cumplen a día de hoy con esta exigencia, ante la ambigüedad de la norma, y la falta de delimitación legal²⁷.

Por tanto, el RGPD presenta entonces la virtud de hacer extensiva la obligación de notificar dichas incidencias a la autoridad de control a todo tratamiento de la información, y no como hasta ahora, en relación exclusivamente con el tratamiento de datos personales relativos a comunicaciones electrónicas.

LA SEGURIDAD DE LOS DATOS PERSONALES. DE LAS EXPECTATIVAS PROFESIONALES A LAS OBLIGACIONES LEGALES

Expresa el Considerando 83 del RGPD que con el propósito de mantener la seguridad y evitar que el tratamiento infrinja lo dispuesto en el Reglamento, el responsable o el encargado deben evaluar los riesgos inherentes al tratamiento y aplicar medidas para mitigarlos. Estas medidas deben garantizar un nivel de seguridad adecuado, incluida la confidencialidad, teniendo en cuenta el estado de la técnica y el coste de su aplicación con respecto a los riesgos y la naturaleza de los datos personales que deban protegerse.

En concreto, el art. 32 del RGPD, prevé, que el responsable y el encargado, “teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que en su caso incluya, entre otros:

- a) la seudonimización y el cifrado de datos personales;
- b) la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento;

comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), DOUE L 201 de 31 de julio de 2002.

²⁵ En ese mismo sentido se expresa el art. 41 de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, de 9 de mayo, BOE núm. 114, de 10 de mayo de 2014.

²⁶ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008.

²⁷ ABANLEX. Informe sobre la obligación legal de notificar o denunciar brechas de seguridad que afecten a datos personales (2015). Véase documento en https://www.abanlex.com/wp-content/Arbor/Informe_sobre_obligaciones_de_notificar_y_denunciar.pdf (última consulta: 20/05/2016)

- c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico;
- d) un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.

Como novedad, dispone el apartado segundo del citado precepto, que la adhesión a un código de conducta aprobado a tenor del artículo 40 RGPD o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42 RGPD podrá servir de elemento para demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos en materia de seguridad y respecto de las obligaciones con los encargados del tratamiento (véase arts. 28 y 32 del RGPD). No deja de sorprender la ambigüedad con la que se expresa el legislador, y son muchos los interrogantes que a este respecto se pueden plantear. En primer lugar, si nos atenemos a la literalidad de precepto, el código de conducta o la certificación constituyen elementos de prueba del cumplimiento de los requisitos en materia de seguridad; en segundo lugar, dicha previsión responde al giro legislativo que este Reglamento pretende introducir en las normas de protección de datos personales. Desde el fortalecimiento de la autorregulación, el autocontrol, y la implantación de medidas y garantías preventivas en el tratamiento de la información personal. Siendo esto así, mucho debe cambiar la perspectiva jurídica que a día de hoy impera en nuestro país a propósito del derecho de protección de datos personales, cuya normativa está indiscutiblemente fundamentada en el carácter represivo y sancionador de la norma nacional actualmente en vigor. Corresponde, a nuestro juicio, a partir de la aplicación del RGPD, a las Administraciones públicas realizar el esfuerzo necesario para promover una cultura preventiva en el tratamiento de los datos de carácter personal, que favorezca la consolidación de un marco de confianza en las relaciones entre el responsable del tratamiento de datos personales y el interesado.

1. *El Delegado de Protección de Datos*

Los antecedentes normativos de la figura del delegado de protección de datos o *Data Protection Officer* se encuentran en la propia Directiva 95/46/CE, de Protección de Datos, en sus artículos 18 y 20, con relación a las obligaciones de notificación a las autoridades de control, y en los llamados controles previos, si bien se establecía la existencia de un representante del responsable de tratamiento para finalidades puntuales y concretas; y en los artículos 24, 25, y 26 del Reglamento 45/2001, de 18 de diciembre, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. Pero si bien puede afirmarse que esta figura en nuestro derecho constituye una novedad, no lo es para otros derechos como el alemán, que ya incluían al delegado de protección de datos en la Ley Federal de Protección de Datos de 27 de enero 1977.

Llegando al tiempo presente, y a tenor del silencio del art. 4 del RGPD, pudiera interpretarse que el legislador europeo en un descuido, ha soslayado la definición del delegado; pero es posible, también que la omisión de dicha definición obedezca a una decisión consciente y deliberada, y por la cual se pretende impedir que desde el RGPD se limite jurídicamente qué profesionales puedan ser designados delegados de protección de datos²⁸.

En el derecho español, si se compara esta figura con la del responsable de seguridad que regulan los artículos 95 y 109 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, se

²⁸ Así las cosas, debe subrayarse que la Comisión Europea, cuando presentó en 2012 su propuesta de Reglamento (COM (2012) 11 final, de 25 de enero), no incluyó la definición de delegado en la misma, pero sí lo hizo en el Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la evaluación de impacto de su propuesta (SEC (2012) 72 final, de 25 de enero). Y en dicho documento se define al delegado de protección de datos como una persona responsable del tratamiento para supervisar y monitorear de manera independiente la aplicación interna y el cumplimiento de las normas de protección de datos.

evidencia que el responsable de seguridad tiene actualmente asignadas menos funciones, menos capacidad de decisión y menos independencia dentro de la organización del responsable o encargado del tratamiento que la que ha sido reconocida al delegado de protección de datos en el RGPD.

A pesar de la incertidumbre y controversia de los primeros textos y propuestas de Reglamento²⁹, finalmente el art. 37 ha delimitado los concretos supuestos en que deberá designarse un delegado de protección de datos por las organizaciones, estableciendo a tal efecto, que el responsable o encargado del tratamiento deberá nombrar un delegado siempre que: a) el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial; b) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala, o c) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales y de datos relativos a condenas e infracciones penales.

Se delimitan igualmente en el RGPD los principios que deben regir la actuación del delegado, y así, se señalan: el principio de independencia, de confidencialidad, de rendición de cuentas, y de no exclusividad en sus funciones. Por otra parte, su identidad debe ser comunicada a la autoridad de control y al público en general, puesto que los interesados deben tener la posibilidad de ponerse en contacto directo con el delegado, en caso de que quieran consultar cualquier asunto relativo al tratamiento de sus datos personales o ejercer cualquier derecho que les ampare. De esta forma, el delegado actuará como enlace entre el responsable del fichero o encargado del tratamiento y la autoridad de control.

A propósito del perfil profesional y del régimen jurídico a que quedará sometida su actuación, dispone el art. 37 RGPD que el delegado de protección de datos será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos y a su capacidad para desempeñar las funciones encomendadas por el Reglamento. Repárese en que no hay mención alguna a la necesidad de acreditación, ni certificación para el ejercicio de estas funciones; por el contrario, dicha acreditación, sin embargo, sí se exige para otras figuras reguladas en el propio RGPD. Por ello, no parece oportuno, ante el silencio normativo, exigir una certificación oficial para su ejercicio, especialmente además, cuando se trata de un ámbito tan especializado, y que requiere unas exigencias profesionales y periciales diferentes en cada sector, por lo que sin duda, a todas luces, parece mejor opción la autorregulación profesional y que la realidad profesional sitúe a cada experto en el ámbito que le corresponda.

Asimismo, el delegado de protección de datos podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios. El responsable o el encargado del tratamiento publicarán los datos de contacto del delegado de protección de datos y los comunicarán a la autoridad de control.

Por todo lo anterior, la incorporación obligatoria de esta figura a determinadas organizaciones, en el marco de la aplicación del Reglamento general, ha sido considerada por los expertos en nuestro país como una fuente indudable de oportunidades profesionales para los juristas. Claro que conviene subrayar por un lado, que se trata de profesionales cuya actuación presenta carácter transversal, por lo que será precisa la combinación de conocimientos jurídicos y tecnológicos; y por otro lado, esta oportunidad profesional no está exenta de dificultades, porque requerirá de los abogados un importante esfuerzo de

²⁹ Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 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 (Reglamento general de protección de datos), COM (2012) 11 final.

formación y puesta al día en las previsiones del RGPD y una incuestionable colaboración con los expertos del sector tecnológico³⁰.

2. Nuevas oportunidades profesionales. Los códigos de conducta y la certificación

Define el art. 40 del RGPD los códigos de conducta como aquellas normas “destinadas a contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas”.

Y así, conforme indica el art. 41 RGPD, sin perjuicio de las funciones y los poderes de la autoridad de control competente, podrá igualmente supervisar el cumplimiento de un código de conducta un organismo que tenga el nivel adecuado de pericia en relación con el objeto del código y que haya sido acreditado para tal fin por la autoridad de control competente.

Por su parte, contempla la normativa española la posibilidad de elaborar códigos tipo³¹, cuya regulación establece a efectos de la necesidad de su inscripción en el actual RGPD, que se lleva en la AEPD. En efecto, dispone el art. 32 de la LOPD que “Los códigos tipo tendrán el carácter de códigos deontológicos o de buena práctica profesional, debiendo ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos y, cuando corresponda, en los creados a estos efectos por las Comunidades Autónomas...”. En este sentido, a tenor de las previsiones normativas del RGPD, es sensato interpretar que dicha obligación legal de depósito persistirá en nuestro derecho, habida cuenta que conforme al art. 40 del RGPD, si el proyecto de código o la modificación o ampliación del código de conducta de que se trate no se refiere a actividades de tratamiento en varios Estados miembros, la autoridad de control registrará y publicará el código.

Sujeta además el RGPD a un permanente seguimiento a dichos códigos de conducta, estableciendo a tal efecto una vigilancia por la propia autoridad de control, o en su caso, por un organismo debidamente acreditado³². No obstante, se desprende del texto del RGPD, un régimen jurídico diferenciado entre los códigos de conducta de organismos y autoridades públicas, y los del sector particular, siendo estos últimos los únicos que pueden quedar sometidos a supervisión por organismos distintos de la autoridad de control, en los términos previstos en el Reglamento. Puede decirse entonces que el Reglamento cuando reconoce la posibilidad de que organismos acreditados puedan actuar como supervisores de códigos de conducta, abre una oportunidad profesional hasta ahora desconocida en nuestro derecho, puesto que dicha labor se encomendaba, tal y como hemos señalado, con carácter exclusivo a la AEPD³³.

De forma complementaria, el Reglamento contempla la creación de mecanismos de certificación en materia de protección de datos y de sellos y marcas de protección de datos a fin de demostrar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento en las operaciones de tratamiento de los responsables y los encargados. Se trata de certificaciones voluntarias, que en ningún caso limitan la responsabilidad del responsable o encargado del tratamiento en cuanto al cumplimiento del Reglamento. La certificación será expedida bien por los organismos de certificación acreditados (art. 43 RGPD), bien por la autoridad de

³⁰ C. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El nuevo Reglamento Europeo de protección de datos: un texto complejo que abre nuevas perspectivas profesionales”, *Diario La Ley*, núm. 8762, Sección Práctica Forense, 16 de Mayo de 2016, p.5.

³¹ Para profundizar en el concepto, véase D. LÓPEZ JIMENEZ, “Los códigos tipo como instrumento para la protección de la privacidad en el ámbito digital: apreciaciones desde el Derecho español”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, núm. 2, 2013, pp. 575 – 614.

³² Dispone a tal efecto el art. 41 del citado RGPD que ha de tratarse de un “organismo que tenga el nivel adecuado de pericia en relación con el objeto del código y que haya sido acreditado para tal fin por la autoridad de control competente”.

³³ C. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El nuevo Reglamento Europeo de protección de datos: un texto complejo que abre nuevas perspectivas profesionales”, *Diario La Ley*, núm. 8762, Sección Práctica Forense, 16 de Mayo de 2016.

control competente. Se prevé a tal efecto, la posibilidad de crear una certificación común, o Sello Europeo de Protección de Datos, cuando los criterios sean aprobados por el Comité. En cualquier caso, la certificación se expedirá a un responsable o encargado de tratamiento por un período máximo de tres años y podrá ser renovada en las mismas condiciones, siempre y cuando se sigan cumpliendo los requisitos pertinentes; la certificación podrá ser retirada, cuando proceda porque no se cumplan o se hayan dejado de cumplir los requisitos para la certificación.

Como ya se apuntaba en líneas anteriores, la acreditación de estos organismos de certificación significará en nuestro país la creación de nuevas oportunidades profesionales en materia de protección de datos personales, que se unen a las que ofrece la creación de organismos supervisores de códigos de conducta, y a la designación del delegado de protección de datos personales.

CONSIDERACIONES FINALES

Es opinión extendida entre los expertos que el Reglamento General de Protección de Datos nace en cierto modo como una norma jurídica obsoleta, que esquivo los más recientes conflictos y cuestiones que la protección de datos personales plantea en la sociedad actual. Sirva como muestra que ilustra de dicho olvido, la ausencia de referencias explícitas en su texto a Big Data, internet de las cosas o *cloud computing*.

En otro orden de consideraciones, coincido con quienes argumentan que su aplicación se verá dificultada por la diversidad de normas especiales en materia de protección de datos personales de la UE, no olvidemos que el RGPD se publica conjuntamente con una Directiva, y que son numerosos los textos normativos en la Unión que regulan aspectos derivados de la circulación de datos personales. Tanto es así, que el propio RGPD consciente el legislador de la dispersión legislativa en la Unión Europea, ha tenido que salir al paso de esta dificultad, intentando armonizar su texto con algunas de esas normas, tal y como se ocupa de indicar el texto del RGPD expresamente en numerosas ocasiones.

A lo anterior, se suma la necesidad de adaptar nuevamente las legislaciones nacionales en materia de protección de datos, y acomodar sus normas a los nuevos principios y previsiones del RGPD. Por otra parte, la tan ansiada y proclamada uniformidad legislativa, como elemento destacado del Reglamento, sin embargo, a nuestro juicio queda en entredicho, habida cuenta de las numerosas oportunidades en las que se deja al criterio de los Estados la adaptación y garantía de la aplicación normativa del Reglamento; así, por ejemplo, en el art. 6.2 o el art. 9. 4 del RGPD.

Igualmente, creemos que la configuración jurídica del derecho a la protección de datos personales desde unos nuevos principios y obligaciones constituye una oportunidad profesional para los expertos en protección de datos; en verdad, se abre en nuestro país para estos profesionales del Derecho un elenco de posibilidades profesionales en los más diversos sectores relacionados con la creación y reconocimiento de nuevas figuras garantes de la protección de datos personales, a saber; el delegado de protección de datos, el supervisor de códigos de conducta, o las organizaciones de certificación en materia de protección de datos personales.

En definitiva, puede concluirse que al margen de las críticas ya expuestas, es opinión común que compartimos que la aprobación del RGPD era necesaria para superar una normativa europea anclada en los principios tradicionales y originarios de la protección de datos personales, y que no parece capaz de hacer frente a la nueva realidad digital, en la que son precisas renovadas herramientas y garantías para: por un lado, controlar, y garantizar la circulación de los datos personales entre países, y por otro, asegurar la tutela de los derechos y libertades en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales. Y en este sentido, debe reconocerse al RGPD el mérito de nacer con la pretensión y el ánimo de establecer un contexto normativo de confianza que permita desarrollarse al mundo digital, al tiempo que legalmente se garantiza la seguridad jurídica y transparencia para la protección de datos personales de las personas físicas.

Para concluir, solo cabe esperar que el legislador español, tome buena nota de la evolución del derecho a la protección de datos personales, y a tenor tanto de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, como de la aplicación inminente de la nueva normativa europea proceda a reconocer explícitamente el elenco de derechos de protección de datos personales, cuya configuración jurídica uniforme se articula legalmente en el RGPD por vez primera en Europa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- M. ARIAS POU, “Las 10 claves del Reglamento general de protección de datos (Reglamento 2016/679, de 27 de abril. DOUE del 4 de mayo de 2016)”, *Diario La Ley*, núm. 8756, 2016, pp.1-7.
- D. LÓPEZ JIMÉNEZ, “Los códigos tipo como instrumento para la protección de la privacidad en el ámbito digital: apreciaciones desde el Derecho español”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, núm. 2, 2013, pp. 575- 614.
- J.L. PIÑAR MAÑÁ, “Principales novedades del Reglamento”. Jornada de ENATIC sobre el Reglamento General de Protección de Datos, Madrid, 29 de abril de 2016.
- C. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El nuevo Reglamento Europeo de protección de datos: un texto complejo que abre nuevas perspectivas profesionales”, *Diario La Ley*, núm. 8762, Sección Práctica Forense, 16 de Mayo de 2016.
- R. MIRALLES. “El derecho de la portabilidad de los datos personales”. En <http://www.abogacia.es/2012/11/15/el-derecho-de-la-portabilidad-de-los-datos-personales>
- S. GARCÍA ROMERO, “Nuevo marco jurídico europeo en protección de datos: novedades conocidas y otras no tan conocidas”, *Diario La Ley*, núm. 8691, Sección Documento on-line, 28 de Enero de 2016.

LA PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS EUROPEAS EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. ANÁLISIS DE LA EFICACIA PRÁCTICA DEL REGLAMENTO DE OBSTÁCULOS AL COMERCIO (PARTE I)

NAIARA ARRIOLA ECHANIZ
Profesora Doctora Encargada de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 24 de mayo
Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: Este artículo analiza el papel fundamental de la Organización Mundial del Comercio y, concretamente, su Sistema de Solución de Diferencias en la solución de conflictos comerciales entre Estados. En este sistema de solución de controversias internacionales, las empresas no tienen posibilidad de participación directa. No obstante, normas como el Reglamento europeo de Obstáculos al Comercio agilizan el diálogo entre la Unión Europea y sus empresas para que se puedan garantizar los derechos de estas últimas en dicha sede jurisdiccional internacional. Este Reglamento podría ser utilizado como modelo para agilizar las vías de comunicación entre sus empresas nacionales y el propio Estado y así mejorar el cumplimiento de las normas del sistema multilateral del comercio a escala global.

ABSTRACT: This paper is focused on the fundamental role played by the World Trade Organization and, mainly, by its Dispute Settlement System solving international controversies. However, regulations such as the Trade Barriers Regulation provide a communication channel for European private companies with the European Commission. The European Regulation could be transplanted in other WTO Members' legal system. Therefore, this could improve the compliance of WTO Law at the global level.

PALABRAS CLAVE: Organización Mundial del Comercio, Sistema de Solución de Diferencias, Unión Europea, Obstáculos al Comercio, empresas.

KEY WORDS: World Trade Organization, Dispute Settlement System, European Union, Trade Barriers, private companies.

SUMARIO PARTE I. I. La OMC como agente regulador del comercio globalizado. II. El Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. PARTE II. III. El ROC como canal de comunicación entre los operadores comerciales europeos y la OMC. Conclusiones. Bibliografía¹.

¹ En el siguiente número de la revista REDS (nº 9 de diciembre de 2016) se publicará la Parte II del presente artículo.

I. LA OMC COMO AGENTE REGULADOR DEL COMERCIO GLOBALIZADO

En un contexto globalizado, el papel del Estado a la hora de elaborar los marcos normativos para el desarrollo efectivo de las actividades económicas, aunque sigue siendo central, ya no goza de la exclusividad que tuvo en épocas anteriores². Determinados sujetos privados, tales como las empresas multinacionales, han adquirido el papel de agentes intermediarios estratégicos que contribuyen a la gestión y coordinación de la economía global; por ejemplo, mediante la creación de regímenes propios para administrar el comercio internacional estableciendo nuevos estándares internacionales privados de contabilidad y revelación de información financiera. Las grandes empresas abogan por una regulación nacional mínima en el mercado y una intervención mínima por parte del Estado, amenazando incluso con una deslocalización de su capacidad productiva a Estados más cercanos a sus demandas³. Un fenómeno reciente es el desarrollo y predominio efectivo de estándares privados por multinacionales de la distribución alimentaria en relación con la seguridad alimentaria, calidad de los alimentos o su impacto medioambiental y social. Al no tratarse de medidas gubernamentales, estos estándares escapan del escrutinio de la OMC y su sistema de solución de diferencias.

A pesar de ello, la OMC es la organización internacional que sirve de marco para la negociación y consecuente adopción de las normas que regulan el comercio internacional. Se trata de una organización que se define como estrictamente intergubernamental en la que las decisiones, con escasas excepciones, son tomadas por consenso de sus Miembros⁴. De ahí que el poder económico «desterritorializado» se encuentre regulado por un ente interestatal y supranacional legítimamente constituido pero que depende de los Estados que lo conforman. Por este motivo, en materia de comercio internacional, a pesar de la globalización, los Estados mantienen de manera indirecta sus competencias reguladoras económicas⁵.

Como se explica a continuación, heredera de la Secretaría del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT 1947)⁶, la OMC se estableció en 1995 con la misión de «desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero que abarque el [GATT1947], los resultados de anteriores esfuerzos de liberalización del comercio y los resultados integrales de las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la Ronda Uruguay»⁷. Con el paso de los años, la OMC se ha erigido en

² Este hecho es un fenómeno complejo que implica no sólo a la doctrina internacionalista y a la constitucionalista sino que también es estudiado desde una perspectiva sociológica y economicista, véanse, entre otros: F. ATTINÀ, *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 152, 157, 168; A. OLIET PALÀ (coord.), *Globalización, Estado y democracia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2003, p. 10; E. OLIVAS, *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid, 2004, p. 96.

³ Vide, entre otros: E. OLIVAS, *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, cit., p. 102; C. TAIBO, *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?*, Carata, Madrid, 2007, p. 24.

⁴ P. VAN DEN BOSSCHE; Z. WERNER, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, «5. Decision-making in the WTO», pp. 136-155.

⁵ U. BECK, *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 40.

⁶ Sobre los orígenes de la OMC, vide, entre otros: J. H. JACKSON, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, Royal Institute of International Affairs, London, 1998; C. VANGRASSTEK, *The History and Future of the World Trade Organization*, WTO Publications, Geneva, 2013.

⁷ El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, que se encuentra en *United Nations Treaty Series*, núm. I-31874, vols. 1867-1869. WTO Doc. LT/UR/A/2. En España en el BOE de 24 de enero de 1995, <<http://www.boe.es/boe/dias/1995/01/24/pdfs/A02206-02206.pdf>> (última revisión, 15 de mayo de 2016), en tres suplementos: <<http://www.boe.es/boe/dias/1995/01/24/pdfs/C00003-00282.pdf>> (última revisión, 15 de mayo de

el baluarte de la liberalización del comercio internacional, la erradicación de las leyes proteccionistas estatales en materia comercial y la garantía del Estado de Derecho⁸.

La OMC se constituyó formalmente y comenzó a operar el 1 de enero de 1995, al tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC (en adelante, Acuerdo OMC) entró en vigor. El GATT de 1947, hasta entonces en vigor, fue incorporado dentro del Acuerdo OMC y, junto a varios añadidos, pasó a denominarse GATT de 1994. La OMC goza de personalidad jurídica para el ejercicio de sus funciones⁹. El artículo II del Acuerdo OMC le concede a la Organización el carácter de «(...) marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del [Acuerdo OMC]».

El Derecho de la OMC es un cuerpo jurídico de gran alcance y complejidad cuya fuente principal es el Acuerdo OMC¹⁰. Dicho Acuerdo ha sido descrito como el acuerdo comercial internacional más ambicioso y de mayor alcance jamás concluido¹¹. Se trata de un acuerdo escueto con sólo 16 artículos que establecen el marco institucional de la OMC como organización internacional¹². Los anexos del Acuerdo OMC contienen varios acuerdos comerciales multilaterales (ACMs) y plurilaterales, así como entendimientos, decisiones y otros instrumentos suscritos durante la Ronda Uruguay, junto con el texto del GATT de 1947.

El núcleo del Derecho de la OMC de carácter sustantivo se sitúa en los acuerdos incluidos en el Anexo 1 del Acuerdo OMC. Este Anexo se divide en tres secciones: Anexo 1A que incluye un total de trece acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías entre los que se encuentran¹³; el Anexo 1B que incluye el Acuerdo sobre el

2016). En el ordenamiento jurídico de la UE se publicó como se señala a continuación, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 y aprobado mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones unilaterales de la ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1).

⁸ La bibliografía que defiende el papel de la OMC como institución promotora de la regulación del sistema multilateral del comercio es amplísima, *vide*, entre otros: E. CONCEIÇÃO-HELDT, *Negotiating trade liberalization at the WTO: domestic politics and bargaining dynamics*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2011; T. COTTIER, «From Progressive Liberalization to Progressive Regulation in WTO law», *Journal of International Economic Law*, Vol. 9, Núm. 4, December 2006; C. ROBERTS, «Liberalising international trade in services through the WTO: How rich and poor countries alike will gain», *International Trade Law and Regulation*, Vol. 13, Núm. 3, May 2007, pp. 51-56; V. ZAHRT, «The benefits of trade liberalisation and WTO members' negotiating positions: are imports really bad?», *Aussenwirtschaft*, Vol. 63, Núm. 2, 2008, pp. 143-166.

⁹ Párrafo 1 del artículo VIII del Acuerdo OMC.

¹⁰ P. VAN DEN BOSSCHE; Z. WERNER, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, *cit.*, p. 40.

¹¹ P. VAN DEN BOSSCHE; Z. WERNER, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, *cit.*, pp. 40-41.

¹² Artículo I. Establecimiento de la Organización; artículo II. Ámbito de la OMC; artículo III. Funciones de la OMC; artículo IV. Estructura de la OMC; artículo V. Relaciones con otras organizaciones; artículo VI. La Secretaría; artículo VII. Presupuesto y contribuciones; artículo VIII. Condición jurídica de la OMC; artículo IX. Adopción de decisiones; artículo X. Enmiendas; artículo XI. Miembros iniciales; artículo XII. Adhesión; artículo XIII. No aplicación de los Acuerdos Comerciales Multilaterales entre Miembros; artículo XIV. Aceptación, entrada en vigor y depósito; artículo XV. Denuncia; y artículo XVI. Disposiciones varias

¹³ Los trece ACMs son los siguientes: GATT de 1994; el Acuerdo sobre la Agricultura; el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; Acuerdo sobre las Medidas en materia de inversiones relacionadas con el Comercio; Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994 (Antidumping); Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del GATT de 1994 (Valoración en Aduana); Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición,

Comercio de Servicios (GATS) y el Anexo 1C que comprende el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD), instrumento capital para asegurar el cumplimiento de las obligaciones plasmadas en los Acuerdos OMC, se encuentra en el Anexo 2. El Anexo 3 incorpora el Mecanismo de Examen de la Políticas Comerciales. Por último, el Anexo 4 agrupa los Acuerdos plurilaterales¹⁴.

El Acuerdo OMC constituye un «todo único» obligatorio para todos los Miembros de la OMC. Esto significa que los distintos acuerdos que componen el Acuerdo OMC son partes integrantes de un mismo tratado, el Acuerdo OMC, y que sus disposiciones, que son vinculantes para todos los Miembros de la OMC, son todas ellas disposiciones de un único tratado, el Acuerdo OMC¹⁵. Así lo establece el párrafo 2 del artículo II del propio Acuerdo OMC, «[l]os acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Multilaterales”) forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros»¹⁶. Tal como ha sido aclarado por grupos especiales y el Órgano de Apelación, las obligaciones contenidas en el Acuerdo OMC y los diferentes ACMs todas se aplican de manera acumulativa, salvo en la medida en que exista un conflicto entre diferentes disposiciones, con el fin de dar pleno sentido a las disposiciones aplicables del Tratado¹⁷.

El Derecho de la OMC abarca materias que pueden superar lo estrictamente comercial. Este hecho en la práctica tiene como conciencia que la Organización colabora con otras organizaciones internacionales en la adopción de normas sobre determinadas materias¹⁸.

Junto con el Acuerdo OMC, otra fuente fundamental del Derecho de la OMC es la interpretación llevada a cabo por los órganos de adjudicación previstos en el ESD, i.e. los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Aunque en principio las recomendaciones incluidas en informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación adoptados sólo serían vinculantes con respecto a las partes de una diferencia, el Órgano de Apelación ha consagrado el carácter de precedente a seguir de sus informes

Acuerdo sobre Normas de Origen, Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, Acuerdo sobre Salvaguardias.

¹⁴Los acuerdos "plurilaterales" son aquellos que, al contrario que los "multilaterales", no han sido firmados por todos los miembros de la OMC. De los cuatro acuerdos comerciales plurilaterales incluidos en el Anexo 4, sólo el Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles y el Acuerdo sobre Contratación Pública están actualmente en vigor. Los otros dos acuerdos plurilaterales son el Acuerdo Internacional de Productos Lácteos y el Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino que concluyeron a finales de 1997.

¹⁵ Appellate Body Report, *US – Upland Cotton*, para. 549; Appellate Body Report, *Argentina – Footwear (EC)*, para. 81 y nota a pie 72; Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 570.

¹⁶ La concepción del Acuerdo OMC como un todo único supone que la adhesión a la OMC depende de la aceptación de todos los acuerdos que constituyen el Acuerdo OMC por cada nuevo Miembro, se trata de un sistema jurídico del que no se puede renunciar a ninguna disposición o anexo. Véanse los artículos XIV y XII: 1: 1 del Acuerdo OMC.

¹⁷ Vide, entre otros: Appellate Body Report, *Korea – Dairy*, para. 81; Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 23; Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, p. 12; Appellate Body Report, *India – Patents (US)*, para. 45; Appellate Body Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 570.

¹⁸Sobre esta cuestión vide, entre otros: C. VANGRASSTEK, *The History and Future of the World Trade Organization*, cit., 2013, «Part. II, Chapter 5. Relations with other organization and civil society», pp. 151-193. En esta parte se analiza el esfuerzo de la OMC para incluir una mayor colaboración con otras organizaciones internacionales y agentes sociales, como las ONG, aumentar las cotas de transparencia y democratización en el desarrollo de su actividad y sobre todo en la adopción del Derecho de la OMC donde los aspectos del comercio internacional están cada vez más conectados con los ámbitos de otras organizaciones como puede ser la FAO, UNCTAD, FMI o el BM.

adoptados así como los de los grupos especiales¹⁹. Como el Órgano de Apelación ha explicado, siguiendo el razonamiento y las conclusiones del Órgano de Apelación en diferencias anteriores: no sólo sería apropiado sino también esperable que los grupos especiales también se sujetasen al carácter del precedente²⁰. En este sentido, informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por lo tanto, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia²¹.

Otras fuentes del Derecho OMC son: las interpretaciones autorizadas por todos los Miembros de la OMC bajo el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo OMC y las exenciones a obligaciones impuestas por el Acuerdo OMC otorgadas bajo el párrafo 3 de esa misma disposición; los acuerdos concluidos en el ámbito de la OMC; decisiones y recomendaciones de órganos de la OMC así como el derecho internacional²².

II. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

Con más de 500 diferencias a sus espaldas en los primeros 20 años de vida, el SSD se ha posicionado en el mundo de los sistemas internacionales de solución de controversias como uno de los más dinámicos y fructíferos de todos²³. No es por ello extraño que haya sido descrito como el tribunal intra-estatal más activo²⁴.

Desde el punto de vista del control de la legalidad OMC, el SSD ejerce el control y la supervisión *a posteriori* sobre el cumplimiento del Derecho de la OMC por parte de sus Miembros. En efecto, este mecanismo de control se activa cuando un Miembro de la OMC inicia el procedimiento siguiendo las pautas del ESD cuando considera que una medida adoptada por otro Miembro es incompatible con el Derecho de la OMC²⁵. Tras

¹⁹ Appellate Body Report, *US – Stainless Steel (Mexico)*, para. 158. El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) adopta los informes de los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Una vez adoptado, el informe será aplicable para las partes en la diferencia.

²⁰ Appellate Body Report, *US – Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*, para. 188. Este razonamiento también sería aplicable para los informes de grupos especiales durante el tiempo del GATT. Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, pág. 108.

²¹ Appellate Body Report, *US – Shrimp (Article 21.5 – Malaysia)*, paras. 108-109; Appellate Body Report, *US – Stainless Steel (México)*, para. 161.

²² El párrafo 2 del artículo 3 del ESD específicamente se refiere a la aplicación del derecho consuetudinario internacional en materia de interpretación de tratados. Asimismo, numerosas disposiciones de los acuerdos OMC se refieren a otros acuerdos internacionales como por ejemplo las Convenciones de París de 1967 y de Berna de 1971, que aparecen referenciadas en el ADPIC. El Órgano de Apelación también ha hecho referencia a otros acuerdos internacionales como es el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre, por el que se aprueba el Plan estratégico del patrimonio natural y de la biodiversidad 2011-2017, en aplicación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-15363> (última revisión, 28 de abril de 2016) con motivo de su interpretación de la excepción general del artículo XX del GATT 1994.

²³ El listado cronológico de las diferencias se puede consultar en <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm> (última revisión, 28 de abril de 2016).

²⁴ H. HORN; L. JOHANNESON; P. C. MAVROIDIS, “The WTO Dispute Settlement System 1995-2010: Some Descriptive Statistics”, *Journal of World Trade*, Vol. 45, núm. 6, 2011, pp. 1107-1138. El SSD ha demostrado su valía no sólo como resultado del frecuente uso que hacen los Miembros de la OMC del mismo, sino también debido a su eficaz desempeño en la administración, adjudicación y finalización de las diferencias de manera satisfactoria. La alta tasa de diferencias resueltas sin tener que recurrir a la adjudicación, así como el alto grado de cumplimiento en aquellas diferencias en las que sí se llegó a adjudicación, son un testimonio de este logro.

²⁵ El párrafo 3 del artículo 3 del ESD estipula que solo pueden ser impugnadas ante el SSD las medidas «adoptadas» por un Miembro y por tanto, las medidas gubernamentales. La medida no tiene que ser

su adhesión a la OMC, el nuevo Miembro adquiere el derecho a reclamar a otro a través del SSD²⁶.

Se trata por lo tanto de un sistema accesible únicamente a los Miembros de la OMC. Ello significa que el sector privado sólo puede acceder al SSD a través del gobierno de un Miembro de la OMC²⁷. Asimismo, ni la Secretaría de la OMC ni los órganos del SSD pueden actuar *ex officio* bajo el SSD contra medidas de los Miembros de la OMC. De hecho, las medidas de todo Miembro del OMC se presumen compatibles con el Derecho de la OMC salvo decisión en contrario de un grupo especial y/u Órgano de Apelación adoptada por el OSD²⁸.

La doctrina considera que el SSD de la OMC aúna elementos de naturaleza diplomático-política y elementos de naturaleza judicial. Es importante resaltar que el objetivo del SSD no es el de llegar a la etapa adjudicatoria de naturaleza judicial. En efecto, tal y como predica el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, «[e]l objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias».

La regla de adopción de decisiones en el seno del OSD es el «consenso negativo», es decir, la decisión se adoptará salvo consenso de todos los Miembros para su no adopción²⁹. En la toma de decisiones de la Organización la regla general es el consenso positivo salvo en cuatro casos especiales donde se aplica la citada regla del consenso negativo: en el establecimiento de los GE en segunda consulta (párrafo 2 del artículo 6 del ESD), en la adopción de los informes de los GE y del OA por el OSD (párrafo 4 del artículo 16 y párrafo 4 del artículo 17 del ESD), en el establecimiento de un GE en caso de desacuerdo entre las partes sobre el cumplimiento efectivo de las resoluciones y recomendaciones de los informes adoptados por el OSD (párrafo 5 del artículo 21 del ESD) y en la autorización de suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados una vez vencido el plazo prudencial de cumplimiento (párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD). En estos casos, para que se pueda bloquear la adopción de alguna de las cuatro decisiones mencionadas, todos los Miembros, incluidas las partes que formen parte en la diferencia, tienen que estar de acuerdo en su no adopción. PIÉROLA destaca que gracias al consenso negativo todas estas acciones se llevarán a cabo con independencia de la postura del miembro cuestionado en el procedimiento sustanciado bajo el amparo del SSD. Asimismo, el consenso negativo

una norma – puede ser una acción u omisión continuada – también tenemos medidas no escritas por lo que no las podríamos calificar de normas.

El Órgano de Apelación ha aclarado que "[i]n principle, any act or omission attributable to a WTO Member can be a measure of that Member for purposes of dispute settlement proceedings". Appellate Body Report, *US – Corrosion-Resistant Steel Sunset Review*, para. 81. Véase también Appellate Body Report, *EC – Selected Customs Matters*, para. 133. En ocasiones, medidas en principio adoptadas por el sector privado pueden ser llevadas ante el SSD siempre y cuando se pueda establecer un vínculo entre la medida y una acción del gobierno de forma que sea posible atribuir la medida en cuestión a dicho gobierno. Appellate Body Report, *Argentina – Import Measures (US)*, ft.440.

²⁶ X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, cit., p. 71.

²⁷ El proceso regulado por el Derecho europeo se analizará en la Parte II del presente artículo relativa al Reglamento (CE) 3286/1994 del Consejo de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la organización Mundial del Comercio (DOUE L 104, p. 50) modificado por el Reglamento (UE) 2015/1843 del Parlamento Europeo y del Consejo de octubre de 2015 por el que se establecen procedimientos de la Unión en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Unión en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOUE L 272/1).

²⁸ Arbitrajes en *EC – Hormones (US) (Article 22.6 – EC)* y *EC – Hormones (Canada) (Article 22.6 – EC)*, para. 9.

²⁹ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, Cameron May, London, 2008, p. 68.

induce a mantener la multilateralidad del sistema en tanto que desincentiva a los miembros para que busquen soluciones bilaterales paralelas o tomen medidas unilaterales al margen del ESD³⁰.

El párrafo 1 del artículo 1 y párrafo 1 del artículo 23 del ESD disponen que el SSD tiene jurisdicción obligatoria sobre cualquier controversia que surja entre sus Miembros que derive de los denominados «acuerdos abarcados»³¹. Es importante resaltar el carácter de obligatoriedad jurisdiccional del SSD consagrada por el artículo 23 del ESD. En efecto, esta disposición prohíbe el recurso de los Miembros de la OMC a otros foros para la resolución de diferencias con respecto a cualquier disposición del Derecho de la OMC que componen los acuerdos abarcados por el ESD en aras de fortalecer el sistema multilateral de comercio.

1. Las causas que permiten iniciar una diferencia en el marco del Entendimiento de Solución de Diferencias. Cualquier acción u omisión de un Miembro de la OMC que suponga una anulación o menoscabo de los derechos de otro(s) Miembro(s) reconocidos en los acuerdos abarcados es causa suficiente para iniciar el procedimiento de solución de Diferencias en la OMC. Al contrario que en otros sistemas procesales, no es necesario alegar o demostrar un interés legítimo para poder iniciar un procedimiento de solución de diferencias; basta con tener un interés general o sistémico³². De ahí que no sea necesario que el reclamante pruebe que la medida impugnada le afecta particularmente.

2. Consultas. Para iniciar el procedimiento ordinario de solución de diferencias el Miembro que se persone como parte reclamante deberá notificar su solicitud de celebración de consultas al OSD (párrafo 4 del artículo 4 del ESD)³³. La solicitud de celebración de consultas señala el inicio formal de la diferencia en la OMC, en ella figurarán las medidas en litigio y los fundamentos jurídicos de la reclamación (párrafo 4 del artículo 4 del ESD). Los Miembros deberán participar en las consultas de buena fe, tratarán de resolver la diferencia de forma amigable y éstas serán confidenciales. El proceso de consultas es un medio de solución de diferencias diplomático-político y las partes tienen libertad para determinar cómo se van a desarrollar las consultas³⁴.

³⁰ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, cit., p. 69.

³¹ JACKSON define el ESD como una poderosa medida de jurisdicción obligatoria en J. H. JACKSON, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, «4. La estructura y operación actuales del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC», p. 226. Como explica el Órgano de Apelación, el ESD se aplica a todas las diferencias planteadas de conformidad con los Acuerdos de la OMC enumerados en el Apéndice 1 del ESD que se conocen como los «acuerdos abarcados», *vide*: Appellate Body Report, *Guatemala – Cement I*, para. 65. *See also* Appellate Body Report, *US – FSC*, para. 159. Esto significa que los Miembros no pueden llevar ante el SSD litigios relativos a derechos y obligaciones comprendidos en otros acuerdos internacionales; por ejemplo, en acuerdos de libre comercio de carácter bilateral o plurilateral, *vide*, entre otros: Appellate Body Report, *EC – Poultry*, para. 79; Panel Report, *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, para. 7.89.

³² El concepto de «interés general» no se explica en el ESD. Así el OA se ha pronunciado sobre esta cuestión y en el informe del caso Bananas III estableció que «(...) consideramos que los Miembros tienen un amplio margen de discrecionalidad para decidir si presentan o no una reclamación contra otro Miembro al amparo del ESD. Del texto del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y del párrafo 7 del artículo 3 del ESD se desprende, además, que en gran medida corresponde al propio Miembro decidir sobre la "utilidad" de presentar una reclamación» en Informe del OA de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) (CE – Banano III), WT/DS27/AB/R de 9 de septiembre de 1997, párrafo 135.

³³ La legitimación activa para iniciar una consulta pertenece sólo a los Miembros de la OMC y, por tanto, las empresas o partes privadas no puede iniciar una diferencia. Para una introducción sobre esta cuestión y sus posibles implicaciones a futuro, *vide*, ALEMANNI, A., «Private parties and WTO Dispute Settlement System», Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 1, 2004. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/1/> (última revisión, 18 octubre 2014).

³⁴ P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 271.

3. La solicitud del establecimiento del GE. En caso de no alcanzar un acuerdo entre las partes en fase de consultas en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un GE³⁵. La parte reclamante podrá pedir el establecimiento dentro de ese plazo si las partes que intervienen en las consultas consideran de común acuerdo que éstas van a permitir resolver la diferencia (párrafo 7 del artículo 4 del ESD).

Las partes pueden alcanzar una solución mutuamente convenida durante todo el tiempo posterior a la fase de consultas hasta el momento en que el GE traslade sus conclusiones al OSD (párrafo 7 del artículo 12 del ESD). Durante esta fase ante el GE, a solicitud de la parte reclamante, el GE puede suspender su trabajo por un plazo máximo de 12 meses. Si la suspensión se prorroga por más de este tiempo, la autoridad del GE caduca (párrafo 2 del artículo 12 del ESD). Si las partes lograsen una solución de la diferencia de mutuo acuerdo, el informe del GE deberá estar limitado a una breve descripción del caso y se debería informar al OSD que se ha logrado dicha solución (párrafo 7 del artículo 12 del ESD).

La redacción del informe del GE tiene una etapa previa regulada por el artículo 15 del ESD, «Etapa intermedia de reexamen», donde el GE dará traslado de los capítulos expositivos (hechos y argumentación) de su proyecto de informe a las partes en la diferencia. Dentro de un plazo fijado por el GE, las partes presentarán sus observaciones por escrito. En un momento posterior, el GE entregará a las partes un informe provisional que incluya tanto la parte expositiva como las conclusiones del GE donde se incluirán también los argumentos discutidos en la etapa de reexamen intermedio. En informe final del GE será entregado a las partes y, cuando se encuentre disponible en los tres idiomas oficiales, se distribuirá a los Miembros de la OMC, momento en el cual se convertirá también en un documento de carácter público (artículo 16 del ESD).

Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe del GE a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del OSD, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe (párrafo 4 del artículo 16 del ESD). Si no hay prevista una reunión del OSD dentro de ese período en una fecha que permita cumplir las prescripciones de los párrafos 1 y 4 del artículo 16, se celebrará una reunión del OSD a tal efecto. Por tanto, en caso de que el informe sea adoptado por el OSD y no se notifique la decisión de apelar por ninguna de las partes en la diferencia, las recomendaciones y resoluciones del GE serán legalmente vinculantes para las partes.

4. El examen en apelación. Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del GE no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación (párrafo 4 del artículo 16 del ESD)³⁶. El

³⁵ Para profundizar en el establecimiento, funciones y naturaleza del GE *vide*, entre otros, X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, cit., «Capítulo Segundo: La jurisdicción de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación», pp. 103-193; C. ESPÓSITO, «Introducción al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 5, 2001, pp. 264-265; J. C. HECTH, «Operation of WTO Dispute Settlement panels: assesing proposals for reform», *Law and Policy of International Business*, Vol. 31, Núm. 3, (2000), pp. 657-664; M. MONTAÑA MORA, *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 122-137; F. PIÉROLA, *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Fondo Editorial del IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 109-130.

³⁶ La bibliografía relativa al OA y al desarrollo del procedimiento de apelación se amplísima, veáanse, entre otros, C. ESPÓSITO, «Introducción al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 5, 2001, p. 266; F. PIÉROLA, *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, cit., pp.130-133; G. SACERDOTI, «Appel and judicial review in international arbitration and adjudication: the case of the

mandato del OA se reduce a confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del GE ya que durante el proceso de examen en apelación, a diferencia de los GE, la función del OA se reduce a las cuestiones de derecho tratadas en el informe del GE y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste (párrafo 6 del artículo 17 del ESD)³⁷. El OA podrá analizar todas las conclusiones legales del GE aunque las partes no estén conformes.

En aras de promover una solución mutuamente convenida de la diferencia el apelante podrá desistir de su apelación, en cualquier momento de las actuaciones, mediante notificación al OA, el cual notificará inmediatamente al OSD esta decisión (párrafo 1 del artículo 30 de las Normas de conducta previstas en el Procedimiento de trabajo para el examen en apelación). Las partes pueden adoptar a una solución mutuamente convenida hasta el momento en que el OSD adopte el informe del OA y del GE modificado³⁸.

5. La adopción del informe por el Órgano de Solución de Diferencias. El OSD adoptará los informes de los GE y del OA alcanzados en el procedimiento ordinario del SSD de la OMC salvo que los Miembros del OSD decidan por consenso no adoptarlo. En la OMC, los informes del OA y del GE en aquellas partes en que no haya sido modificado ni revocado por el OA no son obligatorios para las partes hasta que éstos no son adoptados por el OSD. En la práctica, el Presidente del OSD, en la sesión de adopción del acuerdo, se limita a dar la palabra a aquellos Miembros de la Organización que quieren expresar sus opiniones sobre el informe, tomar nota de todas las declaraciones y adoptar el informe³⁹.

6. La fase de cumplimiento de las decisiones adoptadas. La fase de cumplimiento de las decisiones adoptadas se rige por dos objetivos, la necesidad de conseguir el pronto cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones de los informes adoptados y lograr la supresión de las medidas declaradas como incompatibles con las disposiciones de los acuerdos abarcados (párrafo 1 del artículo 21 del ESD y párrafo 7 del artículo 3 del ESD respectivamente). En cualquier caso, la remoción de las medidas se produce *ex nunc*, es decir, de manera prospectiva, con posterioridad a la declaración de incompatibilidad salvo para el caso de subvenciones declaradas prohibidas bajo las reglas del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y que han consistido en desembolsos de una sola vez en el tiempo⁴⁰.

En Derecho internacional, esta fase del SSD se puede enmarcar dentro de lo que se denomina el «*second-order compliance*» donde el cumplimiento se debe a una decisión de una institución internacional como puede ser el OSD, frente a lo que sería el «*first-order compliance*» que se refiere al cumplimiento del Derecho sustantivo, normalmente

WTO appellate Body» en E. U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, pp. 245-280; A. W. SHOYER; E. M. SOLOVY, «The process and procedure of litigation at the World Trade Organization: a review of the work of the Appellate Body», *Journal of Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 677-696; D. P. STEGER, «The appellate body and its contribution to WTO dispute settlement» en D. KENNEDY; J. D. SOUTHWICK (dir.), *The political economy of international law: essays in honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; I. VAN DAMME, *Treaty interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, New York, 2009.

³⁷ Esta distinción entre asuntos de derecho y asuntos de hecho es problemática en algunos casos porque lo que hay que atender a las orientaciones generales de los informes del OA, puede verse por ejemplo el informe del OA de la diferencia CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R de 18 de enero de 1998, párrafos 132-135.

³⁸ A. ALVAREZ-JIMÉNEZ, «Mutually agreed solutions under the WTO Dispute Settlement Understanding: an analytical framework after the *Softwood Lumber Arbitration*», *World Trade Review*, Vol. 10, Núm. 3, 2011, p. 361.

³⁹ OMC, *Handbook on the Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

⁴⁰ F. PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, cit., pp. 145-146.

recogido en los tratados internacionales⁴¹. En el cumplimiento jurídicamente ideal de una diferencia una vez adoptado el informe por el OSD, el laudo arbitral, el acuerdo de los buenos oficios, la conciliación o la mediación o una vez alcanzada una solución entre las partes (decisiones adoptadas), se deberían suceder algunas de las siguientes etapas procesales: un cumplimiento inmediato de las resoluciones y recomendaciones del demandado al OSD, la aplicación notificada por el demandado al OSD, una solución mutuamente aceptable notificada con respecto a la aplicación notificada por la parte demandada o un cumplimiento sin constataciones de incumplimiento. Las partes también podrían llegar a una solución mutuamente convenida para el cumplimiento del informe adoptado y una posterior notificación del cumplimiento por la parte demandada y condenada al OSD. Sin embargo, pueden darse problemas que dificulten la aplicación de las decisiones adoptadas por el OSD⁴².

7. El plazo prudencial. Una vez adoptado el informe por el OSD, la parte demandada y condenada deberá informar a dicho Órgano de cómo va a implementar las recomendaciones y resoluciones contenidas en el informe y en caso de no ser posible su cumplimiento inmediato, indicar el plazo prudencial que necesita para ello. Este plazo prudencial propuesto por la parte demandada tendrá que ser aprobado por el OSD (párrafo 3.a) del artículo 21 del ESD).

En caso de no existir tal aprobación, las partes en la diferencia intentarán fijar un plazo de común acuerdo de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones (párrafo 3.b) del artículo 21 del ESD). A falta de acuerdo para la determinación de un plazo prudencial en los dos casos anteriores, se permite la designación de un árbitro para que determine el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones los órganos resolutorios, GE u OA. Dicho plazo no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del GE o del

⁴¹ R. FISHER, *Improving Compliance with International Law*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1981, pp. 28-29 citado en Y. ABE, «Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body: A Comparative Approach», *Journal of East Asia & International Law*, Vol. 6, Núm. 1, 2013, pp.8-9.

⁴² La parte del proceso del SSD de la OMC relativa a la vigilancia y aplicación de los informes adoptados por el OSD ha generado un amplio debate doctrinal, no solo por su estudio descriptivo sino por todos los problemas prácticos que surgen en este momento del proceso, sirva como botón de muestra la bibliografía que se recoge a continuación, J. H. JACKSON, «The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation» en J. CAMERON; K. CAMPBELL (ed.), *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, Cameron May, London, 1998, pp. 69-74; J. KEARNS; S. CHARNOVITZ, «Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5», *Journal of International Economic Law*, Vol. 5, Núm. 2, Julio 2002, p. 341; D. PALMETER,; S. A. ALEXANDROV, «Introducing compliance in WTO Dispute Settlement» en D. KENNEDY; J. D. SOUTHWICK, (dir.). *The Political Economy of International Trade – Essays in Honour of R. E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 646-666; D. PALMETER, «The WTO dispute settlement mechanism. Compliance with WTO ruling and other procedural problems», *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 4, Núm. 2, March 2001, p. 294; J. PAUWELYN, «Enforcement and Countermeasures in the WTO – Rules are Rules – Toward a More Collective Approach», *American Journal of International Law*, Vol. 94, Núm. 2, 2000, pp. 335-347; J. PAUWELYN, «A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective Nature?», *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 5, 2003, pp. 907-951; J. PAUWELYN, «Calculation and Design of Trade Retaliation» en C. P. BROWN; J. PAUWELYN (dir.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 34-65; L. D. ROBERTS, «Beyond Notions of Diplomacy and Legalism: Building a Just Mechanism for WTO Dispute Settlement Resolution», *American Business Law Journal*, Vol. 40, 2003, pp. 511-562; A. ROSAS, «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, pp. 131-134; T. SEBASTIAN, «World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness», *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, Núm. 2, 2007, pp. 337-382; B. WILSON, «Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: the Record to Date», *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Núm. 2, pp. 397-403.

OA. Ese plazo podrá, no obstante, ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso (párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD).

Durante el desarrollo del procedimiento arbitral para determinar el plazo prudencial las partes en la diferencia pueden retirar la solicitud de arbitraje o pedir al árbitro que suspenda el procedimiento para poder convenir en una solución respecto de la aplicación de las recomendaciones del GE o del OA. El límite temporal para alcanzar este acuerdo entre las partes en la diferencia son 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del GE o del OA⁴³.

8. La fase de la verificación. Una vez transcurridos 6 meses desde la expiración del plazo prudencial se pasa a la fase de verificación para controlar si el Miembro demandado ha aplicado las recomendaciones o resoluciones del OSD. En el orden del día de las reuniones del OSD se incluirá la cuestión de la vigilancia de los informes adoptados hasta que se constate su cumplimiento. Como máximo 10 días antes de cada una de cada reunión, el Miembro afectado, parte demandada y condenada en la diferencia, presentará por escrito un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones ante dicho órgano (párrafo 6 del artículo 21 del ESD)⁴⁴.

En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del informe objeto de verificación o a la compatibilidad de dichas medidas adoptadas con los acuerdos abarcados, el GE que haya entendido inicialmente del asunto, siempre que sea posible, resolverá dicho desacuerdo conforme al ESD. El GE distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el GE considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo (párrafo 5 del artículo 21 del ESD). El GE debe examinar la consistencia de esa nueva medida adoptada por el Miembro demandado parte en la diferencia con el informe adoptado pero también con los acuerdos abarcados. Así puede que en este procedimiento abreviado de verificación el GE tenga que analizar la consistencia de dicha nueva medida con parte de los acuerdos abarcados que no fueron sustanciados ante el GE en el inicio de la diferencia⁴⁵.

El nuevo informe del GE se adoptará por el OSD salvo consenso para su no adopción siguiendo la regla del consenso negativo. En este procedimiento abreviado del párrafo 5 del artículo 25 del ESD la parte demandada e incumplidora en la diferencia no cuenta con derecho a apelación ni con la posibilidad de solicitar un plazo prudencial para el cumplimiento del informe adoptado. La parte demandada en la diferencia debe cumplir este informe de forma inmediata una vez adoptado y en caso contrario la parte reclamante en la diferencia puede solicitar la compensación y la suspensión de concesiones⁴⁶.

9. El problema de la secuencia. En la fase de la vigilancia de los informes adoptados en una diferencia se produce lo que se denomina el «problema de la secuencia». Este problema surge por el solapamiento de plazos temporales previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y el párrafo 2 del artículo 22 del ESD ya que la realización del procedimiento previsto en el primero toma más tiempo que el plazo

⁴³ Esta posibilidad fue recogida en el laudo arbitral de la diferencia EEUU - medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea, WT/DS202/17, párrafos 6-9.

⁴⁴ Para profundizar en la fase de verificación se recoge a continuación una bibliografía introductoria, X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, cit., «Capítulo Tercero: Interpretación, observancia y aplicación de los Acuerdos de la OMC», pp. 195-258.

⁴⁵ P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, cit., p. 302.

⁴⁶ P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, cit., p. 304.

previsto por el ESD para conceder la autorización para la toma de medidas de retorsión. El párrafo 5 del artículo 21 del ESD prevé el supuesto de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del informe objeto de verificación o a la compatibilidad de dichas medidas adoptadas con los acuerdos abarcados. El párrafo 2 del artículo 22 del ESD regula la posibilidad de solicitar una compensación o la suspensión de la aplicación de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados por la falta de cumplimiento de dichas recomendaciones y resoluciones una vez transcurrido el plazo prudencial de tiempo a la parte demandada e incumplidora del informe adoptado en la diferencia. El párrafo 5 del artículo 21 del ESD establece un plazo general máximo de 90 días para la solución del desacuerdo mientras que el párrafo 6 del artículo 22 del ESD establece que el OSD debe otorgar la autorización para suspender las concesiones en los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial, a menos que, por consenso, decida rechazar la solicitud de autorización.

Para superar el problema de la secuencia en la práctica las partes en las diferencias de la OMC ordenan la secuencia temporal de los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y el párrafo 6 del 22 del ESD⁴⁷. Sin embargo, un acuerdo de carácter general o una modificación del ESD sobre esta cuestión ayudarían a aumentar la certeza y seguridad jurídica dentro del SSD de la OMC⁴⁸.

10. Los procedimientos relativos a la compensación y a la suspensión de concesiones. En caso de que la parte demandada no aplique las recomendaciones y

⁴⁷ PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, op. cit., pp. 147-148.

⁴⁸ Vide la Enmienda a determinadas disposiciones del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias presentada por Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Ecuador, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Suiza, Uruguay y Venezuela el 1 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/W/6). En el punto 2 de la citada comunicación se proponía reformar el párrafo 5 del artículo 21 del ESD en aras de incluir durante el plazo prudencial la posibilidad de solicitar consultas para llegar a una solución mutuamente satisfactoria con respecto a la aplicación de las recomendaciones y medidas del Órgano de Solución de Diferencias. Además, la intervención del GE que actualmente se regula en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, según el punto 4 de esta propuesta, pasaría al nuevo artículo 21bis del ESD para tratar de regular esta revisión del GE de una manera más pormenorizada. Se abriría también la posibilidad a las partes de reconducir la diferencia en este momento del proceso a los artículos 5 u 25 del ESD. Este nuevo artículo trataría de solventar el problema de la secuencia ya que esta nueva solicitud de establecimiento de GE se podría iniciar cuando faltasen 10 días para que finalizase el plazo prudencial. Por último, la superación definitiva del problema de la secuencia se daría siguiendo por punto 5 de esta comunicación ya que recoge una nueva redacción del párrafo 2 del artículo 22 del ESD: «Si: i) el Miembro afectado no informa al OSD de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 de que se propone aplicar las recomendaciones o resoluciones del OSD; ii) el Miembro afectado no presenta dentro del plazo establecido una notificación de conformidad con el párrafo 6 c) del artículo 21 indicando que ha cumplido; o iii) en el informe presentado por el grupo especial sobre el cumplimiento o el OA de conformidad con el artículo 21bis se constata que el Miembro afectado no ha puesto las medidas declaradas incompatibles con un acuerdo abarcado en conformidad con ese acuerdo o no ha cumplido de otro modo las recomendaciones o resoluciones del OSD; la parte reclamante podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados. Se convocará una reunión del OSD a tal efecto dentro de los 10 días siguientes a la petición, salvo que la parte reclamante solicite que la reunión se celebre en una fecha posterior. Se exhorta a las partes en la diferencia a que celebren consultas antes de la reunión para examinar una solución mutuamente satisfactoria». La propuesta del nuevo artículo 21bis del ESD prevé la posibilidad de celebrar consultas en este nuevo proceso para determinar la aplicación de recomendaciones y resoluciones y establece la posibilidad de apelar este nuevo informe del GE (punto 4 de la propuesta WT/MIN(01)/W/6). Además en el punto 3 propone modificar el párrafo 6 del artículo 21 del ESD para regular de una manera más exhaustiva los plazos y los procedimientos posibles para vigilar la aplicación de las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias. Sin embargo, propuestas de este tipo parece que no han llegado a adoptarse ni parece que se hará en el corto o medio plazo tal y como señala PELZMAN, J.; SHOHAM, A., «WTO Enforcement Issues», *Global Economy Journal*, Vol. 7, Núm. 1, 2007, p. 9.

resoluciones de los informes adoptados por el OSD en el plazo prudencial o que el GE no acepte las medidas de la parte demandada en la diferencia para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el OSD, nos encontraremos ante una falta de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados y la parte reclamante podrá recurrir a la compensación o a la suspensión de concesiones reguladas en el artículo 22 del ESD⁴⁹.

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones del OSD⁵⁰. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados (párrafo 1 del artículo 22 del ESD).

⁴⁹ En relación con el concepto, las funciones y las vías para imponer represalias ante el incumplimiento de los informes adoptados por el OSD *vide*, entre otros, Y. ABE, «Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body: A Comparative Approach», *cit.*, pp. 18-27; C. P. BROWN; J. PAUWELYN (dir.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, *cit.*; CHARNOVITZ, S., «Rethinking the WTO Trade Sanctions», *American Journal of International Law*, Vol. 95, Núm. 4, 2001, pp. 792-832; S. CHARNOVITZ, «Should the Teeth be Pulled? Analysis of WTO Sanctions», en D. KENNEDY; J. D. SOUTHWICK (dir.), *The Political Economy of International Trade – Essays in Honour of R. E. Hudec*, *cit.*, pp. 602-635.

⁵⁰ P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *cit.*, p. 219.

LA USURA Y SU APLICACIÓN AL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil.
Universidad Complutense de Madrid

Fecha de recepción: 24 de mayo
Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: En la actual situación de crisis económicas se han generalizado la concesión de préstamos personales con altos intereses –conocidos como préstamos “rápidos”- que han contribuido al sobreendeudamiento de los consumidores y a una alta morosidad derivada del impago de los mismos. La realidad de la usura, acentuada sobre todo a partir de la libertad de tipos de interés establecida por la Ley de 14 de marzo de 1856 y dada la inoperancia de este sistema de absoluta libertad de tipos para evitar los abusos y que los medios que ofrecía el Código Civil resultaban insuficientes, se promulga una norma específica, la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura que opta por un sistema de fijación judicial, más flexible y adaptable a las circunstancias de cada momento y caso concreto, atribuyendo a los tribunales la facultad de anular los contratos de préstamo o de naturaleza similar que revistan ciertas características calificatorias: un tipo de interés notablemente superior el dinero, y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; o se ha aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; o se suponga recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada. Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de tal norma aplicada al simple préstamo o mutuo con intereses, haciendo especial hincapié en el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 25 de noviembre de 2015 relativo a un préstamo personal “revolving” concedido a un consumidor en el que se pactó un interés remuneratorio del 24,6% y un interés de demora resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales.

ABSTRACT: In the current situation of economic crises acquaintances have generalized the concession of personal lendings with high interests - as "rapid" lendings - that they have contributed to the a major debt of the consumers and to a high delinquency derived from the non-payment of the same ones. The reality of the usury, accentuated especially from the freedom of interest rates established by the Law of March 14, 1856 and given the unworkability of this system of absolute freedom of types to avoid the abuses and that the means that the Civil Code was offering were turning out to be insufficient, promulgates a specific norm, the Law of July 23, 1908 of Repression of the Usury that he competes for a system of judicial, more flexible and adaptable fixation for the circumstances of every moment and concrete case, attributing to the court the faculty to annul to the contract of lending or of similar nature that redress certain characteristics: a notably top interest rate the money, and manifestly disproportionate with the circumstances of the case; or it has been accepted by the borrower because of his distressing situation, his inexperience or of limited of his mental powers; or it is supposed received major quantity that really delivered. On such bases, the present study is going to centre on the analysis of such a norm applied to the simple lending or mutually with interests, doing special support in the supposition solved by the judgment of the Supreme Court, Room of the (Full) Civil thing, of November 25, 2015 relative to a personal lending “revolving” granted to a consumer in which an interest was agreed ordinary to 24,6 % and interest of delay 4,5%.

PALABRAS CLAVE: Préstamo, intereses remuneratorios, intereses de demora, consumidor, usura, cláusula abusiva, nulidad

KEY WORDS: Lending, interests ordinary, interests of delay, consumer, usury, improper clause, nullity

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. CONCEPTO, CARACTERES Y NATURALEZA DEL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO. III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO. 1. Elementos personales. 2. Elementos reales. 3. Elementos formales. IV. CONTENIDO DEL CONTRATO DE SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO. 1. Obligaciones del prestatario. 2. Obligaciones del prestamista. V. EXTINCIÓN DEL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO. VI. EL PRÉSTAMO O MUTUO CON INTERESES. VII. LA USURA Y SU APLICACIÓN AL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO. 1. El préstamo usurario. 2. Préstamos leoninos. 3. Préstamos falseados. 4. Sanción y efectos. 5. Las facultades judiciales de carácter discrecional contenidas en la Ley de la Usura. 6. La compatibilidad de la Ley de la Usura y la legislación protectora de los consumidores y usuarios. 7. 6. Nulidad por usurario de un “préstamo personal revolving” concedido a un consumidor. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El Código Civil regula de manera unitaria dos formas diferentes del contrato de préstamo: el comodato (o préstamo de uso) y el simple préstamo (o préstamo de consumo o mutuo).

La razón de tal regulación unitaria, según ha puesto de relieve la doctrina en la tradición romana que, consideraba ambos contratos como reales. Ciertamente esa unidad formal se manifiesta en la regulación dentro del mismo Título –Título X del Libro IV del Código Civil-, si bien, el simple préstamo o mutuo y el comodato únicamente comparte un precepto común –artículo 1740- y cada uno de tales contratos es objeto de atención en dos capítulos distintos –del comodato se ocupa el capítulo I del Título X (artículos 1741 a 1752), y del “simple préstamo” se ocupa el capítulo II (artículo 1753 a 1757)-. El comodato representa un contrato de cesión de uso de la cosa; mientras que el préstamo es un contrato de financiación. Se trata de dos contratos diferentes que tienen en común la entrega de una cosa que, habrá de ser restituida a su extinción: en el comodato se transmite la posesión inmediata de la cosa para que el que la recibe, la use durante corto tiempo y la devuelve al transcurrir el mismo; en el préstamo se transmite la propiedad y en un momento posterior tiene que devolver no la misma cosa recibida, sino otro tanto de la misma especie y calidad. En ambos contratos hay un desplazamiento del uso de la cosa durante un tiempo. Ahora bien, al margen de esta característica común, ambos presentan diferencias que pueden concretarse en las siguientes¹: 1. Son objeto de comodato las cosas que pueden usarse sin consumirse, pues, por tal contrato se transmite únicamente el uso de las cosas prestadas; mientras que son objeto de mutuo cosas que se consumen por el uso. El Código Civil coloca

¹ M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1986-1987; M^º.Á PARRA LUCÁN, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VIII*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11896-11898; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 46 a 48.

la diferencia entre ambos contratos en la fungibilidad o no del objeto prestado. Por ello, el comodato se proyecta sobre cosas no fungibles y el mutuo sobre cosas fungibles; de ahí que, en el primero deban devolverse *in natura* las propias cosas prestadas, mientras que en el segundo, que permite el consumo de la cosa prestada y no cabe la devolución de la cosa consumida, tal devolución tendrá lugar en lo que representa el género, reintegrando otro tanto de la misma especie (el *tantundem*). Sin embargo, siendo evidente que la diferencia entre préstamo mutuo y comodato la establece el artículo 1740 del Código Civil en la fungibilidad o no del objeto entregado y siendo asimismo que las cosas que, se consuman por el uso son más propias del mutuo que del comodato ya que no pueden ser devueltas después de usadas porque su uso las destruye, nada impide que puedan destinarse, precisamente, a usos que no las destruyen y que entonces por voluntad de las partes, puede ser objeto de comodato. De forma que, como aclara ORDÁS ALONSO no es, pues, tanto la naturaleza de las cosas, como la intención de las partes contratantes, la que diferencia los contratos de comodato y mutuo o simple préstamo². Por otra parte, LACRUZ BERDEJO pone de manifiesto que, para que haya mutuo la consumibilidad por sí sola no es suficiente “si se ha entregado las cosas como específicas para ser restituidas *in natura* sin alteración de sus sustancia (comodato de monedas para que sirvan de arras en la boda o para enseñar las arcas repletas, o para simular un pago). En cambio, la entrega de un objeto fungible pero no consumible, en propiedad y para recibir otro igual el *tradens* al vencer el plazo (un avión Jumbo o un libro, no parece exactamente un préstamo mutuo, sino un contrato atípico diferente: los intereses, además, no serían de sustancia idéntica a la de la cosa”³; 2. Por su finalidad. El comodato transfiere simplemente el uso de la cosa prestada, que sigue en la propiedad del prestamista; mientras que, en el mutuo transfiere la propiedad de la cosa objeto del contrato, constituyendo así una forma de enajenación⁴. La principal consecuencia que se deriva de esta diferenciación es que el comodato, cuando reclama la devolución de la cosa prestada, conserva la acción reivindicatoria, ya que tiene el dominio de la cosa reclamada. Por el contrario, cuando el mutuante reclama la cosa al mutuario no tiene ninguna acción real ya que el mutuario no tiene en su poder ninguna cosa que, es de propiedad del mutuante. Por ello en el mutuo únicamente subsiste la relación del acreedor contra los bienes del deudor en virtud de la responsabilidad patrimonial universal prevista en el artículo 1911 del Código Civil⁵. De este modo, en el comodato se mantiene el mismo derecho de propiedad del prestamista que, en su caso podrá recuperar la cosa por medio de la acción reivindicatoria, mientras que en el mutuo el derecho de propiedad del prestamista se transforma en un derecho de crédito por el que obtendrá la restitución del *tantundem* y que podrá hacer valer dirigiéndose contra la generalidad de los bienes del prestatario sobre la base del artículo 1911 del Código Civil; 3. En consecuencia con la anterior, existe en uno y otro caso un diferente régimen jurídico en materia de riesgos por la pérdida de la cosa (artículos 1744 a 1746 y 1753). De forma que, en el contrato de comodato los riesgos los sufre el prestamista o comodante, pues, debe restituir la misma cosa prestada. Por lo que el comodatario responderá de la pérdida o deterioro de la cosa producida por su culpa y del caso fortuito cuando concurren las causas previstas en el artículo 1744 –uso indebido de la cosa, retraso en la devolución- y 1745 –entrega de la cosa bajo tasación-. En cambio, en el mutuo hay obligación de restituir una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, por la que los sufre el prestatario o mutuario que, por la entrega se hizo propietario de la cosa; 4. El comodato es un contrato esencialmente gratuito, pues, la cesión del uso a cambio de una contraprestación determina la existencia de un contrato de arrendamiento; mientras que, en el mutuo puede ser gratuito u oneroso o retribuido cuando se pacta expresamente el pago de intereses. En este último caso, el prestamista se priva

² M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1986.

³ J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elemento de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito, 5ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2013, p. 161.

⁴ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 47.

⁵ M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1986; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, en C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz; L. Díez-Picazo y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1602 en el mutuo el prestatario se convierte en propietario de la cosa; y la cosa entregada se confunde con las de la misma clase que tenga el prestatario en su poder, por la falta de rasgos específicos que la individualicen.

temporalmente del uso de cierta suma de dinero a cambio de intereses; mientras que el prestatario obtendrá la disponibilidad inmediata de la suma prestada, pero deberá abonar el sobre coste que suponen los intereses. Por ello, se dice que, la gratuidad es un requisito esencial en el comodato y natural en el mutuo; 5. Por sus efectos. El comodato obliga a restituir la misma cosa que fue entregada; en cambio, el mutuo a lo que obliga es a restituir otro tanto de la misma especie y calidad que lo prestado; 6. Por lo que se refiere a la función social de uno y otro contrato, hay que señalar que, el préstamo o mutuo tiene una función de financiación, que se lleva a cabo mayoritariamente por entidades financieras, sin perjuicio de las que tienen lugar en el ámbito familiar; por el contrario, el comodato carece de tal función y se mueve más por valores familiares y de amistad; lo que le hace escasamente compatible con una actividad profesional o empresarial. De ahí que, la típica causa función del comodato es la intención de cortesía, benevolencia o solidaridad que, anima al comodante a dar en préstamo el uso de la cosa. Ello justifica la subordinación del prestatario a la urgente necesidad que de la cosa pueda tener, eventualmente, el comodante al amparo del artículo 1749 del Código Civil⁶; y, 6. Por la extinción. En el comodato puede reclamarse la devolución de la cosa prestada antes de expirado el plazo establecido por su entrega en el supuesto del artículo 1749 esto es, en caso de urgente necesidad del comodante; por el contrario, en el mutuo no puede reclamarse la devolución antes de que transcurra el plazo convenido.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis del simple préstamo o mutuo, y la posible aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura y su compatibilidad con la normativa de protección de consumidores; lo que ha tenido especial manifestación en los conocidos préstamos rápidos y, más en concreto, en los créditos *revolving*, tal como ha realizado la sentencia del Tribunal Supremo, de Sala Primera (Pleno), de 25 de noviembre de 2015⁷ de cuyo estudio, igualmente, nos vamos a ocupar.

II. CONCEPTO, CARACTERES Y NATURALEZA DEL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO.

JIMÉNEZ MUÑOZ define el mutuo o simple préstamo como “el contrato por el que una de las partes (prestamista o mutuante) entrega a la otra (prestatario o mutuuario) cosas fungibles, adquiriendo ésta su propiedad y estando obligada a devolver otra tanto de la misma especie y calidad (artículo 1753 del Código Civil)”⁸. Para DE VERDA Y BEAMONTE se puede conceptualizar el contrato de mutuo como “aquél por el que una persona recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiriendo su propiedad y obligándose a devolver otra tanto de la misma especie y calidad”⁹. Asimismo, para LASARTE ÁLVAREZ se denomina mutuo o, sencillamente, préstamo “al contrato por virtud del cual una persona (prestamista o mutuante) entrega a otra (prestatario o mutuuario) dinero u otra cosa fungible, para que se sirva de ella y devuelva después otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1753)”¹⁰. El mutuo se regula, además de la disposición general del artículo 1740, por los artículos 1753 a 1757 del Código Civil. Asimismo, el préstamo mercantil se regula en los artículos 311 a 324. Conforme al artículo 311 el préstamo será mercantil, si alguna de las contratantes fuera comerciante y que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio; por lo que, no lo será el préstamo a un comerciante que destine a actos o utilidades extracomerciales; y si, en cambio, el realizado por un comerciante en que el

⁶ M^a.Á PARRA LUCÁN, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 11897-11898.

⁷ RJ 2015/5001.

⁸ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 48.

⁹ J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VIII*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11981. Asimismo, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil*, vol. II Derecho de Obligaciones, 4^a ed., volumen coordinado por Carlos Martínez De Aguirre Aldaz, Colex, Madrid 2014, p. 740 señala que se denomina préstamo o mutuo “el contrato en cuya virtud uno de los contratantes entrega al otro dinero u otra cosa fungible, con condición de recibir otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1740 del Código Civil)”. Por su parte, la Ley 532.II del Fuero Nuevo de Navarra dispone al respecto que “quien recibe una cantidad de cosa fungible en préstamo puede disponer libremente de ella y queda obligado a restituir una cantidad igual, del mismo género y calidad”.

¹⁰ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, decimosexta edición, Marcial Pons, Madrid 2014, p. 293.

prestatario, aun no siendo comerciante, destine lo prestado a operaciones mercantiles como realizar una operación bursátil. Igualmente, será mercantil el préstamo realizado con garantía de efectos cotizables, hecho en póliza con intervención agentes colegiados (hoy, de notario) o en escritura pública (artículo 320)¹¹; y según doctrina mercantilista entiende que, los préstamos concedidos por entidades de crédito son mercantiles al tratarse de contratos bancarios. Sin embargo, como matiza acertadamente, ORDÁS ALONSO un préstamo, en cuanto operación realizada por una Entidad de Crédito, sólo será mercantil si la suma prestada se destina a la realización de actos de comercio, revistiendo por el contrario carácter civil si su objeto se destina al uso del que lo recibe. Por tanto, no será mercantil si quien lo recibe es un consumidor; y, asimismo, sobre la base de tales consideraciones tendrá carácter civil tanto el préstamo al consumo, como el préstamo o crédito hipotecario¹². Ahora bien, el préstamo o mutuo no se encuentra regulado únicamente en las disposiciones contenidas en el Código Civil y Código de Comercio, sino que ha de tenerse presente la existencia de leyes especiales que, directamente inciden en el mismo como la Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCCC); y, la Ley 2/2009, de 1 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, entre otras.

Sobre tales bases, hay que señalar que, la regulación del Código Civil en la línea del Derecho romano, configura tanto el contrato de comodato como el mutuo como contratos reales, siendo necesaria para su perfección la tradición o entrega de la cosa prestada (*datio rei*); de forma que, no basta con el mero acuerdo de las partes. La entrega aquí no es en cumplimiento de una obligación, sino requisito esencial para entender constituido el contrato, esto es, para su perfección, un elemento de la formación del contrato real. No hay contrato sino cuando se entrega la cosa, y asimismo, no hay obligaciones contractuales, sino a partir de tal entrega. Si bien, GARCÍA GOYENA en su Proyecto de Código Civil de 1851 se alejó precisamente de dicha calificación y partiendo de la idea de que todos los contratos con consensuales y se perfeccionan por el mero consentimiento, admitió la promesa de dar en préstamo o en comodato, considerando civilmente obligatoria la promesa de dar, si bien al entender que se trata de contrato de gracia o beneficencia, admitía que los tribunales pudiese relevar del cumplimiento de la promesa cuando sobreviniese alguna justa causa o a su prudente arbitrio, puesto que de hecho podían hacerlo aun después de consumado el contrato¹³. Sin embargo el Anteproyecto de Código Civil de 1872 retomó el carácter real del préstamo en el artículo 1 de su libro IV y le siguió el Código Civil de 1889. Como precisa MARÍN PÉREZ el tradicional carácter real del préstamo se mantuvo en la doctrina española desde SÁNCHEZ ROMAN hasta el maestro CASTÁN que venían considerando el préstamo como contrato real por excelencia, unilateral, traslativo de dominio y a título gratuito que, se perfeccionaba por la entrega de la cosa y que solo hace nacer a cargo del prestatario la obligación de restituir la cosa¹⁴. Y sigue siendo defendida en la doctrina actual y en la jurisprudencia¹⁵.

No obstante, desde hace años, una parte de la doctrina española ha venido admitiendo que las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad pueden pactar la entrega de una cosa en préstamo sin que dicha entrega se realice simultáneamente a la celebración de dicho acuerdo. Por lo que, la construcción legal del préstamo como contrato real no implica la posibilidad de negocios atípicos o innominados de

¹¹ R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Comentario al artículo 1740 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1602.

¹² M. ORDÁS ALONSO, "Comentario al artículo 1753 del Código Civil", *op. cit.*, p. 2000. En la misma línea, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 741.

¹³ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1952, Zaragoza 1974, p. 852.

¹⁴ P. MARÍN PÉREZ, "Comentario al artículo 1740 del Código Civil", en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXII, vol. 1º*, Edersa, Madrid, 1991, p. 22.

¹⁵ N. MARTÍ SÁNCHEZ N., "El contrato de préstamo", *Aspectos jurídicos de la contratación bancaria*, director Ubaldo Nieto Carol, Dykinson, Madrid, 1996, p. 88; C. PÉREZ DE ONTIVEROS, *El contrato de comodato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 57; P. MARÍN PÉREZ, "Comentario al artículo 1753 del Código Civil", *op. cit.*, p. 90; M^{ra}. Á. PARRA LUCÁN, "Comentario al artículo 1740 del Código Civil", *op. cit.*, p. 11894; J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, "Comentario al artículo 1753 del Código Civil", *op. cit.*, pp. 11981 y 11983. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1943 (RJ 1943/703); de 28 de marzo de 1983 (RJ 1983/1648); de 25 de febrero de 1986 (RJ 1986/937); de 22 de mayo de 2001 (RJ 2001/6466); de 11 de julio de 2002 (RJ 2002/6044); de 7 de abril de 2004 (RJ 2005/3845); y de 29 de marzo de 2005 (RJ 2005/3205).

préstamo o ante promesa de préstamo. En virtud de dicho precontrato el prestatario quedaría obligado a entregar la cosa objeto del mismo y el prestatario estaría legitimado para exigir el cumplimiento de esa obligación¹⁶. Al respecto DE CASTRO señala que “esta construcción del tipo en la Ley como contrato real o formal no implica que se niegue la posibilidad de negocios atípicos de préstamo y de depósito. Cabe la existencia de un contrato de donación de uso o de custodia, plenamente eficaz con tal que conste por escrito el consentimiento de las partes (artículos 1261, 1274, 632). El Código, que ha reconocido expresamente el simple préstamo y el depósito oneroso (artículos 1740 y 1760), ha de admitir su validez, dado el consentimiento sobre objeto y causa, siempre y cuando haya mutua promesa de prestaciones (artículo 1274); aunque quede entonces el contrato fuera del tipo estricto legal”. De forma que, para el citado autor “resulta reducida la exigencia de la entrega o recepción de la cosa a ser un requisito de forma (“*ad solemnitatem*”) para los préstamos y depósitos gratuitos, contraídos verbalmente. Lo que no parece contrario, sino conforme al común sentir, que regularmente estima tales ofrecimientos o peticiones hechas meramente de palabra, origen de obligaciones sociales o de cortesía cuyo cumplimiento no cabe sea exigido judicialmente”¹⁷.

En este contexto, la justificación del carácter real se vincula en buena medida a la obligación del prestatario: la obligación de restituir no nace del mero consentimiento de las partes, sino de la entrega de la cosa. La revisión doctrinal de la categoría general de los contratos reales lleva a admitir posibles contratos consensuales de préstamo¹⁸. En la actualidad, la doctrina mayoritaria defiende la validez de un contrato consensual dirigido a crear las obligaciones de prestar o comodar; y que el contrato se perfeccione por el mero consentimiento de las partes, existiendo en nuestro derecho dos contratos diferentes: un préstamo de carácter real y un préstamo de carácter consensual¹⁹. Así LACRUZ BERDEJO después de manifestar que, “hoy al amparo de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) es indudable la validez y eficacia de un contrato por el que el prestamista se obliga a entregar la cosa o cantidad en tal o cual fecha y la otra parte a restituir en su día las cantidades que recibirá en el futuro y a pagar los intereses y una comisión. Es más: en el préstamo mutuo en cuenta corriente de crédito, la entidad crediticia devenga la comisión en el primer instante, antes de que se produzca la primera extracción y sin necesidad de ella, produciendo el contrato, entonces, obligaciones inmediatas distintas de las de restituir, pero ciertamente propias de un contrato de préstamo y no de uno innominado”, añade que, “cualquier préstamo convenido sin entrega es ya, en el momento del acuerdo de voluntades, un contrato perfecto al que le faltan los actos precisos para su consumación. En adelante, las partes no habrán de manifestar nuevamente su consentimiento al producirse la entrega de la cosa, siendo ésta, como los restantes actos ulteriores, cumplimiento de un acuerdo antecedente que fue ya de contrato de préstamo. Si la regulación legal parte de la entrega de la cosa, ello obedece a que tal entrega es la hipótesis normal. De ordinario, los préstamos se hacen con entrega o puesta a disposición inmediata de fondos. Y es este modo ordinario de proceder el que se refleja en el Código Civil”²⁰. Sin embargo, DÍEZ PICAZO y GULLÓN de forma más matizada señalan que “se

¹⁶ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. IV, Reus, Madrid 1986, p. 440; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, p. 738 por su parte, afirma que, basta recordar que la entrega de la cosa dada en préstamo (sea simple o comodato) es presupuesto necesario de la obligación de restituir, con independencia de que el contrato se haya perfeccionado por el simple acuerdo de voluntades o mediante la efectiva entrega de la cosa.

¹⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, p. 287.

¹⁸ L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, (T. II), décima edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 171.

¹⁹ R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1601; M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1999 quien, asimismo, matiza que, “partiendo de que el mayor número de préstamos tienen como prestamistas a una Entidad de Crédito, la calificación del préstamo como contrato real no se ajusta en absoluto a la operatividad bancaria actual, en la cual tal calificación contrasta con la práctica en la que el pacto sobre la concesión del mismo es anterior a la entrega de dinero”; de hecho, añade, “en el momento en que se firma la póliza con la Entidad crediticia se entiende que se ha perfeccionado, constituyendo la entrega del dinero un acto de ejecución del contrato, de acuerdo con lo cual el préstamo se convierte en consensual, perfeccionándose con el acuerdo de voluntades”; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 51. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9113).

²⁰ J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 162-163.

hace necesario ante todo precisar cuándo se ha manifestado un consentimiento con la intención de vincularse jurídicamente y cuándo con intención de cumplir un deber de amistad o de cortesía, porque estos contratos son gratuitos. Si yo prometo a mi amigo Juan prestarle el coche para hacer un viaje o la cantidad de dinero necesaria a este fin, no me considero obligado jurídicamente como se considera el Banco frente al cliente al que concede un determinado crédito. Por eso, salvo en el préstamo a interés, será difícil apreciar la existencia de una vinculación jurídica previa a la entrega”. A lo que añaden que “supuesto que no hay inconveniente legal en pura teoría para el reconocimiento de los convenios que obliguen a entregar una cosa en préstamo, es claro que la fase anterior a la entrega se encuentra huérfana de regulación. Algunos Códigos resuelven el problema surgido por un cambio en las circunstancias del prestatario, que ponen en peligro el cumplimiento de su deber de restitución, facultando entonces para no cumplir con la obligación de entrega”²¹. ALBALADEJO, por su parte, en contra de la opinión mayoritaria, ha explicado que, con independencia de la opinión que merezca la opción del legislador, el Código Civil regula el contrato de préstamo como real. En su opinión, quienes consideran que, el préstamo requiere la entrega pero, a la vez, admiten el precontrato consensual del préstamo, por el que las partes acuerdan celebrar en el futuro, mediante la entrega de la cosa, estarían dando un rodeo para aceptar la obligatoriedad de un acuerdo sin entrega que la ley rechaza. Por eso, añade, “o se admite la posibilidad legal de que, además del contrato real de préstamo, haya otro préstamo consensual, que es lo que verdaderamente sería ese llamado precontrato de préstamo; o negada la posibilidad legal del préstamo consensual, hay que negar la admisibilidad del precontrato de préstamo”. Tal es para el autor “la única solución lógica para quien parte de que la ley no quiere que las partes queden obligadas por un préstamo sin entrega”. Si bien, el autor defiende que, pueda admitirse la obligatoriedad jurídica más allá de la amistad, de la corrección, de la cortesía o de la caballerosidad, de un acuerdo otorgado por escrito o de un acuerdo oneroso (lo que no cabe en el comodato que es esencialmente gratuito). Por lo que concluye que “el contrato de préstamo lo estima la ley como contrato jurídico (y no como mero acuerdo simplemente social pero desprovisto de eficacia jurídica), y, como tal, obligatorio para las partes en el plazo legal, tanto si al acuerdo de prestar se le une la entrega de la cosa prestada (artículo 1740), como si el acuerdo, aun concertado solo de palabra, es oneroso, como si aun no siendo oneroso, se otorga por escrito (argumento ex artículo 632 que, para la eficacia jurídica de la donación de cosa mueble, pide que se entregue simultáneamente o se otorgue por escrito)”²².

