

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

Número 9, Época II, Julio 2016 - Diciembre 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**

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

LUIZ 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

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA
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

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea
Universidad de Deusto

ÍNDICE

I. PORTADA EDITORIAL

- CRIOCONSERVACIÓN DEL CUERPO HUMANO: ¿APORIA O REALIDAD?. EL DERECHO A VIVIR DESPUÉS DE LA MUERTE**
.....11-15 págs.
- | | |
|--|--|
| FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE
<i>Socio Fundador de IURE LICET</i>
ABOGADOS | OSCAR MONJE BALMASEDA
<i>Socio Fundador de IURE LICET</i>
ABOGADOS |
|--|--|

II. ARTÍCULOS DOCTRINALES

- 1. REFLEXIONES ACERCA DEL DELITO DE PREVARICACIÓN: DESDE SU INTERPRETACIÓN EXTENSIVA A SU MOTIVACIÓN REDUCCIONISTA**
.....16-47 págs.
LORENZO MORILLAS CUEVA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada
- 2. LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL**
..... 48-59 págs.
ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO
Catedrática de Derecho Mercantil.
Universidad CEU San Pablo.
- 3. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DIFICULTADES PARA MANTENER LA PROHIBICIÓN EN ESPAÑA**
.....60-77 págs.
FERNANDO ABELLÁN – GARCÍA SÁNCHEZ
Doctor en Derecho.
Director de Derecho Sanitario Asesores.
- 4. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD, IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR. MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN: CARENCIOS, INTERROGANTES Y RETOS DEL LEGISLADOR**
.....78-92 págs.
AMELIA SÁNCHEZ GÓMEZ
Profesora de Derecho Civil.
Universidad Complutense de Madrid.
- 5. UNA DE LAS MEJORES TERAPIAS CONTRA EL CÁNCER: LA INMUNOTERAPIA**
.....93-106 págs.
SUSANA INFANTES ESTEBAN
Departamento de ciclo celular en IRBLLEIDA.

6. **PEER TO PEER INSURANCE. PRIMERA APROXIMACIÓN A LOS SEGUROS ENTRE PARES**
 107-113 págs.
 ALEJANDRO ZORNOZA
Socio-Fundador en Zornoza Abogados y Responsable del área de Derecho de las Nuevas Tecnologías.
Doctorando en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.
7. **GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES QUE PODRÍAN DESACONSEJAR SU ADOPCIÓN**
114-118 págs.
 ITZIAR FRÍAS
Abogada en Iure Licet Abogados.
8. **CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA DEL ANIMAL, ENTRE LA NECESIDAD CONCRETA DE PROTECCIÓN Y <<NUEVAS>> PERSPECTIVAS CULTURALES**
119-130 págs.
 ROBERTO GARETTO
Doctor en Derecho
Università degli Studi di Camerino.
9. **THE BUMPY EVOLUTION IN JUDICIAL DECISIONS REGARDING DERIVATIVE CONTRACTS IN ITALY: APPROPRIATE UNDERSTANDING OF DERIVATIVE CONTRACTS AND RECEPTION OF THE CONTRIBUTION OF LEGAL DOCTRINE**
131-142 págs.
 ANTONIO MAGNI
PhD in Private Law
University of Camerino, School of Law.
10. **EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA PUBBLICISTICA IN TEMA DI APERTURA DI AGENZIE DI VIAGGI E TURISMO NELLE POLITICHE DI SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA, TRA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E LEGGI REGIONALI**
143-153 págs.
 DANIELA IULIANO
 PROFESORA DE DERECHO
 UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL SANNIO
11. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR FRENTE AO RISCO DE DESENVOLVIMENTO**
154-165 págs.
 GINA WALESKA NICOLA DE SAMPAIO
Tribunal de Justiça do RGS- Brasil
12. **LA ACTUAL REGULACIÓN DE LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR EN ANDALUCÍA: UNA QUIEBRA EN LA PROTECCIÓN DE LA Y EL MENOR (PARTE II)**
166-177 págs.
 LUCÍA I. SERRANO SÁNCHEZ
Abogada.
Doctoranda del programa de Ciencias Jurídicas (Universidad de Granada).

13. LA DEFENSA PENAL DE OFICIO

.....178-200 págs.

SANDRA DE LA CARIDAD ESTRADA BARALT

Profesor Asistente de la Universidad. Investigador agregado del Centro de Investigaciones Jurídicas. Secretaria del capítulo de La Habana de la Sociedad cubana de Derecho Laboral y Seguridad Social.

14. EL TRABAJO AUTÓNOMO. UNA FORMA DE EMPLEO PARA LOS JÓVENES EN CUBA

.....190-202 págs.

YDANIA OCHOA SUÁREZ

MSc. Derecho Laboral y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba. 2015. Asesora Jurídica Empresa Mayorista de Alimentos

ALCIDES ANTÚNEZ SÁNCHEZ

MSc. Asesoría Jurídica. Profesor Auxiliar. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Departamento de Derecho. Universidad de Granma.

III. RECENSIONES

1. LA INTERVENCION COMPARADA CON MENORES EN DESPROTECCION Y EN CONFLICTO CON LA LEY EN DIFERENTES PAISES

.....203-204 págs.

PABLO ABASCAL MONEDERO

Universidad Pablo de Olavide. Sevilla

Coordinador del Turno de Protección Social del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.