Si bien, no faltan autores que, pese a admitir la posibilidad de una promesa de préstamo precontrato consensual de préstamo, como pacto por el que las partes se obligan a celebrar en el futuro, mediante la entrega, un contrato real de préstamo, lo distingue netamente del contrato de préstamo propiamente dicho²³.

Sobre tales bases, se podría decir que, el préstamo es un contrato naturalmente real conforme a la regulación establecida en el Código Civil, pero nada se opone a que las partes lo configuren como consensual.

En este contexto, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, asimismo, califican el mutuo como un contrato unilateral, ya que solo genera obligaciones a cargo del mutuuario o prestatario, pero ninguna a cargo del mutuante en contraprestación con las del mutuario. Incluso si se pactan intereses, el mutuo conserva su carácter unilateral, puesto que éstos hacen nacer una obligación más a cargo del mutuuario o prestatario, pero no genera obligación al mutuante²⁴. Sin embargo, para la doctrina que admite la posibilidad

²¹ L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 171.

²² M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, II Derecho de Obligaciones, Edisofer, Madrid, 2011, pp. 800-801.

²³ J.M^a. MANRESA Y NAVARRO, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil español*, T.XI, 5ª ed., Reus, Madrid 1950, p. 586.

²⁴ P. MARÍN PÉREZ, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 92-93; J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 11982; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 738; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 51; E. BATALLER RUIZ, “Comentario a los artículos 1753 a 1757 del Código Civil”, en A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs), *Código Civil comentado*, vol. IV, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 888 y 895. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 1944 (RJ 1944/665); de 6 de marzo de 1999 (RJ 1999/1854); y, de 22 de mayo de 2001 (RJ 2001/6466); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 19 de diciembre de 2012 (JUR 2013/119921).

de un contrato consensual de mutuo consideran que éste es bilateral, aunque las obligaciones de ambas partes no nazcan simultáneamente, sino que será necesario que el prestamista realice la entrega para que nazca la obligación del prestatario de devolver la cosa entregada. Nos encontramos ante un contrato bilateral y sinalagmático, en el que cabe resolución por incumplimiento²⁵. No obstante, MARÍN PÉREZ ha afirmado que, mientras que el préstamo de dinero es siempre unilateral, el préstamo de consumo, por no originar obligaciones en el momento de su formación, sino con cargo al prestatario, pero por no ser susceptible de crearlas en el curso del cumplimiento con carga al mutuante, se considera como un contrato sinalagmático imperfecto. Sin embargo, el contrato de préstamo en dinero es un contrato unilateral²⁶.

Por otra parte, como expresamente declara el artículo 1753 del Código Civil el prestamista transfiere la propiedad del dinero o cosa fungible al prestatario que, adquiere la propiedad. Es, por tanto, un contrato traslativo de dominio. De la transferencia de la propiedad al mutuante o prestatario se derivan, como señala ORDÁS ALONSO las siguientes consecuencias: “1. La imposibilidad que tiene el mutuante de ejercitar la acción reivindicatoria para reclamar la cosa objeto de préstamo; 2. Tiene lugar la transmisión de los riesgos del mutuante al mutuante; por lo tanto, si después de perfeccionado el contrato, la cosa perece por cualquier causa no imputable al mutuante, se pierde para el mutuante; y, 3. La imposibilidad de aplicar analógicamente al préstamo la posibilidad, prevista en el artículo 1749 para el comodato, de poder reclamar la devolución del préstamo antes del vencimiento del plazo en caso de urgente necesidad del comodante”²⁷.

Como se ha indicado, la transferencia de la propiedad de la cosa al prestatario implica que su pérdida es un riesgo que, pasa a recaer sobre él. Por otra parte, el mutuo puede ser gratuito u oneroso, siendo el primer supuesto cuando el prestatario nada ha de dar a cambio de los bienes cedidos; mientras que, será oneroso el préstamo con intereses, en el que el prestatario deberá devolver, además de la cantidad recibida, el equivalente de la utilidad proporcionada por el prestatario, representada por los intereses remuneratorios. Es, en esencia, un contrato naturalmente gratuito, y no solo el préstamo civil, sino también el mercantil (artículo 324 del Código de Comercio). Con todo el préstamo mutuo suele ser retribuido; como precisa LACRUZ BERDEJO el único préstamo sin interés que queda hoy es “el clásico “sablazo” (cuya condición de préstamo es muchas veces discutible, por falta de ánimo de recuperar y de intención de restituir), o el mutuo entre familiares o entre amigos muy íntimos (que frecuentemente dejan de serlo desde entonces)”²⁸.

Asimismo, el mutuo es un contrato de devolución temporal, pues, se fijará un término en el que se deba realizar la restitución. Sin embargo, el contrato no es nulo cuando no se ha determinado el plazo para la restitución del capital y los intereses, si fuera oneroso, sino que procede la aplicación del artículo 1128 del Código Civil conforme al cual “*si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél*”. Respecto a los préstamos mercantiles habrá que estarse a lo dispuesto en el artículo 313 del Código de Comercio según el cual “*en los préstamos por tiempo indeterminado, o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho*”.

²⁵ J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 170 quien precisa, asimismo, que en el mutuo con interés también hay sinalagma: intercambio de prestaciones. De forma que, la prestación de dinero va correspondida por la contraprestación de los intereses sin que influya en tal calificación el hecho de que la obligación del prestatario comienza cuando el prestamista ha cumplido por su parte, acaso sin estar previamente obligado y constituyendo el contrato mediante la entrega; M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1999; M. YSÁS SOLANES, “Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 618, *septiembre-octubre 1993*, pp. 1374-1375; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1623. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2008 (RJ 2008/1693).

²⁶ P. MARÍN PÉREZ, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 89.

²⁷ M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1999.

²⁸ J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 169.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO.

1. *Elementos personales.*

El prestamista o mutuante es quien entrega una cantidad de dinero u otra cosa fungible, esto es, transmite la propiedad del dinero o cosa fungible a la otra parte; y en ausencia de una regulación específica, ésta necesitará capacidad para contratar y tener poder de disposición sobre la cosa²⁹. Si bien, aplicando analógicamente el artículo 1160 *in fine* del Código Civil en el préstamo sobre dinero u otras cosas fungibles de las que el prestamista no tuviera la libre disposición el contrato produciría sus efectos a favor del prestatario que las haya gastado o consumidor de buena fe, sin perjuicio de que la restitución pudiera hacerse a otra persona distinta del mutuante³⁰. Por su parte, el tutor requerirá autorización judicial para prestar tanto objetos preciosos como valores mobiliarios –que sean fungibles–, en la medida que implican un acto de enajenación (artículo 271.2 del Código Civil) y dinero (artículo 271.8 del Código Civil), en cuanto tales bienes estuvieran integrados en el patrimonio de su pupilo. Asimismo, existen normas específicas aplicables al contrato de préstamo en los supuestos en que el prestamista reúne ciertas características, así, la LCCC en su artículo 2.2 define al prestamista como la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional; y, en su artículo 1 define el contrato de crédito al consumo por el que “un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito cualquier medio equivalente de financiación”; y, si se trata de préstamo o crédito hipotecario se aplicará la Ley 2/2009 si es concedido, de manera profesional, por una empresa que no sea una Entidad de Crédito (artículo 1.1 y 2).

Por otra parte, el prestatario o mutuuario es quien recibe la propiedad del dinero o cosa fungible y queda obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad; obviamente no podrá restituir el bien recibido, ya que éste carece de individualidad y por su carácter fungible. El menor emancipado no podrá tomar dinero a préstamo sin consentimiento de sus padres y a falta de ambos, el de su curador (artículo 323 del Código Civil). La misma limitación tiene el menor que ha obtenido judicialmente el beneficio de la mayoría de edad. Y el tutor necesitará autorización judicial para tomar dinero a préstamo (artículo 272.5 del Código Civil). La LCCC define al consumidor como “la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”. Y la Ley 2/2009 como “las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional” (artículo 1 b) *in fine*).

2. *Elementos reales.*

El mutuo o simple préstamo ha de tener por objeto dinero u otras cosas fungibles a tenor de lo dispuesto en el artículo 1740.1 del Código Civil, esto es, pueden ser objeto de dicho contrato los bienes que pueden ser sustituidos por otros de la misma especie y calidad, sin que ninguna de las partes se vea perjudicado por ello.

3. *Elementos formales.*

No existe en el Código Civil ninguna regla que permita afirmar que, el contrato de préstamo es un contrato formal, siendo la regla general la libertad de forma (artículo 1278 del Código Civil). La LCCC en su artículo 16.1 prevé que, los préstamos sujetos a su ámbito de aplicación, concedidos a consumidores deberán constar “por escrito, en papel o soporte duradero y se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado” bajo pena de anulabilidad del contrato (artículo 21.1).

²⁹ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, p. 741; para C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 294, sin embargo, no podrá requerirse (en términos lógicos y sobre todo, prácticos) que el prestamista tenga una especial facultad de disposición sobre las cosas que son objeto de préstamo.

³⁰ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 53.

Ahora bien, existen razones, como indica ORDÁS ALONSO para la adopción de la forma escrita: “1. El propio Código Civil en su artículo 1280 *in fine* impone la constancia escrita, aunque sea por medio de documento privado, de aquellos contratos en los cuales la cuantía de las prestaciones de una de las dos partes contratantes exceda de 1500 pesetas; 2. El artículo 63 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios impone la entrega de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor, cuando éstas sean utilizadas en la contratación; 3. El artículo 48.2 a) de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela y sin perjuicio de la libertad de contratación, establecer que determinado contrato se formalicen por escrito; y, 4. La Ley de Contrato de Créditos al consumo impone la constancia escrita del contrato, so pena de nulidad”³¹. Efectivamente, tratándose de préstamo con intereses se requeriría una constancia por escrito³².

En todo caso, en los contratos de préstamos bancarios es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos de publicidad y de información, sobre todo si el prestatario es un consumidor.

IV. CONTENIDO DEL CONTRATO DE SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO.

1. *Obligaciones del prestatario.*

El mutuuario o prestatario está obligado a restituir otro tanto de la misma especie y calidad que lo recibido y, si se ha pactado, deberá pagar los intereses, esto es, una cantidad de dinero u otra cosa fungible de igual especie y calidad que la prestada. La devolución al prestamista no será contrapartida de la entrega, sino consecuencia de haber finalizado la duración del mutuo³³. Debe hacer en el momento pactado o, en su defecto, en el fijado por el juez (artículo 1128 del Código Civil), sin que pueda eximirse de esta obligación (que es genérica), alegando la pérdida de la cosa por caso fortuito. Lo más frecuente es que, en los préstamos de dinero realizados por prestamistas profesionales se convengan pagos o amortizaciones parciales a lo largo de vigencia del préstamo; aunque también la devolución de lo prestado puede convenirse que se haga de una sola vez.

Ahora bien, si lo prestado, como es habitual, es un capital de dinero, el mutuuario o prestatario debe una deuda de suma³⁴. Este tipo de deudas –pecuniarias desde su nacimiento– aunque nada diga expresamente el Código Civil, se rigen por el principio nominalista conforme al cual el deudor debe entregar al acreedor (prestamista) la suma de dinero pactada, aunque como consecuencia de la inflación su valor real se haya depreciado; de manera que, éste último es quien debe correr con los riesgos que se puedan derivar al afecto, consecuencia de las alteraciones más o menos bruscas del poder adquisitivo de la moneda. El artículo 313.2 del Código de Comercio acoge expresamente el principio nominalista para los préstamos mercantiles. No obstante, a efectos de establecer correcciones valoristas, suele ser frecuente que se pacten cláusulas de estabilización cuya admisibilidad es generalmente admitida desde su reconocimiento en el artículo 219.3 RH con el objeto de evitar los perjuicios que se pueden derivar de la inflación, y que pueden resultar compatibles con el pacto de intereses remuneratorios cuya función es únicamente retributiva, siempre que con ello no se contribuya a un préstamo usurario. En todo caso, queda al prudente arbitrio de los tribunales determina a partir de qué cuantía del tipo los intereses dejan de cumplir la función retributiva y pasan a cumplir también una función compensatoria de la pérdida de valor del dinero consecuencia de la inflación, y, por tanto, incompatible con la cláusula de estabilización³⁵. En cualquier caso, en la actualidad se

³¹ M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 2000-2001.

³² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3ª, de 4 de abril de 2005 (JUR 2005/172720).

³³ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 809.

³⁴ R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Comentario al artículo 1754 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1626.

³⁵ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 57. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 1997 (RJ 1997/1912).

tiende al abandono de las cláusulas de estabilización y su sustitución por los intereses variables.

En cuanto a la forma de realizarse la restitución, el artículo 1754.1 del Código Civil remite a lo dispuesto en el artículo 1170 del Código Civil; de modo que, deberá hacerse en la especie pactada y no siendo posible en otra moneda del mismo metal y con curso legal en España. Sin bien, al amparo de este precepto, se admite que pueda pactarse el pago en moneda extranjera, pero, si por razones objetivas, derivadas de las leyes nacionales monetarias y de control de cambios, el deudor no logra reunir la suma necesaria de moneda extranjera para hacer el pago, podrá realizarse el pago en euros como moneda de curso legal en España. Si bien, la conversión debe realizarse no en el día de vencimiento de la obligación, sino el del pago efectivo³⁶. En todo caso, conforme establece el citado artículo 1170 en su apartado 2 la aceptación por parte del acreedor (prestamista) de pagarés a la orden o letras de cambio u otros documentos mercantiles solo producirán los efectos del pago, cuando hubiesen sido realizados o cuando por culpa del acreedor se hubieren perjudicado. Por tanto, la aceptación por parte del acreedor de tales documentos mercantiles, salvo que otra cosa se hubiera pactado, no supone la extinción de la deuda; que solo podrá tener lugar cuando se cobren o queden perjudicados por culpa de aquél. Y en el apartado tercero este mismo precepto se precisa que, entre tanto (esto es, mientras no se cobren los citados documentos mercantiles) la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso. Se debe impedir, en consecuencia, que se cobre dos veces por lo mismo³⁷.

Ahora bien, para el supuesto de que el préstamo no sea de dinero sino de “otras cosa fungible” o “una cantidad de metal no amonedado”, la regla es que deberá devolverse una cantidad igual a la recibida de la misma especie o calidad, aunque sufra alteración en su precio. De este modo, las variaciones del valor en el género de la cosa prestada serán también irrelevantes; en consecuencia, se prescinde de toda consideración de su valor al tiempo de la restitución. Es por ello que, en el caso de préstamo de dinero se tiene en cuenta el valor nominal; mientras que en el préstamo de las demás cosas fungibles se atiende a la identidad de la materia³⁸. En el mismo sentido, para los préstamos mercantiles el artículo 312.III del Código de Comercio establece que: “Si los préstamos fueran en especie, deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiera extinguido la especie pactada”.

En este contexto, el momento de la devolución será el que las partes hayan estipulado en el contrato de préstamo, siendo de aplicación subsidiaria para el caso de que nada se haya pactado al respecto, el artículo 1128 del Código Civil. En principio, el plazo se establece en beneficio del prestamista y prestatario como señala el artículo 1127 del citado cuerpo legal “a no ser que del tenor de aquellas (de las obligaciones) o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro”. Por lo que, cuando el contrato de mutuo es oneroso ha de considerarse que el plazo se establece en beneficio de ambas partes, por lo que el prestamista podrá rechazar una devolución anticipada, pues, perdería los intereses que tiene derecho a percibir –a no ser que le ofreciera el pago de todos ellos–; en cambio, cuando el préstamo es gratuito, el plazo se considera establecido en beneficio del prestatario, por lo que puede renunciar a él y, asimismo, de pagar de manera anticipadamente, debiendo el acreedor aceptar el pago, sin que éste pueden, en cambio, exigirse la restitución antes del vencimiento del plazo convenido³⁹.

Ahora bien, en los contratos mercantiles sí se contempla una regla específica, estableciéndose que en los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago, sino pasados treinta días a contar desde la fecha de requerimiento notarial que se le hubiere hecho (artículo 313 del Código de

³⁶ J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario al artículo 1754 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 11992.

³⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de julio de 1991 (RJ 1991/5422).

³⁸ P. MARÍN PÉREZ, “Comentario al artículo 1754 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 106; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 294. Por su parte, L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho Civil*, *op. cit.*, p. 177, precisan que, el problema es el de la alteración del precio, guardando silencio el precepto cuando hay imposibilidad objetiva de su entrega o alteración exorbitante de aquel precio. Por lo que puede deducirse que, el legislador no quiso alterar en los préstamos civiles el régimen general de las obligaciones.

³⁹ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 813.

Comercio). Asimismo, se contemplan unos plazos específicos en la Ley 29 del Fuero Nuevo de Navarra que establece que, el plazo para reclamar el capital en los préstamos con interés prescribe a los diez años y la de los intereses a los cinco, mientras que si el préstamo fuera sin interés, se aplicará lo dispuesto en la Ley 39 (treinta años).

En cuanto a la facultad de exigir la devolución del préstamo, dado que no establece plazo específico, habrá que entender que será aplicable el plazo de cinco años previsto para las acciones personales en el artículo 1964 del Código Civil.

En todo caso, la devolución del préstamo puede exigirse antes del plazo fijado en los casos del artículo 1129 del Código Civil: después de contraída la obligación resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido; y, cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

En los contratos de crédito al consumo, el artículo 30 de la LCCC concede al prestatario la facultad de “liquidar anticipadamente de forma total o parcial y en cualquier momento, las obligaciones derivadas del contrato de crédito”, reconociéndole en tal supuesto, el “derecho a una reducción del coste total del crédito que comprenda los intereses y costes, incluso si éstos hubieran sido ya pagados, correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir”. La compensación del prestamista, en principio, no podrá ser superior al 1 por 100 del importe del crédito reembolsado anticipadamente, cuando el período restante entre el reembolso anticipado y la terminación acordada del contrato de crédito sea superior a un año; cuando el periodo ser menor, la compensación no podrá ser superior al 0,5 por 100 del importe del crédito reembolsado anticipadamente. No obstante, este precepto prevé que, si el prestamista demuestra la existencia de pérdidas producidas de forma directa como consecuencia del reembolso anticipado del crédito, pueda reclamar excepcionalmente una compensación más elevada. Asimismo, las partes pueden pactar cláusulas de vencimiento anticipado, diversas de las previstas legalmente, por ejemplo, para el caso de impago de las cuotas del préstamo, según admite la doctrina y la jurisprudencia⁴⁰. Estas cláusulas producen consecuencias semejantes a la condición resolutoria expresa, esto es, la restitución inmediata de la cantidad prestada⁴¹.

Si bien, las cláusulas de vencimiento anticipado convencionales cuando el prestatario sea un consumidor, podrán ser abusivas (artículos 82.1 y 85.4 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias –en adelante, TRLGDCU-)⁴².

Respecto del lugar de devolución, si en el contrato no se especifica nada y ante el silencio del Código Civil, deberá, igualmente, acudir a las reglas generales y por tanto, en principio, se realizará en el domicilio del prestatario (artículo 1171.III del Código Civil), salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

Ahora bien, cabe plantearse, si en el caso de mutuo oneroso, puede pactarse que tenga lugar la resolución del contrato, si no se pagan los intereses. Si se considera que es consensual y bilateral, de modo que se perfecciona desde el acuerdo de voluntades, existe desde entonces la obligación de entrega y cuando cumplida ésta, el mutuuario no cumple con su obligación de pagar intereses, está incumpliendo una obligación recíproca por cuyo incumplimiento el mutuante o prestamista que, ha cumplido con su obligación puede pedir la resolución del contrato en base al artículo 1124 del Código Civil⁴³. Sin embargo, para los

⁴⁰ P. ÁLVAREZ OLALLA, “Préstamo civil y mercantil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de Contratos, T.IV*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 3886. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009/152).

⁴¹ J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario al artículo 1754 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 11994.

⁴² Vid., en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5714).

⁴³ J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 170. Por su parte, M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, op. cit.*, p. 813 cree que “cabe defender la resolubilidad del mutuo por falta de pago de los intereses. O por el camino de considerarlo contrato bilateral (mutuo consensual que engendra obligación de entregar para el mutuante y para el mutuuario la de pagar intereses y luego devolver) o por el de estimar que el *espíritu* del artículo 1124 es aplicable, no solo a los contratos bilaterales, sino también en aquellos en que haya reciprocidad entre *prestaciones* (realizadas o prometidas), reciprocidad que se da, sin duda, entre la entrega de la cosa por el mutuante y el pago de intereses por el mutuuario”. Asimismo, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ,

defensores del carácter real y unilateral del mutuo en todo caso, no se puede acudir al citado artículo 1124⁴⁴.

Por otra parte, para los contratos de préstamo al consumo habrá de tenerse en cuenta las obligaciones precontractuales de información y de evaluar la solvencia del consumidor, establecidas a cargo del prestamista en los artículos 8 a 14.

2. Obligaciones del prestamista.

En principio, no surge ninguna obligación a cargo del prestamista en los contratos reales. No obstante, en los préstamos personales, sí puede considerarse que existe una obligación de entrega de la cosa prestada a cargo del prestamista.

La entrega, como precisa MARÍN PÉREZ puede realizarse de varias formas: “1. Por entrega inmediata de la cosa, ya mediante entrega en metálico o mediante transferencia bancaria: 2. De forma mediata o indirecta, cuando se efectúa cediendo el prestamista al prestatario un crédito que tenga contra tercero o mediante endosa de título cambiario. Entonces, como señala el artículo 1170 del Código Civil el préstamo solo se estimará verificado con la entrega efectiva del numerario al prestatario; 3. Mediante entrega de un objeto a título de préstamo con la autorización de venderlo y recibir el precio como dinero prestado *“contractus mohatrae”*. Al recibir el dinero es cuando también en este supuesto se perfecciona el préstamo; hasta entonces el prestamista corre con el riesgo de perecimiento de la cosa”⁴⁵.

La prueba de la entrega corresponde al prestamista, normalmente a través del recibo de la cantidad prestada realizado por el prestatario, aunque por sí solo no determina el reconocimiento jurídico de deuda, ni tampoco justifica la existencia del contrato de préstamo si no se expresa que quien lo suscribe, recibe la suma como prestatario o que contrae la obligación de devolverlo⁴⁶.

En todo caso, sí pueden surgir ciertas obligaciones a cargo del prestamista en los préstamos distintos al dinero, como el resarcimiento de los daños que la cosa prestada defectuosa hubiera causado al prestatario, si eran conocidos por el prestamista y no se los hubiera hecho saber a éste; y, asimismo, una responsabilidad por vicios conforme a la regla de saneamiento en caso de tratar se préstamo con interés, al ser un contrato oneroso⁴⁷.

V. EXTINCIÓN DEL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO.

El préstamo o mutuo se extingue por la devolución de la cantidad prestada y por las restantes causas previstas en el artículo 1156 del Código Civil, salvo la pérdida de la cosa debida, cuyos riesgos asumió el prestatario al recibir la propiedad. Siendo el objeto del contrato dinero u otra cosa fungible, el prestatario deberá devolver otro tanto de la misma especie y calidad; para el caso de desaparición de dicha especie, parece razonable que, el deudor pague su equivalente en dinero, tal y como prevé el artículo 312.III del Código de Comercio para los préstamos mercantiles que, se aplica en este caso analógicamente para los civiles⁴⁸. Es posible pactar una condición resolutoria expresa para el caso de impago – total o parcial– por parte del prestatario del capital.

Por otra parte, el artículo 27 de la LCCC contempla el derecho de desistimiento de los contratos de crédito al consumo de duración indefinida a favor del consumidor quien

Curso de Derecho Civil, op. cit., p. 742 señala que aunque no hay obligaciones recíprocas, sí hay prestaciones recíprocas: cesión de dinero o cosa fungible a cambio de pago del interés; con este fundamento parece razonable entender que el artículo 1124 es aplicable y que si el mutuuario no paga los intereses el prestamista podrá resolver el contrato.

⁴⁴ J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario al artículo 1754 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 11982; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, op. cit.*, p. 809.

⁴⁵ P. MARÍN PÉREZ, “Comentario al artículo 1754 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁶ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁷ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, op. cit.*, p. 812 que, asimismo, precisa que, “tales obligaciones no hacen bilateral al mutuo, porque la primera no es contrapartida de ninguna otra del mutuuario, sino consecuencia del daño que se le ocasionó; y tampoco la segunda es contrapartida, sino que únicamente tiende a llenar el vacío que el vicio produjo en la utilidad que el mutuo debía reportar al mutuuario”; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁸ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, p. 741; J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario al artículo 1754 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 11987.

“podrá poner fin gratuitamente y en cualquier momento, por el procedimiento habitual o en la misma forma en que lo celebró, a un contrato de crédito de duración indefinida, a menos que las partes hayan convenido un plazo de notificación. El plazo de preaviso no podrá exceder de un mes”. Asimismo, “si así ha sido pactado en el contrato de crédito, el prestamista podrá poner fin por el procedimiento habitual a un contrato de crédito de duración indefinida dando al consumidor un preaviso de dos meses como mínimo, notificado mediante documento en papel o en otro soporte duradero”. E, igualmente, “si así ha sido pactado en el contrato de crédito, el prestamista podrá, por razones objetivamente justificadas, poner fin al derecho del consumidor a disponer de cantidades de un contrato de crédito de duración indefinida. El prestamista informará al consumidor de la terminación del contrato, indicando las razones de la misma mediante notificación en papel o en otro soporte duradero, en la medida de lo posible antes de la terminación y, a más tardar, inmediatamente después de ella”.

De todas formas, hay que tener en cuenta que el artículo 28 de la citada norma reconoce al consumidor la facultad de desistimiento, esto es, “dejar sin efecto el contrato celebrado, comunicándose así a la otra parte contratante en el plazo de catorce días naturales sin necesidad de indicar los motivos y sin penalización alguna. El plazo para ejercer el derecho de desistimiento se iniciara en la fecha de suscripción del contrato de crédito o bien, si fuera posterior, en la fecha en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información recogida en el artículo 16”. Finalmente, el artículo 29 de este mismo texto legal se refiere a los préstamos vinculados, esto es, aquellos destinados, de manera exclusiva “a financiar un contrato relativo a suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos”. Conforme a dicho precepto, si el consumidor, legalmente, desiste o resuelve el contrato financiado “dejará de estar obligado sin penalización alguna”.

VI. EL PRÉSTAMO O MUTUO CON INTERESES.

Como hemos señalado, el mutuo es un contrato naturalmente gratuito, por lo que como dice el artículo 1755 del Código Civil “los intereses solo podrán exigirse cuando expresamente lo hubieran pactado”, pacto que para los préstamos mercantiles, según el artículo 314 del Código de Comercio, habrá de ser por escrito. Por su parte, la Ley 535 del Fuero Nuevo de Navarra señala que, el pacto de intereses sin concretar su cuantía, determinará que solo se devenguen los legales; y, a falta de estipulación de intereses, se devengarán los legales desde que el deudor se haya constituido en mora.

ORDÁS ALONSO define los intereses como “una cantidad de cosas fungibles, que puede exigirse como rendimiento de una obligación de capital en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización del mismo”⁴⁹. JIMÉNEZ MUÑOZ señala que en términos económicos los intereses “son el precio que debe ser pagado por la utilización de bienes de capital de pertenencia ajena. Como los bienes de capital son factores de producción, su disfrute proporciona un beneficio por el que debe pagarse un precio, constituido precisamente por los intereses”. Asimismo, añade que la doctrina económica moderna entiende “los intereses como correlativos a la renuncia al atesoramiento del dinero, como remuneración al ahorrador por vencer su natural preferencia por la liquidez”⁵⁰.

Aunque no figuren expresamente recogidos los intereses en la enumeración que de los frutos hace el artículo 355 del Código Civil, éstos tienen la consideración de frutos civiles del crédito que los produce.

Ahora bien, en cuanto a su significado jurídico, una posición estricta señala que, solo producen intereses las obligaciones en dinero al representar aquellos un rendimiento o rédito; frente a tal posición, sobre la base de vincular el concepto de interés al de fungibilidad, posibilita que también las obligaciones no pecuniarias sobre cosas fungibles, puedan producir también intereses; de forma que, los intereses podrían consistir en cosas fungibles de la misma especie que el objeto de la obligación principal y, asimismo, los

⁴⁹ M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 2002.

⁵⁰ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 62.

intereses de las obligaciones de dinero podrán pagarse en especie⁵¹. Ciertamente, el Código de Comercio en su artículo 315.II señala que “se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor”.

Por otra parte, la mayor parte de la doctrina al formular el concepto de interés establece como notas características de los mismos la accesoriedad, proporcionalidad y valorabilidad de su objeto; y, otras que se pueden calificar como no esenciales, son las que su determinación tenga lugar en proporción a la cuantía del capital y al tiempo de su disfrute; ser una fracción del capital, periodicidad, pecuniariedad y homogeneidad⁵².

Se pueden distinguir tres clases de intereses: 1. Intereses remuneratorios –fijos o variables- tienen carácter retributivo, siendo el precio del dinero prestado⁵³. Son “los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo convenido”⁵⁴. Es decir, son “los que se producen por el transcurso del tiempo que media entre la obtención de un crédito y su restitución”. Por su parte, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 26 de octubre de 1987⁵⁵ añaden que “nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vayan venciendo los plazos pactados”; y, precisa, asimismo, en su Resolución de 20 de mayo de 1987⁵⁶ que “el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su correspondiente abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado”. Persiguen evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para su restitución y retribuir la concesión del préstamo como negocio propio de quien se dedica a esta actividad de modo profesional, siendo de forzosa previsión, conforme al artículo 1755 del Código Civil, ya que si no hay pacto no son exigibles. Solo se deben si han sido pactados; pacto que debe respetar las previsiones legales de la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura (en adelante, LU) con el fin de no ser calificados como usurarios.

2. Los intereses moratorios –consecuencia del retraso en el cumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario, deudor del capital- “son aquellos que tienen por finalidad la indemnización o el resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria”⁵⁷. No tienen naturaleza de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones⁵⁸.

⁵¹ M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 2002-2003; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, pp. 62-63.

⁵² FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁵³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2219); y, de 29 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8577).

⁵⁴ A. MONSERRAT VALERO, “Los intereses garantizados por la hipoteca”, *Anuario de Derecho Civil, T. LII, Fasc. I, enero-marzo 1999*, p. 16. Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2219) y de 13 abril 1992 (RJ 1992/3100), los define como “aquellos intereses pactados entre las partes en virtud del aplazamiento del pago y que tienen carácter retributivo” y señala, además, esta última la incompatibilidad de la pena convencional con los intereses moratorios pero no con los remuneratorios. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, 29 noviembre 2010 (JUR 2011/55073) señala que son intereses retributivos y compensatorios “aquellos que se deben por la utilización y goce de una suma de dinero”. Y, en fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, 13 abril 2011 (AC 2011/519) afirma que el interés remuneratorio “persigue evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para la restitución y retribuir la concesión del préstamo”.

⁵⁵ RJ 1987/7660 y RJ 1987/7661.

⁵⁶ RJ 1987/3926. Respecto a los moratorios señala que, anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite –tipo impositivo- previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad cuya ejecución precisará de la previa construcción del título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar.

⁵⁷ M. ORDÁS ALONSO, *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Navarra 2004, p. 33. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 23 de noviembre de 2011 (RJ 2012/569) señala que, los intereses moratorios cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que se considera le causó el deudor de suma de dinero, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación. Y como establecen las sentencias de este mismo Tribunal de 18 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8361), de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/2526) y de 18 de julio de 2008 (RJ 2008/4719) entre otras, los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, de 17 de febrero de 1992 (AC 1992/265); y de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1ª, de 17 de septiembre de 2003 (JUR 2004/47499).

⁵⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/7141); y, de 4 de junio de 2009 (RJ 2009/4747); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, 18 enero 2001 (AC

Su finalidad es desincentivar o disuadir el incumplimiento y, asimismo, sirve para reparar el daño que el acreedor ha sufrido como consecuencia del impago. De forma que, los intereses de demora solo entran en funcionamiento cuando el deudor incumple gravemente su obligación, mientras que los remuneratorios son los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo pactado.

En todo caso, se puede afirmar que, la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios, contraprestación de la entrega del capital prestado, y los moratorios que cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario, determina una configuración diferente de la cobertura real asignada a cada uno de estos tipos⁵⁹. Asimismo, conviene precisar que, los intereses remuneratorios o compensatorios nacen del propio contrato, y resultan de obligado cumplimiento según vencen los plazos pactados, respondiendo a la voluntad de regular la productividad del dinero⁶⁰; mientras que, los intereses moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta ulterior del deudor, esto es, del retraso o demora en el cumplimiento del contrato, lo que les convierte en un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada desde el momento del vencimiento anticipado del préstamo hipotecario⁶¹. En esencia, los intereses remuneratorios se devengan en la fase de ejecución normal del préstamo y sin incumplimiento por parte del deudor, mientras que los moratorios se devengan ya en un momento patológico de incumplimiento del prestatario de la obligación de pago y sobre la base de la culpa que caracteriza la mora.

La doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 24 de marzo⁶², 25 de marzo⁶³ y 29 de abril de 2015⁶⁴ han tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos con garantía hipotecaria (“cláusulas suelo”). Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencia de 22 de diciembre de 2009, de 17 de junio y 1 de julio de 2010, de 25 de noviembre de 2011 y se perfila con mayor claridad en las sentencias de 18 de junio de 2012, de 15, 17 y 18 de enero de 2013 y 30 de junio de 2014. El artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores establece que *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que*

2003/1937), que, asimismo, precisa que “el interés de demora por impago tiene el carácter sancionador o de cláusula penal con arreglo al artículo 1152 del Código Civil, bien de indemnización de daños y perjuicios en base a los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, no teniendo la finalidad de remunerar el capital prestado, sino la de penalizar el impago de lo debido”; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5ª, 11 febrero 2002 (JUR 2002/100929).

⁵⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1991; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, 17 de febrero 1992. Por su parte, la RDGRN de 20 de mayo de 1987 señala que: “la estipulación de los segundos (los moratorios) anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite –tipo impositivo– previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad, cuya ejecución precisará la previa construcción de título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. En cambio, tratándose de los intereses remuneratorios el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado”.

⁶⁰ En la Resolución de la DGRN de 10 de febrero de 2016 (BOE, jueves 10 de marzo de 2016, pp. 19240 a 19251) se ha suspendido la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto una de tipo de interés ordinario excesivo y una desproporcionada retención de cantidades del capital concedido. Lo que el registrador realmente argumenta para denegar tal cláusula de intereses ordinarios es la aplicación de la doctrina derivada de la Resolución de 22 de julio de 2015 de esta Dirección general, que vino a señalar que existen supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, como ocurren en el presente supuesto en el que se pacta un interés ordinario superior al interés moratorio, ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato.

⁶¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1ª, 17 septiembre 2003 (JUR 2004/47499).

⁶² RJ 2015/845.

⁶³ RJ 2015/735.

⁶⁴ RJ 2015/2042.

dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Sobre dicho precepto, la sentencia de 9 de mayo de 2014, con la referencia a la anterior sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 18 de junio de 2012⁶⁵ considera que el control de contenido que, puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusulas no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones" que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1 c) en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/2013 declara y la sentencia de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/2013) ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en los referencia a la relación calidad/precio de un bien o servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control⁶⁶. Pero se añade en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 que, una condición general define el objeto principal de un contrato y, que como revela, no puede examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Precisamente, en la citada sentencia de 24 de marzo de 2015 se señala que, este doble control de transparencia consiste en que, además del control de incorporación que, atiende a una mera transparencia documental o gramatical, "conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la sentencia de 18 de junio de 2012, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Por ello, continúa manifestando la citada resolución que "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que, la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" –se reitera en las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2015 y 22 de diciembre de 2015-. Por tanto que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución por una parte y, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (artículos 5.5 y 7 b) de la LCGC). Supone, además que, no puedan utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén

⁶⁵ RJ 2012/8857. No cabe invocar el carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio pactado, pues. Este es un elemento esencial del contrato de préstamo y está excluido por tanto del control de abusividad.

⁶⁶ FCO. J. PERTINEZ VILCHEZ, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret 3/2013 (julio)*, p. 9 señala con cita de la doctrina alemana que hay tres razones básicas que inspiran el artículo 42.2 de la Directiva y justifican que el juez no deba controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación: a) El control de equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado, b) La ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio es justo ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho; y, c) La innecesariedad de un control de precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico. En esta línea, asimismo, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, pp. 101-102; V. MÚRTULA LAFUERTE, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, pp. 79 y 80; y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-144/19). En las conclusiones de la Jornada del CGPJ sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias celebrada el 8 de mayo de 2013 se acordó a este respecto que: "En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia".

redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio”. De forma que, los elementos esenciales –y por ende las cláusulas de limitación de la variabilidad del tipo de interés (cláusulas suelo) o de tipos de interés remuneratorios (habida cuenta que éstos forman parte del precio)- son susceptibles de ser sometidas a un control de transparencia, control, tal y como se ha configurado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: un primer control de incorporación que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula; y, un segundo control de transparencia reforzado, dirigido garantizar que, al tiempo de celebrarse el contrato el cliente conocía las consecuencia económicas que conlleva la inclusión de dicha cláusula en el contrato y que el mismo se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre las distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran o no la cláusula en cuestión.

3. Los intereses procesales (o de demora procesal) –artículo 576 de la LEC-: son los establecidos con la finalidad de fomentar el cumplimiento por parte del deudor, de las sentencias de condena al pago de una suma de dinero, disuadiéndole de presentar recurso con el único objetivo de retardar la ejecución del fallo condenatorio⁶⁷.

Por otra parte, los intereses pueden también capitalizarse y devengar, a su vez, nuevos intereses –anatocismo- que puede ser legal o convencional (artículo 1109.1 del Código Civil)⁶⁸. A diferencia de los préstamos civiles, los mercantiles excluyen el anatocismo legal, admitiendo exclusivamente el convencional (artículos 317 y 319 del Código de Comercio).

Salvo que otra cosa se haya pactado, el pago de los intereses tendrá lugar en el momento en que éstos se devenguen. Hay que recordar que, el artículo 1110.1 del Código Civil dispone que, el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna de los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos. Este precepto es aplicable tanto a los préstamos civiles como mercantiles y es coherente con lo previsto en el artículo 1173 del Código Civil. Conforme a este precepto los pagos realizados no podrán considerarse hechos por cuenta del capital, mientras queden intereses pendientes. Se trata de una norma de imputación de pagos, dirigida a determinar, en los casos en que el deudor tenga varias deudas con un mismo acreedor (prestamista), cuál de esas deudas se extinguirá. En este caso, la pluralidad de deudas determina la concurrencia de una deuda de capital con una de intereses y frente a la regla general de libertad del deudor al realizar la imputación de pagos del artículo 1172.1 del Código Civil, el artículo 1173 establece una excepción. Estamos ante una limitación de la libertad de elección del deudor a favor del acreedor, disponiendo una preferencia de los intereses sobre el capital en la realización del pago. Aun existiendo diversas posiciones doctrinales al respecto, la interpretación conjunta de los artículos 1173 y 1110.1 supone considerar que representa una carga del acreedor acudir a la aplicación del primero de ellos, y, en consecuencia, oponerse a la imputación del deudor, que pretende realizar el pago del capital de forma preferente, si no quiere que se aplique el segundo precepto. De este modo, el artículo 1173 se constituye en la defensa principal del acreedor para evitar la aplicación del artículo 1110.1⁶⁹.

En este contexto, puede suceder que el deudor pague intereses sin haberse estipulado y el artículo 1756 del Código Civil en clara contradicción con el artículo 1755 que exige convención expresa de los intereses, para que éstos existan. Esta contradicción la intenta explicar la doctrina considerando que: 1. La previsión del artículo 1756 se explica

⁶⁷ Señala J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario a los artículos 1755 y 1756 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12001 que, los intereses procesales y los moratorios se diferencian, además de por su distinta finalidad, por lo siguiente: “en primer lugar, los intereses moratorios, como regla general se deben desde el momento de la reclamación del acreedor, la cual podrá realizarse de forma judicial. Por el contrario, los intereses procesales se deben desde la fecha en que se dicta la sentencia de condena, en primera instancia, momento en que absorberán o sustituirán a los moratorios; en segundo lugar, el pago de los intereses moratorios ha de ser pedido por el acreedor en la demanda, lo cual no es necesario respecto de los procesales, que se generan desde que se concreta la cuantía de lo debido y sin que se precise petición expresa, al generarse por mandato de la Ley”. Por lo tanto, la sentencia de condena ha de incluir un pronunciamiento sobre los intereses procesales, aunque el demandante no hubiera solicitado su pago; y, en tercer lugar, en defecto de pacto sobre la cuantía de los intereses, la de los procesales es mayor que la de los moratorios, ya que, en los primeros, el interés legal del dinero se incrementa en dos puntos”.

⁶⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8477); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 17 de diciembre de 1998 (AC 1998/2591); y, de 20 de septiembre de 2000 (JUR 2000/289999).

⁶⁹ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 73.

por la existencia de un pacto o convenio tácito de intereses que se convierte en expreso pro medio del pago y que llevaría, por tanto, a entender que debería seguir pagándose en el futuro⁷⁰; 2. Los que consideran que el hecho de abonar intereses sin estar previamente estipulados supone la existencia de una obligación natural que impide la repetición de lo pagado⁷¹; y 3. LACRUZ BERDEJO señala que, el legislador establece la irrepitibilidad de lo pagado por motivos de política jurídica que parece ocioso investigar⁷². En cualquier caso, resulta necesario que, la entrega de dinero del prestatario al prestamista ha de ser en concepto de interés, pues de no ser así, debería aplicarse la doctrina del cobro de lo indebido y entender que cualquiera entrega que exceda del principal obedece a un error por su parte, o sí el prestatario satisface más del interés pactado, también habrá cobro de lo indebido. La prueba de que la entrega de la cantidad se hizo en concepto de pago de intereses corresponde al prestatario⁷³.

De todas formas, en los préstamos que se acuerdan con entidades financieras es frecuente pactar que, el incumplimiento reiterado por el prestatario de sucesivos pagos parciales, permite al prestamista vencer anticipadamente el préstamo y, por tanto, exigir al prestatario el cumplimiento íntegro de la obligación y el abono de los intereses devengados hasta ese momento. En todo caso, conviene recordar que, en los préstamos con garantía hipotecaria la eficacia del pacto de vencimiento anticipado por impago que permite instar la ejecución por la totalidad del crédito (capital e intereses) queda restringido a la necesidad de que lo impagado sean un mínimo de tres mensualidades o un número de cuotas equivalentes (artículo 693.2 de la LEC). Por su parte, la Ley 532.1 *in fine* del Fuero Nuevo de Navarra sí contempla claramente que, el incumplimiento de la contraprestación permitiría al prestamista elegir entre reclamar la restitución de la cosa recibida o exigir el cumplimiento del contrato.

Con respecto a la prescripción de la obligación de pago de los intereses, ésta prescribirá en el plazo de cinco años (artículo 1966.3 del Código Civil), siempre que se haya estipulado su pago por años o en plazos más breves. Igual plazo de cinco años resulta aplicable, si los intereses se pagan conjuntamente al final de la relación obligatoria, o bien con una periodicidad superior al año, al aplicar el plazo general previsto en el artículo 1964 del citado cuerpo legal. También, establece un plazo de cinco años para reclamar los intereses la Ley 29 del Fuero Nuevo de Navarra, sin distinguir en función de la periodicidad.

VII. LA USURA Y SU APLICACIÓN AL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO.

Frente a la prohibición canónica medieval de la usura y por extensión de los intereses, en el siglo XIX el progresivo influjo de los principios del liberalismo y el desarrollo del tráfico económico, debido a la creciente industrialización a raíz de la revolución industrial, exigían una flexibilización del pacto de intereses que, facilitase el desarrollo de la actividad bancaria de préstamo y crédito. Esto dio como resultado la admisión de la “normalidad” de generación de intereses mercantiles (artículos 397 y 398 del Código de Comercio de 1829) y posteriormente la proclamación general de libertad de tipos

⁷⁰ M. MARTÍN GRANIZO, “Comentario a los artículos 1755 y 1756 del Código Civil”, en J.L. Albarcar López (dir.), *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, T. VI*, Trivium, Madrid 1991, p. 419; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 295 señala que, aunque el convenio tácito resulta sumamente discutible, parece dice el auto, que si el prestatario no satisficiera los intereses en el futuro de forma voluntaria y continuada, el acreedor tampoco tendría cauce alguno para reclamárselo, salvo que acreditara la existencia del referido convenio tácito a través de cualquier medio de prueba. En contra, M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, op. cit.*, pp. 810-811 al considerar: “1. El artículo habla de pago de intereses “sin estar estipulados”; lo que excluye todo convenio expreso o tácito; 2. A falta de estipulación, no se puede repetir los intereses ya pagados; pero no hay deber de seguir pagándolos; mientras que, de admitir el convenio tácito, una vez probada sus existencia, habrá que continuar pagando intereses –los tácitamente acordados– en lo sucesivo”.

⁷¹ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, op. cit.*, p. 810. En contra, L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 177-178 señalan que esta explicación debe abandonarse, pues, con la proclamación de la natural gratuidad del préstamo, el legislador está diciendo precisamente lo contrario. Como no es lógico que el legislador prohíba reclamar al prestatario lo que ha pagado sin deber, puede interpretarse que su conducta revela que se convino pagar intereses y ha de seguir pagándolos también en el futuro, pero puede impugnar el pago por error, si demuestra que no existió pacto.

⁷² J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 170.

⁷³ R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Comentario al artículo 1756 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1633.

de interés con los Proyectos de Código Civil de 1836 y 1851 y, finalmente, se establece en la Ley de 14 de marzo de 1856. Ahora bien, dada la inoperancia de este sistema de absoluta libertad de tipos para evitar los abusos y que los medios que otorgaba el Código Civil resultaban insuficientes, es por lo que promulga la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura –conocida como Ley Azcárate– que frente al sistema de fijación objetiva de unos tipos máximos de interés, opta por un sistema de fijación judicial más flexible y adaptable a las circunstancias de cada momento y cada caso concreto, atribuyendo a los tribunales la facultad de anular los contratos de préstamo o de naturaleza similar que, revistan ciertas características calificadoras que, determinan tres clases de préstamos usurarios: un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; unas condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que, ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, o que suponga recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada⁷⁴. Ciertamente los intereses y beneficios económicos que se obtienen por un préstamo, puede determinar la aplicación de la LU especialmente en situaciones de crisis económica como la actual.

Ahora bien, algunos autores mantienen que la norma está prácticamente en desuso o resulta inadaptada a la realidad actual y debe sustituirse por otra norma⁷⁵ y, asimismo, se ha llegado a cuestionar la constitucionalidad de esta Ley tanto por vulnerar el principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución española, como por conculcar el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la misma, quedando la cuestión resuelta, considerando que no solo es constitucional sino que en la actualidad se encuentra subsumida en el principio consagrado en el artículo 51 de protección de consumidores⁷⁶. Igualmente, es mayoritaria la posición doctrinal que mantiene la plena vigencia de la Ley⁷⁷. En todo caso, tampoco la LU se ha considerado incompatible con la Orden EHA/2889/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que, tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medios de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios y, reconoce el principio de libertad de pactos en orden a la fijación de tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las Entidades de Crédito, sino que conserva su ámbito de aplicación cuando en uso de esa libertad se incida en cualquier de los supuesto que, se contienen en sus artículo 2.

Como hemos indicado en líneas precedentes, la LU frente al sistema de fijación objetiva de unos tipos máximos de interés –que proporciona una mayor seguridad, pero presenta el inconveniente de la necesidad de una continua revisión de estos tipos máximos con la evolución ordinaria del mercado– opta por un sistema de fijación judicial más flexible y adaptable a las circunstancias de cada momento y cada caso y que permiten tomar en consideración elementos distintos de la sola cuantía de los intereses.

Si bien, han sido varias las líneas jurisprudenciales interpretando el artículo 1 de la LU, y ha prevalecido aquella que, estima que en dicho precepto se recogen tres modalidades de préstamos usurarios⁷⁸: 1. Usurarios. Aquellos en que se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; 2. Leoninos. Aquellos que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades

⁷⁴ Los artículos 2, 8, 12 y 13 de esta Ley de Usura han sido derogados por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁵ I. SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Aranzadi, Navarra 1986, p. 338.

⁷⁶ V. MÚRTURA LAFUENTE, *La prestación de intereses*, op. cit., pp. 263-266; M. ORDÁS ALONSO, *El interés de demora*, op. cit., p. 82; J.M. EMID IRUJO, “Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario”, *La Ley 1989-3*, pp. 257-258. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 1992 (RJ 1992/7330).

⁷⁷ J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, “Condiciones abusivas del crédito”, en U. Nieto Carol (dir.), *Crédito y Protección del consumidor*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pp. 481-482; G. GARCÍA CANTERO, “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, *Actualidad Civil 1989-1*, p. 216; M. MUÑOZ CERVERA, “El interés y la usura”, en U. Nieto Carol (dir.), *Crédito y Protección del consumidor*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pp. 626-634.

⁷⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1968 (RJ 1968/4391); de 19 de diciembre de 1974 (RJ 1974/4799); de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9713); de 11 de febrero de 1989 (RJ 1989/829); y, de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8477); y, sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 21 de julio de 2000 (JUR 2000/297088).

mentales; 3. Falsificados. Aquellos en que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada.

La mayoría de la doctrina coincide en considerar que, es clara que todas estas circunstancias no han de concurrir simultáneamente en un mismo préstamo, sino de forma alternativa y no acumulativa, de modo que según se de una u otra circunstancia, estaremos ante un tipo u otro de préstamo usurario⁷⁹. Si bien, en esta línea, el Tribunal Supremo estimó inicialmente que en el artículo 1 de la LU se contenían tres clases o grupos de contratos usurarios⁸⁰; en alguna ocasión redujeron a dos los grupos, al refundir en uno los dos primeros⁸¹; si bien en la actualidad se ha vuelto a optar por el criterio antiguo y entender que los tipos del artículo 1 no son taxativos, sino demostrativos y que no tienen, que concurrir acumulativamente⁸². El momento a tener en cuenta para que concurran cualquiera de las circunstancias descritas o elementos para que cualifiquen a un préstamo como usurarios es el de la celebración o perfección del contrato, esto es, aquél en que se forma o se presta el consentimiento y no en el momento en que el préstamo despliegue su eficacia o el de la sentencia; debiéndose excluir tanto la posibilidad de casos de usura sobrevenida como a la inversa, situaciones de “sanación sobrevenida” de un préstamo usurario por efecto de una elevación de los tipos de interés normales⁸³.

Por otra parte, la LU se aplica también a los contratos de préstamos mercantiles⁸⁴.

1. *El préstamo usurario.*

El carácter usurario del préstamo depende aquí de la desproporción del interés pactado en relación con el normal del dinero o de mercado en el momento de celebración del contrato, si bien modulado por las circunstancias del caso o diferencial que, supone la ganancia del prestamista. No basta con lo elevado del tipo de interés, sino que su cuantía sea notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. En ocasiones se ha considerado como límite de los intereses normales la TAE máxima de dos veces y medio el tipo de interés legal del dinero arcado para los descubiertos tácitos en cuenta previsto en el artículo 20.4 de la LCCC, llevado a cabo así una aplicación analógica generalizadora de ese límite⁸⁵. Ahora bien, no basta que el tipo de interés sea algo superior al normal, sino que para calificarlo como usurario, se requiere que esa superioridad sea relevante –notablemente superior dice la Ley– y, además que se produzca una manifiesta desproporción con las circunstancias del caso. En todo caso, los dos requisitos de este supuesto –criterio cuantitativo de superioridad del interés convenido respecto del normal y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias de caso– se deben dar de modo conjunto, pues, puede haber casos de un alto interés superior al normal, que se justifica por las circunstancias del caso. Con carácter general serán

⁷⁹ R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Comentario al artículo 1755 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1629; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 69.

⁸⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 1911, de 4 de enero de 1913; de 28 de octubre de 1927; de 22 de noviembre de 1928 y de 9 de abril de 1941.

⁸¹ Vid., las sentencias de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 1928; de 20 de marzo de 1931; de 10 de junio de 1940 y de 8 de octubre de 1981.

⁸² Vid., las sentencias de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 1965; de 18 de octubre de 1968; de 5 de febrero de 2001; y de 5 de noviembre de 2002.

⁸³ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, *op. cit.*, p. 72; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 78. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7330); y, de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998/1267); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, de 15 de febrero de 2001 (JUR 2001/125311); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1ª, de 29 de junio de 2005 (JUR 2005/226635).

⁸⁴ J.M. EMID IRUJO, “Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario”, *op. cit.*, p. 258; M. MUÑOZ CERVERA, “El interés y la usura”, *op. cit.*, pp. 840-841. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 13 de febrero de 1941 (RJ 1941/147); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4ª, de 21 de mayo de 2002 (JUR 2002/174900); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 21 de octubre de 2002 (JUR 2003/11861).

⁸⁵ E. PALÁ LAGUNA, “Algunas cuestiones en torno a la figura del “préstamo participativo” y su nuevo régimen jurídico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 70, abril-junio 1998, p. 469. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 24 de abril de 2001 (JUR 2001/223273); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003/11861). Para FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, *op. cit.*, p. 75 no cabe aquí la analogía, respecto de una norma como ésta que establece una sanción (nulidad) para las cláusulas que la infrinjan, fuera de sus estrictos términos, cuando no existe identidad de razón entre un caso y los otros.

desproporcionados los intereses que, excedan de lo preciso para la cobertura del riesgo de una operación crediticia. Asimismo, para la determinación del interés superior al normal del dinero constituye un buen criterio acudir a los intereses comúnmente practicados por las entidades de crédito, los cuales pueden ser probados mediante diferentes mecanismo que, pone a nuestra disposición el Banco de España⁸⁶. El tipo de interés normal no es el legal⁸⁷, se tiende a identificar tipo de interés normal y de mercado, si bien modulado por las circunstancias de cada caso y al momento en que ha de ser aplicado. Por lo que puede darse el caso que en unas ocasiones se declaren usurarios tipos de interés inferiores a otros que, en situaciones diferentes no se han tenido como tales, o que los mismos tipos se hayan considerado usurarios en unas épocas y en otras no⁸⁸.

Para JIMÉNEZ MUÑOZ deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter usurario de un tipo de interés, el riesgo a cargo del prestamista y la utilidad que puede recabar el prestatario del dinero prestado, conceptos que pueden concretarse en los siguientes factores: “a) Tipo de interés corriente en el mercado para operaciones similares en que se contrata, en función del tipo de préstamo, disposición por el deudor de la totalidad del capital o solo de forma fraccionada, plazo pactado, períodos de amortización, destinado del dinero (préstamo de producción o de consumo) y actividad del prestatario...; b) Composición del tipo de interés pactado: fijo a lo largo de todo el período de vigencia del préstamo, variable o mixto (fijo por un período y variable durante otro); c) Inflación producida durante el período de vigencia del préstamo y previsión que hayan hecho las partes sobre la misma, a través de cláusulas de estabilización o intereses variables; d) Configuración accesoria del préstamo: obligaciones accesorias, tipo de los intereses moratorios, comisiones...; destacadamente, la garantía de devolución de la cantidad prestada y los riesgos de pérdida del principal”⁸⁹.

⁸⁶ M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1987

⁸⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 18 de septiembre de 2012 (JUR 2012/370011); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8ª, de 29 de mayo de 2013 (AC 2013/1994).

⁸⁸ Vis., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8531) interés pactado dentro de la normalidad y vigencia y usos mercantiles; de 12 de julio de 1990 (RJ 1990/5857) interés no inusual; de 18 de febrero de 1991 (RJ 1991/1449) inexistencia de aplicación de la LU al estar establecido los intereses dentro de los límites permisibles de la práctica bancaria; de 10 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10135) interés no usurario del 20%; de 12 de julio de 2001 (EJ 2001/5164) interés del 60% anual. Notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002/4045) interés del 29% anual cuando el básico del Banco de España y el de obtención de créditos en el mercado hipotecario era del 10% y entre el 14% y 16% anual respectivamente; de 23 de noviembre de 2009 (RJ 2010/140) interés del dinero al 19% superior al normal del dinero, pero no de gran entidad; de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/1609) interés notablemente superior al interés normal del dinero del 5,5% al tiempo de su contratación; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 1ª, de 2 de mayo de 1996 (AC 1996/862) interés al 17,25%. No hay inexistencia de anormalidad o desproporción; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de 17 de enero de 2000 (AC 2000/156) se pacta un interés TAE del 35,14% excesivo esta interés en relación con el interés legal del dinero vigente a la fecha del préstamo; de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 5 de noviembre de 2002 (JUR 2003/62967) interés remuneratorio al 34% anual desproporcionado por el establecido por el Banco de España para la época del préstamo; de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003/157096) interés nominal remuneratorio al 25% desproporcionalmente superior al legal del dinero 4,25%. Situación angustiosa por el impago de las mensualidades de la hipoteca de una vivienda; de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2ª, de 30 de junio de 2003 (JUR 2004/107992) interés remuneratorio del 34% anual. Desproporción con el interés básico establecido por el Banco de España; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 1 de febrero de 2005 (JUR 2005/81376) interés remuneratorio al 25,5% dentro de los habitualmente pactado en ese momento; de la Audiencia provincial de Madrid, sección 18ª, de 7 de febrero de 2005 (AC 2005/269) Interés remuneratorio del 32% y TAEC 36,19%. Interés notablemente superior al interés normal del dinero en la fecha en que se concertó; de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1ª, de 14 de julio de 2008 (JUR 2009/94937) interés remuneratorio pactado por las partes al 24% anual. Interés notable y ostensiblemente superior al norma del dinero y desproporcionado; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 22 de febrero de 2011 (AC 2011/443) interés del 34,30% anual representa un elevadísimo interés; de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 2 de junio de 2011 (JUR 2011/311706) no se puede considerar como usurario un interés nominal del 17,87% y el 20,02% TAE; de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 4ª, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013/197104) interés anual al 10%. No constituye un interés manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 30 de mayo de 2013 (AC 2013/1486) estimación de la usura en un interés del 24%; y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 16 de diciembre de 2015 (JUR 2016/37902) se fija un interés remuneratorio del 30% que se califica de desproporcionado.

⁸⁹ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, *op. cit.*, pp. 77-78; y, FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, pp. 79-80.

De este modo, el concepto de interés de la LU puede entenderse en sentido amplio como coste real o efectivo del préstamo, formado por el conjunto de intereses y gastos que, ha de hacer frente el deudor en la vida “normal” del préstamo que, lo aproxima al concepto de TAE, por lo que habrá de tenerse en cuenta tanto los intereses en sentido estricto como las comisiones previstas en el contrato, dado que estos últimos contribuyen a incrementar notablemente el coste que el préstamo supone para el prestatario y, en ocasiones, suponen, como señala acertadamente ORDÁS ALONSO auténticos intereses encubiertos⁹⁰. Si bien, en la mayoría de las ocasiones en el seno de nuestra jurisprudencia se prefiere optar por un concepto restrictivo del interés limitado al tipo normal pactado, excluyendo las comisiones y gastos⁹¹.

Con carácter general, se ha declarado la necesidad de relacionar la cantidad del interés estipulado con el fin a que el prestatario destina el importe del préstamo y con los riesgos que corre el prestamista⁹².

Ahora bien, es discutible si la LU se aplica a los intereses que no sean remuneratorios del capital recibido, sino moratorios, es decir, a los que tienen carácter de sanción o pena ante una situación de retraso en el cumplimiento de la obligación de pago. La doctrina se muestra mayoritariamente a favor de excluir de la consideración de usurarios a los intereses moratorios⁹³. En la jurisprudencia encontramos fallos contradictorios, así frente a los que en la línea expuesta consideran que no es aplicable a los intereses de demora, sino únicamente a los remuneratorios⁹⁴; sin embargo, otras –si bien en menor número– mantienen la tesis contraria, manifestando que el artículo 1 de la LU se refiere a la estipulación de un interés sin distinguir su clase o naturaleza⁹⁵. En caso de préstamos a consumidores el artículo 83 del TRLDCU permite tener por no puesta la cláusula en que se pacta un interés moratorio abusivo.

De forma que, la cláusula de intereses moratorios como condición general de la contratación, una vez superado el previo control de inclusión, puede ser enjuiciado a la luz de lo previsto en los artículos 82 a 90 de la TRLGDCU. Bien entendido que el mero pacto de intereses moratorios o el pacto de los mismos en cuantía superior a los intereses de naturaleza retributiva o remuneratoria no convierte sin más la estipulación en abusiva, sino que para ser calificado como tal, debe encajar en la definición de cláusula abusiva que,

⁹⁰ M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1987.

⁹¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6119); de 27 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6383); y de 7 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8531).

⁹² J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. II derecho de Obligaciones, vol. I Parte General. Teoría general del contrato, 5ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011, p. 106.

⁹³ J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario a los artículos 1755 y 1756 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12004; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, *op. cit.*, p. 86. Sin embargo J.A. BROTO CARTAGENA, “La revitalización de la Ley sobre préstamos usurarios”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 66, marzo-abril 2016, p. 137 considera adecuado incluir en el ámbito de aplicación de la Ley de la Usura los intereses moratorios, no solo porque la Ley no distingue, sino porque excluir tales intereses puede permitir la inaplicación a supuestos claramente usurarios.

⁹⁴ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 octubre 2001 (RJ 2001/7140); de 1 de febrero 2002 (RJ 2002/2879); 4 junio 2009 (RJ 2009/4747); y, de 26 octubre 2011 (RJ 2012/1126) que disponen que, el artículo 1 de esta Ley habla de intereses, hace referencia a los retributivos “ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa o conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntarios, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora”. En definitiva “los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se consideren si exceden o no del interés normal del dinero, no cabe configurarlos como leoninos ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908”. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, de 13 de abril de 2011 (AC 2011/519); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8ª, de 18 de octubre de 2010 (AC 2011/630); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, de 9 de noviembre de 2012 (AC 2013/119); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 29 de julio de 2013 (JUR 2013/275430); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 31 de marzo de 2014 (JUR 2014/169796).

⁹⁵ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 mayo 2002 (RJ 2002/4045); y, de 12 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6872); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 26 de febrero de 2003 (JUR 2003/231205); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 8 de febrero de 2006 (AC 2006/769), y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 28 de diciembre de 2009 (JUR 2010/107905).

de la misma se contiene en el artículo 82.1 y siempre teniendo en cuenta, además que, conforme dispone el apartado tercero del citado precepto, el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa; lo que obliga a evaluar la abusividad o no de la cuantía de intereses pactados por referencia al mercado en que el mismo se ha estipulado. En todo caso, para el caso de intereses moratorios se consideraran abusivos “*la imposición de una indemnización desproporcionada alta al consumidor o usuario que no cumpla con sus obligaciones*” (artículo 85.6 del TRLGDCU). No olvidemos el carácter sancionador e indemnizatorio que tienen los intereses de demora. A su vez el artículo 89 del citado cuerpo legal, que como los anteriores mencionados, tiene carácter meramente enunciativo, considera abusiva en su número 7 “*la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de crédito al consumo*”. Dicho precepto no permite en los descubiertos de cuenta corriente un tipo de interés que dé lugar a un tasa anual equivalente superior al 2,5 veces el interés legal del dinero. Recordemos que, esta Ley ha sido derogada por la mencionada Ley 11/2011 que, contempla en su artículo 20.4 el mismo límite en los intereses en descubierto en cuenta.

Sobre tales bases, nuestros tribunales suelen concretar como posibles criterios para considerar si un tipo de demora es o no abusivo los siguientes: 1. El límite fijo que establece el nuevo artículo 114.3 de la LH (dos con cinco veces el interés legal del dinero). O simplemente se toma ese límite sin referencia normativa, o se opta por fijar una cuantía mayor cuatro o cinco veces el interés legal del dinero, o se hace referencia a un tanto por ciento anual como módulo orientativo (por ejemplo, el veinte por ciento anual)⁹⁶; 2. Acuden a una comparación con los intereses de naturaleza remuneratorios de manera que, son abusivos aquellos intereses de demora cuya diferencia con los remuneratorios superan en tanto puntos porcentuales⁹⁷; o exceden los intereses moratorios en el doble de la cuantía fijada para los intereses remuneratorios⁹⁸; 3. Otros acuden al artículo 20 de la Ley 16/2011 reiterado en el artículo 89.7 del TRLGDCU a la hora de enjuiciar la cuantía de los intereses moratorios; 4. Se concretan determinados porcentajes que, ya de por sí son abusivos por excesivos y por su carácter desequilibrante (29% por ejemplo)⁹⁹; 5. Se considera un interés desproporcionado por elevado no sólo en las fechas actuales, sino también en el tiempo en que se concreta el contrato de préstamo o crédito hipotecario; o en fin, lo es para el mercado o en relación con los tipos de morosidad establecidos en las fechas del contrato por el Banco de España u otros organismos oficiales¹⁰⁰; 6. No guarda proporción con el perjuicio real causado al acreedor y, coloca al consumidor en una clara situación de inferioridad, originando un desequilibrio entre las partes contratantes¹⁰¹; 7. Se ha de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y, asimismo, tomar en consideración

⁹⁶ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2ª, 9 junio 2010; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, 13 abril 2011 (AC 2011/519); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1ª, 4 octubre 2012 (JUR 2012/371023); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, 20 marzo 2013 (JUR 2013/162015); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, 3 octubre 2014 (AC 2014/1981); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 4 de mayo de 2015 (AC 2015/931).

⁹⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4ª, de 27 de octubre de 2015 (JUR 2016/35105).

⁹⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª, 27 junio 2011 (JUR 2011/405556); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14ª, 9 mayo 2012 (JUR 2012/220994); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21ª, 22 abril de 2014 (JUR 2014/162282).

⁹⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, 26 enero 2005 (29%) (AC 2005/158); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, 10 mayo 2013 (24%) (JUR 2013/210035); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª, 14 abril 2010 (29%) (JUR 2010/292111); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de 5 de mayo de 2015 (AC 2015/934) interés al 14,70% que supera el límites establecido en el artículo 3.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

¹⁰⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, 28 junio 2011 (JUR 2011/277465); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1ª, 13 junio 2013 (AC 2013/1503); el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, 9 enero 2014 (AC 2014/3); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, 30 junio de 2014 (AC 2014/1580) carácter abusivo del interés moratorio. Un interés de demora del 22,5% anual cuando el interés legal vigente al tiempo de celebrar el contrato era del 5,5% anual. Asimismo, el Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª, de 1 de julio de 2015 (JUR 2015/261050).

¹⁰¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, 7 mayo 2013 (AC 2013/2241).

todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa¹⁰².

De todas formas, como señalamos en líneas precedentes, podría resultar compatible los intereses remuneratorios con la existencia de cláusulas de estabilización, siempre que aquellos no compensasen también la pérdida de valor del dinero¹⁰³.

2. *Préstamos leoninos.*

Se tienen en cuenta, además de las condiciones del contrato, la situación de necesidad o debilidad de la persona del prestatario que, le lleva a aceptar un préstamo en condiciones desventajosas entre las que puede estar pagar un interés elevado, debido a “las circunstancias excepcionales” por las que atraviesa el deudor. Estamos ante una “situación angustiosa” cuando la normalidad de las personas verían afectadas sus facultades de decisión en situaciones semejantes. Ahora bien, para determinar la existencia de la usura puede darse cualquiera de las circunstancias subjetivas siguientes: 1. La propia situación angustiosa; 2. La inexperiencia; y 3. La limitación de las facultades mentales¹⁰⁴.

En todo caso, una situación objetiva de desproporción de las prestaciones puede ser indicio que el prestatario habría aceptado, por haberse visto obligado a ello ante la circunstancia subjetiva de necesidad¹⁰⁵. Y asimismo, la situación angustiosa no ha de ser de carácter transitorio, sino que también podrá calificarse un préstamo como usurario en situaciones de angustia permanente¹⁰⁶.

3. *Préstamos falseados.*

Se trata, recordemos, de aquellos en que se supone recibida una mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualquiera que sea su entidad y circunstancias¹⁰⁷. Estamos ante una presunción *iuris et de iure* de usura¹⁰⁸. El hecho de que figure en el contrato mayor cantidad de la verdaderamente entregada es una operación fraudulenta. Ahora bien, algunos autores señalan que, no es suficiente con la mera disconformidad entre las cantidades declaradas y realmente entregadas, sino que, asimismo, será preciso, una vez más que, también concorra el que el tipo de interés sea excesivo¹⁰⁹. En cambio, otra parte de la doctrina –acertadamente– entiende que para apreciar el carácter usurario del préstamo basta realmente la mera disconformidad de cantidades, sin necesidad de ningún otro requisito relativo a la cuantía de los intereses implícitamente pactado o a la situación de necesidad del prestatario, aunque en la práctica puede concurrir con los otros dos elementos objetivo –desproporción del tipo– y subjetivo –situación angustiosa del prestatario–¹¹⁰.

¹⁰² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, 30 septiembre 2013 (JUR 2013/353022); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, 16 mayo 2014 (AC 2014/2018).

¹⁰³ Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 13ª, de 28 de diciembre de 2009 (JUR 2010/107905) señala que, los intereses de demora, anatocismo y cláusula penal aunque sean permitidos por el Código Civil, no escapan a la aplicación de la normativa de la Ley de la Usura. Sin embargo, para V. MÚTULA LAFUENTE, “La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2010, p. 11 debe excluirse el pacto de anatocismo del ámbito de aplicación de la Ley de Usura porque se trata de una indemnización que debe satisfacerse por el deudor pro el incumplimiento de la obligación de pagar intereses.

¹⁰⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6272); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2ª, de 17 de septiembre de 1999 (AC 1999/1908); y de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5ª, de 1 de diciembre de 2014 (AC 2015/242).

¹⁰⁵ V. MÚTULA LAFUENTE, *La prestación de intereses*, McGrawHill, Madrid 1999, pp. 283-284.

¹⁰⁶ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, op. cit., p. 91.

¹⁰⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1991 (RJ 1991/3025); y, de 14 de junio de 1984 (RJ 1984/3239); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 1ª, de 10 de julio de 1998 (AC 1998/7297); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6ª de 30 de diciembre de 2013 (AC 2013/2374); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 16 de diciembre de 2014 (JUR 2015/50861); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 6 de septiembre de 2013 (AC 2013/1832).

¹⁰⁸ J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 107. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1991 (RJ 1991/3025).

¹⁰⁹ V. MÚTULA LAFUENTE, *La prestación de intereses*, op. cit., p. 285.

¹¹⁰ P. MARÍN PÉREZ, “Comentario al artículo 1755 del Código Civil”, op. cit., p. 129; J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario a los artículos 1755 y 1756 del Código Civil”, op. cit., pp. 12005-12006. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 1986 (RJ 1986/1166); de 24 de abril de 1991 (RJ 1991/3025); y de 30 de junio de 1998 (RJ 1998/5294).

Por otra parte, sobre tales bases, hay que señalar que esta LU se aplica a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero (artículo 9); por lo que quedan en el ámbito de aplicación de aquélla y siempre que se den las circunstancias contemplada en el artículo 1 no sólo a los contratos de préstamos propiamente dichos, sino otros contratos distintos del préstamo, pero que funcionan de modo similar al mismo, como auténticos contratos de crédito o financiación, existiendo una entrega del capital por parte del acreedor que, debe restituir el deudor con unos intereses excesivos. Solo así se podrán evitar la existencia de fraudes consistentes en acudir a contratos de finalidad equivalentes al préstamo, pero no calificables como tal, como serían la apertura de crédito en cuenta corriente, compraventa con pacto de retro, anticresis, leasing, opción de compra, reconocimiento de deuda y fiducia *cum creditore*, entre otras.¹¹¹

4. Sanción y efectos.

El artículo 1 de la LU sanciona con la nulidad el préstamo y cualquier otra operación equivalente a un préstamo que, tenga carácter usurario. Ahora bien, cabe plantear si con la nulidad se está refiriendo a la nulidad radical o a la anulabilidad. La doctrina de forma mayoritaria considera que la sanción que establece la citada Ley es la de nulidad absoluta y en consecuencia, hay que aplicar las reglas propias de la nulidad y no las de impugnabilidad, por lo que no puede convalidarse, ni es susceptible de novación y es una acción imprescriptible¹¹². Para ALBALADEJO la acción correspondiente cabe que se ejercite por cualquier interesado y no solo por el prestatario, no extinguiéndose por el transcurso del tiempo¹¹³. Sin embargo, JIMÉNEZ MUÑOZ la califica como una nulidad de tipo especial en la que el prestatario deberá devolver solo el capital y no los intereses y la legitimación para ejercitar la acción dirigida a la declaración de un préstamo como usurario que se conceda exclusivamente al prestatario, sin que quepa su apreciación de oficio por los tribunales ni su ejercicio por un tercero¹¹⁴.

Ahora bien, se ha planteado la posibilidad de flexibilizar dicha nulidad otorgando al prestatario la posibilidad de devolver el capital prestado con arreglo a los plazos inicialmente establecidos, o, en todo caso, optar por una nulidad parcial como en la normativa de consumidores, adaptando la legislación de la usura a la nueva realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada; y esta última consideración se ajusta más al principio de conservación del negocio como al principio *favor debitoris*. Declarada la nulidad del contrato, el prestatario está obligado a entregar tan solo la suma recibida y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado (artículo 3)¹¹⁵. La restitución de la cantidad prestada, al no tener plazo de prescripción, sería el general de cinco años (artículo 1964 del Código Civil).

Frente a las soluciones del Derecho comparado que, se inclinan generalmente por la reducción de los intereses del tipo legal, en la LU el prestatario habrá de devolver

¹¹¹ M. ORDÁS ALONSO, "Comentario al artículo 1740 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1988; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, *op. cit.*, pp. 97-100; I. SABATER BAYLE, *Préstamo con intereses, usura y cláusulas de estabilización*, *op. cit.*, pp. 191-195. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1989 (RJ 1989/754); de 30 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6845); de 12 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10591); de 7 de abril de 1997 (RJ 1997/2736); y, de 21 de febrero de 2003 (RJ 2003/2893); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3ª, de 27 de mayo de 2009 (AC 2009/1578); y de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 1ª, de 23 de junio de 1997 (AC 1997/1739).

¹¹² L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 179; J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 108; M. ALBALADEJO, "La nulidad de los préstamos usurarios", *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVIII, Fasc. I, enero-marzo 1995, p. 49. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, de 16 de diciembre de 2009 (AC 2010/396). Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5ª, de 17 de octubre de 2001 (JUR 2002/15988) opta por la anulabilidad o nulidad relativa.

¹¹³ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 811.

¹¹⁴ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, "El contrato de préstamo", *op. cit.*, p. 86.

¹¹⁵ L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 179 señala que, este artículo 3 no representa ninguna especialidad sustancial respecto del artículo 1303 del Código Civil, regla restitutoria y, en su caso, compensatoria que establece la ley como consecuencia de la declaración de nulidad. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 5 de octubre de 2010 (JUR 2010/384876) señala que, al restitución de las prestaciones que supone la devolución del capital inicialmente entregado, se deberán descontar las cuotas abonadas hasta la fecha del impago.

únicamente el principal recibido y no deberá interés alguno, salvo los intereses procesales en caso de retrasarse en efectuar la devolución, una vez que, el préstamo ha sido declarado usurario por aplicación del artículo 576 de la LU. Por tanto, la sanción civil consistirá en la pérdida por parte del prestamista del derecho a cobrar los intereses pactados o la restitución de los percibidos. Recordemos que, la devolución de la cantidad prestada por parte del prestatario deberá hacerse de una sola vez, inmediatamente después de la sentencia de usura, lo que si se tiene en cuenta que, normalmente existirá en el prestatario una situación de agobio económico, le impedirá hacer efectiva tal devolución, como lo que en la práctica se entablaran pocas acciones de nulidad por usura. Es un importante defecto de esta Ley; de ahí, las exigencias propuestas de cierta flexibilidad en la sanción de nulidad en los términos expuestos, pues, si no la única opción es que el prestatario espere para instar la declaración judicial de nulidad del préstamo por usurario a que las cantidades entregadas sean lo suficientemente importantes en cuantía que, conlleven que la cantidad a devolver sea reducida. El prestamista, en cambio, deberá devolver al prestatario todo aquello que exceda del capital prestado.

Ahora bien, el Tribunal Supremo en alguna ocasión ha afirmado que la acción de nulidad por usura no cabe cuando el contrato ya está consumado¹¹⁶; doctrina discutible, pues, supone la legalización del préstamo usurario ya pagado. La cuestión no es si el prestatario ha podido pagarlo o no, sino si el préstamo es, en sí, usurario¹¹⁷.

Finalmente, cabe plantear, por una parte, si esa acción de nulidad por usura es ejercitable frente a un tercero en caso de que la posición el prestamista hubiera sido asumida por otra persona, por ejemplo, en caso de cesión de crédito. En este caso, el tercero de buena fe que ha adquirido el crédito contra el prestatario basada en un negocio jurídico usurario, se verá afectado por la nulidad, pues, el crédito originariamente nulo no queda sanado por su transmisión a un tercero y sigue siendo, igualmente, atacable a través de la acción de usura, produciéndose, lo que se ha denominado, una “ineficacia en cadena”¹¹⁸. Y, por otra, si la nulidad del préstamo por usura y la exigencia de devolución de la cantidad prestada determina la subsistencia o no de las garantías establecidas para asegurar el préstamo usurario (fianza, hipoteca). Para algunos subsiste, si bien, reducida a la extensión de esa obligación de devolución del capital prestado¹¹⁹; para otros por el principio de accesoriedad determina su nulidad¹²⁰.

5. Las facultades judiciales de carácter discrecional contenidas en la Ley de la Usura.

El artículo 2 de la LU que ha sido derogado y sustituido por el artículo 319.3 de la LEC de contenido prácticamente idéntico dispone que, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo, referido a la fuerza probatoria plena de los documentos. De esta forma, rige en esta materia con carácter excepcional un sistema de libre apreciación por el Juez en función de las alegaciones de las partes y en la apreciación de las pruebas, prescindiendo de las reglas que puede limitar dicha libre apreciación de la prueba como puede ser la prueba tasada¹²¹.

¹¹⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6518).

¹¹⁷ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, p. 744.

¹¹⁸ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 87. Vid., en esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de octubre de 2004 (RJ 2004/6405).

¹¹⁹ FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, *op. cit.*, p. 86. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8148) subsistencia de la fianza al expresado fin.

¹²⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2008 (RJ 2008/3365) nulidad de la hipoteca; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, de 14 de junio de 2007 (JUR 2007/258776); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, de 15 de julio de 2010 (JUR 2010/345183) que, igual que, las anteriores opta por la nulidad de la hipoteca.

¹²¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/1609).

6. La compatibilidad de la Ley de la Usura y la legislación protectora de los consumidores y usuarios.

La normativa de protección de los consumidores constituida principalmente por el TRLGDCU se ha planteado su posible conflicto con la Ley de la Usura, hasta el punto que se llegó a entender que aquella la había derogado. Ciertamente, el TRLGDCU es aplicable solo a los contratos en que una de las partes tenga la consideración de consumidor o usuario. Por lo que, en los contratos de préstamo o equivalente en que el prestatario sea empresario o profesional, al no ser aplicable aquella norma, es obvio que se puede aplicar la LU y no habrá conflicto alguno. Por otra parte, la LU solo es aplicable a los contratos de préstamo o equivalentes o, en general a los contratos de financiación. Por ello, todos los contratos que no sean de este tipo, será aplicable el TRLGDCU. Por lo que, el posible “conflicto” entre ambas normas se dará únicamente respecto de los contratos de préstamo o equivalentes en que el prestatario sea un consumidor y el prestamista un empresario o profesional, esto es, las relaciones contractuales entre entidades financieras y sus clientes. En la compatibilidad resulta de la LU y la legislación protectora de consumidores es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de junio de 2012 que, analiza la concurrencia de la normativa sobre la usura y sobre la protección de consumidores y los criterios delimitadores de sus respectivos ámbitos de control, sentando desde el principio que, el juego concurrencial de ambas, no plantea cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material, pues, se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables. En todo caso, la calificación de los intereses como usuarios no puede hacerse por el tanto por ciento de devengo sobre el principal sino que, hay que tener en cuenta tanto lo establecido por la legislación vigente en el momento de concederse el préstamo, y la práctica y los usos mercantiles, como las circunstancias en que se desenvuelve el mercado monetario¹²². De forma que, los intereses remuneratorios, si son excesivos, pueden declararse usurarios. A estos efectos, la declaración de usura conlleva la nulidad del contrato con la consiguiente obligación restitutoria (artículo 3 de la LU), mientras que la abusividad no determina la nulidad de pleno derecho del contrato, sino la posibilidad de nulidad parcial si dicho contrato puede subsistir sin dicha cláusula (artículo 83 del TRLGDCU)¹²³.

¹²² En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6872) que señala al respecto que de forma sintética interesa destacar las siguientes diferentes técnicas en torno a su respectiva aplicación “A) Dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del CC, especialmente respecto de la consideración de la inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por el contrario, el control de contenido, como protección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierce exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta; B) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control establecido, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución (artículo 1 y 3 de la Ley). Frente a ello, el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. Extremo que, en contra del criterio seguido por la Audiencia y de conformidad con lo establecido en la nueva redacción del artículo 83 del TRLGDCU, dada pro a Ley 3/2014, de 27 de marzo, comporta en la actualidad que la cláusula declarada abusiva no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación; y C) Por último, cabe resaltar que si diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumple o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada, de suerte que doctrinalmente que dicho fenómeno en la actualidad se califique como “un auténtico modo de contratar”, diferenciable del contrato por negociación con un régimen y presupuesto causal también propio y específico”; y, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 3ª, 28 diciembre 2009 (JUR 2010/107905).

¹²³ En las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2009 (RJ 2009/4467); y de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/1609); y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, de 15 de julio de 2010 (JUR 2010/345183) apreciado el carácter usuario del interés remuneratorio, debe declararse la nulidad de la hipoteca por razón de su accesoriedad.

Los intereses remuneratorios, aunque pueden ser objeto de doble control de transparencia en la línea expuesta en este estudio, sí les será de aplicación la LU. En todo caso, el TRLGDCU será de aplicación en aquellos casos en que el carácter abusivo se produzca en aspectos distintos a la propia cuantía excesiva de los intereses, o en la imposición de indemnizaciones o intereses moratorios desproporcionadamente altos o el redondeo de los tipos de interés únicamente al alza, así como la imposición de garantías desproporcionadas con el riesgo existente¹²⁴.

7. Nulidad por usurario de un “préstamo personal revolving” concedido a un consumidor.

La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2015 versa sobre una operación de crédito concertada entre un particular (D. Mateo) y la sucursal española de la entidad de crédito Banco Sygma Hispania.

El litigio tiene su origen en un contrato de “préstamo personal revolving”, consistente en un contrato de crédito que permitía hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por el banco. El tipo de interés remuneratorio fijado era del 24,6% TAE, y el interés de demora, el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales¹²⁵.

El cliente (D. Mateo) estuvo realizando durante varios años disposiciones a cargo de dicha crédito, cuya saldo deudor superó ampliamente el límite inicialmente fijado, pero ante el impago, a partir de determinada fecha, de las cuotas mensuales que le fueron giradas, la entidad financiera le demandó en reclamación de 12.269,40 euros que, comprendía, además del saldo de la cuenta de crédito, los intereses de demora devengados desde el cierre de la cuenta de crédito.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Cerdanyola del Vallés en sentencia de 13 de enero de 2012, como la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, en sentencia de 6 de septiembre de 2013 estimaron la demanda al rechazar el carácter usurario de la operación de crédito, pues, los intereses remuneratorios superaban apenas el doble del interés medio ordinario en las operaciones al consumo cuando se concertó el contrato. También rechazaron declarar abusivo el interés de demora, por considerar que el tipo previsto para el mismo no supondría un incremento excesivo respecto del fijado para los intereses remuneratorios.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandado, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda. La Sala considera que “el crédito revolving” concedido por la entidad financiera tiene carácter usurario. Lo encuadra como contrato de crédito en el marco del artículo 9 de la LU dada la flexibilidad de la regulación contenida en la citada norma y a partir de esa apreciación el Tribunal Supremo añade que cabe incluirlo, además, en el ámbito objetivo propio de la Ley de Crédito al Consumo. De esta forma, se interpreta la norma de acuerdo con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. Asimismo, se aplica la LU a los préstamos mercantiles y recuerda el Tribunal Supremo que, el artículo 315 del Código de Comercio establece el principio de libertad de la tasa de interés, que en el ámbito reglamentario desarrollaron la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, vigente cuando se concertó el contrato entre las partes y actualmente, el artículo 4.1 de la Orden EHA/2899/2001, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

¹²⁴ Frente a quienes como G.GARCÍA CANTERO, “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, *op. cit.*, p. 216 y V. MÚRTULA LAFUENTE, “La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis”, *op. cit.*, p. 21 que defienden la posibilidad que tiene el consumidor de optar por la vía de la usura o bien por el Texto Refundido de Defensa de los Consumidores en función de lo que en cada caso le resulte más favorable: M.N.TUR FAUNDEZ, “Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura. Cuenta corriente bancaria en descubierto. Comentario a la sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 1994”, *Revista General del Derecho*, núm. 608, 1995, p. 4886 se manifiesta en contra de tal facultad de elección y señala que cuando sea posible la aplicación de una normativa protectora de consumidores, no ha de aplicarse la ley de la Usura, que regirá exclusivamente en el supuesto en que no intervengan consumidores.

¹²⁵ E. AZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *La Ley de 12 de febrero de 2016*, p. 6 señala que, el crédito rotativo “no es un clásico contrato de préstamo simple o mutuo, sino que viene utilizándose como un crédito fácil de pequeñas cantidades o como un medio de pago aplazado”.