2. ESPAÑA. DE PAÍS DE EMIGRACIÓN A PAÍS DE INMIGRACIÓN. Testimonios y relatos de vida de personas inmigrantes que residen en España. Una mirada desde la perspectiva de los sentimientos vividos

..... 205-206 págs.

NURIA CORDERO RAMOS.

Profesora Titular de Trabajo Social

Universidad Pablo de Olavide.

Sevilla

3. BULLYING, CIBERBULLYING Y ACOSO CON ELEMENTOS SEXUALES: DESDE LA PREVENCIÓN A LA REPARACIÓN DEL DAÑO

..... 207-208 págs.

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS

Abogado en IURE LICET

4. **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PRÁCTICO. Defensa del ciudadano ante la Administración. Esquema del nuevo procedimiento. Formularios adaptados Ley 39/2015 PAC – AP**
..... 209–210 págs.

SORAYA PEÑA VARELA

Responsable del área de Derecho Mercantil y Compliance en IURE LICET

5. **CUESTIONES DE ÉTICA DE LA COMUNICACIÓN**
..... 211–213 págs.

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Deusto

CRIOCONSERVACIÓN DEL CUERPO HUMANO: ¿APORIA O REALIDAD? EL DERECHO A VIVIR DESPUÉS DE LA MUERTE

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

La extinción de la personalidad civil es un hecho jurídico que concierne a distintos ámbitos del derecho, bien sea civil, penal, o administrativo.

La “crioconservación” se explica científicamente que consiste en la preservación a muy bajas temperaturas (menores a -130°) de individuos humanos y órganos con el fin de conservarlos. Las bajas temperaturas disminuyen el metabolismo y favorecen la conservación. La crioconservación se lleva a la persona a un estado de hipotermia para evitar daños celulares, y puedan posteriormente ser “descogelados”, como nos explica el Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia, hoy por hoy no existe una evidencia experimental que pueda garantizar de alguna forma el éxito de esta práctica. La “criótica”, como explica Méndez Baiges (<http://enciclopedia-bioderecho.com>) consiste en una práctica para congelar “cuerpos humanos muertos” con la esperanza de reanimarlos pasado un largo período de suspensión de sus funciones vitales, y gracias al avance futuro de la tecnología médica.

El debate social se ha incentivado a raíz del caso de la pequeña “británica” de 14 años que quería que su cuerpo fuera “criogenizado”. Tras fallecer, su cuerpo fue sometido a las técnicas de crioconservación.

Sentado lo anterior el debate se nos manifiesta intenso y extenso y complejo en los interrogantes jurídicos, y éticos que el problema suscita y concita a cualquier atento observador de una realidad social tan impactante y sobrecogedora. En fin, un debate apasionante pero todavía teórico entre la Bioética y la legalidad. La reflexión está abierta, y la experimentación en relación a la “medicina regenerativa irá avanzando al compás de los logros (entendemos que en este caso, dilatados en el tiempo) con la investigación biotecnológica. Hoy por hoy, esta técnica es una “quimera” y los expertos creen que pasarán muchos años antes que esta experimentación pueda vislumbrarse que obtenga una ejecución viable.

Pero ya desde ahora, se alzan “voces” críticas y permisivas cuyas reflexiones pugnan entre los logros “utilitaristas” de la técnica, lo ético. En fin, entre la ciencia y la conciencia...”. Es así que pensamos que ni la medicina regenerativa más avanzada permite soñar en la actualidad con sistemas de almacenamiento de información que pudiese ser copiada y transmitida al cuerpo crioconservado. Es decir, el ser humano con réplicas o copias de seguridad, ¿es este un futurible sujeto de derechos?, y que consideremos que esta sobrevenida entidad biológica “revivida” tuviese capacidad jurídica....

Sin ánimo de agotar una temática que nos antoja “energizante y seductora” en la reflexión del investigador y/o del operador jurídico, vamos a plantear algunas dudas estrictamente legales, que deban poner de manifiesto, un análisis necesario y conveniente aunque también éticas ya que la actividad médica (como hemos dicho en otras ocasiones, comentarios científico-jurídicos a la Ley de técnica de reproducción asistida, Edit. Dykinson 2007, pg 218-ss) es un reto a la investigación, cuyos límites están todavía por definir y efectivamente el reto de lo que se puede hacer no siempre es lícito hacerlo. De ahí que la conciencia científico debe estar siempre cohonestado con la conciencia ética.

Estamos hablando de una persona fallecida, y que por tanto, con la muerte extingue ya su personalidad (art. 32 Cc). En un hipotético supuesto ad longi temporis, de posibilidad científica, o “reviviscencia” ¿qué sería?. No es la misma persona, porque ésta falleció. No se puede decir, que apliquemos por analogía la declaración de fallecimiento, ya que ésta como sabemos se funda en la “incertidumbre sobre la existencia de la persona. Como decía (el gran maestro LACRUZ BERDEJO es un juicio probabilístico de la muerte y un juicio de oportunidad de tener acaecido la defunción en vista de su descripción. Su función es sustituir a la prueba de la muerte. Pero en el caso que analizamos la muerte es un hecho veraz, inconcuso, cierto, y jurídicamente claro (Ya que tenemos la certificación de defunción y la fecha del fallecimiento) por tanto habrá habido una inscripción de la defunción (art. 84 LRC y art. 273.2 del RRC), a la que habrá precedido la certificación del médico que asiste al difunto en su “enfermedad póstuma” (art. 274 RRC). Por tanto estamos hablando de alguien que ha fallecido, que se ha extinguido su personalidad civil y que registralmente está inscrita su defunción.

Retomando el tema de la declaración de fallecimiento, si aparece la persona declarada fallecida, necesitaríamos incoar un nuevo procedimiento o expediente de jurisdicción voluntaria (Arts. 74 y 75).

En concreto este último precepto que alude a los hechos posteriores a la declaración de ausencia o fallecimiento, no podría aplicarse por analogía y que pudiésemos pensar que el letrado de la administración de justicia ordenase que fuese identificada “la persona” por los medios adecuados.....Y en su caso que pudiese dejarse sin efecto el auto de declaración de fallecimiento.

En el caso que analizamos ha habido extinción de derechos. No hay ninguna presunción de muerte, sino que ésta es un hecho jurídico irrefutable. De ahí, que es un supuesto más propio de una novela de Adolf Huxley, que de un diligente estudio de un investigador del Derecho.

Así desde un ámbito puramente patrimonial, no recobraría ningún bien, ni tendría derecho al precio de los que se hubieran vendido (sin olvidar el juego de la prescripción adquisitiva...) y mucho menos reclamar a sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión.....y no podría porque la muerte se produjo, y la apertura de la sucesión fue una situación jurídica inevitable y las herencias y particiones, a buen seguro fueron aceptadas repartidas a los herederos.

Ya puestos a divagar, dentro de un orden jurídico sensato, podríamos pensar si el “cuerpo crioconservado” pertenecería al caudal hereditario precisamente del fallecidoy entraría dentro del concepto amplio y “generosamente” interpretado del art 659 Cc (la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de la persona que no se extinguen por la muerte. En este punto traemos a colación una obra que recomiendo al lector del profesor DE LAS HERAS, Gustavo sobre *“La consideración del cadáver en Derecho Romano, su posible repercusión en la actualidad”* en donde trata de encontrar un terreno firme en el que poder justificar la posibilidad –real en la práctica- de que los herederos o parientes lleguen a tomar decisiones sobre el destino del cadáver, y quedaría por saber si esta forma de decisiones se justifican *ex iure proprio* o por *derecho hereditario*.

En este punto entendemos que la declaración de voluntad bien expresada en testamento y/o en documento público notarial podría ser aceptada no solo por los herederos (aunque preferentemente legitimarios), también por los albaceas, no se olvide que estos están obligados a pagar los sufragios y el funeral del testador, y vigilar sobre la ejecución de todo lo ordenado en el testamento. No obstante, que este mandato post mortem fuese encomendado a personas físicas, tiene poco sentido, porque la ejecución del mandato se puede producir, más allá de la longevidad del mandatario. Es por ello, que es más adecuado (siempre pensando en un razonamiento a caballo entre la realidad y la ficción), que sería

mejor encomendarlo a una persona jurídica, o a algún funcionario (por ejemplo notario de la localidad del finado, que sabemos que puede proyectarse con perdurabilidad en el tiempo. Encomendarlo a los legitimarios, se corre el riesgo, que futuras generaciones no tuviesen tal atribución, y fuesen herederos voluntarios, y/o herederos abintestato. Al final, hasta cabe que el Estado, como sucesor intestado, le corresponda finalmente cumplir con la carga postmortem del testador, cuyo cuerpo fue crioconservado.

Un detalle no menor, son los ingentes gastos que supone la conservación de la criopreservación del cuerpo fallecido. Son gastos que pueden incrementarse con el tiempo, y abre un debate complejo en el caso de que no hubiese fondos sobrevenidos, después de haberse pagado años este proceso de crioconservación. ¿Qué solución debería adoptarse, si la familia no tuviese fondos?. Incluso estamos pensando que se hubiese establecido un seguro “de vida”, bueno “de muerte”, si no se paga la póliza... o en qué casos la compañía aseguradora puede hacerse cargo de los pagos sobrevenidos. Y pudiera pensarse que no fuera posible al estar fuera de las posibilidades de actuación actuarial, y que ninguna compañía aseguradora conviniese concertar un seguro con tal dosis de incertidumbre. El hecho de la “descongelación” es un hecho futuro e incierto, y mucho más que resultase viable.

También en este punto de la crioconservación sería importante el cumplimiento de las normas sanitarias para el transporte de “cadáveres” (nos remitimos al Decreto 2263/1974 de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria). Quizá en este punto además de las preceptivas Ordenanzas Municipales del domicilio del finado, tendríamos que acudir a las reglas generales, y en concreto para la problemática de los cuerpos crioconservados por analogía legis a lo dispuesto en el art. 15 párrafo final del citado Decreto supra referido en la que se nos habla de la “conducción de los cadáveres refrigerados” así como el art. 28 que nos habla de la preceptiva autorización sanitaria para el traslado del cadáver. Y en este aspecto podríamos preguntarnos qué ocurrirá si en un futuro no se concede la autorización a los cuerpos crioconservados. Los problemas se intensifican sobre todo con los Tratados internacionales ya que los principales centros de criopreservación radican en EEUU. En este sentido el art. 38 del Decreto reiterado, nos refiere una exigente tramitación administrativa lo que puede perjudicar la entrada en el país receptor del cadáver (cuerpo crioconservado)

Retomando nuevamente la situación comparativa con la declaración de fallecimiento y sucesiva aparición del declarado fallecido, compulsando ese supuesto con el caso de la “muerte biológica y ex post “crioconservada” no serviría un expediente de jurisdicción voluntaria similar al referido con anterioridad. ¿Qué personalidad jurídica tendría ex novo, quién ha fallecido ex ante?. Evidentemente nos complazca o no es otra entidad biológica una suerte de persona clonada.