En cuanto a las cláusulas de intereses moratorios y retributivos señala respecto de los primeros que, pueden ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo, si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones como se ha declarado en las sentencias de esta mismo Tribunal de 22 de abril y 8 de septiembre de 2015. Y, asimismo que, no se permite un control del carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio en tanto estamos ante un interés que se refiere a un elemento esencial del contrato, como es el precio de del servicio, aunque puede ser objeto del doble control de transparencia en los términos analizados en este estudio que, permite en primer lugar que, la prestación del consentimiento por el consumidor se ha realizado con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que resulta más favorable.

Respecto a los intereses remuneratorios, para la procedencia de la declaración de nulidad por usura opta por no requerir la concurrencia acumulativa de los requisitos objetivo y subjetivo mencionados en el artículo 1 de la LU en la línea de la actual doctrina jurisprudencial¹²⁶. Al respecto señala la Sala que, para que una operación crediticia puede ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del artículo 1 de la LU, esto es, “que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso” y en este supuesto concurren los dos requisitos legales mencionados. En cuanto al primer requisito, el Tribunal resalta que el interés con el que ha de realizarse la comparación es el “normal del dinero”. No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés “normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia”. Para establecer lo que considera “interés normal” puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). La sentencia recurrida fijó como hecho acreditado que el interés del 24,6% TAE apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, lo que, considera, no puede tacharse de excesivo. Considera también que la indicación de la TAE resulta imprescindible para juzgar sobre la transparencia, dado que con ella se hace posible para el consumidor conocer la carga económica que asume y la comparación con otras ofertas posibles por parte de las entidades competidoras. Sin embargo, señala el Tribunal, que la cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es “notablemente superior al normal del dinero” y, en todo caso, el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE) que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a los estándares legalmente predeterminados. Una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumidor en la fecha en que fue concretado permite considerar el interés estipulado como “notablemente superior al normal del dinero”. En esencia, para determinar cómo usurario un préstamo la comparación se debe hacer entre TAE por un lado y, los datos estadísticos del Banco de España por otro. Ciertamente, el concepto de interés usurario es relativo y se obtiene de la comparación con el interés medio de operaciones de concesión de crédito análogas. Respecto al segundo requisito del artículo 1, la Sala afirma que no concurren ninguna circunstancia jurídicamente atendible que justifique un interés tan notablemente

¹²⁶ En contra, E. VAZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *op. cit.*, p. 7 señala que “abandonar absolutamente el criterio subjetivo entraña el peligro de no poder identificar siempre el interés usurario puesto que podría concederse un cierto margen de impunidad en aquellos casos en los que por las circunstancias concretas se produce un aprovechamiento de las dificultades económicas o inexperiencia del prestatario. Es decir, evitaría aplicar la Ley de Usura a aquellos casos en los que el préstamo o crédito no se limita a una operación aislada, sino que se trata de relaciones complejas en las que cada operación pudiese situarse en el límite legal estableciendo un tipo de interés asumible, pero exigiendo, además, prestaciones de naturaleza diversa no inmediatamente apreciables con relación al tipo de interés máximo exigible”.

elevado, ya que no puede asociarse como tal circunstancia el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipo de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Debe existir una equivalencia entre el interés que se percibe el prestatario, el riesgo que corre su capital y las garantías que acompañan al préstamo. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa, pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, pueda esperar obtener un alto beneficio, con la fijación de un interés notablemente superior al normal.

Ahora bien, como dice la sentencia mientras la normalidad no precisa prueba especial; si, en cambio, su carácter desproporcionado. Y, al respecto determina que, la carga de probar que el interés no es desproporcionado a pesar de que exceda del interés normal es del prestamista. Esto supone que, probada la diferencia entre el interés normal y el pactado, será el prestamista quien deba acreditar que no es desproporcionado, atendidas las circunstancias del caso. Se fija por el Tribunal Supremo una regla general sobre la carga probatoria, en concreto, sobre quien tiene que probar el requisito de la desproporción que, se aplicará a todo tipo de contratos de préstamo y no solo al analizado por la sentencia.

Por otra forma se destaca la compatibilidad de la Ley de la Usura con las normas de protección de consumidores frente a las cláusulas abusivas, ya analizada en líneas precedentes y alude a las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2013 que declaró que el pacto de intereses remuneratorios al tipo del 22% a un plazo de 6 meses era notablemente superior al normal del dinero del 5,5%, elementos que influyeron en la calificación del contrato como usurario; y, de 2 de diciembre de 2014 relativa a un contrato de préstamo al tipo de interés remuneratorio del 4% y moratorio del 30% y declaró nulo el contrato como usurario. Y, asimismo que, la LU se configura como un límite a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos y, en general, a cualquier operación de crédito “sustancialmente equivalente” –declarado ya por esta misma Sala en anteriores sentencias, como las de 18 de junio de 2012; de 22 de febrero de 2013 y de 2 de diciembre de 2014-.

La sentencia declara, finalmente, que el carácter usurario del crédito conlleva la nulidad y las consecuencias de esa nulidad son las previstas en el artículo 3 de la LU, esto es, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la cantidad recibida. Por tanto, dado que el demandado ha abonado a la demandante una cantidad superior a la que recibió, la demanda ha de ser completamente desestimada. Añade que, la falta de formulación de reconvencción impide aplicar la segunda parte del precepto, conforme a la que, si el prestatario hubiera satisfecho parte de la suma percibida como principal, y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total e lo percibido, exceda del capital prestado. Finalmente, al haber abonado el demandado una cantidad superior a la recibida de la demandante, no procede el devengo de intereses de demora, lo que excusa de entrar a resolver el segundo motivo del recursos que, plantea una cuestión que ya ha sido resuelta por la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de abril y 8 de septiembre de 2015)¹²⁷.

¹²⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 9 de marzo de 2010 (JUR 2010/177285) se trata de un crédito “rápido”, sin garantías, con posibilidades de sucesivas disposiciones incluso mediante una simple llamada telefónica, y, en definitiva, con un elevado riesgo de impago, crédito que resultaba por tanto de más que dudosa obtención por otras vías financieras y en mejores condiciones económicas para la prestataria. Considera que el interés remuneratorio del 22,2%, TAE 24,6% no se considera desproporcionado; y, de la misma Audiencia, sección 17ª, de 22 de julio de 2013 (JUR 2013/340650) interés remuneratorio del 22.20% anual que rebasa el doble del interés legal del dinero y el fijado para los créditos al consumo, de aplicación analógica. Falta de justificación por el prestamista de dicha desproporción. Aceptación del préstamo por el prestatario por su inexperiencia y estado de necesidad. Se trata de una persona mayor sin actividad laboral, siendo pensionista. Disposición de efectivo de forma inmediata y sin soporte escrito que impide al prestatario tomar conciencia del riesgo de su actuación.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

- M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, decimocuarta edición, Edisofer, Madrid 2011, pp. 799 a 813.
- R. DE ÁNGEL YAGÜEZ R., “Comentario a los artículos 1740 y 1753 a 1757 del Código Civil”, en C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz; L. Díez-Picazo y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil, dirigido por, T. II*, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1600 a 1603 y 1622 a 1633.
- J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario a los artículos 1753 a 1757 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VIII, director*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11980 a 12009.
- L. DIEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (T.2), décima edición, Tecnos, Madrid 2012, pp. 169 a 171 y 176 a 182.
- J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, “Condiciones abusivas de crédito”, en U. Nieto Carol (dir.), *Crédito y protección del consumidor*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pp. 439 a 571.
- J.M. EMBID IRUJO, “Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario”, *La Ley 1989-3*, pp. 257 a 263.
- G. GARCÍA CANTERO, “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, *Actualidad Civil 1989-1*, pp. 205 a 216.
- FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Dykinson, Madrid, 2010.
- FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 45 a 110.
- C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, decimosexta edición, Marcial Pons, Madrid 2014.
- J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito, 5ª ed., revisada y puesta al día por FCO. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 2013, pp. 161 a 163 y 167 a 172.
- *Elementos de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I Parte general. Teoría general del contrato, 5ª ed., revisada y puesta al día por FCO. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 2011, pp. 105 a 110.
- P. MARÍN PÉREZ, “Comentario a los artículos 1740 y 1753 a 1757 del Código Civil”, en Manuel Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXII, vol. 1º*, Edersa, Madrid, 1991, pp. 19 a 46 y 86 a 144.
- C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C., *Curso de Derecho Civil*, vol. II Derecho de Obligaciones, 4ª ed., volumen coordinado por Carlos Martínez De Aguirre Aldaz, Colex, Madrid 2014, pp. 737 a 738 y 740 a 745.
- M. MUÑOZ CERVERA, “El interés y la usura”, en U. Nieto Carol (dir.), *Crédito y protección del consumidor*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pp. 599 a 680.
- M. ORDÁS ALONSO M., “Comentario a los artículos 1740 y 1753 a 1757 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1986 a 1988 y 1997 a 2006.
- *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Navarra 2004.
- Mª. Á. PARRA LUCÁN, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VIII*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11891 a 11898.
- I. SABATER BAYLE, *Préstamo con intereses, usura y cláusula de estabilización*, Aranzadi, Navarra 1986.
- E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Crédito rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *La Ley 12 de febrero de 2016*, pp. 6 a 11.

A VUELTAS CON EL COSTE DE LA CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LAS PERMUTAS FINANCIERAS O SWAPS

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS
Abogado en Iure Licet Abogados

Fecha de recepción: 24 de mayo

Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: La masiva comercialización de productos financieros tan complejos como las permutas financieras o swaps ha jalonado los últimos tiempos de las sombras del sistema financiero. Tal comercialización -ya podemos afirmar absolutamente defectuosa- ha fraguado una pugna de mayúscula trascendencia práctica en nuestros tribunales, que debe ser analizada con la necesaria honestidad intelectual, para silenciar aquellas voces que aprecian en algunas resoluciones cierto halo de «iniquidad manifiesta» o aquellas otras que consideran el actual torrente jurisprudencial como una emersión de una especie de «Justicia del Cadá».

Tal dicotómica percepción se alimenta además con una manifiesta tensión de criterios que divide especialmente a la doctrina y en menor medida a los tribunales. Es precisamente en ese contexto donde descansan los nada pacíficos debates en torno a la cancelación anticipada de las permutas financieras, que será la cuestión que ocupará este breve estudio, con un análisis desde tres perspectivas: el cómputo del dies a quo de la consumación contractual; la confirmación contractual del artículo 1309 y siguientes del Código Civil y el error como vicio del consentimiento.

ABSTRACT: The massive commercialization of financial products as complex as the financial barter or swaps has marked last times of the shades of the financial system. Such commercialization – we can already affirm absolutely defective – has forged a struggle of significant importance in our courts, which must be analysed with the required intellectual honesty, to silence those voices that estimate in some resolutions certain halo of “evident prejudice” or those who consider the current jurisprudential stream as an emersion of a kind of “Qadi justice”.

Such dichotomous perception is supported, in addition, by a manifested pressure of criteria that divides specially the doctrine and in a lesser extent the case law of the courts. It is precisely at this juncture where rest the non-pacific discussions regarding the anticipated cancellation of the swaps, which will be the object of analysis of this brief survey from three perspectives: the calculation of the dies a quo of the contractual consummation, the contractual confirmation of the article 1309 and following of the Civil Code and the error as vitiated consent.

PALABRAS CLAVE: Swaps, producto complejo, consumación, anulabilidad, confirmación tácita, error, vicio del consentimiento, cancelación anticipada..

KEY WORDS: Swaps, complex product, consummation, revocability, tacit acceptance, error, defect in consent, anticipated cancellation.

SUMARIO. I.INTRODUCCIÓN.II. LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL CÁMPUTO DEL PLAZO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD. III. LA POSIBLE CONFIRMACIÓN CONTRACTUAL POR LA CANCELACIÓN ANTICIPADA. IV. EL IMPACTO DEL COSTE DE CANCELACIÓN ANTICIPADA EN EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los males endémicos que ha germinado en el seno de la virulenta crisis económica que ha azotado a nuestro país es, sin duda, la comercialización masiva de productos financieros complejos. La innegable naturaleza intrincada de estos productos ha llevado a sus titulares a verse abocados a recabar la tutela de los tribunales, con el fin de despojarse de sus perniciosos efectos.

De tal suerte, las altas cotas del Euribor, durante los años 2005 a 2007, fueron el ideal caldo de cultivo para orquestar una venta masiva de las denominadas permutas financieras o *swaps*; vendidas como supuestas coberturas, pero que esconden en su idiosincrasia, un auténtico juego de azar con la entidad de crédito.

Es justamente en el mencionado lapso temporal, cuando innumerables sociedades mercantiles, desde pequeñas empresas hasta multinacionales, padecen la colocación de las sedicentes coberturas. Sin duda, la cuestión que se eleva es si tal comercialización responde a una operativa reprochable; o, más bien, se trata de una conducta venial, que se compeadece con legítimas estrategias comerciales.

En semejante contexto, la entrada en escena del Tribunal Supremo, con su contundente doctrina jurisprudencial¹, ha sido el merecido colofón a una defectuosa comercialización de las ruinosas permutas financieras; mas ello no significa que aún no queden un sinfín de resquicios que merecen un especial protagonismo que se ve ensombrecido por un automatismo, rayano en lo endémico, a reproducir, a golpe de formularios, demandas, contestaciones y, como no, las propias sentencias.

No solo hablamos de errores que subyacen en el plano jurídico -desde negar la eficacia horizontal de las Directivas no transpuestas en tiempo hasta el proteico concepto del error como vicio del consentimiento-, sino de aquellos sonoros silencios que retumban en multitud de defensas letradas de afectados, y que por efecto del principio de rogación resuenan en las correlativas sentencias, que van desde el dolo omisivo hasta la existencia de comisiones implícitas.

A pesar de ello, este breve estudio no nace con el fin de responder a todas esas cuestiones silenciadas, mas no por carecer de relevancia sino porque aspira a poner en valor una de las cuestiones angulares en materia de *swaps*. Tal cuestión estriba en la cancelación anticipada del mencionado producto desde tres perspectivas que alimentan aún el debate en la *praxis* judicial: el cómputo del *dies a quo* de la consumación contractual; la confirmación contractual del artículo 1306 y siguientes del Código Civil y el impacto dentro del fundamento del error como vicio en el consentimiento.

II. LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL CÁMPUTO DEL PLAZO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD.

La premisa jurídica de este apartado radica en el artículo 1.301 del Código Civil que establece como “*la acción de nulidad sólo durará cuatro años*” y que en los casos de “*error, o*

¹ La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en torno a los *swaps* se asienta en sus últimos pronunciamientos, entre otros, de 16 de marzo de 2016 (rec. 3271/2012) y 30 de diciembre de 2015 (rec. 2370/2012).

dolo, o falsedad de la causa” el plazo comenzará a correr “*desde la consumación del contrato*”.

El referido plazo no había suscitado históricamente problema alguno. Si bien, la entrada en escena de las relaciones contractuales complejas, en especial en el ámbito bancario, ha abocado a una discutible interpretación del término de consumación a los efectos del cómputo del *dies a quo* del plazo de cuatro años.

Y, a tal efecto, el Tribunal Supremo en la reciente sentencia del Pleno de 12 de enero de 2015, que vuelve a reiterar en otras como la de 7 de julio de 2015, establece lo siguiente:

“Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.”²

Es decir, lo que nos dice es que en las participaciones preferentes -producto financiero analizado en la referida sentencia- la consumación se puede entender desde que el cliente (consumidor o no) haya podido tener conocimiento de la existencia del error; y ejemplifica distintas situaciones en las que puede entenderse que el cliente ha conocido, o al menos ha tenido capacidad para conocer, el error (v. gr. suspensión de las liquidaciones o intereses, aplicación de las medidas por el FROB, etc.).

Tal proceso intelectual del Tribunal Supremo está siendo aprovechado por las defensas letradas de las entidades de créditos para sembrar la inseguridad jurídica allá donde jamás la hubo, ni la puede haber. Y me explico. Ahora las entidades de crédito bregan por aplicar tal doctrina del Alto Tribunal *mutatis mutandi* a cualquier producto financiero (en nuestro estudio, los *swaps*), lo cual resulta inasumible.

Y es inasumible por una sencilla razón, porque no puede parangonarse una permuta financiera a una participación preferente o una deuda subordinada, ya que en este último caso se trata de una deuda perpetua, mientras que el *swap* tiene fijado un vencimiento concreto. E igualmente las pugnas doctrinales en torno al discutible carácter de tracto sucesivo, que, luego, se trasladaban a los tribunales, han sobrevolado siempre en los casos de participaciones preferentes o deudas subordinadas; pero, en ningún caso, sobre las permutas financieras (*swaps*), en las que resulta claro su carácter de tracto sucesivo.

Misma suerte debe predicarse en el caso de las situaciones que el Alto Tribunal cita a título ejemplificativo como *dies a quo* para las participaciones preferentes; pues si bien pudiera ser cierto que cuando se suspende el pago de los intereses de las participaciones preferentes, el cliente puede ser consciente del error -lo cual resulta cuando menos discutible ante las eufemísticas excusas de las entidades de crédito que mantenían la impostura-; no puede ser, de ningún modo, cierto que la recepción de la primera liquidación negativa en el *swap* implique un conocimiento del error en el que incurre el cliente, ya que el producto es tan extraordinariamente complejo -con comisiones implícitas subyacentes y un coste de cancelación anticipada enraizado en unas formulas ininteligibles y sobre todo no trasladadas al cliente- que sólo el momento de vencimiento o de cancelación anticipada de la permuta financiera debe ser el inicio del cómputo del plazo de los 4 años.

Así lo están entendiendo ciertos tribunales, en recientes sentencias, que ya conocen de este subterfugio de las entidades de crédito, que no goza, por su falta de solvencia, de fortuna alguna; así, a título ilustrativo, la reciente sentencia núm. 96/2016 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 7 de marzo de 2016:

² Vid. Sentencia núm. 769/2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 12 de enero de 2015 (LA LEY 3764/2015).

“Pues bien; la cuestión no es tan sencilla como pudiera parecer, y al entender de la sala no es asimilable al supuesto contemplado por la sentencia del T.S. de 12 de enero de 2015, donde se estaba ante unas preferentes que son deuda perpetua, por contra teniendo el swap que nos ocupa con una duración determinada de 1 de octubre de 2.008 a 1 de octubre de 2.013. La preferentes objeto de un canje obligatorio, y el swap siendo contrato aleatorio sin conocerse las definitivas consecuencias hasta la finalización prevista en el mismo.”³

Y a renglón seguido, clarifica como la sentencia del Alto Tribunal de 12 de enero de 2015, que se ha convertido en el burladero procesal de las defensas de las entidades de crédito, no ha usurpado el sentido jurídico de la consumación:

“De hecho el propio T.S. en la sentencia de 12.I.2015, menciona otras anteriores, de que el día inicial es cuando se hayan consumado en su integridad todos los vínculos obligacionales que generó.”⁴

Así pues, la decisión salomónica del Tribunal Supremo pretendía, por un lado, enmudecer a quienes pugnaban constantemente por un atentado a la seguridad jurídica debido a una prolongación indefinida de la acción, y, por otro lado, proteger de prácticas bancarias abusivas al consumidor. Lo que está claro es que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo pone punto y final a esa –ya podemos decir desafortunada– línea jurisprudencial que hacía coincidir en el tiempo la consumación con la perfección contractual⁵.

En definitiva, la recepción de la primera liquidación negativa de un *swap* no puede erigirse como el *dies a quo* del cómputo del plazo de 4 años para el ejercicio de la acción de anulabilidad, si no es amparado bajo una interpretación, absolutamente capciosa, de la ya histórica sentencia de 12 de marzo de 2015 del Alto Tribunal y una desnaturalización hilarante del término jurídico de la consumación.

III. LA POSIBLE CONFIRMACIÓN CONTRACTUAL POR LA CANCELACIÓN ANTICIPADA.

El lector, bregado o no en estas lides, puede advertir cierto grado de oportunismo - jurídicamente recusable, con los efectos confirmatorios de la doctrina de los actos propios- en el hecho de que multitud de sociedades mercantiles, titulares de este producto financiero, recibieran liquidaciones positivas, reestructurasen las permutas financieras e, incluso, llegasen a extinguir el contrato -cancelándolo de forma anticipada-; y que, ahora, meses, e incluso años, más tarde pretendan resucitarlo.

³ Vid. Sentencia núm. 96/2016 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 7 de marzo de 2016 (LA LEY 24246/2016).

⁴ *Ibidem*.

⁵ Así, por ejemplo, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya -siguiendo el criterio de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de junio de 2013 ; SAP de Asturias, Sec.7ª de 29 de julio de 2013; SAP de Zaragoza, Sección 4ª, de 30 de marzo de 2012 , 31 de enero de 2.013 y 10 de mayo de 2013 ; y SAP de Madrid, Sección 25ª, de 24 de mayo de 2.013 , y Sección 11ª, de 1 de marzo de 2.013- estimaba el carácter de tracto único de las participaciones preferentes y, por extensión, estimaba la caducidad de la acción. Así, a título ilustrativo, su sentencia núm. 76/2014 de 1 de abril de 2014 “en el presente caso nos encontramos ante una orden de compra y con ello ante un contrato, no de tracto sucesivo por mucho que el título adquirido lo sea, sino de tracto único pues la demandada recibe la orden de compra del cliente y se limita a adquirir para el mismo las participaciones que emite un tercero, de modo que el contrato se consuma cuando dada la orden de compra por el cliente el banco la materializa y cobra su comisión, sentido en que ya nos hemos pronunciado para supuesto cual el de autos en la ya citada sentencia de 24 de febrero de 2014 , también en más reciente de 14 de marzo de 2014 , indicando además que las posibles actuaciones ulteriores a la misma como el depósito, que será meramente contable, de las obligaciones y las comunicaciones que se puedan dar de manera periódica sobre la evolución del producto, con una cuenta del cliente asociada, no implican como tal una prestación de este tipo de contrato sino las prestaciones derivadas de los servicios bancarios de prestación habitual al cliente, siendo meramente instrumentales y sin transcendencia”.

A tal respecto, el artículo 1.309 del Código Civil dice que “*La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido válidamente confirmado*” mientras que el artículo 1.311 del Código Civil matiza en cuanto a sus modalidades que “*La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente: Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo*”.

Se arguye de forma sistemática por las entidades de crédito ante los tribunales que el pago y aceptación de las liquidaciones negativas así como la cancelación anticipada del producto -y más cuando se contrata financiación bancaria, para bien, abonar las estratosféricas liquidaciones negativas, o bien, el ya ruinoso coste de cancelación-, denota una aceptación del negocio jurídico; en definitiva, una confirmación tácita del contrato.

Tales esfuerzos dialécticos han hecho fortuna en ínfimas ocasiones en la práctica judicial y sirva a efectos ilustrativos la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 5 de noviembre de 2013 que vino a decir que:

“Por ello puede afirmarse que si en ese tiempo conoció o al menos pudo conocer el error que había padecido al suscribir ese contrato y pese a ello lo aceptó solicitando un préstamo para abonar las liquidaciones negativas que se producían, con ese acto ha de entenderse convalidada o confirmada su voluntad de sanar el contrato anulable y así es sabido el artículo 1309 del Código Civil prevé que la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato ha sido confirmado válidamente, y esa confirmación puede hacerse de manera expresa o tácitamente conforme al artículo 1311 del mismo cuerpo legal . Y la sentencia de instancia entiende que ha habido una confirmación tácita al haber aceptado las liquidaciones negativas y para abonarlas solicitó un préstamo con el que hacer frente a las mismas.”⁶

Es decir, el tribunal entiende que el hecho de recibir liquidaciones negativas, con el plus además de haber solicitado financiación bancaria para abonarlo, supone un claro e inequívoco acto confirmatorio tácito.

Al referenciado proceso intelectual no le asiste de razón el Tribunal Supremo en ninguna de sus últimas manifestaciones, que ha conocido precisamente de este controvertido extremo, y así, dice en reciente sentencia de 4 de diciembre de 2015:

“Esta Sala ha declarado que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato.

Además, existiendo error excusable e invalidante respecto del vencimiento anticipado del contrato, no puede considerarse que la demandante hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto confirmatorio del contrato anulable requiere un pleno conocimiento del error padecido que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido en este extremo se adquiere cuando se pretende la cancelación del contrato y se le exige una elevada cantidad, a la vista de cuál era el nocional del contrato”.⁷

Y más recientemente, en sentencia del 30 de diciembre de 2015, conoció el Alto Tribunal precisamente de un caso en el que además se solicitó financiación bancaria para abonar el elevado coste de cancelación, recordando de una forma contundente que:

⁶ Vid. Sentencia núm. 362/2013 de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 5 de noviembre de 2013 (LA LEY 172929/2013).

⁷ Vid. Sentencia núm. 668/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 4 de diciembre de 2015 (LA LEY 180570/2015).

“El que hubiera optado por la cancelación consensuada con el banco, mediante el pago de la suma de 188.265 euros, fue la conclusión a la que le llevó el propio banco, y no puede constituir un acto de confirmación, sino la única forma de acabar con la sangría que suponía el swap, para después presentar la demanda de nulidad, al objeto de recuperarse del perjuicio sufrido”⁸.

En conclusión, se termina, por fin, con un debate que debe clamar por la ausencia absoluta de confirmación alguna en el hecho de concluir de forma anticipada el contrato de permuta financiera, incluso aunque se hubiere contratado en unidad de acto financiación bancaria para hacer frente a tamaño coste; porque básicamente tal decisión responde a la necesidad de -como dice el Alto Tribunal, con una elocuente expresión- cesar la ‘sangría’ que supone el funcionamiento del *swap*.

IV. EL IMPACTO DEL COSTE DE CANCELACIÓN ANTICIPADA EN EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

Si bien en el seno del error como vicio del consentimiento, el debate en torno a la naturaleza y riesgos del *swap* se cierne rayano en auténticas hostilidades dialécticas, lo cierto es que el coste de la cancelación anticipada entra también en escena con cierta virulencia.

Resulta evidente que la inconcreción, por resultar eufemístico, de los costes que conllevaría la cancelación anticipada de la permuta financiera es sintomático de una representación mental inadecuada; pues, por regla general, de una lectura profunda y a conciencia de los documentos contractuales, no se puede siquiera colegir en base a qué parámetros se procede a calcular el coste de cancelación anticipada.

En otras palabras, resulte improbable, por no decir imposible, que el cliente -ya sea un consumidor o una mercantil, incluso avezada en productos de riesgo- se represente mentalmente un posible coste por la cancelación anticipada, y, mucho menos, un coste tan sumamente extraordinario. Y ello, básicamente, porque cuesta imaginarse en base a qué factor exógeno o endógeno se debiera haber visto impelido a representarse la posible existencia de un coste de cancelación y su forma de cálculo.

De tal manera, la debida armonía entre la buena fe y el cumplimiento de las normas de conducta hubieran exigido la exposición de las bases de cálculo o una estimación aproximada en función de los diversos escenarios posibles; de manera que quien contrataba hubiese obtenido un cabal conocimiento de las consecuencias que para el mismo podría comportar la cancelación anticipada del contrato de presunta cobertura.

A tal orfandad informativa, se le anuda de forma transversal el carácter esencial del coste de la cancelación anticipada, por un motivo que deriva de un sencillo ejercicio intelectual: cualquier cliente conocedor de las posibles cantidades estratosféricas, que supondría la cancelación anticipada de una presunta cobertura, jamás lo hubiese contratado.

Ese ejercicio de sentido común lo preconiza el Alto Tribunal que secunda el carácter esencial del coste de la cancelación anticipada, con el evidente impacto en la formación de la voluntad en caso de que concurriese una representación mental equivocada sobre los posibles costes de la cancelación⁹. Un exponente inequívoco de tal sentir, que parece haber

⁸ Vid. Sentencia núm. 744/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 de diciembre de 2015 (LA LEY 205585/2015).

⁹ En el mismo sentido, y a título meramente ilustrativo, se toma en préstamo el F.J. Séptimo de la sentencia de 15 de marzo de 2013 de la de la Audiencia Provincial de Madrid: “Y aquí reside el problema, pues ni puede calcular, con el contrato en la mano, su coste, ni tiene elementos seguros para contradecir la liquidación que le pasa el Banco, pues nada concreto dice el contrato. Esa posibilidad de cancelación anticipada era la salvaguarda que tenía el cliente para desistir de la operación si le resultaba demasiado gravosa, y por ello tiene incidencia en la emisión de su

calado hondo en el Alto Tribunal, reside en su reciente sentencia de 15 de septiembre de 2015, que, por su elocuencia expresiva, se toman en préstamo sus razonamientos:

“Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume”

Pero, si hay un matiz, que resulta esencial es el siguiente:

“Y lo acaecido con los tres primeros contratos de Swap justificaba que la demandante, al concertar el cuarto Swap, no pudiera representarse un coste de cancelación tan oneroso como el que le liquidó el banco cuando decidió resolver el contrato de forma anticipada. (...)

Es comprensible que al cliente le sorprendiera el importe de esta penalización, que difícilmente podía haberse representado de antemano, cuando firmó el contrato, y que al hacer muy gravoso el desistimiento podría haber tenido una incidencia relevante a la hora de prestar consentimiento al contrato”¹⁰.

Es decir, ni siquiera una concatenación de *swaps* se ‘libra’ del error, ya que las reestructuraciones, que implican que no se devengue coste alguno por la cancelación del *swap* anterior, sumergían en la misma impostura al cliente.

De tal modo, el Alto Tribunal, en sus últimos pronunciamientos, confiere cada vez mayor relevancia al coste de cancelación anticipada; y así, la sentencia del Alto Tribunal de 25 de noviembre de 2015 recuerda la importancia de trasladar el coste de cancelación:

“Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente.”¹¹

La contundencia del Alto Tribunal nos aboca a orillar aquella línea doctrinal y jurisprudencial –claramente minoritaria– que justificaba tanto la ausencia de concreción de las fórmulas del coste de cancelación como que su falta de información al cliente no refería entidad para anudar un vicio en el consentimiento. Así, decae, por ejemplo, la opinión de los juristas DÍAZ RUIZ e IGLESIAS RODRIGUEZ que entienden que:

“El cálculo de ese precio depende, por tanto, de variables desconocidas en el momento de la suscripción del contrato. En efecto, en ese momento resulta imposible ofrecer un concreto precio de cancelación ya que depende de la fecha en que se solicita la cancelación y, por tanto, el tiempo que resta hasta la finalización del contrato; y de la situación de los tipos de interés en el momento de la cancelación”¹².

E igualmente decae un sentir de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que en reiteradas ocasiones decía que:

consentimiento, y, por ello, también, una idea equivocada, constituye error vicio”. *Vid.* Sentencia núm. 214/2013 de la de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª), de 15 de marzo de 2013 (JUR\2013\189987), F.J. Séptimo.

¹⁰ *Vid.* Sentencia núm. 491/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de septiembre de 2015 (JUR 2015\224998), F.J. Primero.

¹¹ *Vid.* Sentencia núm. 675/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre de 2015 (LA LEY 178860/2015).

¹² *Vid.* DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRIGUEZ, J. “A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (*swaps*). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 20/2011 (Sección 1ª), de 18 de enero de 2011”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Enero-marzo 2011, núm. 127, p. 231.

"Desde esta perspectiva no puede sostenerse ignorancia de que la cancelación anticipada pudiera conllevar un coste para el cliente. Y lo que no cabe es pretender información a futuro de un eventual coste de una cancelación anticipada que se ignora además no solo si ha de llegar a producirse o no sino también, de producirse, cuándo y cuáles fueran en tal momento los precios de mercado; ni en su carencia puede sustentarse el error en el consentimiento que ahora se alega pues lo cierto es que este consentimiento se da a una aleatoriedad, aleas en que está el obtener ganancias o asumir pérdidas común a ambos contratantes"¹³.

En definitiva, todos los esfuerzos por justificar la ausencia de referencia alguna en cuanto a la cancelación anticipada del producto, no pueden hacer triunfar la oposición de las entidades de crédito.

En suma, y a pesar de que el Alto Tribunal allana el camino, lo cierto es que todos los argumentos referentes a la concurrencia del error quedan a la postre supeditados a la ventaja heurística de la intermediación del juzgador a *quo*, quien asistirá al laborioso menester de valorar, según las reglas de la sana crítica, las testificales de los empleados y los titulares de los productos en cuestión. Una ponderación, que dista de ser sencilla, ya que si bien es cierto que los empleados defenderán a ultranza su puesto y afirmarán con rotundidad que se les informó adecuadamente, lo que denomina el Alto Tribunal el principio de mínimos riesgos; no es menos cierto que el afectado intervendrá imbuido por unos razonables intereses patrimoniales.

V. BIBLIOGRAFÍA.

5.1. Doctrina consultada.

CALLEJO CARRIÓN, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. "Swaps: no todo vale al amparo de la autonomía de la voluntad", *Diario LA LEY*. 2 de Febrero de 2015, N° 8471, ref. LA LEY 526/2015.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. 2^o edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2005.

DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRIGUEZ, J. "A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (swaps). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 20/2011 (Sección 1^a), de 18 de enero de 2011". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Enero-marzo 2011, núm. 127,

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. 9^o edición. Madrid: Ed. Tecnos, 2001. MERCADAL VIDAL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G. *La comercialización de swaps de tipos de interés por las entidades de crédito*. 1^o edición. Barcelona: Ed. Bosch, 2012.

5.2. Jurisprudencia consultada.

Sentencia núm. 164/2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 16 de marzo de 2016.

Sentencia núm. 96/2016 de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3^a), de 7 de marzo de 2016.

Sentencia núm. 744/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 de diciembre de 2015.

Sentencia núm. 668/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 4 de diciembre de 2015.

¹³ Véase, *ad exemplum*, la sentencia núm. 208/2014 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5^a), de 3 diciembre de 2014 (JUR 2015\65301).

Sentencia núm. 675/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre de 2015.

Sentencia núm. 491/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de septiembre de 2015.

Sentencia núm. 769/2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 12 de enero de 2015.

Sentencia núm. 208/2014 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5ª), de 3 diciembre de 2014.

Sentencia núm. 362/2013 de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 5 de noviembre de 2013.

Sentencia núm. 214/2013 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª), de 15 de marzo de 2013.

IMPORTANCIA DEL GOBIERNO CORPORATIVO COMO HERRAMIENTA PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE LAS EMPRESAS COTIZADAS Y NO COTIZADAS Y LAS MEJORAS RECIENTES A LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

JÉSSICA MARÍA REYES SEPÚLVEDA
Abogada
Máster en Derecho Procesal Civil y
Máster en Derecho Bancario y de los
Mercados e Instituciones Financieras.

Fecha de Recepción: 24 de mayo
Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: La crisis financiera por la que ha atravesado España ha demostrado la importancia del gobierno corporativo en las empresas cotizadas y no cotizadas como mecanismo para la determinación de su perfil de riesgo y en el establecimiento de sus políticas retributivas. La mejora del gobierno corporativo es una preocupación y se ha convertido en un reto permanente, tanto a nivel nacional, como a nivel europeo, es por ello, que se ha venido regulando de forma reiterada hasta llegar a la adopción de medidas, a través de normativas concretas plasmadas a nivel nacional en la Ley 31/2014 del 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo, así como en la elaboración de un nuevo Código de Buen Gobierno. Y a nivel europeo, a través del Mecanismo Único de Supervisión, cuyo policía bancario se sentará en los Consejos de Administración de las entidades Españolas, y las del resto de Europa.

ABSTRACT: The financial crisis by Spain has gone though, has showed the importance of corporate governance in listed companies and unlisted as a mechanism for determining of their risk profile and the establishment of their remuneration politics. Improving of corporate governance is a concern and has become a permanent challenge, both national and European level, which is why, that has repeatedly been regulating, until the adoption of measures, through specific policy, embodied in the national level at the law 31/2014 of December 3rd, by modified the law of Capital Corporations to improve of the corporate government, as well as in the redaction of the new code of good governance. And at European level, through of the Single Supervisory Mechanism, whose banking supervisor will be on the board of directors of the Spain companies and the rest of Europe.

PALABRAS CLAVE: Gobierno Corporativo, compañías cotizadas y no cotizadas, accionistas, consejo de administración.

KEY WORDS: **Corporate** Governance, listed companies and unlisted, shareholders, board of directors.

Sumario: 1. Introducción; 2. Concepto de Gobierno Corporativo; 3. Beneficios; 4. Nacimiento; 5. Gobierno Corporativo en España; 6. Mejoras recientes a la legislación; 7. Conclusión; 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las crisis originadas a nivel mundial, los cambios que ha sufrido la globalización, así como los distintos escándalos financieros que hemos visto a través de la historia en grandes empresas financieras, han puesto en tela de juicio las prácticas financieras de las empresas y han generado una desconfianza en el mercado, lo cual ha hecho que las empresas pongan mayor hincapié en sus organismos internos, como punto de partida para la prevención de los riesgos. Es por ello, que se han centrado en fortalecer su entorno económico a través de la figura del Gobierno Corporativo.

Con el paso de los años, vemos como esta figura ha adquirido gran importancia, tanto a nivel nacional como internacional y como juega un papel fundamental en el crecimiento de las economías a nivel mundial. Los países se han dado cuenta del papel que representan los órganos de administración de una empresa y como estos son determinantes para desarrollar la economía de un país. La buena gestión permite que un país incremente sus recursos financieros, dando estabilidad en el mismo.

Es por ello, que se han enfocado en dar particular atención al Gobierno Corporativo de las entidades, como un mecanismo de gestión de riesgos. Este funge como un mecanismo de prevención y control en las empresas, que busca que haya transparencia, eficacia y responsabilidad en los procesos tanto internos como externos. Hoy en día, tener un buen Gobierno Corporativo que vaya a la par con las características de la empresa, es elemental para su buen desarrollo y hace que sea más confiable para los inversores.

El objetivo del siguiente artículo es analizar la figura de Gobierno Corporativo en España, su evolución, su impacto en las empresas españolas y los avances aportados en la legislación.

2. CONCEPTO DE GOBIERNO CORPORATIVO.

Cadbury¹, define el Gobierno Corporativo como el sistema por el que se dirigen y controlan las compañías². Mientras que la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), lo define como el mecanismo de los accionistas que sirve de contrapeso y guía a la administración del negocio para asegurar la eficacia, equidad, transparencia y resultados, mediante acciones seguidas por la organización, a fin de lograr razonabilidad, rendición de cuentas, resultados, transparencia y responsabilidad.

Por su parte, J. Wolfensohn, expresidente del Banco Mundial³, define el Gobierno Corporativo, como las reglas y procedimientos para tomar decisiones en los asuntos corporativos y la promoción de la justicia corporativa, la transparencia y la rendición de cuentas.

Partiendo de estos conceptos podemos decir, que el Gobierno Corporativo es un mecanismo de control y dirección que tiene por finalidad fortalecer los órganos de dirección y control de las empresas, al tiempo que define las diferentes funciones de los actores que participan en ella, dígase accionistas, directores o miembros de Junta Directiva y administradores, e incrementa los niveles de

¹ Sir Adrian Cadbury, estuvo a cargo del Comité de Asuntos Financieros de Gobierno Corporativo, cuyo propósito era estudiar los aspectos financieros y de control de las sociedades y dar respuesta al bajo nivel de confianza de los actores. De este comité surge el Informe Cadbury.

² OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *El gobierno corporativo como instrumento al servicio del accionista minoritario*. CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA. Publicada en Cuadernos de Derecho para Ingenieros, nº 10. Pág. 3. Disponible en la Web:

http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/el_gobierno_corporativo_como_instrumento_al_servicio_del_accionista_cuadernos_de_derecho_para_ingenieros_n_10_537.pdf

³ J. Wolfensohn, Fue presidente del Banco Mundial por 10 años, desde 1995-2005.

transparencia y rendición de cuentas frente a las personas interesadas. Al tiempo que vela por los intereses de los accionistas y otros grupos de interés.

No existe una definición que se adapte a todas las circunstancias. Este término acepta definiciones tanto sencillas como amplias, y cada país adopta un concepto en base a sus necesidades, refiriéndose a diferentes temas y personas, lo que sí está claro, es la finalidad del mismo, que es ayudar a gestionar organizaciones perdurables, capaces de responder ante sus grupos de intereses, generar valor y ser merecedoras de la confianza del mercado⁴, a través de la transparencia y la rendición de cuentas.

3. BENEFICIOS.

El establecimiento del Gobierno Corporativo genera beneficios, como son:

1. **Genera mayor confianza en el mercado.** Ha quedado demostrado que mientras mayor es la regulación y la protección de los inversores en el mercado, mayor será la confianza que estos tendrán a la hora de invertir, puesto que saben que sus fondos están en manos de entidades que se encuentran reguladas desde la cúspide de la institución, velando por sus intereses, más que por los propios. Así como también, mayor será la confianza que tendrán los bancos, tanto nacionales como internacionales, a la hora de concederles préstamos en condiciones financieras más favorables, esto es, menor tasa de interés y plazos más cómodos⁵.
2. **Promueve la transparencia interna y externa.** El Gobierno Corporativo busca que la información que se suministre sea clara y refleje la realidad social y económica de la empresa, a través de la supervisión de la información que se suministra, la cual debe ser íntegra, y la correcta aplicación de los principios contables.
3. **Limita la ocurrencia de prácticas desleales y de delitos por parte de los directivos y asegura el buen manejo de la sociedad.** El Gobierno Corporativo busca limitar el accionar de los directivos, a través de la concreción de sus responsabilidades, derechos y deberes. De igual forma, establece reglas claras sobre la toma de decisiones, gestión y administración del negocio a los fines de que haya un buen manejo de la sociedad y se eviten conflictos entre los accionistas⁶.
4. **Mayor valoración de la empresa.** El establecimiento del Gobierno Corporativo, permite que las empresas sean mejor valoradas por los inversionistas. Ha quedado demostrado que un buen Gobierno Corporativo es esencial para crear un clima propicio para la inversión, por el mismo hecho de los inversores saber que su inversión es segura y será más rentable⁷.
5. **Disminuye el costo de capital.** A través de esta disminución se pueden conseguir recursos monetarios a menor coste puesto que el riesgo de incertidumbre del mercado se ha reducido.

⁴ KPMG. *Gobiernos Corporativos: una mirada actual y futura*. Seminario: Gobiernos Corporativos. Chile. Agosto, 2007. Pág. 4. Disponible en la Web: <https://www.kpmg.com/CL/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/2007-08-kpmg-gobierno-corporativo-mirada-actual-futura.pdf>

⁵ DIAZ ORTEGA, Enrique. *Gobierno Corporativo: lo que todo empresario debe saber*. Centro de Estudios de Mercados de Capital y Financiero y Corporación Andina de Fomento (CAF). 2005. Pág. 10. Disponible en la Web: https://www.caf.com/media/3270/Mfolleto_solo_caf.pdf

⁶ KPMG. *Gobierno Corporativo*. México. Pág. 3. Disponible en la Web: <https://www.kpmg.com/MX/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Factsheets/Gobierno-Corporativo.pdf>

⁷ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/ Banco Mundial. *Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo*. Washington. 2005. Pág. 9.