Se argumenta al respecto, y citamos literalmente algunos expertos creen que mediante “nanorobots” en un futuro se podría escanear toda la información de los miles de millones de neuronas interconectadas del cerebro –guardando experiencias, recuerdos, emociones y conocimientos, para almacenarlo digitalmente y luego cargarla en un cuerpo sintético que pudiera procesar ese contenido. De esta manera una persona (en realidad, a nuestro juicio, “cadáver”) podría volver a la vida incluso si fue víctima de una muerte súbita, ya que podría ser reiniciado desde su última copia de seguridad (vide, www.diarioeldia.cl/ciencia/kim-suozzi).

A nuestro juicio, esta situación puramente teórica y de estricta ficción imaginativa no podría catalogarse de persona “renacida” no hay identidad genética, sería un ente programado, ya no habría individualidad biológica, ésta se destruyó con la muerte. No creemos, que pudiéramos hallar sobrevenidamente de un “renacido (volvemos a ampliar la expresión) derecho subjetivo a la vida. Lo que sólo de forma difusa y parecida “sintéticamente” pudiéramos hablar de persona (en su propia mismidad, como diría el

filósofo ZUBIRI). Nos parece (y participamos de la opinión de JESUS TGERAN, catedrático de Teología de la Universidad de Deusto) que la reflexión ética tiene que tomar como punto de partida los datos científicos implicados en cada desarrollo evitando caer (y es lo que aquí sucede) en el peligro de aportar –como se está haciendo– “respuestas abstractas y aprioristas”. Se está construyendo una realidad “de futuro” a través de principios apriorísticos (no están basados en construcciones científicas comprobadas). No es fácil, pero estas teorías científicas estarían atacando las características esenciales del ser humano (que existió y falleció). Y así no puede volverse a recobrar una identidad, o unidad porque el ser humano es irrepetible.....

Es evidente por tanto que estas decisiones sobre el destino del cuerpo humano (ya crioconservado) no tienen necesariamente que tener la consideración quedar reconducido al círculo de herederos, sino cualquier persona “allegada” al causante, pudiera tener esta decisión. Aunque como hemos referido más arriba, es conveniente que fueran o bien personas jurídicas (asociaciones dedicadas ad hoc a la crioconservación, en España ya haya algunas, o bien, algunos funcionarios públicos, notarios, principalmente). Nos convence la reflexión del profesor de LAS HERAS, en cuanto que una disposición de esta naturaleza, quedaría reconducida a una facultad reconocida a los herederos, como una disposición “*pietatis causa*”. Es más, en esta línea de razonamientos me plantea dudas por el carácter tan *intuitu personae* que un albacea, pudiera, ejecutar esa disposición testamentaria, arguyendo el art. 902 Cc. apartado tercero: “vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento.

En fin llegados a este punto deberíamos situarnos en la licitud o no de un reconocimiento post mortem de la disposición testamentaria y/o porque no un documento público, ante notario. Pero piénsese, que la muerte conforme a nuestros textos legales, pone fin a la titularidad activa, como sujeto de derechos, que deja de serlo, el difunto no puede ser “per se” titular de Derechos. Y el cadáver, como bien se ha argumentado es un “objeto especial digno de respeto y piedad, que carece de significado económico-patrimonial, y no cabría incluirlo en ninguna de las clasificaciones de bienes (art. 345 Cc).

En otro orden de cosas, no tenemos que olvidar cual sería la catalogación del “cuerpo crioconservado”, ¿pertencería a la planificación de cosas extracomercium o intracomercium? (art 1272 Cc. más bien, a nuestro juicio entraría en la calificación de “servicio imposible” que literaliza el mentado precepto. Es evidente que la contratación de cosas (cuerpos crioconservados) sí estaría fuera de comercio. Aunque por el contrario considerando lo dispuesto en el art. 3 de Cc. (interpretación sociológica de las normas) y que no hay ningún precepto penal que condene por contrario al orden público o ilegal o ajeno al comercio humano, disponer del destino de los cuerpos crioconservados. Pudiéramos pensar que sí es lícito y aplicarlo por analogía a lo dispuesto en testamento para cuando el cadáver tuviera una finalidad científica o investigadora.

En torno al punto que analizamos más arriba referido a la extinción de la personalidad (art. 32 Cc por el hecho jurídico inconcuso de la muerte. Pudiéramos plantearnos la curiosa teoría de MALICKI A (El cadáver, actos dispositivos, temas Buenos Aires, Abeledo-Perot 1987 pag 111-112) para quien los “muertos” podrían ser considerados “semipersonas”, su justificación se basaría en la simplicidad de la regulación jurídica que la utilización de esta teoría comportaría. Ciertamente esta tesis examinada en términos jurídicos, sería errónea, bastaría acudir a los textos legales (Cc. LRC y RRC). Para otros autores sin embargo en una línea diferente, se hablaría del “cadáver como un resto” de la personalidad que se encontraría sujeto a la “decisión de los deudos”, los cuales tendrían el derecho de velar por el muerto. Se confirmaría así una suerte de “derecho de familia”. No nos parece razonable porque en sí “el cuerpo criogenizado ¿qué sería? ¿un objeto material tendría un valor económico.....? El propio autor citado más arriba MALICKI, fija la posibilidad de que el “valor” no solo se midiera con una apreciación pecuniaria, sino también se puede entender como idoneidad para desempeñar una función social o

humanitaria. Hasta ahora se pensaba en la utilización del “cuerpo” para la ciencia, y ahora en una concepción más utilitarista no para el “interés social”, sino el individual a futuro.