De acuerdo a estos beneficios, podemos decir que no solo basta con implementar un Gobierno Corporativo, sino que el mismo debe ser lo suficientemente bueno para generar grandes beneficios a la empresa. Su existencia debe ser notada por los agentes que participan en ella, a través de principios básicos tales como, la eficiencia, la equidad entre los partícipes y el respeto de sus derechos, el cumplimiento responsable de las obligaciones y la transparencia en la información⁸ junto a la rendición de cuentas.

4. NACIMIENTO.

Este término se empieza a desarrollar a partir de los años 30, con la crisis de Wall Street en 1929, donde se visualiza la necesidad de transparentar y encontrar una manera de que los directivos respondan a los accionistas por sus prácticas de negocio. Es a partir de esta fecha que se desarrollan los primeros roles que deben tener las corporaciones en la sociedad⁹.

Sin embargo, no es hasta principio del siglo XXI, como consecuencia de una serie de despidos en empresas muy importantes y con los escándalos financieros que se originaron a nivel mundial, en empresas como Coloroll, Lehman Brother, Parmalat, Enron, Tyco, Worldcom, Madoff, Maxwell Group, entre otras, las cuales eran aparentemente sólidas según sus estados financieros, que se desencadena el desarrollo de recomendaciones y regulaciones sobre Gobierno Corporativo.

Desde los años noventa se viene observando una importante tendencia en el desarrollo de los denominados Códigos de Conducta o de Buenas Prácticas a nivel mundial¹⁰. Hoy en día cada país tiene sus propios códigos. Este mecanismo de control se refleja a través de unas recomendaciones plasmadas en “Códigos de Buen Gobierno” dirigidos principalmente a las compañías cotizadas, pero susceptible de aplicación voluntaria a otras.

El informe Cadbury, en 1992, fue el inicio de los esfuerzos realizados por las organizaciones para mejorar el control, manejo y funcionamiento de las entidades a nivel mundial. Este surge de la creación de una comisión, que tiene por objeto examinar los aspectos más relevantes de un Gobierno Corporativo, aspectos que quedan plasmado en recomendaciones e inscritos en un Código, llamado Código de Buena Conducta, que será una guía para las empresas.

El principal objetivo de este informe era ofrecer una visión común de las medidas que hay que tomar en el ámbito de la información financiera y la contabilidad. Con una idea principal de cumplimiento voluntario de estas medidas y una consecuente publicación de los estados de cuenta y sus políticas y adecuación a las recomendaciones que se elaboraron¹¹. Si bien, estas recomendaciones hasta el día de hoy no son de cumplimiento obligatorio, en caso de no cumplirlas, las empresas deben de explicar al mercado la razón de tal incumplimiento.

⁸ DIAZ ORTEGA, Enrique. Óp. Cit. Pág. 12.

⁹ MUÑOZ ORELLANA, Clermont. Octubre-Diciembre, 2011. *Buen Gobierno Corporativo=Competitividad*. Visto en línea el: 31 de Marzo del 2016. Disponible en la Web: <http://www.espae.espol.edu.ec/images/documentos/publicaciones/articulos/buengobiernocorporativo.pdf>. Pág. 1.

¹⁰ FERRUZ AGUDO, Luis, MARCO SANJUAN, Isabel et Al. Julio, Agosto y Septiembre 2010. *Códigos de Buen Gobierno: Un análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español*. Revista de Ciencias Sociales, Aposta Digital. No. 46. ISSN 1696-7348. Pág. 2. Disponible en la Web: <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sanjuan2.pdf>

¹¹ LLANOS NAVARRO, Rocio de Lily. *Gobierno Corporativo en Inglaterra: El Informe Cadbury*. Perú. Perú: Law and Economics. 19 de mayo de 2012. Disponible en la Web: <http://limalaw.blogspot.com.es/2012/05/gobierno-corporativo-en-inglaterra-el.html>

Este es el *principio de cumplir o explicar (comply or explain)*, que se ampara en los principios de voluntariedad y de autorregulación de las entidades. Corresponderá a los accionistas, a los inversores y, en general, a los mercados de valores, las explicaciones que las sociedades cotizadas den en relación con el no seguimiento o seguimiento parcial de las recomendaciones que, en su caso, corresponda¹².

5. GOBIERNO CORPORATIVO EN ESPAÑA.

Luego del Informe Cadbury, surge una ola de interés por este tema tanto en Europa como en América Latina, por entender que tiene consecuencias macroeconómicas positivas a nivel mundial. A partir de ese momento cada país comenzó a crear y a adoptar sus propios códigos de buena conducta de acuerdo a sus necesidades de regulación.

España, especialmente, crea su propio informe sobre la problemática del Consejo de Administración en las Sociedades y el Código Olivencia o Buen Código de Gobierno, adoptado en 1998 y consta de 23 recomendaciones que deben ser tomadas en consideración por las empresas españolas que apelan a los mercados de capitales. Dichas recomendaciones están relacionadas con diferentes aspectos del Consejo de Administración¹³, tales como, su misión, su funcionamiento y la conducta que deben adoptar sus miembros.

En este informe se recoge muy claro el *principio de cumplir o explicar* las recomendaciones no adoptadas por la empresa. Así como otros temas, tales como, la necesidad de separar la gestión de la propiedad de la empresa, la función de los consejeros, las responsabilidades del secretario, se crea la figura de las comisiones delegadas de control, compuestas por consejeros externos, siendo las comisiones de auditoría, nombramiento y retribución, se establece el tiempo de mandato que no podrá ser superior a 5 años y se habla de las remuneraciones de los consejeros.

Luego de este informe, surge el informe Aldama en el 2003 como consecuencia de los problemas financieros, las informaciones falsas en los estados contables de las entidades y los comportamientos poco éticos de algunos ejecutivos en las empresas estadounidenses a partir del 2001, del cual surge la ley americana Sarbanes-Oxley-Act of 2002¹⁴.

El informe Aldama continua la tradición del informe Olivencia, puesto que sigue sus principales líneas definitorias y hace suyo la filosofía del imperio de la ley, la autorregulación y la transparencia¹⁵. Su principal objetivo es la búsqueda de un equilibrio entre una regulación orientada a la protección legal de los derechos de los accionistas y la mayor autorregulación posible de las empresas cotizadas. De este principio de libertad se deducen, a su vez “el principio de transparencia y el deber de informar”, “el principio de seguridad y el deber de lealtad”, debidamente equilibrados con el de diligencia¹⁶.

¹²Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*. Barcelona, España. Ed. Composiciones Rali, S.A. Febrero, 2015. Disponible en la Web: http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf

¹³GARCIA SOTO, María Gracia. *El Gobierno Corporativo y las decisiones de crecimiento empresarial*. Tesis Doctoral. Pág. 9 Disponible en la Web: u6 ISBN: 84-689-3571-9

¹⁴VELAYOS LLUIS, Juan. *Los principios reguladores del gobierno corporativo en España*. España. Foro de Actualidad. Publicaciones Uría. Pág. 89. Disponible en la Web: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1638/documento/foroEsp4.pdf?id=2114>.

¹⁵*Los códigos y el buen gobierno*. Pág. 6. Disponible en la Web: <http://web.iese.edu/rterms/acer/files/BuenGobierno.pdf>

¹⁶RODRIGUEZ MONROY, Carlos y CHIVITE, Santiago. *Análisis de los diez años de gobierno corporativo en España y cumplimiento del Código Unificado o Código Conthe*. Burgos, España. II International Conference on Industrial Engineering and Industrial Management XII Congreso de Ingeniería de Organización. Septiembre 3-5, 2008. Pág. 118. Disponible en la Web:

Sin embargo, añade puntos nuevos inspirados en el principio de libertad empresarial que discrepan de lo establecido en el informe anterior. Algunos de estos puntos es que anula los plazos relativos a la duración y renovación de los mandatos de los Consejeros; tampoco establece el número de los miembros del Consejo, ni de consejeros externos independientes. Todo esto lo deja a la decisión de la sociedad¹⁷. De igual forma, se establece que las entidades deberán hacer un Informe Anual de Gobierno Corporativo, con un contenido preestablecido, que permita a los inversores analizar con facilidad la información uniforme. Informe que deberá ser obligatorio a partir de la creación de la Ley No. 26/2003, de 17 de julio¹⁸.

A pesar de este informe ser más extenso, las recomendaciones se difuminan, puesto que no existe un catálogo claro de buenas prácticas, sino un extenso informe que analiza diferentes acápite y en las áreas más importantes, no pasa de recomendaciones muy genéricas. Incluso se desvirtúa el *principio de cumplir o explicar*, existiendo su obligación solamente a los casos en que la empresa se desvíe de sus propios Reglamentos Internos¹⁹.

Luego, se publica en el 2006 el Código Unificado de Buen Gobierno, llamado también Código Conthe. En este código se recogen las recomendaciones del Código Olivencia y el Código Aldama, y se introducen algunas recomendaciones adicionales de la Comisión Europea en materia de remuneraciones de consejeros y del papel de los consejeros no ejecutivos, y otras recomendaciones precedentes de los principios de Buen Gobierno Corporativo de OCDE²⁰.

Este informe fundamenta sus recomendaciones en dos principios básicos, nuevamente, en el principio de voluntariedad, con sujeción al *principio de cumplir o explicar*. Y el principio de generalidad, al estar dirigido a todas las sociedades cotizadas, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización²¹. Este último punto es muy importante, ya que los códigos anteriores limitaban a sociedades españolas cotizadas (Informe Olivencia) y a españolas con ciertas características específicas, como es su tamaño. (Informe Aldama),

Más adelante, en el año 2013, se publica un estudio sobre propuestas de modificaciones normativas en materia de Gobierno Corporativo, elaborado por expertos de la Comisión Nacional de Mercado de Valores (CNMV), por medio del cual se establecen medidas que permitan mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas y, al tiempo, situar los estándares nacionales al más alto nivel de cumplimiento comparado de los criterios y principios internacionales de buen gobierno²². Esto ha dado lugar a la Ley No. 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo.

http://www.adingor.es/congresos/web/uploads/cio/cio2008/BUSINESS_ADMINISTRATION_AND_STRATEGY/115-124.pdf

¹⁷ *Los códigos y el buen gobierno*. Óp. Cit. Pág. 7.

¹⁸ Artículo 116 de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

¹⁹ FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. *De Olivencia a Aldama*. Pág. 2. Disponible en la Web:

<http://jfarmesto.com/wp-content/uploads/2016/01/2003-DeOlivenciaaAldama.pdf>

²⁰ DE CARLOS BERTRAN, Luis. *La sociedad Cotizada*. España. Actualidad Jurídica Uría Menéndez/ 39-2015/ 31-42. Pág. 31. Disponible en la Web:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4613/documento/at02.pdf?id=5765>

²¹ PUENTES POYATOS, Raquel, VELASCO GÁMEZ, María del Mar et Al. *El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas*. Disponible en la Web:

<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/revesco/txt/REVESCO%20N%2098.5%20Raquel%20PUENTES,%20Maria%20del%20Mar%20VELASCO,%20Juan%20VILAR.htm>

²² Comisión Nacional del Mercado de Valores. Óp. Cit. Pág. 8

A partir de este estudio se crea un nuevo Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas aprobado el 18 de febrero de 2015. Este, al igual que todos los demás, ha incluido el principio de la voluntariedad con sujeción al *principio de cumplir o explicar*. Su estructura está basada en principios generales que a su vez son desarrollados por recomendaciones concretas. Y a diferencia de sus predecesores, no trata muchas de las materias tratadas en dichos códigos, consecuencia de recomendaciones ya planteadas en la Ley No. 31/2014²³.

Vemos que la regulación de los Códigos de Buen Gobierno ha tenido una evolución muy marcada con el paso de los años, buscando que la regulación en las entidades sea más exigente y comprometedor con los accionistas de la empresa y con la sociedad en general. Todo esto para llegar a la excelencia en el ejercicio de las empresas y en la reducción de los riesgos que se pueden dar a corto y largo plazo.

6. MEJORAS RECIENTES A LA LEGISLACIÓN.

Con la evolución de los Códigos de Buen Gobierno, se han ido desarrollando legislaciones que han evolucionado la figura del Gobierno Corporativo en las entidades, pero sin dudas una de las más importantes y novedosas a la legislación, es la Ley No. 31/2014, de 3 de diciembre. Esta tiene por objetivo mejorar el Gobierno Corporativo de las sociedades a través de la introducción de nuevos puntos que enmarquen y limiten de forma más clara y definida las funciones y atribuciones de los órganos de gobierno de las entidades.

Dentro de los puntos tratados son los relativos a la Junta General de Accionistas, dentro de este vemos lo relativo a la ampliación de la competencia, en puntos tales como en los asuntos de gestión, abriendo esta posibilidad también a las sociedades anónimas, ya que antes estaba vedada para las empresas de responsabilidad limitadas²⁴. De igual forma, trata sobre los derechos de los accionistas, dentro de los cuales están los derechos de los accionistas minoritarios, el derecho de asistencia a las juntas, el derecho de información de los asuntos de la empresa, entre otras.

Otro de los puntos que toca es lo referente a la normativa del Consejo de Administración, sus estatutos, sus deberes, haciendo alusión a los deberes de diligencia, el cual será de acuerdo a la naturaleza de su cargo y el deber de lealtad. También establece su régimen de responsabilidad, la organización y funcionamiento del Consejo, en el cual se favorece la elección de mujeres dentro del Consejo, la remuneración de sus miembros y las comisiones integradas en éste.

Adicional a esta ley, vemos que otras de las novedades introducidas a la legislación española fue la creación del nuevo Código de Buen Gobierno, del cual hablamos antes, el mismo plantea nuevos estándares de composición y funcionamiento de los consejos de administración, clarifica las responsabilidades de los consejeros e incorpora nuevas medidas de transparencia para las juntas de accionistas²⁵, así como también establece principios generales y recomendaciones.

Entre sus novedades están la introducción de temas relativos a la responsabilidad social corporativa del consejo; al igual que la Ley No. 31/2014, introduce la figura de la mujer en el consejo

²³ DE CARLOS BERTRAN, Luis. Óp. Cit. Pág. 41.

²⁴ MENÉNDEZ, Uría. *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo: Novedades en materia de régimen de gobierno de las sociedades no cotizadas*. Madrid. 3 de julio del 2015. Pág. 3. Disponible en la Web: http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4663/documento/UM_reforma_LSC.pdf?id=5846

²⁵ KPMG. *Principales novedades del Nuevo Código de Buen Gobierno*. El Nuevo Gobierno Corporativo: Análisis de los Principios y Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. Madrid. España. Pág. 6. Disponible en la Web: <https://www.kpmg.com/ES/es/Gobierno-Corporativo/Documents/El-nuevo-gobierno-corporativo-2015.pdf>

de administración, estableciendo su figura de forma obligatoria; incorpora nuevas medidas de transparencia en la Junta de Accionistas y asuntos relativos al consejo de administración y a la retribución de sus miembros. Y surge la figura del coordinador consejero en caso de que el Presidente y el CEO coincidan.

7. CONCLUSIÓN

Podemos decir, que la figura del Gobierno Corporativo ha marcado un antes y un después en el sistema español. Hoy en día podemos hablar de un órgano regulado, no solo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, que ha venido a romper con las irregularidades existentes en los órganos de gobierno de las entidades, ha dado estabilidad al sector y ha ayudado a la reestructuración de la economía del país.

Pudimos ver como España ha pasado por una etapa de transición en la mejora de los Gobiernos Corporativos, buscando en cada evolución, mecanismos que ayudarán más a las empresas a estar doblemente comprometidas con la sociedad y con los intereses de los accionistas. Vimos como a través de este se abren horizontes de igualdad entre los accionistas, se establecen derechos, responsabilidades y obligaciones a los directivos y se rompen esquemas con el establecimiento de la mujer en el consejo de administración.

Con las últimas innovaciones que se han hecho en esta materia, España está a un nivel más y se está posicionando al margen de los sistemas europeos más avanzados con normas de gobiernos corporativos más desarrollados. La implementación de buenos códigos de conducta han permitido que las empresas vuelvan a ganarse la confianza del mercado, a través de la transparencia de la información suministrada, la cual refleja claridad y veracidad.

En conclusión, el gobierno corporativo en España ha sido una pieza elemental en el desarrollo de las empresas, ha sido una ficha a la que han apostado no solamente España, sino también los países a nivel mundial como salida a las crisis y a las deficiencias del sistema, de la cual han sacado un buen partido.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/ Banco Mundial. *Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo*. Washington. 2005.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*. Barcelona, España. Ed. Composiciones Rali, S.A. Febrero, 2015. Disponible en la Web: http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf
- DE CARLOS BERTRAN, Luis. *La sociedad Cotizada*. España. Actualidad Jurídica Uría Menéndez/ 39-2015/ 31-42. Pág. 31. Disponible en la Web: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4613/documento/at02.pdf?id=5765>
- DIAZ ORTEGA, Enrique. *Gobierno Corporativo: lo que todo empresario debe saber*. Centro de Estudios de Mercados de Capital y Financiero y Corporación Andina de Fomento (CAF). 2005. Disponible en la Web: https://www.caf.com/media/3270/Mfolleto_solo_caf.pdf
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. *De Olivencia a Aldama*. Pág. 2. Disponible en la Web: <http://jfarmesto.com/wp-content/uploads/2016/01/2003-DeOlivenciaaaAldama.pdf>

- FERRUZ AGUDO, Luis, MARCO SANJUAN, Isabel et Al. Julio, Agosto y Septiembre 2010. *Códigos de Buen Gobierno: Un análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español*. Revista de Ciencias Sociales, Aposta Digital. ISSN 1696-7348. Disponible en la Web: <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sanjuan2.pdf>
- GARCIA SOTO, María Gracia. *El Gobierno Corporativo y las decisiones de crecimiento empresarial*. Tesis Doctoral. Pág. 9 Disponible en la Web: u6 ISBN: 84-689-3571-9
- KPMG. *Gobiernos Corporativos: una mirada actual y futura. Seminario: Gobiernos Corporativos*. Chile. Agosto, 2007. Disponible en la Web: <https://www.kpmg.com/CL/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/2007-08-kpmg-gobierno-corporativo-mirada-actual-futura.pdf>
- KPMG. *Gobierno Corporativo*. México. Disponible en la Web: <https://www.kpmg.com/MX/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Factsheets/Gobierno-Corporativo.pdf>
- KPMG. *Principales novedades del Nuevo Código de Buen Gobierno*. El Nuevo Gobierno Corporativo: Análisis de los Principios y Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. Madrid. España. Disponible en la Web: <https://www.kpmg.com/ES/es/Gobierno-Corporativo/Documents/El-nuevo-gobierno-corporativo-2015.pdf>
- *Los códigos y el buen gobierno*. Pág. 6. Disponible en la Web: <http://web.iese.edu/rtermes/acer/files/BuenGobierno.pdf>
- LLANOS NAVARRO, Rocio de Lily. *Gobierno Corporativo en Inglaterra: El Informe Cadbury*. Perú. Perú: Law and Economics. 19 de mayo de 2012. Disponible en la Web: <http://limalaw.blogspot.com.es/2012/05/gobierno-corporativo-en-inglaterra-el.html>
- MENÉNDEZ, Uria. *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo: Novedades en materia de régimen de gobierno de las sociedades no cotizadas*. Madrid. 3 de julio del 2015. Disponible en la Web: http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4663/documento/UM_reforma_LSC.pdf?id=5846
- Miembros de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y en las sociedades cotizadas. *Informe de la Comisión Especial para el fomento de la Transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*. España. 8 de enero de 2003. Disponible en la Web: <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>
- MUÑOZ ORELLANA, Clermont. Octubre-Diciembre, 2011. *Buen Gobierno Corporativo=Competitividad*. Visto en línea el: 31 de Marzo del 2016. Disponible en la Web: <http://www.espaee.espol.edu.ec/images/documentos/publicaciones/articulos/buengobiernocorporativo.pdf>
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *El gobierno corporativo como instrumento al servicio del accionista minoritario*. CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA. Publicada en Cuadernos

de Derecho para Ingenieros, nº 10. Disponible en la Web:

http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/el_gobierno_corporativo_como_instrumento_al_servicio_del_accionista._cuadernos_de_derecho_para_ingenieros,_n_10._537.pdf

- PUENTES POYATOS, Raquel, VELASCO GÁMEZ, María del Mar et Al. *El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas*. Disponible en la Web:
<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/revesco/txt/REVESCO%20N%2098.5%20Raquel%20PUENTES,%20Maria%20del%20Mar%20VELASCO,%20Juan%20VILAR.htm>
- RODRIGUEZ MONROY, Carlos y CHIVITE, Santiago. *Análisis de los diez años de gobierno corporativo en España y cumplimiento del Código Unificado o Código Conthe*. Burgos, España. II International Conference on Industrial Engineering and Industrial Management XII Congreso de Ingeniería de Organización. Septiembre 3-5, 2008. Disponible en la Web:
http://www.adingor.es/congresos/web/uploads/cio/cio2008/BUSINESS_ADMINISTRATION_AND_STRATEGY/115-124.pdf
- VELAYOS LLUIS, Juan. *Los principios reguladores del gobierno corporativo en España*. España. Foro de Actualidad. Publicaciones Uría. Disponible en la Web:
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1638/documento/foroEsp4.pdf?id=2114>.

LA ACTUAL REGULACIÓN DE LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR EN ANDALUCÍA: UNA QUIEBRA EN LA PROTECCIÓN DE LA Y EL MENOR (I)¹

LUCÍA I. SERRANO SÁNCHEZ

Abogada

Becaria Eureka

Doctoranda del programa de Ciencias Jurídicas (Universidad de Granada)

Fecha de Recepción: 24 de mayo

Fecha de aceptación: 15 de junio

RESUMEN: Este artículo es producto de la actividad investigadora realizada para la defensa de los Derechos e intereses de una madre-víctima de violencia de género, usuaria de un “Punto de Encuentro Familiar” por determinación judicial, a la cual se le quiere forzar al cese del uso del mismo, alegándose en primer momento la existencia de una normativa interna (inexistente), y, posteriormente, aplicando el Decreto 79/2014. El objetivo del presente artículo y de la próxima entrega es mostrar que en la nueva normativa existe un discurso moral y político, que viola el “principio del interés superior del menor” y niega la “intermediación obligatoria” en casos de violencia de género. Unos hechos que permiten plantear una cuestión de inconstitucionalidad con respecto a algunos de los preceptos del Decreto 79/2014, de 25 de marzo.

ABSTRACT: This article is the result of a research activity conducted for the defense of the Rights and interests of a mother-victim of domestic violence, user of a “Family Meeting Point” by judicial determination, to whom this Point wanted to force giving up the use of it, first alleging the existence of an internal standard (non-existent), and subsequently, asking for the application of the Decree 74/2014. The aim of this paper and the next publication is to demonstrate that behind the new rules, there is a whole moral and political discourse, which even violate the "principle of the best interests of the child" and forget the "mandatory mediation" in cases of domestic violence, producing a clear conflict with several precepts of the Spanish Constitution.

PALABRAS CLAVE: Punto de Encuentro Familiar, Principio del interés superior del menor, violencia doméstica, derecho a una vida sin violencia, principio de seguridad jurídica.

KEY WORDS: Family Meeting Point, principle of the best interests of the child, domestic violence, Right to a life without violence, principle of legal certainty.

¹ Artículo publicado en dos partes para su máxima comprensión. Una primera parte dedicada a la definición del Punto de Encuentro Familiar conforme a las distintas etapas históricas de desarrollo de dicho órgano. Y un segundo artículo, publicado en diciembre, dónde me centro en el análisis del nuevo marco jurídico regulador de los Puntos en Andalucía, preceptos que podrían declararse inconstitucionales, y las nuevas necesidades de los hijos de los agresores en pro del principio del interés del menor.

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.- El origen de los PEF cómo órgano colaborador necesario del Poder Judicial. 3.- Los PEF: De presunto Derecho conquistado a servicio público. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se llevará a cabo un estudio pormenorizado del Decreto 79/2014, de 25 de marzo, por el que se regulan en la actualidad los Puntos de Encuentro Familiar en Andalucía, enmarcándolo en el discurso moral y político que en él subyace, para descifrar por qué se han contemplado con carácter restrictivo los derechos de los menores de edad, hijos de víctimas de violencia de género y los derechos de sus madres, encuadrados en estos últimos en el status de “víctimas de violencia de género”. El trabajo desvela además los intereses que motivan esta regulación restrictiva de derechos individuales en los Puntos de Encuentro Familiar (de aquí en adelante PEF).

2. EL ORIGEN DE LOS PEF CÓMO ÓRGANO COLABORADOR NECESARIO DEL PODER JUDICIAL: EL CASO ANDALUZ.

El PEF “es un espacio físico facilitador de la comunicación entre los miembros de la familia, además de garante del ejercicio, de forma pacífica, del derecho de visita establecidas por decisión judicial. //La idea de los PEF surge para evitar, o como mínimo paliar, el sufrimiento que los niños padecen, en muchos casos, en los procesos de separación de sus progenitores.// Es responsabilidad exclusiva de los progenitores, y en su defecto de la Administración, velar por el interés de los niños/as, que en este caso supone la no ruptura radical de la familia, aunque la convivencia de pareja haya finalizado” (Serrano Castro, Francisco de Asís: 129-130).

Las razones que empujan a la autoridad judicial a decretar el uso de los PEF pueden ser diversas, si bien prestaremos atención a los casos de separación en los que se ha producido violencia doméstica², en cuanto hay diversos derechos e intereses convergentes dignos de protección³, y un Protocolo Judicial de obligado cumplimiento y seguimiento por parte de las autoridades judiciales que tengan conocimiento de estos hechos. Protocolo Judicial aprobado en el año 2001 por el Pleno del CGPJ.⁴ En España, a día de hoy, no existe una legislación nacional que regule los PEF. Tampoco existe unanimidad por parte de los tres grandes poderes (poder legislativo, judicial y ejecutivo) sobre el camino que se debe emprender en la puesta en práctica de los PEF. Para el poder judicial los PEF deben estar

² El 1 de agosto de 2014 entró en vigor en España el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género que se firmó el 11 de mayo de 2011 en Estambul. En el art.3 de dicho convenio se realizan una serie de definiciones y distinciones entre violencia doméstica y violencia de género. La diferencia esencial radica en que la “violencia de género” se ejerce sobre la mujer por el hecho de serlo, mientras que la “violencia doméstica” es ejercida sobre cualquier miembro de la comunidad familiar. Aquí se ha utilizado a propósito el término de “violencia doméstica” en cuanto que consideramos que se ejerce cierta violencia sobre los hijos.

³ Derecho del menor a mantener relaciones paterno-filiales con el progenitor no custodio, derecho a la seguridad y al bienestar; y derecho de la madre víctima de violencia a la seguridad y bienestar, dignidad y derecho a una vida sin violencia. El derecho a una vida sin violencia ha sido consagrado en el art.4.1 del Convenio de Estambul citado.

⁴ El Informe de la Comisión de Estudios, aprobado el 21 de marzo de 2001 por el Pleno del CGPJ sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica, contempla para los casos en los que fuera inevitable la relación entre agresor y agredida, como es en el caso de aplicación del régimen de visitas a los hijos, la **fijación judicial de puntos de encuentro seguros, además de disponer de lo necesario para que la víctima disponga de acompañamiento y asistencia si lo precisa.**

vinculados siempre al concepto de violencia de género, mientras que para el poder legislativo y el ejecutivo ambas realidades pueden darse separadas. Así por ejemplo, el Congreso de los Diputados se ha referido exclusivamente a esta realidad cuando ha aprobado la Proposición No de Ley⁵ sobre medidas a impulsar a fin de promover el desarrollo de los PEF⁶. Además, existe una enorme confusión sobre quién es competente para regularlos, y se deja en las manos de las Comunidades Autónomas y otras, y en algunos casos inexistentes⁷.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la referencia normativa a los PEF surge por primera vez en 2003 con la aprobación del Decreto 362/2003, de 22 de diciembre, del Plan Integral de Atención a la Infancia de Andalucía (2003/2007)⁸, en cumplimiento de la Disposición Adicional Tercera⁹ de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, que estableció un plazo de un año para la creación de un Plan Integral de atención a la infancia (plazo que como vemos no se llegó a cumplir, sino que se retrasó 4 años más de lo previsto legalmente). No obstante, como normativa específica de los PEF no será hasta el 2014 cuándo se produzca dicha regulación. Hasta esta fecha la ausencia de normativa reguladora de los PEF en Andalucía, era suplida por el “Documento Marco de Mínimos para asegurar la calidad de los PEF”, aprobado por acuerdo de la Comisión Inter-autonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias de 13 de noviembre de 2008.

Cuando se aprueba el Decreto 79/2014, de 25 de marzo, por el que se regulan los PEF en Andalucía, éste empeora el modelo de PEF de 1994, que fue establecido por la Asociación para la Protección del Menor en los Procesos de Separación de sus Progenitores (APROME). Esta asociación asume en España un protagonismo esencial en la promoción y garantía de los derechos del menor en relación con los derechos de la mujer maltratada¹⁰, proporcionando un servicio social demandado a gritos por una sociedad integrada cada vez más por familias desestructuradas. En Valladolid, en el año 1996, la Asociación defiende y desarrolla el Programa Punto de Encuentro como el lugar idóneo y neutral, en el que debe

⁵ Conviene recordar que las proposiciones no de ley están dirigidas en general a pedir o a instar al gobierno o a alguno de sus miembros a que realice una acción concreta, a mostrar públicamente una opinión mayoritaria o general de las Cortes en algún tema, o a sentar las bases o principios con respecto a alguna actuación de las administraciones públicas.

⁶ Proposición no de ley aprobada el 20 de junio de 2001 por unanimidad. Proposición cuyo origen tuvo lugar en la celebración de una jornada que organizó el CGPJ en colaboración con la Secretaría de Asuntos Sociales, así como con la Federación Nacional de puntos de encuentro familiar constituida a principios del año 2000.

⁷ En la Comunidad Autónoma de Murcia, por ejemplo, no existe una Ley especial reguladora de los PEF sino una Orden: la Orden de 1 de marzo de 2013, de la Consejería de Sanidad y Política Social, por la que se establecen los precios públicos de los Servicios de Mediación Familiar y de los Puntos de Encuentro Familiar en la Región de Murcia (Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Murcia, núm. 61, de 14 de marzo de 2013, página 9701), la cual se preocupa más por el gasto público que supone el uso de los PEF que por los derechos fundamentales del menor y la madre-víctima de violencia de género que están en juego. En la Comunidad Autónoma de Madrid hasta el momento lo único que existe es la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (BOCM de 5 de marzo de 2007), pero por el momento ninguna Ley reguladora de los PEF. Sin embargo, Valencia ha sido una de las Comunidades Autónomas pioneras regulando los PEF, la cual cuenta con una Ley desde el año 2008: la Ley 13/2008, de 8 de octubre, de la Generalitat, reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar de la Comunitat Valenciana (DOCV, núm. 5871, de 16 de octubre de 2008).

⁸ Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 18 de 28 de enero de 2004.

⁹ La D.A. 3ª decreta que “*en el plazo de un año a partir de la promulgación de la presente Ley, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobará el Plan Integral de la Infancia, que concretará las actuaciones a desarrollar por las distintas Administraciones Públicas en Andalucía para el efectivo ejercicio de los derechos de los menores, con especial incidencia respecto de aquéllos que presentan mayores necesidades*” (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 53 de 12/5/1998).

¹⁰ M. L. MAQUEDA ABREU, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *RECPC*, 2006.

darse el encuentro de los miembros de la familia en crisis, atendidos por profesionales debidamente formados. Ante la creciente demanda y necesidad del servicio, sobre todo a partir de la entrada en vigor la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹¹, y de la puesta en práctica del Protocolo Judicial ya mencionado, los Puntos de encuentro se convierten en un tema de interés político y legal, sometido a debate.

De acuerdo con el modelo original, los PEF vienen a compatibilizar el derecho del menor a entablar o continuar relaciones paterno-filiares con su progenitor no custodio, y el derecho a la seguridad y bienestar tanto del menor como del progenitor más vulnerable, la madre víctima de violencia de género¹². En estos supuestos los PEF tratan de evitar el contacto físico de los progenitores, y con ello, posibles agresiones. Desde su creación, el Protocolo Judicial estableció el uso de los PEF como lugar en el que ejercer el derecho de visita¹³ de los padres no custodios con respecto a sus hijos, o la entrega y recogida de los menores en dichos Centros, y todo ello con la intención de evitar que las mujeres, madres maltratadas, tuvieran que coincidir cara a cara con sus agresores a la hora de la entrega de las hijas o hijos, y evitar posibles conflictos, que pudiesen incrementar la tensión violenta hacia menores o madres maltratadas.

Los PEF fueron creados para disminuir la conflictividad real entre madres-víctimas y padres-agresores con quienes mantienen una pugna constante, que en ocasiones acababa en un <<parricidio>> o en un <<uxoricidio>> o en ambas cosas. Sirva como ejemplo el caso de Yolanda Cabrera, de 44 años, y su hijo, Andrés, de 11 años, asfixiado a manos de la pareja de ella en su domicilio en Alcalá de Henares (Madrid); o el caso del ex militar holandés de 46 años que arrojó a su hija de 6 años por un precipicio situado en el Santuari del Far cercano al pantano de Susqueda (Girona) y posteriormente se suicidó arrojándose por el precipicio; el caso de Juan Pérez Valera, de 43 años, que asesinó con un cuchillo a su esposa Josefa Serrano Azorín, de 39 años y a sus hijos, Alba de 6 años y Samuel, de 4 años, y después se suicidó disparándose un tiro con una escopeta, en el chalé donde residían en Yecla (Murcia)¹⁴; o el famoso caso del 2014 de Asturias en el que se le concedió régimen de visitas a un padre maltratado que acabó asesinando a sus dos hijas en la localidad asturiana de San Juan de la Arena, a pesar de que la ex mujer había presentado denuncia de malos tratos y solicitado medidas de protección que le fueron denegadas¹⁵. Las madres-

¹¹ Ley aprobada tras la Carta Europea sobre los Puntos de Encuentro para el Mantenimiento de las Relaciones entre hijos y padres. Documento definitivo finalizado en enero de 2004 en Ginebra.

¹² La derivación judicial de ciertos conflictos a mediación familiar se realiza al amparo de los arts. 770-7^a y 771.2 LEC y a Puntos de Encuentro según los arts. 94, 158.4, 160, 172.4 CC.

¹³ Derecho de visita vinculado al derecho a mantener relaciones paterno-filiales del menor, ejercido siempre por el interés superior del menor, para el buen desarrollo personal del mismo. No es un derecho de los padres, sino un derecho de los menores de edad (M. MOYA ESCUDERO, “Las relaciones paterno-filiales cuando hijos y padres residen en países diferentes”, *Universidad Carlos III*, Madrid, 1993).

¹⁴ En el año 2010, 19 bebés y niños perdieron la vida a manos de sus progenitores (ELMUNDO “Cuándo matan a sus propios hijos”, 2012. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/11/espana/1318318955.html>. Última consulta a fecha de 13 de abril de 2016).

¹⁵ La presidenta de la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas (FAMSD), Ana María Pérez del Campo pidió responsabilidades al juzgado que concedió el régimen de visitas al padre maltratador, aún cuando la madre, ex mujer de éste, había presentado denuncia de malos tratos y solicitadas medidas de protección que le fueron denegadas. Criticó que el régimen de visitas se otorga “por defecto, siempre, sin atender al interés del menor” y denunció que incluso hay casos de maltratadores con condenas firmes que siguen viendo a sus hijos. Según Pérez del Campo a día de hoy, los juzgados siguen sin oír a los menores y sin realizar los informes de evaluación forense a cargo de equipos multidisciplinares que exige la ley integral (TEINTERESA “VIOLENCIA GÉNERO. ASOCIACIONES DE MUJERES PIDEN “RESPONSABILIDADES” POR EL PARRICIDIO DE ASTURIAS AL JUEZ QUE CONCEDIÓ LAS VISITAS”, 2014. Disponible en:

víctimas de violencia de género necesitaban de la intervención de la Administración para proteger su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y la de sus hijos¹⁶, y en última instancia, la protección de su nuevo modelo de familia y de ser humano autónomo, en definitiva, su dignidad¹⁷. Este deber de protección de la familia, en todas y múltiples formas convivenciales, viene enmarcado en el art.39 de la Constitución Española (CE). Un artículo que encomienda a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art.39.1 CE) y la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art.39.2 CE), erigiéndolos en principios que han inspirar la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art.53.3 CE), por consiguiente de todas las Administraciones.

La protección integral de los hijos de una madre divorciada o separada y a su vez, víctima de violencia de género, y la compatibilización de las relaciones paterno-filiales con el padre no custodio, hace necesaria la creación de los PEF no sólo como lugar dónde llevar a cabo el régimen de visitas o entregas y recogidas, sino como ***órgano colaborador necesario¹⁸ del Poder Judicial para poder impartir Justicia y poder hacer ejecutar lo juzgado y sentenciado mediante Sentencia Firme***. El problema al que nos enfrentamos es que aunque las resoluciones judiciales aluden al PEF como lugar de ejercicio del derecho del menor a mantener contacto con el progenitor no custodio y de entrega de las y los menores para el derecho de visitas, no se reconoce el papel esencial que ha de tener este órgano como colaborador necesario del Poder Judicial para la correcta ejecución de sentencia. Esta laguna legal genera problemas de eficacia y de eficiencia, no sólo en el cumplimiento de la ley integral, también respecto a las condiciones necesarias para garantizar, en el ejercicio de sus derechos, la seguridad y la integridad de menores y mujeres maltratadas. Se hace imprescindible dotar a los PEF de competencias específicas, en los casos de violencia de género, y de un procedimiento obligatorio o protocolo, con el fin de garantizar y promover la colaboración de los PEF con los distintos juzgados de Violencia de Género.

La Ley de Violencia de Género a pesar de sus muchas virtudes se quedó demasiado corta al no contemplar la violencia de género como causa de maltrato infantil y al agresor o maltratador como un individuo inhabilitado para ejercer funciones educadoras y de desarrollo de la personalidad y capacidad de los/las menores. Los fallos de la Ley de Violencia de Género, recientemente, intentaron ser subsanados a través de la modificación de la normativa reguladora del sistema de protección de la infancia y la adolescencia: Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio¹⁹, y Ley 26/2015, de 28 de Julio²⁰. Leyes que afectan entre otras a la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y también a la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. También con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima²¹. Con esta modificación de la legislación que afecta a los menores, se reconoce por primera vez que los y las menores son

http://www.teinteresa.es/espana/VIOLENCIA-ASOCIACIONES-RESPONSABILIDADES-PARRICIDIO-CONCEDIO_0_1256875340.html. Última consulta a fecha de 13 de abril de 2016).

¹⁶ A. SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, “La violencia de género como causa de maltrato infantil”, Cuad. Med Forense, n° 12, pp. 43-44, 2006.

¹⁷ Derechos amparados por los artículos, 10, 14 y 39 de la CE de 1978.

¹⁸ Concepto encuadrado dentro del deber de cumplir las resoluciones judiciales firmes, y el de prestar la colaboración requerida por los Juzgados y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto del art. 118 de la CE, y art. 117.1 de la LOPJ. La Ley habilita a los órganos jurisdiccionales para reclamar la colaboración de todos, ya sea de los poderes públicos o ya sea de los particulares. Esta cooperación puede recabarse de los órganos públicos por tres medios: los mandamientos, los oficios y las exposiciones; cuando se ha de recabar la cooperación de los particulares puede utilizarse la forma de requerimiento.

¹⁹ «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.

²⁰ «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.

²¹ «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015.

víctimas directas e indirectas de la violencia de género en el ámbito de la relación de pareja. No obstante, aún queda por asumir la responsabilidad de educar. Responsabilidad que exige en el caso de los maltratadores su reeducación. La violencia de género no es una violencia o delito más, evidencia el menosprecio que quien maltrata posee sobre otro ser humano igual a él en derechos y dignidad. Una persona con esta percepción de los otros, menores o mujeres, a los que considera sometidos a su voluntad y poder, difícilmente puede educar, conforme a los principios que impone nuestro ordenamiento jurídico. Producir todos estos controles ayudaría a garantizar el libre disfrute de los derechos de menores y mujeres, y una adecuada normalización de las relaciones paterno-filiales salvaguardando el interés superior del menor²², el cual está siempre vinculado al bienestar físico y psicológico de la madre-víctima de violencia de género, al tiempo que se impide la victimización secundaria. La Ley Integral también presenta una clara limitación al no contemplar el papel fundamental de los PEF como mediadores necesarios, complementarios²³ y obligatorios en los casos de violencia de género, durante todo el tiempo que fuera necesario²⁴. Estas insuficiencias desvelan hasta qué punto pervive en la Ley en quienes la aplican una concepción tradicional y patriarcal de familia, en la que el padre adoptaba el rol de “*pater familias*”. Una figura representante del poder y de la autoridad en el interior del orden familiar y conyugal desde tiempos romanos, lo que le habilita para ejercer un papel corrector y disciplinario con respecto al resto de los miembros que integran la unidad familiar. Este modelo, fuertemente presente en el imaginario social español, impide reconocer los diferentes modelos convivenciales y familiares hoy existentes, y también el reconocimiento de todos los miembros de la familia como sujetos con derechos. Esta representación obsoleta e idealizada de la paternidad explica las carencias expuestas y la falta de garantías que se han desarrollado para proteger a los menores víctimas de la violencia de género.

Se ha caído en el error de pensar que la violencia de género sólo se ejerce contra la madre, y que este hecho no invalida su rol de buen padre. Una consideración de este tipo pone de relieve dos errores muy graves: por un lado, que el hecho de observar violencia contra la madre, no es violencia psicológica siempre hacia el menor; y que un maltratador es un correcto educador y protector de los derechos del menor. La sobrevaloración que se hace del rol de padre, con respecto al menor, desvela el déficit de autoridad que todavía tienen las madres en el interior del orden familiar. Los tardíos cambios legislativos que España efectuó en derecho de familia, para ajustarla a las exigencias de la igualdad en derechos entre los cónyuges. Una de las leyes pioneras en producir este gran cambio de modelo de familia fue la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio²⁵. A esta Ley del año 1981 le han seguido numerosas leyes que han reformado el tradicional derecho de familia como es la Ley 21/1987 de modificación

²² El art.1 de la Carta Europea sobre los Puntos de Encuentro para el mantenimiento de las relaciones entre hijos y padres dispone que “*La acción de los PEF se fundamenta en el reconocimiento del vínculo de filiación y en el interés y derecho del niño de poder establecer y mantener las relaciones necesarias para la construcción de su identidad, en sus dimensiones psicológica, social y jurídica. En cualquier caso la acción de los Puntos de Encuentro está limitada por el interés superior del niño y por su seguridad física, psíquica y moral.*”

²³ M.del Mar, GÓMEZ MORATA, “Punto de encuentro familiar, una transición hacia la mediación intrajudicial”, *Revista de Mediación*, nº 9, 2012.