En esta línea de reflexión resulta ciertamente conmovedora, la historia de Kim Suozzi, quien tras ser diagnosticada de un agresivo y mortal cáncer, quiso que su cuerpo fuese “crionizado” y que en un futuro la medicina regenerativa resucitase o le devolviese la vida. Así se dice en la información sobre esta noticia que su cuerpo (fallecido) *“fue conectado a una máquina para permitir que la sangre fluyera y luego se le inyectaran químicos para impedir edemas cerebrales y trombosis (luego el cadáver fue sumergido en una camilla especial y trasladado al centro. Este proceso permitiría que los tejidos moleculares y la información de las neuronas no se dañasen. Es decir, congelar su cerebro una vez fallecido en la esperanza que en algún momento la tecnología permitiera que sus conexiones neuronales pudieran ser copiadas”* (www.diarioeldia.elciencia/kim-suozzi).

Ni que decir tiene que desde un punto de vista religioso pudiera concluirse que la criopreservación del cuerpo humano atenta al respeto debido a la persona. Desde una perspectiva cristiana se argumentaría que la mejor y más completa respuesta al problema de la muerte la encontraríamos en los escritos de San Pablo (en este aspecto remitimos al lector a los estudios de HERRASTI P –El Cristiano ante la muerte-, o bien el reflexivo trabajo de ZUKERAN P ¿Qué sucede después de la muerte? Para quienes desde una concepción cristiana, la muerte es simplemente un tránsito hacia la resurrección, y la muerte es un proceso que forma parte de la vida y en la que el creyente, espera firmemente en la “resurrección”.

Para finalizar y desde un ámbito de reflexión científico sobre la criopreservación del cuerpo humano (y omitiendo concepciones religiosas que merecen toda nuestra atención y respeto) existen hoy por hoy insalvables dificultades médicas que exigen una experimentación más profunda y contrastada por las autoridades médico sanitarias.

El problema en el momento presente es si se puede admitir esta declaración de voluntad de la persona sobre la disposición y efectos de la criopreservación de su cuerpo una vez fallecido, máxime cuando las opciones de viabilidad son tan escasamente reales en sus resultados. Aun así hay quien piensa que ¿por qué cercenar una esperanza utópica de revivir en el futuro? Sobre todo cuando la evolución de la medicina nos hace mantener día a día ciertamente la fe en sus resultados.

Sentado todo lo anterior no debemos olvidar las ineludibles consecuencias jurídicas algunas de las cuales hemos examinado en este breve estudio que hemos dedicado a la portada editorial de nuestra Revista por su actualidad e interés social en su conocimiento. La pregunta que nos debemos formular es ¿si merece protección jurídica este cuerpo criopreservado, como posible “persona potencial” en el futuro tras el proceso de descongelación (insistimos en nuestras dudas sobre la categoría jurídica referida a la personalidad “de esta entidad biológica”, y si al hilo de esta misma pregunta, debemos reconocerle capacidad jurídica, por entender que revierte a su originaria condición de sujeto de derechos....?.

REFLEXIONES ACERCA DEL DELITO DE PREVARICACIÓN: DESDE SU INTERPRETACIÓN EXTENSIVA A SU MOTIVACIÓN REDUCCIONISTA

Lorenzo Morillas Cueva
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada (España)

Fecha de recepción: 28 de septiembre
Fecha de admisión: 18 de noviembre

RESUMEN: Referencia importante en la codificación penal española es el delito de prevaricación administrativa que, además, marca un cierto espacio social como tipicidad incluida con relevante presencia dentro de los Delitos contra la Administración Pública. El presente trabajo tiene como finalidad principal su interpretación sobre los planteamientos político-criminales con los que lo abordó el Código penal de 1995, todavía vigente, y su propuesta restrictiva equilibradora entre el respeto al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas y el principio de intervención mínima, esencia y fundamento del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. Como soporte analítico jurisprudencial se atiende con prioridad, entre otras decisiones jurisprudenciales, al Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla de 31 de mayo de 2016.

ABSTRACT: The administrative prevarication has an important reference under the Spanish criminal codification. It marks a certain social space as typical, making it a relevant presence within the Crimes against the Public Administration. The main aim of the present article consists on interpreting the political and criminal approaches dealt by the current Penal Code of 1995. In addition, it will be object of discussion its restrictive and balance proposal between the respect for the principle of legality in the exercise of public functions and the principle of minimum intervention as essence and basis of the Criminal Law in a Social and Democratic State. As an analytic jurisprudential support, special attention is given, among other decisions of jurisprudence, to the Court Order of the Court of Instruction nº 6 of Seville of May 31st, 2016.

PALABRAS CLAVE: prevaricación, administración pública, intervención mínima, resolución arbitraria

KEY WORDS: Prevarication, public administration, minimal intervention, arbitrary resolution.