²⁴ Vid. a título simplemente ejemplificativo las siguientes resoluciones: Sentencia 238/2011 de la Audiencia Provincial de Albacete, sección núm. 2, núm. de recurso 76/2011, y Sentencia del Tribunal Supremo 416/2012, núm. de recurso: 1554/2011.

²⁵ En 1981 se aprueba esta Ley comúnmente conocida como ley del divorcio, la cual ha sido clave en los cambios de las familias a los que ahora asistimos. Con ella se le dio rango de ley a los derechos constitucionales de contraer matrimonio, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el seno del matrimonio, la posibilidad de disolverlo, la filiación y la desaparición de la discriminación por razón de nacimiento. La familia tenía que ser un vínculo y un modelo elegido y no impuesto, basada en valores como la igualdad y la libertad. A través de dicha Ley se les reconoce a las madres la patria potestad en igualdad con los padres y la gestión y administración de la sociedad de gananciales.

de determinados artículos del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción²⁶, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida²⁷, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio²⁸, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio²⁹. Una mención especial merecen las familias reconstituidas y monoparentales. Por familias reconstituidas entendemos aquellas familias provenientes de un divorcio, en la cual uno o ambos de los cónyuges tienen hijos previos. Siguiendo el artículo <<Familias reconstituidas: la pérdida como punta de partida>> de Roberto Pereira³⁰ existen distintos tipos de familias que son las siguientes: 1) Familias provenientes de un divorcio, en la cual uno de los cónyuges tiene hijos previos; 2) Familias provenientes de un divorcio, en la cual los dos tienen hijos previos; 3) Divorciado/a que tiene hijos, y cuyo ex esposo/a se ha vuelto a emparejar; 4) Padre o madre viudo/a que se vuelve a emparejar. A esto hay que agregarle el caso de las familias monoparentales que son aquellas formadas por la madre soltera, en la que el hijo/a ha pertenecido a la misma familia nuclear que su madre. En estos casos no se ha formado familia independiente ni ha habido figura paterna, y posteriormente la madre inicia una nueva relación, cambia de domicilio, pero su hijo/a permanece en la casa a cargo de sus abuelos, o en otros casos alterna estancia en ambos hogares, y son los abuelos los que se ocupan del cuidado cotidiano, apareciendo la madre de forma intermitente en su vida³¹.

Llegados a este punto de la argumentación, se podría sostener que el discurso moral que subyace en el marco jurídico-político de los PEF, no es sino un enfermizo e incrustado modelo patriarcal que provoca la desprotección de las madres-víctimas de violencia de género y de sus hijos, que reproduce una imagen estereotipada y limitada de las mujeres en tanto que madres y esposas perennes³². Esta forma de representar a las mujeres en el marco jurídico provoca su desplazamiento de la esfera pública al contexto doméstico-familiar, a lo cual coadyuva la perversa y pseudocientífica teoría del “Síndrome de Alienación Parental” (SAP), tan apelada en los procedimientos judiciales por el “Contra

²⁶ Esta Ley modernizó la institución de la adopción adaptándola a las nuevas doctrinas internacionales, regulando la adopción no como un derecho del adoptante sino del adoptando, y estableciendo el interés superior del menor por encima de todo. Además, permitió por primera vez la adopción individual, o en pareja matrimonial o no matrimonial pero formada por hombre y mujer. Así se conformaba las familias monoparentales (Disposición Adicional 3ª de la Ley).

²⁷ Esta Ley abrió la posibilidad a todas las mujeres fueren casadas o solteras de optar por técnicas de reproducción asistida. Supone un avance para la sociedad y para las mujeres que ya no se les obliga a estar en pareja para poder ser madres.

²⁸ Esta Ley permitió que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio y ser sujetos con derechos. Aún faltaba por regular el derecho a adoptar en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales.

²⁹ Estamos asistiendo a una auténtica redefinición del Derecho de Familia, que en algunos aspectos esenciales se asienta sobre bases que implican una quiebra o ruptura con el sistema tradicional de familia. La nueva etapa del Derecho de Familia se ve confirmada, asimismo, por la incesante y copiosa legislación nacional y autonómica de los últimos años. La jurisprudencia va a jugar un papel fundamental en la definición del modelo de familia.

³⁰ R. PEREIRA, “Familias reconstituidas: La pérdida como punto de partida”, *Perspectivas sistemáticas*, 2002. Disponible en: <http://www.redsistemica.com.ar/reconstituidas.htm>.

³¹ Todas estas circunstancias provocan en el menor, entre otros factores, consecuencias en su desarrollo derivadas de la confusión de roles, la imprevisibilidad en su vida cotidiana, la sensación de pérdida/abandono respecto a su madre. Estos tipos de familia no vienen contemplados en la Constitución Española. El modelo de familia protegido constitucionalmente es el modelo de familia tradicional formado por un marido y una mujer: un matrimonio con hijos.

³² S. FALUDI, “Reacción, la guerra no declarada contra la mujer moderna”, *Anagrama*, Barcelona, 1993.

movimiento Machista³³”. Institucionalizar una reacción normal de los menores ante quienes les han causado un daño.

Téngase en cuenta que no nos oponemos a la existencia del SAP, pero sí al intento de invalidar la opinión de un menor de edad sin prueba alguna a través de la alegación del SAP sin ponderar el interés superior del menor. En España, la guardia y custodia del menor se utiliza como arma arrojadiza frente a uno de los componentes del matrimonio, en cuanto que supone la obtención del uso de la vivienda familiar y de una pensión de alimentos de los hijos. A veces se usa el denominado SAP para exculpar una causa penal de maltrato, sin que se averigüe si realmente existe o no efectivamente un supuesto de maltrato por parte del progenitor “alineado”. Debería ser la ausencia de maltrato la que permitiera diagnosticar en qué medida ha intervenido el progenitor conviviente en las decisiones del hijo y no al revés. De otra forma, se estaría poniendo “la carreta delante de los bueyes”³⁴. Con base en esta argumentación se reproduce una imagen devaluada de las mujeres-madres, con la pretensión de mantener intacto el modelo familiar patriarcal. Esto nos permite decir, que hoy el patriarcado está utilizando en su reproducción al derecho, en concreto, al derecho de familia de nuevo, para neutralizar los avances que en materia de igualdad de género se ha experimentado en España en la última década. Se ha elevado a moralidad e identificado con la racionalidad jurídica la voluntad de sólo una parte de la sociedad: los varones. Esta parte de la sociedad ha institucionalizado su voluntad imponiéndosela al resto de los componentes de la sociedad. En palabras de Ana Rubio Castro, “*en la medida en que los varones ejercen el poder social y estatal y su voluntad es la voluntad general que se expresa en la ley...es así como la voluntad de una parte de la sociedad se eleva a moralidad y se identifica con la racionalidad jurídica. La norma neutra, abstracta crea, a continuación, el mito de voluntad elevada y omnipresente que acaba institucionalizando el poder de una parte de la sociedad sobre todos los seres humanos que la integran*”³⁵

Hay doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho de visita y el SAP, pero caminan en sentido contrario a los Tribunales españoles. Este Tribunal entiende que las afirmaciones de un menor no pueden ser siempre indicativas de sus verdaderos deseos. Y en concreto con respecto al artículo 8 del Convenio, se refiere a las exigencias procedimentales implícitas. Una de las exigencias básicas en relación a los derechos parentales de visita a sus hijos es que existan garantías legales establecidas para asegurar la efectiva protección de los derechos de padres y de niños con respecto a su vida privada³⁶. Un elemento decisivo de estos «derechos parentales de visita» reside en la cuestión del precisar el nivel de participación del demandante en los procesos de toma de decisión, entendidos como un todo que le otorgue la suficiente protección de sus intereses. La norma procedimental debería ser, en primer lugar, la establecida en la sentencia, en concreto, que los Tribunales nacionales deberían ponderar la cuestión espinosa del interés superior del niño sobre la base de un informe psicológico actualizado y razonado y de que el niño,

³³ OBSERVATORIO VIOLENCIA, “Invisibilización y Desprotección de las Víctimas de Violencia de Género en los Puntos de Encuentro Familiar: Desmontando el Síndrome de Alineación Parental”, Informe de la Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas, 2009, p. 5.

³⁴ M. T., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “*El síndrome de alineación parental: la carreta delante de los bueyes*”, en Blasco Gascó, Francisco de P., Clemente Meoro, Mario E., Orduña Moreno, Francisco Javier, Prats Albertosa, Lorenzo y Verdura Server, Rafael (coord.), “*Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1421 a 1436.

³⁵ A. RUBIO CASTRO, “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores” en la obra colectiva que ella misma coordina *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Instituto Andaluz de la Mujer/ Junta de Andalucía, Sevilla, 2004, p.23.

³⁶ Véanse *Elsholz contra Alemania* (GC), nº 25.735/94, §49, ECHR 2000-VIII, *Kutzner contra Alemania*, nº 46.544/99, §65 y 66, ECHR 2002-I, y *Covezzi y Morselli contra Italia*, nº 52.763/99 de 9 de mayo de 2003.

siempre que sea posible, debería ser oído por el perito psicólogo y por el Tribunal”. Un informe psicológico actualizado es necesario para valorar las afirmaciones del menor de edad y para establecer si es capaz de tomar sus propias decisiones. Este derecho de ser oído del menor, de acuerdo con el Defensor Andaluz del Menor debe ser extensible al funcionamiento de los PEF, en el que haga viable que los menores usuarios de estos recursos puedan expresar sus opiniones acerca de cómo se están desarrollando las visitas con sus padres para que en el caso de que le estén causando daños y padecimientos psicológicos se pueda proponer la revisión de la medida impuesta mediante sentencia judicial y cesar o suspender el régimen de visitas (Defensor andaluz de los menores, 2012: 111).

De acuerdo con el TEDH en tan compleja situación, donde la alienación del niño de su padre natural por la fuerte influencia de su madre y de su padrastro es perceptible, debe hacerse una valoración mucho más completa y se debe conceder al padre natural una posibilidad de participación efectiva y genuina. El peso de la prueba recae sobre el demandante, exigiéndole demostrar que, incluso contra el deseo manifestado por su hijo/a, el contacto personal con su padre biológico sería en su interés. Tal tipo de prueba solamente podría establecerse por un informe psicológico exhaustivo, que tendría que incluir las cuestiones de si el niño ha expresado realmente sus propios deseos o más o menos aquellos de su madre o de su padrastro y si una reunión con su padre biológico, hubiese sido útil para el desarrollo de las relaciones entre el niño y su padre biológico.

3. LOS PEF: DE PRESUNTO DERECHO CONQUISTADO A SERVICIO PÚBLICO

Lo que no se predijo cuándo se crearon los PEF, al poco tiempo de poner en funcionamiento los nuevos Juzgados de Violencia de Género, es que algunas Comunidades Autónomas iban a adquirir competencias en Administración de Justicia en materia de gestión de PEF, cómo es el caso de la Comunidad Autónoma andaluza, y que por tanto, la Administración Pública se convertiría en órgano colaborador necesario del Poder Judicial y los PEF en servicio público prestado por la Administración, cuyo funcionamiento tiene, en la actualidad, un coste económico creciente ante el incremento de los usuarios³⁷. En concreto, el Capítulo III del Título V del Estatuto de Autonomía para Andalucía, el art. 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y art. 10.2 del Decreto 148/2012, de 5 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Justicia e Interior, establece la competencia de la gestión de los PEF en manos de la *Consejería de Justicia e Interior Andaluza*, quién a su vez le atribuyó la competencia a la *Dirección General de Violencia de Género y Asistencia a Víctimas*.

A pesar de que con la nueva estructura de la Consejería de Justicia e Interior de Andalucía se le dé la competencia en gestión de PEF a una Dirección General denominada “de Violencia de Género y Asistencia a Víctimas”, nada tiene que ver con la realidad. Ya desde el año 2008, todas las Administraciones autonómicas han venido aquejándose del coste económico del soporte de los PEF cómo servicio público consistente en ofrecer un local con determinadas condiciones, y un personal ajeno a la Administración, contratado para prestar este servicio. Normalmente, a ese coste económico se le agrega el coste de contratación, ya que el PEF cómo servicio público, su gestión la lleva a cabo una persona

³⁷ En algunas Comunidades Autónomas se llegan a crear incluso listas de espera para la utilización de los PEF, lo que demuestra que los PEF cómo órgano colaborador del Poder Judicial están fallando al no poder responder al incremento de usuarios que se corresponde con el incremento de Sentencias de Separación o Divorcio en las que se establece el PEF cómo lugar dónde realizar el régimen de visitas o entregas y recogidas de menores, hijos de víctimas de violencia de género. Así por ejemplo queda reflejado en este artículo de periódico: <http://www.elcomercio.es/v/20140505/gijon/ninos-padres-separados-atendidos-20140505.html>.

física o jurídica ajena a la Administración Pública que es contratada por ésta³⁸. Este sobrecoste económico ha dado lugar a que se recoja en las últimas reformas legislativas la noción de que “se debe evitar que se hagan crónicas” las situaciones en las que una persona menor de edad entra en el sistema público de protección³⁹. Por lo que se establece un límite temporal de dos años en el uso del mismo, sin atender a las peculiaridades o necesidades del menor.

BIBLIOGRAFÍA

C. VILLAGRASA ALCAIDE, “El derecho de la persona menor de edad: hacia una disciplina autónoma desde el derecho civil”, en Comentarios sobre las Leyes de Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, Tirant lo Blanch, 2016.

S. FALUDI, “Reacción, la guerra no declarada contra la mujer moderna”, *Anagrama*, Barcelona, 1993.

M. del Mar, GÓMEZ MORATA, “Punto de encuentro familiar, una transición hacia la mediación intrajudicial”, *Revista de Mediación*, nº 9, 2012.

M. L. MAQUEDA ABREU, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *RECPC*, 2006.

M. T., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “*El síndrome de alineación parental: la carreta delante de los bueyes*”, en Blasco Gascó, Francisco de P., Clemente Meoro, Mario E., Orduña Moreno, Francisco Javier, Prats Albentosa, Lorenzo y Verdera Server, Rafael (coordinadores), “*Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1421 a 1436.

M. MOYA ESCUDERO, “Las relaciones paterno-filiales cuando hijos y padres residen en países diferentes”, *Universidad Carlos III*, Madrid, 1993.

R. PEREIRA, “Familias reconstituidas: La pérdida como punto de partida”, *Perspectivas sistemáticas*, 2002.

A. RUBIO CASTRO, “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores” en la obra colectiva que ella misma coordina *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Instituto Andaluz de la Mujer/ Junta de Andalucía, Sevilla, 2004.

A. RUBIO CASTRO, “Las innovaciones en la medición de la desigualdad”, Dykinson, 2013.

³⁸ Podríamos decir que la naturaleza del PEF no es sino la de un órgano colaborador del Poder Judicial ante todo, al que se le ha cedido la gestión de un servicio público por parte de la administración competente, a través de un *contrato público de gestión de servicios públicos*. Tipo de contrato regulado en el art. 8 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁹ Villagrasa Alcaide, Carlos. 2016. *El derecho de la persona menor de edad: hacia una disciplina autónoma desde el derecho civil*, en Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia, Tirant lo Blanch, pp. 30-31

A. SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, “La violencia de género como causa de maltrato infantil”, Cuad. Med Forense, nº 12, pp. 43-44, 2006.

Francisco de Asís SERRANO CASTRO, “Relaciones Paterno-filiales”, El Derecho Editores, 2011.

OTROS TEXTOS

CONSEJO DE EUROPA, “Recomendación del Consejo de Europa 1286, relativa a una estrategia europea para los niños, de 24 de enero de 1996”, 1996.

CONSERJERÍA DE JUSTICIA E INTERIOR (2014a): “Decreto 79/2014, de 25 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar de la Junta de Andalucía”, BOJA, núm. 69, de 9 de abril de 2014.

CONSERJERÍA DE JUSTICIA E INTERIOR (2014b): “Decreto 148/2012, de 5 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Justicia e Interior”, BOJA, núm. 115, de 13 de junio de 2012.

DEFENSOR DEL MENOR EN ANDALUCÍA, Informe Especial, “Menores expuestos a violencia de género: víctimas con identidad propia”, 2012.

DIRECCIÓN GENERAL DE LAS FAMILIAS Y LA INFANCIA, “Documento Marco de mínimos para asegurar la calidad de los Puntos de Encuentro Familiar. Aprobado por acuerdo de la Comisión Inter autonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias el día 13 de noviembre de 2008”, 2009.

ELMUNDO “Cuándo matan a sus propios hijos”, 2012. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/11/espana/1318318955.html>. Última consulta a fecha de 13 de abril de 2016.

OBSERVATORIO VIOLENCIA, “Invisibilización y Desprotección de las Víctimas de Violencia de Género en los Puntos de Encuentro Familiar: Desmontando el Síndrome de Alineación Parental”, Informe de la Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas, 2009.

TEINTERESA “VIOLENCIA GÉNERO. ASOCIACIONES DE MUJERES PIDEN “RESPONSABILIDADES” POR EL PARRICIDIO DE ASTURIAS AL JUEZ QUE CONCEDIÓ LAS VISITAS”, 2014. Disponible en: http://www.teinteresa.es/espana/VIOLENCIA-ASOCIACIONES-RESPONSABILIDADES-PARRICIDIO-CONCEDIO_0_1256875340.html. Última consulta a fecha de 13 de abril de 2016.

“DI PORTO A., RES IN USU PUBLICO E "BENI COMUNI ". IL NODO DELLA TUTELA”

ANTONIO FERNÁNDEZ BUJÁN

Catedrático de Derecho Romano en la Universidad Autónoma de Madrid
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

DI PORTO A. (2013). **Res in usu publico e "beni comuni ". Il nodo della tutela.** Torino. Giappichelli, 2013. pp. XXVI + 89 .

La breve, pero densa e incisiva, obra de Andrea di Porto gira en torno a las acciones populares, los interdictos populares y la tutela de las res in usu publico y, al análisis, cabría añadir, de las aportaciones de Casavola y, especialmente, de Scialoja , por su condición de referentes en la materia estudiada , que el A. les reconoce.

La obra se inicia con una amplia Introducción, pp. IX- XXVI, de síntesis de los tres estudios recopilados en las páginas siguientes, pp. 1-89, titulada " Res in usu publico e " bene comuni ", que da título a la monografía, y continua con la recopilación de las mencionados aportaciones del A. .

El primero de los artículos, con numerosas modificaciones, versa sobre " Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico ", y fue publicado en *Diritto e processo nell' esperienza romana*, Napoli 1994, fruto de los Atti del Seminario torinese in memoria di G. Provera, en 1991.

El segundo, con adiciones y modificaciones, se titula *Destinazione all'uso publico e "beni comune " nella Giurisprudenza Ordinaria della Italia unita. Da 'Vila Borghese (1887) alle 'Valli da pesca veneziane ' , 2011.*

El tercero de los estudios comprende un comentario sobre dos escritos menos conocidos del joven Scialoja, sobre bienes demaniales de uso público, y sobre la acción popular, publicados en la obra colectiva sobre *L'Avvocatura Istituzionale. Documenti, discorsi, rievocazioni dei Presidenti del Consiglio Nazionale Forense (1926-2004) .*

Procederé al análisis de las páginas introductorias, IX - XXVI, intercalando los comentarios que correspondan a los tres artículos, reproducidos en las páginas 1-89 .

1. El punto de partida del primero de los estudios es la reflexión del A. atinente a que < Las acciones populares han desaparecido incluso de los manuales >.

En los manuales más recientes el tema de las acciones populares y de los interdictos populares, está prácticamente ausente, y son así mismo escasas las contribuciones específicas sobre la materia .Todo lo más se encuentra una alusión a las acciones populares en el marco de la clasificación general de las acciones o en ámbito de las acciones penales 1.

Considera por ello el A. , que las acciones populares podrían encuadrarse en las < zonas de sombra > de la literatura romanística, lo que ocurriría también, a su juicio, con la empresa y su organización jurídica, materia sobre la que se extiende en la argumentación (pp. 5- 6) .

Subraya el A. (p.7 ss), no obstante, que el escaso interés doctrinal por la materia no se corresponde con el amplio contenido de los textos jurídicos sobre la misma ², ni con su propio interés específico, al afectar a aspectos de fondo del derecho romano, entre los que destaca :

¹ Así en, DI PORTO, en el mencionado estudio " Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico ", p. 4. Advierte , en todo caso, el A., que la afirmación no es original sino que ya la había formulado F. CASAVOLA en su trabajo sobre *Fadda e la doctrina delle azioni popolari*, publicado en el primer número de *Labeo* en 1955.

² Así en D. 47 , el entero título 23 está dedicado a las acciones populares : < De popularibus actionibus >. En D. 47. 23. 1 se contiene una especie de definición de la acción popular : < Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur >.

a) El papel del ciudadano en la sociedad, en la vida cotidiana y en el ámbito de la organización pública,

b) El papel de control de la actividad de la administración pública, así mediante el ejercicio de la actio de albo corrupto, para el supuesto de si quis iusdicenti obtemperavit, la actio de deiectis vel effusis o los interdictos de tutela de las res in usu publico,

c) El régimen de las res publicae y, con carácter singular, el papel de poder y responsabilidad del civis en la tutela de las res in uso público

d) La acción popular y populus, en conexión con la concepción del populus como personas jurídica o como pluralidad de todos los ciudadanos ³, y

e) La acción popular y la dicotomía público-privado (p. 11)

En relación con esta última conexión, subraya el A., que Scialoja realiza la siguiente graduación de derechos, públicos los tres primeros y privados el cuarto :

1) Derecho correspondiente a la comunidad como ente en sí mismo considerado, que se ejercita por un órgano propio de aquélla.

2)) Derecho correspondiente a la comunidad como ente en sí mismo considerado, pero cuyo ejercicio corresponde a cada uno de sus miembros

3) Derecho correspondiente a cada uno de los miembros de la comunidad y susceptible de ser utilizado por cada uno de ellos, que denomina < derechos públicos difusos >

4) Derechos privados.

La clasificación de Scialoja, le hace decir al A.. que la acción popular constituye un < nodo > del derecho romano (p. 13) .

En relación con las razones del silencio sobre la materia , recoge el A. el pensamiento de Casavola (p. 16 ss), conforme al cual, antes de caer en el olvido, las acciones populares habían conocido, en la segunda mitad del ochocientos, un periodo de fervoroso interés historiográfico, en coincidencia con la historia de las democracias liberales y la experiencia de los nuevos estados nacionales, con base en la convicción de que la legitimación popular resultaba útil para, en expresión de Scialoja < reforzar la conciencia jurídica del ciudadano y hacerle sentir más una unión más íntima entre la propia persona y el Estado >.

La sucesiva relegación se habría debido a la evolución del Estado hacia la concepción de persona abstracta, separada de los ciudadanos ⁴ .

A juicio del A. la observación de Casavola no sólo mantenía su validez en los años 90, sino que podría ser reproducida con la misma argumentación en la actualidad.

Una evolución semejante, subraya el A., se habría producido, por otra parte, ya en la comunidad política romana en la que las acciones e interdictos populares habrían conocido su momento de esplendor en la república popular y democrática romana, en contraposición a su progresiva decadencia y limitaciones en el Imperio.

En el imperio, la posición de pueblo cambia de protagonista a mera comparsa, del populus se pasa al princeps como el eje del sistema . Cambia el significado de público al desaparecer progresivamente la idea de " común ". Decae la legitimación popular entendida como " derecho que corresponde a todos los miembros de la comunidad y que se ejercita por cada uno de ellos " (Scialoja) . Cambiaría, por ello, la naturaleza de la acción popular, que se configuraría en el nuevo régimen como tutela de los derechos que corresponden a la comunidad, entendida como un ente en sí misma, y ya no como expresión de la soberanía del populus, y poco a poco se iría atribuyendo al aparato estatal (XIX-XX) ⁵ .

³ Al respecto en IHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Leipzig 1878; ORESTANO, Il < problema delle persone giuridiche > in diritto romano, I, Torino 1968 y, CATALANO, Alle radici del problema delle persone giuridiche, in Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano, I, Torino 1990 y Talamanca, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990, pp. 177 ss.

⁴ CICERÓN denomina en De Republica civitas popularis a la forma de la civitas en la que todo el poder recae en el pueblo < in populo sunt omnia > en contraposición a la civitas optimatum y al regnum (XVIII) .

⁵ En la nueva dimensión se explica, subraya el A., la consideración, por la jurisprudencia del III, de las res communes omnium como categoría distinta de las res publicae, así en Marciano D. 1.8.2.

En la Roma republicana el ejercicio de las acciones populares correspondía a cualquier ciudadano, *quivis de populo o quiquunque agere volet*, y tenía como finalidad la tutela de intereses generales, bien en una esfera propiamente pública, ligada a la persecución de crímenes públicos, en relación al uso público de los bienes públicos, o bien en una esfera más ligada a la utilidad privada del *civis*.

Así, se concedía acción popular para perseguir los delitos públicos de robo de bienes públicos o de falsificación de moneda o de documentos públicos, *crimina de furtum publicum* o de *peculatus*, o bien los delitos de daños causados a cosas públicas o religiosas, *damnum iniuria datum*, de frecuente previsión específica en las leyes municipales.

Se prevén así mismo acciones de legitimación popular para perseguir y sancionar, con penas pecuniarias, delitos privados. Así: al violador de un sepulcro, al ocupante de una vivienda que hubiera colocado o suspendido un objeto con riesgo de caer en la vía pública, al habitante de una vivienda desde la que se habían arrojado cosas sólidas o líquidas a la vía pública, o al que dañase o alterase el texto o los términos de los edictos de los pretores, o al depositante de objetos de desecho en lugares públicos.

Sobre la base de la tesis de Scialoja, considera Di Porto que en la reconstrucción de la categoría de las *res publicae*, no se ha prestado atención suficiente a las denominadas *res in usu publico* (o *res quae publicousui destinatae sunt* o, también, *res quae usibus populi perpetuo expositae sunt*), en lo que habría influido el silencio sobre los interdictos populares (pp. 20 ss).

Las razones del silencio sobre la materia en la Pandectística fundamentadas en la consideración de las acciones e interdictos populares como partes heterogéneas y no asimilables, son analizadas por el A. en las pp. 21- 24⁶.

El estudio de la tutela interdictal pretoria, en las etapas republicana y clásica, y el papel reconocido a los ciudadanos y a los funcionarios imperiales al respecto en las diferentes épocas, constituye una notable ayuda, a juicio del A., en la delimitación de la mencionada categoría de *res publicae* (XI y pp. 24- 35)⁷.

Los interdictos, entendidos como órdenes de carácter administrativo, dirigidos a prohibir, restituir a la situación anterior o exhibir algo, tenían como finalidad mantener la paz social, y defender con carácter provisional, en atención a la posible revisión en juicio ordinario, de forma sumaria, intereses públicos o privados.

La tutela interdictal abarcaba tanto instituciones previstas en el Edicto (*interdicta edictales*), conforme a esquemas abstractos tipificados en el álbum edictal, como situaciones no previstas (*interdicta decretales*)⁸.

El núcleo más antiguo de interdictos probablemente haya sido el constituido por aquellos interdictos públicos accesibles a todos los ciudadanos romanos y destinados a la tutela de las diferentes cosas o lugares de dominio público destinados a la tutela del uso colectivo de las diferentes cosas o lugares de dominio público: *interdicta de publicis locis: loca, itinere, viae, flumina, ripae*.

Mediante esta tutela otorgada por el pretor, como titular de la potestad jurisdiccional, se prohíbe que se introduzca algo en un lugar público, o que se realice algo que pueda causar daño, salvo que se disponga de autorización para ello (D. 43.8.2.pr.); se evita que se retenga lo que se ha hecho perjudicando a las vías o caminos públicos (D. 43.8.2.20); se posibilita que las vías o caminos públicos vuelvan a su anterior estado (D. 43.8.2.35); se otorga protección al arrendatario de un lugar público, con la finalidad de garantizar el

⁶ Para los pandectistas, así WINDSCHEID: " la cuestión última no es como el derecho romano haya sido en cualquiera de las etapas, sino como podemos aplicarlo actualmente " (XXII). Por otra parte, en opinión del A. : el D.R se ha visto aprisionado por el esquema público (el Estado) y privado (los particulares) al que lo había reducido la pandectística, y que ha dominado en los dos últimos siglos la reflexión occidental.

⁷ Vid., en líneas generales, en *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano*. II. Dykinson 2013. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (director) - GEREZ (Coordinador)

⁸ El procedimiento interdictal romano constituye el referente histórico de la actual regulación de los procesos sumarios, y de las medidas cautelares o aseguratorias (interdicto de obra nueva o caución por el daño temido, *interdictum demolitorium* y *cautio damni infecti*).

pacífico disfrute del mismo (D. 43.9.1); se impide todo tipo de perturbaciones frente a quien intenta restaurar la vía o camino público (D. 43.11.1.pr); se prohíbe que se haga o ponga en un río público o en su orilla cualquier cosa que pueda entorpecer el estacionamiento o tránsito de la navegación (D. 43.12.1); se prohíbe realizar cualquier cosa en un río público o en su orilla que perjudique o impida que el agua fluya con la normalidad del anterior estío (D. 43.13.1.pr); se prohíbe que se impida navegar por un río público (D. 43.14.1.pr.); se prohíbe que se obstaculicen las obras realizadas en beneficio de un río público o de su orilla (D. 43.15.1.pr.) , entre otros muchos supuestos de interdictos públicos susceptibles de ser ejercitados por cualquier ciudadano, quivis ex populo 9.

En cuanto al papel del ciudadano en relación con la tutela de las cosas públicas destinadas al uso público, mediante el ejercicio de acciones populares, acciones populares y de interdictos populares, interdicta populares, cabe señalar que planteada en la Republica la cuestión relativa a si la tutela de los mencionados bienes públicos corresponde sólo al Estado o también a los titulares de su uso público (XVI), se resuelve estableciendo que sobre dichos bienes, de propiedad estatal, que se concede también al ciudadano la posibilidad de defender su derecho de uso y el propio destino público de tales bienes, frente la posición política más restrictiva conforme a la cual no sólo la propiedad y sino también la tutela y la fijación del destino de estos bienes públicos corresponde sólo al Estado (pp. 35- 42) .

En la expresión *res publicae in usu publico*, el acento se pone en la función que cumplen los bienes públicos , en su destino al uso público, no en la titularidad de los bienes. La función del bien, su destino al uso público determina el régimen de tutela, que se confía al *civis*, titular del uso. XIX

El análisis de distintos interdictos referidos a las *res in uso publico* lleva, en definitiva, al A. a concluir que de forma progresiva la legitimación popular va a menos, lo que implica una reducción del campo de acción del ciudadano en la tutela de las *res in uso publico* (p. 39) .

Se habría producido, en suma, un trasvase paulatino del modelo republicano de legitimación popular, al modelo imperial, en el que el ciudadano conserva el uso pero pierde el poder sobre los bienes públicos de uso público, y éste el modelo en el que se sitúan las modernas concepciones de bienes públicos, construidas según el esquema de la propiedad individual del Estado-persona jurídica ¹⁰ .

2. El segundo de los estudios mencionados " *Destinazione all'uso publico e "beni comune"* ", constituye una reflexión sobre los bienes destinados al uso público en las sentencias de la Magistratura ordinaria.

El punto de partida del trabajo viene dado por el bloque de sentencias dictadas, en casación, entre el 14 y el 18 de febrero de 2011 por la Corte Suprema de Italia, mediante las cuales se confirma la naturaleza demanial de las áreas de pesca delimitadas en la laguna de Venecia, calificándolas como bienes comunes ligados < alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini >, es decir, a su destino al uso público (XII) y reconociendo al titular del derecho de uso público la acción para la tutela de los bienes demaniales (XIII y pp. 45- 50)¹¹ .

El A. se remonta al estudio de la sentencia casacional de Roma del 9 de marzo de 1887, que crea el < *ius deambulandis* > del pueblo de Roma sobre la Villa Borghese, que se

⁹ Vid. al respecto en ALBURQUERQUE, JM, La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público. Especial referencia a los interdictos de *publicis locis* (*loca, itinere, viae, flumina, ripae*). Prólogo A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Dykinson 2002, reimpr 2012; PONTE ARREBOLA, V., Régimen jurídico de las vías públicas en Derecho Romano. Prólogo A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Dykinson 2007; GEREZ, G., El derecho de aguas en Roma. Prólogo A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Dykinson 2007.

¹⁰ Sobre el tema cabe consultar, CASSESSE, S., *I beni publici. Circulazioni e tutela*. Milano 1969.

¹¹ En expresión de uno de los protagonistas del debate sobre los bienes comunes, RODOTA, S., en *Il valore dei beni comuni*, La Republica, 5 de enero de 2012, p. 26 : < il 2011 ha sido el año de los bienes comunes > . MATTEI, REVIGLIO, RODOTÀ, *I beni pubblici. Dal governo democratico dell' economia a la riforma del codice civile* , Roma, 2010

configura como un referente de una cincuentena de pronunciamientos judiciales, emitidos entre los siglos XIX y XX, que la toman como precedente (pp. 51-59) .

Subraya el A. que la Jurisprudencia crea la categoría de < derechos de uso público >, considerados como < diritti autonomi di natura particolare, il cui regolamento appartiene in gran parte al diritto pubblico > (Cass. Roma, Sez. unite, 14 aprile 1917: sentenza Mortara - d'Amelio) (pp. 59-60) .

La Jurisprudencia italiana de los años 30 reconoce como un derecho provisto de acción, es decir, como un verdadero derecho, el uso colectivo de los bienes demaniales, poniéndolo en el mismo plano que los derechos de uso público sobre los bienes privados. XVII.

La entrada en vigor del nuevo código civil y la línea dominante asumida por la publicística en relación con los temas conexos de la configuración de la persona jurídica y de la propiedad pública suponen un cambio relevante de orientación conforme afirma el A. (pp. 65- 69) .

El nuevo código adopta una clasificación de los bienes públicos meramente formal basada en el elemento subjetivo de la pertenencia, sin que se prevea la función de los bienes, su destino al uso público. En relación con la tutela el art. 823 establece que la tutela de los bienes que forman parte del demanio público corresponde a la autoridad administrativa (p. 66) .

En esta nueva etapa, la Jurisprudencia, en palabras del A., sufre una especie de 'estrabismo'. Por una parte, abandona la orientación expresa de la Casación, conforme a la cual el uso colectivo de los bienes demaniales por los ciudadanos estaba asistido de acción y, por otro lado, en relación con los bienes de uso público que cabría denominar menores, regulados en el art. 825 del Código Civil, mantiene que el principio de la legitimación para actuar corresponde también al titular del derecho de uso, uti civis (XIV y pp. 69-71) .

Los pronunciamientos de las Secciones unidas civiles de la Corte de Casación de los años 2011 en relación con la tutela de los bienes destinados al uso público abren una nueva fase de la historia de las sentencias, y con ello del nudo de la tutela de estos bienes, aún sin escribir, en opinión del A. (XIV y p. 72) .

3. El tercero de los estudios del A., tiene por objeto el comentario de dos escritos del joven Scialoja (pp. 76- 89)

En el primero de ellos Scialoja, en el año 1881, se plantea, y resuelve de forma positiva, si a la luz del derecho vigente cabe admitir una verdadera propiedad del Estado sobre los bienes demaniales de derecho público (pp. 80-83) .

El segundo es el Prefacio a la traducción a la obra de Bruns sobre las acciones populares romanas, que se divide en dos partes, en la primera, Scialoja procede a reconstruir históricamente la institución, y en la segunda plantea la cuestión de la actualidad de la legitimación popular (XV y pp. 83- 89) .

Anota el A. como intuiciones de Scialoja. : a) la distinción entre derechos públicos que corresponden a todos los miembros de la comunidad y que pueden ejercitarse por cada uno de ellos y derechos públicos que corresponden a la comunidad como tal y que pueden ejercitarse sólo mediante un órgano de la misma. b) la definición de derechos públicos difusos atribuible a los derechos que corresponden a cada uno de los miembros de la comunidad y, c) El reconocimiento de verdaderas acciones populares también solo a aquellas que conceden la tutela de los derechos públicos que corresponden a todos . (XV y p. 86) .

Por otra parte, los años en los que Scialoja escribe a favor de la introducción de la acción popular son cruciales, como subraya el A., por su conexión con las cuestiones conexas de la construcción del Estado como persona jurídica y de la propiedad pública, son años en los que se decide la suerte del ciudadano en términos de soberanía .

Afirma Scialoja que la acción popular es para el ciudadano un instrumento de poder que permite al ciudadano pedir cuentas por la trasgresión o inaplicación de las disposiciones legales, por lo que se configura como un contrapeso que confiere equilibrio a la construcción del Estado.

Subraya el A. que del pensamiento de Scialoja sobre los bienes demaniales de uso público cabría derivar una equilibrada fusión entre el reconocimiento de la propiedad del Estado sobre tales bienes, y los poderes del ciudadano en defensa de su derecho de uso y de

la afectación pública de los mismos, que debería entenderse como un < derecho público difuso >, pleno, provisto y tutelado por acciones populares (XVII y pp. 87- 89) .

La posición de Scialoja que no tendrá éxito ni en el plano normativo ni en el de la ciencia jurídica, será asumida, no obstante, por la Jurisprudencia casacional, que dictará , en esos años, la famosa sentencia sobre Villa Borghese y reconocerá en los años 30 del pasado siglo como derecho provisto de acción el uso colectivo de los bienes demaniales .

Concluye el A. que la cuestión de la tutela de los bienes destinados al uso público, que Scialoja había pensado resolver mediante la propuesta en líneas generales analizada sigue sin resolverse, el ciudadano continua usando los mencionados bienes públicos, pero no puede exigir responsabilidad frente a las < trasgresiones o inaplicaciones de las disposiciones legales > o reaccionar frente a < la inercia o a la injusticia de un funcionario público > en relación con dicho bienes (p. 89) .

En confirmación de algunas de las reflexiones centrales contenidas en la valiosa obra de Di Porto, sobre un tema ciertamente nuclear para la investigación histórica, la dogmática jurídica y la jurisprudencia actual, cabe señalar que en España, las acciones populares, y la acusación popular en particular, no sólo están de actualidad , sino que se ha abierto el debate doctrinal, y político, sobre la conveniencia de reformar su régimen jurídico, mediante una mejor delimitación de su objeto y finalidad, por lo que una reflexión histórica sobre el ejercicio por los cives romani de los interdictos y las acciones populares, en su doble vertiente pública y privada, ayudará a valorar si las soluciones con las que se afrontaron, en la República y en el Imperio, los problemas planteados en esta materia, puede resultar de utilidad para el debate actual.

“Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del Siglo XXI. Memorias del IX Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana 2013 sobre Temas Penales Contemporáneos y X Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, en Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa”

YELINE RAMOS GONZÁLEZ.

Licenciada en Relaciones Internacionales por el Instituto Superior de Relaciones Internacionales “Raúl Roa García”, Habana.

Máster en Relaciones Internacionales y Derecho Internacional Público por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, España.

MEDINA CUENCA, Arnel (Coordinador) (2014). **Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del Siglo XXI. Memorias del IX Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana 2013 sobre Temas Penales Contemporáneos y X Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, en Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa**¹. Editorial UNIJURIS. La Habana.

Para dar continuidad al Libro “El Derecho Penal en los inicios del Siglo XXI. En la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional”, se erige este texto que culmina la sistematización de las ponencias y debates protagonizados por parte de la comunidad académica penalista cubana e invitados de otras partes del mundo, que con franco y merecido esmero fueron dedicados al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, en ocasión del “IX Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana 2013 sobre Temas Penales Contemporáneos y el X Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales”.

Esta segunda parte está compuesta por artículos que reflexionan, como no puede ser de otro modo, en torno a los dilemas más acuciantes que presentan las Ciencias Penales actuales: las reformas a los códigos penales y procesales, el recrudescimiento de las penas, la vulneración de los derechos y garantías fundamentales durante la investigación criminal, la proliferación del crimen organizado y de carácter transnacional, la especialización de los comisores del delito, así como el tratamiento de la prueba durante el proceso, entre otras cuestiones.

El Dr. Ignacio F. Benitez Ortúzar, con “*La pretensión de maximización de la seguridad como pretexto del Derecho penal de la peligrosidad. El sistema dualista para el sujeto imputable previsto en la propuesta de reforma del Código Penal*” explica la “peligrosidad criminal” vista previa y durante a la entrada en vigor de las Leyes Orgánicas españolas 10/1995 y 5/20103, así como en el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 3 de abril de 2013, en un contexto nacional complejo en que prima la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia.

Con “*La inexigibilidad de la responsabilidad penal ante las nuevas formas de criminalidad*”, la Profesora principal de Derecho penal de la Universidad de Cienfuegos, Esp. Yoruanys

¹ Disponible en: <http://vlex.com/source/expansionismo-nuevas-formas-de-criminalidad-y-proceso-penal-en-los-inicios-del-siglo-xxi-12360> y también en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/2.%20Expansionismo%20y%20nuevas%20formas%20de%20criminalidad...2013.pdf> En la Serie Ciencias Penales y Criminológicas: <http://vlex.com/compilation/333763>

Suñez Tejera, teoriza, tanto psicológica como normativamente, la dinámica actual de los fenómenos de la culpabilidad, la motivación, y la libertad de decisión o voluntad, sobre todo su congruencia con la expansión de otros tipos de criminalidad que se alejan de la delincuencia clásica. Muy relacionado a esto, los académicos mexicanos Ms C. María de Jesús Camargo Pacheco, Ms C. María de Rosario Molina González y Lic. Miguel Lagarda Flores, brindan una mirada desde este vecino país sobre los conceptos, teorías y formas de la culpabilidad, así como de las sanciones a los delitos culposos con *“Un acercamiento dogmático normativo a los delitos culposos, lineamientos para la individualización de la pena”*.

Contrapuesto a la culpa, se analiza esta vez la inocencia y el impacto que, sobre ella, tienen la propagación y difusión de los acontecimientos delictivos, toda vez que la sociedad del siglo XXI se rige cada vez más por las agendas de las grandes agencias mediáticas que en ocasiones tienen poco compromiso con el ejercicio oportuno del Derecho en la búsqueda de la justicia, y mucho con el sensacionalismo, que genera muchas más ganancias. En *“La presunción de inocencia y los medios de comunicación masiva”* del Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez, se ponderan los límites entre la libertad de prensa y la protección legal de determinados aspectos del proceso cuya veracidad y congruencia son fundamentales para la acción de la ley. Más adelante, la conceptualización y análisis histórico de la regulación de las conductas, la comisión por omisión en la normativa penal y jurisprudencial, las formas de autoría, así como sus configuraciones típicas y criterios jurisprudenciales, son analizados por la Dra. Arlín Pérez Duharte en *“La conducta penalmente relevante, la variante omisiva y las formas de autoría en el ordenamiento jurídico penal cubano”*.

Las consecuencias que ha traído la Globalización para la dinámica entre los Estados, el aumento de la actividad criminal y su interconexión a nivel transnacional hasta formar grandes redes delictivas con mayor capacidad para la comisión del delito, y la respuesta desde el Derecho Penal y el Derecho Internacional para poner tope a la proliferación de estos grupos son temas que se tratan en *“Migraciones, tráfico y trata de seres humanos, globalización y expansionismo penal en el Siglo XXI”*, del Dr. Arnel Medina Cuenca, coordinador de este libro.