ÍNDICE: I.- Introducción. II.- Hechos determinantes y calificación jurídico-penal contenidos en el Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla de 31 de mayo de 2016, sobre procedimiento de diligencias previas nº 6645/15. 1. Cuestiones previas. 2. Mecanismo administrativo aplicado. 3. Estructura temporal. 4. Actos. 5. Calificación jurídico-penal de los hechos. III. El delito de prevaricación: alcance y fundamento.

I.-INTRODUCCIÓN

Uno de los delitos de mayor acervo y significado en la historia punitiva de nuestro país, es el delito de prevaricación. Desde su conocido inicio, como tal, allá por el año 1813, cuando un Decreto de Cortes, de 24 de marzo, marcó, con una determinante dimensión penal, las “Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos”, en cuyo Capítulo 11 sobresalía ya la prevaricación junto al cohecho, entre otras infracciones elevadas también a criminales, hasta nuestros días el señalado delito ha tenido vigencia interrumpida en la Codificación española, en lo que ha sido llamada “tradición de estabilidad”¹ y que supone una meditada respuesta a las actuaciones más relevantes de desvío de poder de los funcionarios, antes solamente, ahora, asimismo, de las autoridades. Tradicionalmente desde una perspectiva jurídica ha sido conceptualizada como el faltar conscientemente a los deberes del cargo de funcionario que implican decisión o resolución. Quintano Ripollés la definió, en una gráfica frase, como equivalente a “torcer el derecho”². A pesar de esa permanencia y de la atención continua tanto de la doctrina como de la jurisprudencia su interpretación y alcance no dejan de ser complejos, fruto de enfrentadas valoraciones, de no menos utilizaciones y de dispares elaboraciones legislativas.

Situemos en esta breve introducción las dos últimas regulaciones al respecto, la del Código de 1944/1973 y la de 1995, actualmente vigente con algunas modificaciones puntuales. La primera de ellas acogía, en el Título VII, los denominados, con carácter general “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, dedicando el Capítulo primero precisamente a la prevaricación a la que fijaba desde una dimensión unitaria y posiblemente demasiado amplia. Incluía la prevaricación judicial, artículos 351-358, la prevaricación administrativa, artículo 358, –optaba por una doble dimensión sumamente interesante para la comparativa posterior con la regulación actual: a) el funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo; b) el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo. El legislador combina en un doble tipo la prevaricación dolosa con la imprudente, utilizando los términos asimismo entrecruzados de “resolución injusta” y “manifiestamente injusta” y “a sabiendas” y “negligencia o ignorancia inexcusable”³-, la omisión del deber de perseguir delitos, artículo 359, la deslealtad profesional de abogado o procurador, artículos 360, 361.

El Código penal de 1995 cambia con cierta profundidad la sistemática y el contenido de los tipos antes enumerados⁴. De esta manera se construye sobre un nuevo Título –XIX-

¹ Vid. E. HAVA GARCÍA, “Prevaricación de los funcionarios públicos”, *Tratado de Derecho Penal Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*. Dir. Álvarez García. Valencia, 2013, pág. 119.

² Vid., L. MORILLAS CUEVA, “Delitos contra la Administración Pública (I), Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”. En *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*. 2ª ed. Dir. Morillas Cueva, págs. 1109-1110.

³ Vid., en este sentido y con mayor amplitud: E. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, págs. 353-381.

⁴ El nuevo Texto punitivo fragmenta las modalidades de prevaricación, incorporando alguna nueva. De este modo, junto a la prevaricación en estudio, la administrativa en el artículo 404, se manifiesta, acaso la más tradicional y típica de las prevaricaciones la del Juez o Magistrado que dicta, a sabiendas, sentencia o resolución injusta, de los arts. 446 a 449, dentro de los Delitos contra la Administración de Justicia. En el ámbito de la prevaricación de autoridades o funcionarios también existen tipologías diseminadas en otros pasajes del Código penal con parecida naturaleza –artículos. 320, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo; artículo 322, delitos contra el patrimonio histórico; artículo 329, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente–.

con la denominación más amplia pero al mismo tiempo más unitaria y clarificadora de Delitos contra la Administración Pública, con lo que se le da un especial protagonismo protector, en clave de bien jurídico a dicha Administración, alejándose de esta manera, con buen criterio, de la vieja fórmula antes explicitada, con el objetivo, no en todos los casos conseguido, de dar respuestas a las exigencias constitucionales y a la comprensión y proclamación más moderna del Estado social y democrático de Derecho y a la propia Administración Pública, entendida en su desarrollo y estructura como derivación de este. Con tal perspectiva en el ámbito estrictamente penal, lleva a la protección concreta de un bien jurídico que bajo la cobertura genérica de la Administración Pública protege la actividad pública, su correcto desempeño, bajo los principios de imparcialidad y objetividad, en los diferentes servicios y prestaciones a dar a los ciudadanos, bajo las directrices constitucionales. Ciertamente es que cada tipo o grupo de delitos pueden caracterizarse por una concreción determinada del interés tutelado, pero como denominador común está la susodicha correcta prestación de los servicios públicos como garantía del propio Estado democrático y de Derecho.

Dentro de aquellos, agrupados por el legislador en nueve capítulos, integrados por figuras delictivas de diferente naturaleza, y una Disposición común, he de resaltar precisamente el que fija el contenido de ese trabajo, es decir el delito de prevaricación administrativa, al que el nuevo Código presenta con contenidos diferenciados del anterior. De destacar en cuanto a su fundamentación programática lo descrito por las SSTS 600/2014, de 3 de septiembre, y 512/2015, de 1 de julio, cuando afirman que “el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios”. En definitiva, el adecuado sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, como ratifica la STS 284/2009, de 13 de marzo, “el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación y garantiza, al mismo tiempo, en dicho ámbito, el principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho”.

En tal línea, la nueva regulación que así llega a nuestros días, únicamente con puntuales modificaciones de la pena, opta por cambiar, en primer lugar, la propia nominación del capítulo I –ahora prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. Mantiene la única alusión a funcionarios públicos cuando en los tipos del nuevo Texto diferencia entre autoridad o funcionario público, como sujetos activos, y el contenido del delito así como sus acompañantes, actualmente solo, nombramientos ilegales (artículo 405) y aceptación de nombramiento ilegal (406). De destacar dentro del cambio operado en concreto con el delito de prevaricación administrativa, la no continuidad típica del antiguo párrafo segundo del 358, esto es, la prevaricación negligente o por ignorancia inexcusable. Semejante omisión no es baladí, pues pone de manifiesto una posición del legislador marcadamente restrictiva en el ámbito punitivo que sustenta en la única posibilidad de comisión dolosa y que presenta una visión de “despenalización parcial” al contrario de cómo era anteriormente entendida. Ello ha llevado a algún sector de la doctrina a afirmar que se esté o no de acuerdo con dicho planteamiento restrictivo del reiterado delito de prevaricación, este tiene la ventaja de fijar una determinante frontera entre el alcance punitivo del Derecho penal con otros sectores del Ordenamiento jurídico, en especial con el Derecho administrativo, en una, al menos inicial, adscripción de aquel al

principio de intervención mínima al respecto⁵. En tal sentido y sobre un criterio de moderación cautelar entre ambas posiciones se manifiestan Morales Prats-Rodríguez Puerta al indicar que semejante planteamiento no supone “una huida del derecho penal” para dejar el campo abierto a otras disciplinas sino que supone o, al menos así hay que entenderlo, una concreción limitativa de la incriminación punitiva en la idea de fortalecer la seguridad jurídica, lo que, a su vez, no supone dejar al ciudadano “ inerme frente a ilegalidades debidas a conductas imprudentes del funcionario, puesto a extramuros del Derecho penal quedan expeditas otras vías para obtener la revocación del acto administrativo, la indemnización de los posibles perjuicios causados o incluso la sanción disciplinaria del funcionario”. Estoy de acuerdo con semejante interpretación de los citados autores, aunque creo conveniente llevar más allá el alcance de la nueva regulación en su aspecto limitativo y es hacia aquellas conductas que siendo dolosas no tienen la intensidad objetiva o subjetiva suficiente para estimarlas dentro del Derecho penal. Tal idea está en la base redactora del propio precepto, que si bien es muy parecido al anterior, destaca con la incorporación del concepto arbitrio de la resolución: “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

Esta última línea es la que va a marcar los parámetros sobre los que ha de caminar este estudio hasta su final. Muy definitoria en la perspectiva que estoy desarrollando se manifiesta la SAP de Castellón 85/2016 de 16 de abril, cuando afirma que “la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal”. Esta dualidad equilibrada entre protección del bien jurídico protegido y naturaleza de *ultima ratio* del Derecho penal deriva en una destacada toma de posición jurisprudencial, doctrinal e, incluso, legislativa de limitación de la reacción punitiva a las hipótesis más graves, de “sanción de supuestos límite” suficientemente probados y sobre los conceptos referenciales del delito, como son a sabiendas de su injusticia y arbitraria. A ello ha querido reducir nuestro Texto punitivo el alcance del delito de prevaricación y no a convertirlo en una plataforma expansiva sustitutiva de las funciones propias de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, por mucho que desde las más diversas variables se pretenda tender a ello.

Con la ideas anteriormente expuestas a manera de justificada introducción, pretendo a lo largo de las siguientes páginas motivar y asentar científicamente los planteamientos programáticos aquí por mí realizados, en el objetivo de ofrecer una valoración interpretativa actualizada de esta infracción criminal. Para ello además de la doctrina penal al efecto voy a usar la jurisprudencia más reciente y, sobre todo, el Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla de 31 de mayo de 2016, procedimiento de diligencias previas nº 6645/15. Y ello no solo por su relevancia social sino, y sobre todo, porque contiene poliédricas hipótesis tanto de hecho como de derecho sumamente interesantes para la discusión sobre el contenido y alcance del delito de prevaricación.

⁵ Así, F. MORALES PRATS y MJ. RODRÍGUEZ PUERTA, “De la prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos, *Comentarios al Código Penal* Español. Tomo II. Dir. QUINTERO OLIVARES. Navarra, 2016, pág. 1273. E. HAVA GARCÍA, *Prevaricación...cit.*, pág. 121. L. MORILLAS CUEVA, *Delitos...cit.*, pág. 1110.

II. HECHOS DETERMINANTES Y CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL CONTENIDOS EN EL AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 6 DE SEVILLA DE 31 DE MAYO DE 2016, PROCEDIMIENTO DE DILIGENCIAS PREVIAS Nº 6645/15.