Dado el elevado envejecimiento poblacional en Cuba, así como el aumento vertiginoso de los casos en los cuales los adultos mayores se encuentran viviendo solos, o en posiciones vulnerables, resulta de vital importancia dedicar estudios a este grupo etario, devenido grupo de riesgo victimal frente a la violencia. En *“Concepciones actuales sobre la victimización hacia el adulto mayor”* de la Dra. Celín Pérez Nájera, Profesora Auxiliar de Criminología y Decana de la Facultad de Derecho en la Universidad “Máximo Gómez Báez” de Ciego de Ávila, se analiza conceptualmente este tipo de violencia y los pasos a acometer para garantizar su prevención. Otro grupo *sui generis* dentro del derecho penal es analizado por el Dr C. Ernesto Pérez González y la Dra. Marilol y Acosta González en *“Criminología del enfermo mental imputable”* es una visita al histórico problema donde psiquiatría y criminalidad eran concebidas como escalones ascendentes en una suerte de causalidad inevitable. Este artículo estudia las luces y sombras de la peligrosidad del enfermo mental, así como la importancia de la definición de inimputabilidad, incluso su inserción dentro de fórmulas en los códigos penales.

Los *“Principios e Instituciones de las Reformas Procesales en América Latina: seguridad jurídica, non bis in ídem, cosa juzgada y revisión penal”* son objeto de examen por la Dra. Mayda Goite Pierre, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, dada la controversia que genera en la comunidad académica y en la sociedad civil el determinar cuáles son las mejores estrategias para desarrollar un programa de reformas que brinde instrumentos útiles para combatir la criminalidad, pero a su vez garantice la defensa de los intereses de los ciudadanos y sus derechos fundamentales.

Por su parte, el Dr. Juan Mendoza Díaz, procesalista y académico cubano y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, caracteriza a profundidad la institución de *“El juicio Oral en Cuba”*. El modelo vigente de enjuiciamiento, las actividades

previas, la iniciación y práctica de las pruebas, las conclusiones, deliberación y fallo son detallados para entender a cabalidad el sistema regente de administración de justicia en los tribunales cubanos. Siguiendo con el proceso penal, las Lic. Lisett D. Páez Cuba y Lic. Madelín Cruz García aportan consideraciones teórico-prácticas en torno a la necesaria formación de competencias para la litigación penal y a los retos jurídico-formativos que existen en este aspecto con *“La enseñanza del Derecho procesal penal en Cuba: proyección hacia la formación de competencias para la litigación”*.

La prueba, como no puede ser de otra forma, es también visitada en este libro, esta vez de la mano de dos artículos. Mientras la Esp. Emma Calderón Arias aporta una mirada a la historia de la cadena de custodia de los elementos de prueba dentro del sistema acusatorio con *“El cristal del tiempo y la cadena de custodia de los elementos de prueba en el proceso penal”*, el Lic. Dayán Gabriel López Rojas cuestiona la legalidad de la misma una vez que se vulneran los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones en *“¿La verdad a toda costa? A propósito de la eficacia probatoria de los registros de llamadas expedidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba, S.A. (ETECSA)”*. Esta ponencia, además, destaca por el análisis desde el Derecho Comparado, de la intervención telefónica, cuya práctica se ha extendido dentro del proceso penal en el contexto de la sociedad de riesgo.

Por último, el Dr. Rodolfo Máximo Fernández Romo examina, en coautoría con juristas angolanos, cuestiones medulares dentro de la investigación criminal en este país africano. De la mano con el Lic. Andrade António Gomes Dumba, se analiza *“La Detención como acción de instrucción que compromete derechos fundamentales del acusado en la investigación criminal en la República de Angola”*; por otro lado, aborda *“La intervención del Fiscal y de la Policía en la investigación criminal en la República de Angola”* con el Lic. André Kiala.

Ambos, *“El Derecho Penal en los inicios del Siglo XXI. En la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional”*, y el *“Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del Siglo XXI”*, más que una detallada selección de debates y ponencias de gran valía, y una obra de referencia obligada, es una distinción de los amigos, colegas, estudiantes y admiradores del gran penalista cubano Dr. Ramón de la Cruz Ochoa.

ANTES Y DESPUÉS DE LOS MASS MEDIA ACTORES Y ESTRATEGIAS COMUNICATIVAS

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS

Abogado en IURE LICET

ACHÓN INSAUSTI, José Angel; ARRIETA ALBERDI, Leyre e IMÍZCOZ BEÚNZA, José María (Editores) (2016). ANTES Y DESPUÉS DE LOS MASS MEDIA. Actores y estrategias comunicativas. Dykinson. Madrid.

La obra de referencia supone un coloquio entre una mezcolanza, de lo más variopinta, de especialistas en materias, que van desde la Historia hasta la Filología, que se reúnen con el fin de historiar la comunicación. Es decir, el conjunto de expertos observa a través del ‘espejo’ de los *mass media* el pasado de la comunicación para poder así caminar con coherencia hacia el futuro.

Así pues, la revolución comunicativa que vive, hoy por hoy, la sociedad no es fortuita ni se ha fraguado por una serie de contingencias inconexas, sino que proviene de una conmixtión de condiciones sociales y culturas comunicativas, que construyen sinérgicamente una historia social que merece ser relatada.

En cuanto a la consabida tecnologización de las redes sociales, los autores insisten, en varios momentos, que la tecnología carece de sentido sin sus actores sociales, y es que si ello no fuera así, correríamos el peligro como sociedad de convertirnos en autómatas sometidos al imperio de una tecnología absolutamente ingobernable.

Dicho lo cual, la obra se estructura en tres grandes bloques: antes de los *mass media*; procesos de comunicación y construcción de identidad e ideologías; y estrategias de comunicación en la actualidad.

La primera parte de la obra se dedica a las lógicas comunicativas premodernas (siglo XVI-XVIII), dedicando especial atención a la comunicación basada en vínculos clientelares o de patronazgo; a la cultura librería; a lo visual y lo simbólico y al diálogo.

Y a este respecto, merece que nos detengamos, brevemente, en el profundo artículo, no por lo cuantitativo sino por lo cualitativo, titulado “comunicar(se) hace 500 años: Actores sociales y estrategias comunicativas en el siglo XVI” del catedrático José Angel Achón Insausti.

Sus palabras sumergen al lector en la importancia de la cultura escrita e invitan a recordar como las grandes historias no solo han sido contadas sino también escritas. El lenguaje escrito emerge, en consecuencia, de espacios donde se aúnan expectativas sociales que crean distintos procesos de comunicación. El autor entretanto nos habla del miedo a la pérdida y al olvido que se esconden bajo las palabras.

Asimismo el catedrático dice que los medios tecnológicos son el medio pero nunca el fin, detonando así en quien penetra en sus páginas un claro mensaje: la tecnologización no deshumaniza la comunicación.

La segunda parte de la obra aborda la interacción entre las estrategias de comunicación y la construcción de identidades de la mano del análisis de las ‘bertsopaperak’ (versos populares); las redes sociales fueristas; el himno vasco y los partidos políticos como elemento vertebrador de la comunicación.

La tercera parte de la obra se centra en las estrategias comunicativas en la actualidad, confiriendo autonomía propia a la importancia de los datos como clave para la investigación social; al fenómeno de la historieta; a la imagen de los mayores en los medios de comunicación; a los problemas migratorios y a la nueva estrategia comunicativa en las redes sociales.

A tal respecto, y nuevamente por límites obvios de espacio, dedicaré unas líneas a los dos últimos extremos referidos. Así, de un lado, lamento que no trascienda un tono más crítico, aunque pueda compartir que no es ese el pretendido trasfondo del artículo, en las “*estrategias comunicativas en las conversaciones escritas de chat. El contacto lingüístico*” de Elixabete Pérez y Esther Zulaika.

Pues, en efecto, alzaprimar la falta de rigor en la redacción a un simbolismo generacional es un eufemismo que como sociedad no podemos permitirnos. La forma de redactar en redes sociales (véase WhatsApp, Facebook, etc.) no solo responde a una mayor comodidad o una adaptación al receptor del mensaje, lo cual puede tener sentido en clamorosos y ominosos errores gramaticales, sino a un desconocimiento de ciertas reglas ortográficas y gramaticales.

A tal efecto, quisiera recordar la importancia de las palabras, de la que el periodista Juan Manuel de Prada hablaba recientemente en su artículo ‘Palabras desfiguradas?’, al decir que “*Despojado de las palabras que nos sirven para expresarnos en plenitud, nuestro pensamiento queda secuestrado y nuestra razón se va adelgazando hasta tornarse de alfeñique, hasta ser zarandeada por el ventarrón de la emotividad más grosera, hasta acogerse al cobijo del gregarismo*”.

De otro lado, merece que nos detengamos, por su rabiosa actualidad, en el artículo titulado “*nuevos escenarios en las migraciones europeas: discursos mediáticos y fílmicos*” de María Jesús Pando y María Pilar Rodríguez

Las dos profesoras de la Universidad de Deusto, que hablan con la propiedad que ostentan aquellos que se dedican al laborioso menester de la investigación, reaccionan ante el problema de la crisis migratoria de la mano de una revisión de su tratamiento en la comunicación. En concreto, utilizan las editoriales de *El País*, *Le Monde* y *The Guardian* así como las películas de *Welcome* y *Terraferma*, para ilustrar ese tratamiento.

Una vez que las autoras abandonan la asepsia de lo descriptivo, apuestan por una respuesta contundente a dicha situación, al mantener que la actual crisis migratoria supone una pérdida de valores que “*afecta al corazón mismo de la idea de Europa*”. Es ante tal situación que los medios de comunicación se alzan en la mejor ‘voz’, esto es, en la “*filtración del afecto, de la compasión y de la vergüenza frente a lo hecho*”; y de esta manera llegan a una sociedad que vive instalada en la “*indiferencia que alivia el dolor y la ceguera que permite el desconocimiento y el olvido*”.

Quizá, por defecto profesional, añadiría que estos problemas ponen en solfa las bases inquebrantables de los Estados de Derecho, y nos aboca a cuestionarnos, horrorizados, cuál es el precio del *statu quo* establecido; en definitiva, cuántas muertes más deben televisarse para que esta ‘sangría’ –en su connotación más inhumana- cese.

“TERRORISMO EN EL SIGLO XXI (La respuesta penal en el escenario mundial)”

DRA. D^a. ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ
Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Deusto

AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique; JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis (2016). **Terrorismo en el siglo XXI (La respuesta penal en el escenario mundial)**. Dykinson. Madrid.

El libro que el lector tiene a su disposición es una magnífica obra que resalta la indiscutible necesidad existente de recopilar la respuesta penal al terrorismo en el escenario mundial.

La obra se encuentra dividida en cuatro, a lo largo de los cuales los diferentes autores que colaboran en la misma tratan los diferentes aspectos del tema estudiado, incidiendo en los que puedan resultar de mayor interés.

De esta manera, el primer capítulo se centra en los delitos de terrorismo, analizado tanto desde la perspectiva española como internacional, tratando temas que abarcan desde la delincuencia transfronteriza, la relativización de los procesos penales, el análisis de la doctrina Parot y la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte.

El segundo capítulo, por su parte, estudia la respuesta del panorama internacional en lo que al terrorismo respecta. A tal fin, aborda normativa de naturaleza internacional, europea y como novedad, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para combatir el terrorismo y reemplazar la decisión marco del Consejo 2002/475/JAI.

El tercer capítulo analiza el terrorismo desde una perspectiva interna, esto es, desde la órbita del Código Penal. Para ello estudia la definición de los delitos de terrorismo, su tipificación, la reincidencia a nivel internacional, la agravación de las penas, los atenuantes de colaboración activa, las organizaciones y grupos terroristas, el adoctrinamiento, la financiación, la colaboración con grupos terroristas y el enaltecimiento del terrorismo; entre otros.

Finalmente, el libro cierra este profuso estudio sobre el terrorismo con un papel clave en la ecuación: las víctimas. Es por ello por lo que el cuarto y último de los capítulos aborda la situación de las víctimas desde una perspectiva internacional, europea y especialmente española.

En conclusión, esta monografía conforma, no sólo un profuso recorrido de la figura del terrorismo en el siglo XXI, sino también de la noción en general, para lo cual la aborda desde una perspectiva europea, nacional e internacional. De esta manera, este trabajo se erige como un libro de indispensable lectura que permite evidenciar los innumerables retos que aún es necesario abordar en la materia.

“TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL Y PROCESAL DEL DOPAJE EN EL DEPORTE”

IGNACIO LLEDO BENITO

Doctor en Derecho Internacional y Abogado Penalista

BENITEZ ORTUZAR, Ignacio (Coordinador) (2016). **Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte**. Dykinson. Madrid.

Benitez Ortuzar Ignacio, es coautor y coordinador de esta magnífica obra, que aborda un tema de candente actualidad como es la lucha contra el dopaje en el deporte. En la obra colectiva participa un elenco de prestigiosos penalistas, entre los que destaca el profesor Morillas Cueva L y un plantel notabilísimo de expertos penalistas que abordan las distintas cuestiones que analiza la obra con rigor, seriedad, profundidad, criterio, y siempre reflexiones útiles. Es así, que junto con el coordinador Benitez Ortuzar I, y el citado Morillas Cueva L, concurren penalistas de la talla de Burgos Garrido Belén, Cabrera Mercado Rafael, Cruz Blanca M^a José, Domínguez Izquierdo Eva M^a, Fernández Pantoja Pilar, Morillas Fdez, David Lorenzo, Quesada López Pedro Manuel, Suarez López Jose M^a, y Terol Gómez Ramón.

La obra está dividida en doce capítulos bien extractados y con una sistemática que denota un conocimiento profundo de la materia y que el lector enseguida percibe un tono didáctico y clarificador en las diferentes materias en las que se divide la obra que comentamos.

Así en este sentido en el primer capítulo del propio coordinador de la obra, Benitez Ortuzar, se refiere al marco general del dopaje deportivo en el ordenamiento jurídico español, y como bien explica el profesor Benitez Ortuzar, es en el ámbito integral del deporte en el que debe abordarse el problema del dopaje. Y para ello debe delimitarse como bien explica el propio concepto de deporte, para luego explicar el problema del dopaje. En el aspecto metodológico si se adopta, explica el autor y coordinador de la obra, la definición del dopaje elaborado por la Conferencia Mundial sobre Dopaje de 1.999, se definiría como el uso de un artificio (sustancia o método) potencialmente peligroso para la salud de los atletas y/o susceptible de mejorar su rendimiento o la presencia en el organismo del atleta de una sustancia o la constatación de la aplicación de un método que figuran en la lista anexa al código antidopaje del movimiento olímpico. Es de destacar asimismo en el recorrido legislativo la Ley Orgánica 3/2013 de 20 de Junio que deroga la Ley Orgánica 7/2006 que incorpora directamente las obligaciones derivadas del convenio internacional contra el dopaje en el deporte de la UNESCO de 2005, garantizando la eficacia en España del Código Mundial Antidopaje. Esta Ley Orgánica del 2013 como explica el profesor Benitez Ortuzar, fue un intento de modernizar la regulación anterior con el fin de permitir que nuestro ordenamiento jurídico se adaptase íntegramente a las normas internacionales de la lucha contra el dopaje y representa un avance notable en la concepción de la protección de la salud de los deportistas.

En el capítulo segundo se aborda precisamente por el profesor Terol Gómez Ramón, los instrumentos normativos contra el dopaje y protección de los derechos fundamentales de los deportistas y el autor pone énfasis en acentuar que la lucha contra el dopaje exige

determinados sacrificios por parte de los deportistas, y los Estados deben ceder el protagonismo a organizaciones deportivas internacionales como la AMA, y las Federaciones Internacionales o el COI en aras a una mejor coordinación en esa lucha.

En el capítulo tercero el profesor Suarez López se centra en el análisis de los principios limitadores del ius puniendi en un estado social y democrático de derecho y su incidencia en la represión penal del dopaje en el deporte en el que destaca que “puede resultar valorativamente inadecuado tutelar exclusivamente la salud de los deportistas y no como apunte Roxin, la de otros colectivos como músicos, escritores, intelectuales, opositores o cualquier otra persona que pueda doparse para aumentar su capacidad y que deberían también ver tutelada la salud”. Y siguiendo sus palabras no se puede negar, explica, que la creación del delito de dopaje traspasa las exigencias del principio de intervención mínima. Por ello explica que debe reiterarse la vigencia y necesidad del mencionado principio y potenciar mecanismos no penales en la lucha contra el dopaje, relegando su tutela penal a la general de los bienes jurídicos que por estas conductas puedan verse afectados, vida, salud, o salud pública.

En el capítulo cuarto, precisamente el coordinador de la obra nos habla del bien jurídico en el delito de dopaje en el deporte, y en el que concluye que el dopaje en general no puede ser concebido como una puesta en peligro de los bienes jurídicos individuales vida y salud, en tanto que la mayor parte de los casos que deben calificarse como dopaje por suponer la ingesta de sustancias prohibidas no existe peligro real y concreto para ellos. La solución explica vendría a derivar la interpretación del tipo hacia un delito de peligro abstracto, ante la potencial peligrosidad a dichos bienes jurídicos individuales del colectivo de deportistas.

En el capítulo quinto se aborda una cuestión capital compleja pero muy bien explicada por el profesor Morillas Cueva, nos referimos a la naturaleza jurídica del delito de dopaje en el deporte. Analiza la ubicación sistemática del Art. 362 quinquies y su relacional naturaleza jurídica para el autor se está ante un delito de peligro concreto al exigirse de manera específica para su realización una puesta en peligro para la vida o la salud de los deportistas como sujetos pasivos del mismo. Pone el énfasis en la difícil especificación del bien jurídico que se intenta proteger y como dice el profesor Morillas “acerca de la compleja ubicación sistemática que el legislador ha elegido para esta tipología, a caballo entre los delitos relacionados con el consumo adulterado de alimentos y medicamentos y los referentes al tráfico de drogas”. Interesante la explicación entorno a la naturaleza jurídica del Art. 362 quinquies reafirmando en que estamos ante un delito peligro concreto, cuestión ésta, siguiendo literalmente sus palabras que es mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia. Y pone de manifiesto las dificultades de enlazar el carácter de delito de peligro concreto, y su “ubicación dentro de los delitos contra la salud pública”. Y concluye que “al menos de lege ferenda, es la toma en consideración de un bien jurídico distinto fijado en los valores sociales inherentes al deporte versus integridad deportiva”. Para concluir que el tipo del Art. 362 quinquies CP es presentado “con peculiaridades específicas que lo diferencian de los demás de su contexto inmediato de delitos contra la salud pública, con las exigencias procedimentales y de prueba que ello conlleva y su aplicación real está muy recortada por el significado de algunas de las conductas típicas que recoge.

En el capítulo sexto la profesora Domínguez Izquierdo, aborda de manera clarificadora el tema referido a los sujetos y objeto material del Art. 362 quinquies.

En el capítulo séptimo el profesor Morillas Fernández explica la conducta típica en el delito de favorecimiento del dopaje en el deporte. Concluye con acierto “que se trata en consecuencia de castigar no al deportista que se dope para obtener un resultado positivo en una competición sino al individuo que facilite la sustancia prohibida aumentando su capacidad y poniendo en verdadero peligro los bienes jurídicos vida o salud.

En el capítulo octavo el profesor Morillas Cueva aborda la temática referida a las formas especiales de aparición del delito y penalidad en el Art. 362 quinquies. Para el

profesor Morillas Cueva “autor directo será el que realice alguna de las modalidades descritas poniendo en peligro la vida o la salud de los deportistas. Dado el carácter de delito común de esta tipología aquél puede ser cualquiera, excepto el propio deportista consumidor que consintiendo e incluso induciendo a la realización típica se transforma en una especie de cooperador necesario carente de responsabilidad penal”. Es muy interesante la reflexión que aborda el profesor Morillas Cueva en el tema de “Concursos” y la penalidad en las que como dice “las consecuencias jurídicas establecidas dan cierto juego para conseguir el que parece objetivo prioritario de la norma contra el dopaje, motivar o intimidar a los ciudadanos relacionados con el tema a no realizar dichas actividades que pueden modificar los resultados de las competiciones o aumentar indebidamente las capacidades físicas de los deportistas, y lo que es peor, poner en peligro su vida o su salud.

En el capítulo noveno la profesora Cruz Blanca M^a José, explica el tratamiento penal agravado de las conductas relacionadas con el dopaje en el deporte. Y concluye que “admitida la oportunidad político criminal de reprimir penalmente las actividades relacionadas con el dopaje, debe considerarse igualmente oportuno sancionarlas más gravemente cuando aquellas vengan determinadas por comportamientos coactivos y torticeros de terceros o llevadas a cabo por personas que pertenecientes al entorno del deportista han de garantizar el desarrollo del juego limpio y el cuidado de la salud de los atletas. En consecuencia resulta acertada la previsión en el Código Penal de unas concretas circunstancias agravantes del delito de dopaje en la misma línea que trazan otras legislaciones de nuestro entorno”.

En el capítulo décimo la profesora Fernández Pantoja, analiza el tema del decomiso en el delito de dopaje en el deporte, y que como pone de manifiesto “ya existía el régimen general del decomiso en los Arts. 127 y 128 como consecuencia accesoria derivada de la infracción penal,... es por ello que entiende que no resulta desacertada la inclusión de esta norma”.

En el capítulo décimoprimeros los profesores Cabrera Mercado y Quesada López abordan la problemática de los aspectos procedimentales y procesales, y el importantísimo tema del problema de valoración de la prueba, y ponen el énfasis en la cuestión que el principal problema del Art. 362 quinquies del Código Penal seguir conseguir probar en el proceso penal la conducta ilícita de alguna de las personas del entorno del deportista.

En el capítulo décimosegundo es interesante la aportación y explicación de la extracción del perfil genético de los deportistas como prueba en la investigación del delito de dopaje, muy bien analizado por Burgos Garrido Belén, la autora explica con razón que la actividad probatoria desarrollada por las partes se ha visto afectada ya que se disponen de nuevas fuentes de prueba, “impensables hace unos años que coadyuvan al esclarecimiento de los delitos, es de destacar el análisis de ADN que permite identificar a través de los restos biológicos a un individuo con un margen de error de al menos uno frente a varios millones, por lo que estamos ante una prueba que goza de un alto grado de probabilidad y certeza.

“MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL”

ANDREA GUERRERO GARCÍA
Graduada en Derecho
Master in International Law, Foreign Trade and International Relations
Prácticas en IURE LICET

FERNANDO RODRIGUEZ, Luis (2016). **Mediación comercial internacional**. Dykinson. Madrid.

La internacionalización y la globalización en el mundo actual como nota característica no solo de la vida social y cultural, sino también como un matiz aplicado al mundo de los negocios, ha provocado que deban analizarse desde un enfoque comparado las diferentes operaciones comerciales transfronterizas que puedan realizarse entre sujetos de distintos países, así como los posibles conflictos que pueden surgir entre las partes. Centrándonos en este último aspecto, debemos indicar que existen diferentes sistemas para solventar los diferentes conflictos que puedan surgir entre las partes de una operación de dichas características, pudiendo ser superados o bien de la mano de los distintos métodos alternativos de resolución de conflictos (arbitraje, mediación, conciliación) o bien acudiendo al amparo que otorgan los tribunales.

La obra que el lector tiene a su disposición es un profundo y extraordinario análisis de uno de los métodos alternativos de resolución de conflictos más utilizados en la actualidad, la mediación; el cual es analizado desde un enfoque original y práctico del comercio internacional. Su autor, Don Luis Fernando Rodríguez, documenta al lector proveyéndole de un conocimiento teórico en la materia, analizando cada una de las fases que deben completarse en el proceso de mediación: desde su inicio, realizando un estudio de los diferentes sistemas de mediación existentes así como la valoración de la idoneidad de cada uno de ellos dependiendo de las circunstancias concretas del conflicto objeto de mediación; hasta su finalización, examinando no solo la conclusión del procedimiento de mediación, sino también la ejecución del acuerdo de transacción, en el caso de que una de las partes no cumpla voluntariamente con el contenido del acuerdo, desde tres perspectivas diferentes: nacional, en el derecho de la Unión Europea e internacional.

El libro se encuentra dividido con una línea imaginaria en dos partes, siendo la primera de ellas la relativa al entendimiento y comprensión de este método de resolución de conflictos y su comparativa con los demás métodos estableciendo asimismo las ventajas que presenta este método respecto a los demás. Igualmente en esta primera parte del libro, realiza una breve “presentación” de la mediación al lector, centrando la misma especialmente en el papel del mediador, pieza fundamental en todo el proceso de mediación siendo esta una de las notas características que lo diferencia del resto de los métodos de resolución de conflictos.

La segunda parte del libro, realiza un recorrido por el proceso de mediación desde el inicio del mismo, estableciendo las diferencias latentes entre la mediación institucional y *ad hoc*, sucediéndose la explicación de las diferentes fases en las que se desarrolla el proceso y finalmente con una breve comparación entre la conclusión de la mediación con acuerdo o sin acuerdo entre las partes.

Desde un punto de vista práctico, el autor no solo centra el objeto-estudio de la obra en la evolución del proceso de mediación, sino que reflexiona sobre algunos de los aspectos básicos y característicos de la mediación, como son la confidencialidad de la mediación o los costes de la mediación comercial internacional.

El autor aporta al lector su opinión sobre este método de resolución de conflictos de una manera fundada, basando la misma, no solo en los diferentes conocimientos y experiencias adquiridas por el mismo a lo largo de toda su trayectoria profesional sino también en estudios y estadísticas reales; indicando las ventajas e idoneidad de este método de resolución de conflictos; examinando y haciendo una breve reflexión sobre el conflicto existente entre los defensores de estos métodos de resolución de conflictos y los detractores que consideran que los conflictos derivados de todo tipo de relaciones contractuales, en este tipo comerciales, deben resolverse en los tribunales.

Sin embargo, desde el humilde punto de vista de quien suscribe resulta necesario apostillar que si bien son ciertas todas y cada una de las ventajas que detalla el autor en la obra, no son menos ciertas la existencia de desventajas en este método de resolución de conflictos. A título ilustrativo cabe destacar que si bien es cierto que Don Luis Fernando reseña a modo de ejemplo algunas de las ventajas que la mediación aporta, entre otras, su carácter confidencial (impidiendo el empleo posterior de la información obtenido en el proceso para procedimientos judiciales posteriores); los innecesarios conocimientos técnicos de las partes para formar parte de un proceso de mediación o la creatividad en el diseño del acuerdo que refleje el acuerdo de los intervinientes, etc., dichos aspectos también pueden ser analizados desde una perspectiva negativa y alzarse como auténticos inconvenientes de este método, inclinando, por consiguiente, la balanza en favor de otros métodos de resolución de conflictos, como puede ser el arbitraje, o el amparo que los tribunales de justicia aportan a los sujetos. Así, a título ejemplificador, el carácter confidencial de la mediación si bien implica lo expresado por el autor también debe indicarse que implica, entre otros aspectos, la imposibilidad de que el abogado que haya acudido a la mediación con una parte pueda actuar por un evidente conflicto de intereses posteriormente en los tribunales en defensa de sus clientes, en el supuesto de que no se alcance a un acuerdo entre las partes en el proceso de mediación.

La existencia de otros métodos de resolución alternativa de conflicto, como son el arbitraje o la posibilidad de acudir a la tutela judicial que solo los tribunales de justicia pueden aportar con la consiguiente seguridad jurídica que ello conlleva, aporta al menos, bajo el humilde punto de vista de quien suscribe, la garantía de llegar a una solución de conflicto, sin necesidad de “dar un rodeo” acudiendo a métodos de resolución de conflictos que, posteriormente, en caso de no llegar las partes a un acuerdo, obligarán a las partes a continuar con un proceso ulterior que hará de esta búsqueda hacia la resolución del conflicto un fatigoso e interminable camino, además de costoso.

Sin embargo, el hecho de que la opinión del autor con la de quien suscribe no se asemeje, ello no impide alabar la obra de Don Luis Fernando Rodríguez e indicar que la misma es una lectura recomendable, e incluso obligatoria, para poder tener un amplio conocimiento sobre este método de resolución de conflictos en el ámbito del comercio internacional.

“INTERVENCION SOCIAL CON MENORES PROMOCIONANDO LA PRACTICA PROFESONAL.ESPAÑA”

LOURDES NIETO CABRERA
Graduada en Enfermería
Master Salud física y deporte

NIETO-MORALES, C; CORDERO RAMOS N. (coord.) (2016) *Intervención Social con Menores. Promocionando la práctica profesional. España*. Dykinson. Madrid. Edición electrónica.

El libro: la *Intervención Social con Menores. Promocionando la práctica profesional*, se acaba de publicar, por la editorial Dykinson y sus compiladoras son profesoras del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, que junto con sus 29 autores que conforman los 21 capítulos han plasmado la práctica profesional que cada uno realiza en su día a día del desempeño de la práctica profesional.

El trabajo con menores nunca será suficiente si con ello se puede mejorar la vida de los niños y jóvenes que representan la infancia del presente, y que serán los adultos del futuro. Desde las legislaciones tanto internacional, nacional y a nivel local se regula las intervenciones que permitirán ayudar a normalizar el trabajo que se realiza desde prevención, e intervención en las situaciones de desprotección, Justicia Juvenil, victimas, etc. del trabajo que se realice con ellos dependerá la sociedad que tengamos en el futuro.

El libro que plasma la práctica que día a día realizan los profesionales en su trabajo pretende ser un manual para alumnos y profesionales que desean instruirse en el trabajo que se realiza con menores, entre otras cuestiones porque el trabajo en pleno siglo XXI se ha especializado tanto que incluso cuando un profesional se encuentra apartado un par de años de un puesto de trabajo deberá reciclarse y actualizarse en ese quehacer profesional.

Lo más importante de este trabajo, es el punto de vista práctico y los datos que aportan los Trabajadores Sociales, Psicólogos, educadores Sociales, abogados, psiquiatras, etc. que a través de la experiencia laboral con menores y jóvenes lo plasman en sus capítulos que conforman el libro.

Esta publicación aborda una problemática compleja que se agrava si no se crean acciones de prevención tanto primaria como secundaria y terciaria.

El libro consta del prólogo, presentación, 21 capítulos y conclusiones finales:

El libro ha sido Prologado por el Pediatra y Pfr. Dr. D. Ignacio Gómez de Terreros, Académico de Número de la Real Academia de Medicina de Sevilla y presidente del Foro de la Infancia.

La Introducción: Hace especial incidencia en la importancia que supone potenciar las redes profesionales de intervención social, con el objetivo de mejorar las condiciones de los menores que son las víctimas más vulnerables.

El capítulo 1: La Intervención desde el Trabajo Social de la pfra. Concepción Nieto-Morales

El capítulo 2: Que hace referencia a la Ética de la intervención con menores, de la Pfra. Nuria Cordero Ramos y José Emilio Palacios Esteban

El capítulo 3: trata sobre la Intervención con Menores: Una Perspectiva desde los Servicios sociales Comunitarios cuya autora es María Dolores Márquez Carrasco, abordando toda la práctica profesional que se realiza desde los Servicios sociales Comunitarios.

El capítulo 4 El Programa de Tratamiento de familias con menores. Un programa dirigido a preservar a los menores en su entorno familiar escrito por la Trabajadora social Teresa Rama González

El capítulo 5: Intervención con Menores en zonas marginales. El caso del Vacíe. Sevilla, escrito por la Educadora Social Sara Tornero Delgado, que ha desarrollado su trabajo profesional en la zona del Vacíe en Sevilla.

El capítulo 6: Aportaciones desde el Trabajo Social en la atención a las Víctimas de Delitos. SAVA servicio donde el Trabajador social, Criminólogo y experto en Victimología Juan Antonio Hurtado Casau desarrolla su trabajo

El capítulo 7: Intervención social con menores en situación de desamparo desde los Servicios de Protección de Menores, cuyos autores el trabajador social del Servicio de Protección de menores de la **Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de Sevilla** Alejandro Martín Pluma y la Letrada de la Junta de Andalucía experta en Protección de Menores M. Luisa Wic Galván

El capítulo 8: Intervención desde un Centro Acogida Inmediata de la trabajadora Social Antonia Pérez Varela cuya práctica profesional la desarrolla en un centro de dichas características.

El capítulo 9: Intervención social en casos de abuso sexual a menores cuya autora es Laura Fernández-Trabanco Guilloto

El capítulo 10: Intervención social con menores posibles víctimas de trata. Niñas y niños que cruzan fronteras. Escrito por tres autoras, la pfra. Nuria Cordero Ramos; Inmaculada Antolinez Domínguez y Esperanza Jorge Barbuzano

El capítulo 11: Intervención con Menores con problemas y trastornos conductuales graves en el contexto escolar cuya autora es la psiquiatra Ana M^a Gimenez Ciruela.

El capítulo 12: Intervención con Menores en casos de violencia Género de la abogada María Rosario Torres Reviriego y la trabajadora social Encarna Martínez Grimaldi

El capítulo 13: Intervención con Menores en conflicto con la Ley de la Pfra. Concepción Nieto-Morales cuyo trabajo principal lo desempeña con menores infractores en la Fiscalía de menores.

El capítulo 14: La Intervención con Menores bajo Medida Judicial en Medio Abierto escrito por la pfra. Concepción Nieto-Morales y la Educadora que desempeña su trabajo como Técnico de Ejecución en Medio Abierto Pilar Jiménez Gutiérrez.

El capítulo 15: Intervención con menores desde la medida judicial de grupo de convivencia. Este capítulo ha sido escrito por José Ángel Neyra Tristancho que es Pedagogo y Director Grupo Educativo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social, GINSO, José M^a Román Vela Trabajadora social y sociólogo que desempeña las funciones de Coordinador Educativo en la Asociación para la Gestión de la Integración Social, GINSO y Jesús Luna García formación Psicólogo en el Grupo Educativo. Asociación para la Gestión de la Integración Social de GINSO

El capítulo 16: Intervención con menores maltratados físicamente en el ámbito intrafamiliar desde una mirada socio jurídica, dicho trabajo ha sido realizado por la abogada Manuela Romero Rodríguez

El capítulo 17: Trabajo Social con menores que consumen drogas. Del que es autor Israel Fábregas Galán que es Trabajador Social y Coordinador de proyectos en la Fundación Atenea en Madrid.

El capítulo 18: Intervención social con menores de edad desde el ámbito sanitario. Experiencia práctica desde el trabajo social en un hospital de agudos. Cuyas coautoras son Carmen Fernández Esquivel trabajadora social y Agustina Hervás de la Torres, Trabajadora Social. Hospital Virgen del Rocío. Sevilla.

El capítulo 19. Los centros de valoración de la discapacidad de la Pfra. Concepción Nieto-Morales y de la Trabajadora social y Psicóloga Macarena Acosta Fernández

El capítulo 20: Intervención con Menores con diversidad funcional cuyos autores son el Dr. Antonio Jesús Yugueros García y la Trabajadora social María del Mar Expósito.

El capítulo 21: Programa especial de intervención con menores a través del teatro escrito por el trabajador social y Pfra. Manuel Muñoz Bellarin.

Las conclusiones finales han sido escritas por la Pfra. Concepción Nieto Morales que pone de manifiesto la importancia de la practica profesional y su interrelación con el ámbito

universitario y los marcos teóricos que marcan todo quehacer profesional del Trabajo Social y la intervención, cuya finalidad sería transmitir el quehacer profesional poniendo en valor que “en pleno siglo XXI, la especialización profesional se torna tan importante para realizar un buen trabajo especialmente con personas y si estas son el futuro aún más”. Considerando que de los diferentes colectivos que interviene el trabajo social es unas de las victimas más vulnerables que si la intervención no es la adecuada repercutirá no solo en ellos sino en el futuro de la sociedad.

“El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional, Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, Presidente de Honor de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales”

YELINE RAMOS GONZÁLEZ

Licenciada en Relaciones Internacionales por el Instituto Superior de Relaciones Internacionales “Raúl Roa García”, Habana
Máster en Relaciones Internacionales y Derecho Internacional Público por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, España

Medina Cuenca, Arnel (coordinador) (2014). **El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional, Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, Presidente de Honor de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales**¹. Editorial UNIJURIS. La Habana.

El IX Encuentro Internacional: Escuela de Verano de la Habana 2013 sobre Temas Penales Contemporáneos y X Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales constituye el alfa y el omega de este libro, cuyas páginas exponen con maestría estas sesiones de trabajo que estuvieron dedicadas a agasajar la obra del Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, presidente de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

Como no puede ser de otro modo, esta compilación de artículos, en franca e intencionada armonía con la trayectoria de esta eminencia del Derecho cubano, expuesta en *“Breve esbozo acerca del pensamiento criminológico del Dr. Ramón de la Cruz Ochoa”* de la Dra. Tania de Armas Fonticoba, es una visita a los temas más concurridos por la comunidad penalista actual, donde destacan, fundamentalmente, la revisión a los nuevos tipos penales derivados de la aparición, en este nuevo siglo, de una criminalidad menos marginalizada pero más organizada y versada en los adelantos científico-técnicos de la época que corre; y la dialéctica sobre la aplicación del Derecho penal y sus instituciones en este contexto descrito previamente. Asimismo, el libro cuenta con evocaciones al Derecho penal económico y a las reformas necesarias del sistema punitivo en materias de violencia de género y discriminación.

Con prefacio y palabras de apertura de la Dra. Mayda Goite Pierre, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana y Presidenta de la Sociedad Cubana de Derecho Penal, cuyas reflexiones refuerzan la novedad y urgencia de las temáticas abordadas en el Encuentro Internacional recogido en este texto, la destacada intelectual teje el curso del libro; posteriormente, en *“Las Leyes de Extinción de dominio un instrumento para el enfrentamiento a la corrupción y a la criminalidad organizada: La justificación entre la “necesidad político criminal y el minimalismo penal”*, valora la tendencia expansionista de

¹ Disponible en: <http://vlex.com/source/derecho-penal-inicios-del-siglo-xxi-encrucijada-entre-garantias-penales-expansionismo-irradical-12330> y también en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/1.%20Libro%20Homenaje%20al%20Dr%20Ram%C3%B3n%20de%20la%20Cruz%20Ochoa.PDF> En la Serie Ciencias Penales y Criminológicas: <http://vlex.com/compilation/333763>

la punibilidad de los crímenes que han ido aflorando en el seno de la Globalización Neoliberal.

Este artículo brinda una plataforma desde la cual *“La polémica actual en el Derecho penal”*, del Dr. De la Cruz se erige con meditaciones en torno al uso de argumentos del Derecho penal del enemigo y del Estado de riesgo para regir las políticas criminales a nivel internacional, en clara contraposición con tendencias de pensamiento que indican la premura de recurrir al minimalismo del Derecho penal. Más adelante, ahonda en sus valoraciones de la criminalidad transnacional que preocupa a Estados y a Comunidad Internacional en *“El proceso penal y la delincuencia organizada. Un examen comparado”*.

Esta nueva “especie” de delincuentes, en tanto sus métodos, preparación, niveles de acceso y mecanismos de acción se corresponden a los últimos avances de la modernidad, en ocasiones poseen mayores recursos para la comisión del delito que las propias redes estatales diseñadas para su persecución, captura, enjuiciamiento y cumplimiento de su condena, por lo que la proyección al respecto debe trascender las medidas de los Estados individualmente para conformar una red de cooperación mayor y más efectiva. La necesaria distinción de los agentes de la justicia signados a combatir esta delincuencia es abordada por el Dr. Rodolfo Máximo Fernández Romo en *“Las técnicas especiales de investigación en el enfrentamiento a la criminalidad organizada. Particularidades en Cuba”*, que expone aspectos que van desde la institución de la entrega vigilada, hasta la licitud de las pruebas aportadas por el uso de estas técnicas *sui generis*.

Ya adentrándose en los crímenes de tipo económico que van en aumento en el siglo XXI debido a la desregularización del sistema capitalista, la escasa generación de riqueza a nivel global y el uso de los medios tecnológicos para las transacciones monetarias, el Dr. Juan M. Terradillos Basoco con *“Política criminal de materia socioeconómica: hacia el Derecho penal de exclusión”* y el Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez con *“Delitos Económicos: barruntos y propuestas”* brindan sus criterios sobre la penalización de estos tipos, y la posible caída en desgracia de los sistemas garantistas en la búsqueda de soluciones desde el Derecho penal para penar estos crímenes.

El destacado profesor español Dr. Lorenzo Morillas Cueva reflexiona *“A propósito de la culpabilidad penal”*, a través de la sistematización de las diversas concepciones, la psicológica y la normativa, de la culpabilidad penal, vista desde las posturas de los clásicos alemanes Roxin, Jakobs y de la academia española liderada por Gimbernat, Muñoz Conde, Mir Puig y otros destacados autores. Por otro lado, la reforma del Derecho penal y Procesal penal es visto desde las visiones española y cubana, en los artículos *“Las reformas anunciadas en España: un retroceso histórico”* del Dr. Juan Carlos Carbonell Mateuy *“Notas para una reforma del Derecho a la defensa en el Proceso Penal cubano”*, del Dr. Juan Mendoza Díaz.

Las migraciones y la trata y tráfico de seres humanos, característica ineludible del neoliberalismo del siglo XXI, sus causas y consecuencias, y las medidas adoptadas por la Comunidad Internacional para dar al traste con la vulneración de los bienes jurídicos vinculados a estos fenómenos, así como la visión desde los códigos penales correspondientes a cada autor, dada su nacionalidad, son idea central de los artículos *“La trata de seres humanos. De los instrumentos internacionales a su plasmación en el Código Penal español”*, del Dr. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y *“El bien jurídico protegido en los delitos contra el normal tráfico migratorio y otras figuras afines en el Código Penal cubano. Necesidad de su actualización”*, del Dr. Arnel Medina Cuenca.

Siguiendo con los debates en torno al Derecho penal español, se presenta *“La discriminación por razón de sexo en el Derecho penal español. En particular la violencia contra las mujeres”* de la Dra. María José Cruz Blanca, artículo que analiza la defensa de la igualdad, la política criminal de género prevista en la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, así como la postura discriminatoria que había caracterizado el Derecho de antaño. También relativo con a la justicia ibérica, *“El*

sistema de impartición de justicia para adolescentes: un análisis comparado México y España” de la Dra. Lizbeth García Montoya y el Dr. Gonzalo Armienta Hernández, explica los encuentros y desencuentros de dos sistemas legales diferentes en torno a un tema tan delicado como la delincuencia juvenil.

Aportando “*puntos de vistas disímiles con miradas renovadoras desde instituciones clásicas como la culpabilidad, el fenómeno de la criminalidad organizada, el delito económico, la trata y el tráfico de personas, el punitivismo proyectado de algunos sistemas penales, y técnicas especiales de investigación*”², el Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa constituye una lectura amena y obligatoria para los juristas cubanos del siglo XXI.

²GOITE PIERRE, Mayda, Prefacio, en Medina Cuenca, Arnel (coord.), “*El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*”, Editorial UNIJURIS, Serie: Ciencias Penales y Criminológicas No. 1, mayo de 2014, p. 2.