1. *Cuestiones previas.*

Como ya he indicado en el epígrafe anterior, aporte esencial para el desarrollo de este trabajo, desde una perspectiva material y práctica, va a ser, por su especial contenido y relación multiforme con el delito de prevaricación, el Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla de 31 de mayo de 2016, procedimiento de Diligencias Previas nº 6645/15 que, aunque dictado, como es propio de estos Autos en una fase todavía inicial del procedimiento que ha de concluir en la respectiva sentencia merece ser atendido tanto por las diferentes y heterogéneas variables que muestra como por los indicios en los que se fundamenta y la multiplicidad de encausados a los que atiende. Trilogía que, en consecuencia, ha ser desarrollada por tal motivo con cierta profundidad inicial; siendo, por otra parte, consciente del relativismo tanto del Auto como de las conclusiones que de él se puedan sacar en clave judicial, pero que, sin embargo, contiene las suficientes variables para analizar y valorar científicamente el alcance del delito de prevaricación en nuestro Texto punitivo.

Según consta en el propio Auto, presentado en su momento, y en el Juzgado citado, testimonio de actuaciones en los que se narraban unos hechos que podían mostrar características que hacían presumir la posible existencia de una infracción penal, se incoan las correspondientes Diligencias Previas y una vez acordadas “todas las diligencias de investigación indispensables para la determinación de la naturaleza y circunstancias del hecho delictivo, las personas que en el mismo han participado y el órgano competente para su enjuiciamiento, resultando innecesario a tal fin la práctica de nuevas actuaciones instructoras, toda vez que la práctica de aquéllas ha determinado la posible existencia de un delito continuado de prevaricación”. Sobre semejantes reducidos por introductorios antecedentes y con una amplia descripción de Hechos a los que posteriormente aludiré, se fundamenta, en el Razonamiento Jurídico Cuarto, el Auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento abreviado (art. 779. 1.4º de la LECr) en el cumplimiento de una triple función: a) concluye provisionalmente la instrucción de las diligencias previas, por lo que la resolución debería expresar sucintamente la falta de necesidad de practicar otras diligencias adicionales, y únicamente, en el caso de que exista alguna diligencia pendiente solicitada por las partes, debería justificarse expresamente por qué no se estima procedente su práctica; b) acuerda continuar el trámite a través del procedimiento abreviado, por estimar que el hecho constituye un delito de los comprendidos en el art. 757 LECr desestimando implícitamente las otras tres posibilidades como son archivar el procedimiento, declarar falta el hecho o inhibirse en favor de otra jurisdicción competente, de manera que sólo en el caso de que exista pendiente y sin resolver alguna solicitud expresa de archivo, declaración de falta o inhibición, debe razonarse sucintamente por qué no se estima procedente dicha solicitud; c) y, finalmente, con efectos de mera ordenación del proceso, adopta la primera resolución que el ordenamiento prevé para la fase intermedia del procedimiento abreviado (art. 780.1 LECr), esto es, dar inmediato traslado a las partes acusadoras, para que sean éstas las que determinen si solicitan el sobreseimiento o formulan acusación, o bien, excepcionalmente, interesan alguna diligencia complementaria.

En definitiva, sobre semejantes pilares el Auto da por concluida provisionalmente la instrucción de las diligencias previas, acuerda continuar el trámite a través de procedimiento abreviado y da por acordadas y practicadas todas las diligencias esenciales que “permiten llevar a cabo una determinación de hechos y su calificación”. No obstante lo

anterior, señala con la misma base legal y apoyo jurisprudencial, algunas cautelas interpretativas a indicar: a) el art. 779.1.4º de la LECr si bien ordena que la anteriormente citada resolución incluya la determinación de los hechos punibles y la identificación de las personas a la que se le imputan, “no requiere una calificación concreta y específica de aquéllos, lo que supondría prejuzgar o anticipar la que de modo inmediato deben realizar las acusaciones, que son las que tienen atribuida dicha función en el proceso, o condicionar la resolución que ulteriormente procedería adoptar sobre la apertura del juicio oral; b) el reiterado Auto de continuación conforme a las normas del Capítulo 2º del Título que regula el procedimiento abreviado “no es un Auto de formalización de la imputación judicial, ya que la imputación judicial se ha debido de realizar al inicio de la Instrucción en la primera declaración ante el Juez; c) si bien, por otro lado, se han dado por practicadas, como antes se ha expuesto, las diligencias esenciales, se admite, no obstante, que quedan pendientes de recepción documentales y complementos de informes que no resultan precisos para tener por concluida esta fase de instrucción, dejando a salvo su utilidad para la de enjuiciamiento.

Queda, por tanto, de manifiesto, que el momento procedimental que marca el Auto, concluida la fase de instrucción y abierta la intermedia, supone una fundamentada provisionalidad tanto en la calificación jurídica de los hechos –“sin merma de la capacidad de calificación de las acusaciones”- ni de aquellos mismos –“los hechos así descritos de resultar finalmente acreditados podrían ser constitutivos (...)”.

Sobre semejantes premisas paso a continuación de manera lo más sintetizada posible, -objetivizando al máximo su contenido y evitando, en la medida de lo posible, las subjetivas calificaciones previas contenidas en él en su mera narración de hechos-, a contar los hechos que determinan la afirmación de responsabilidad penal contemplada en el Auto, con especial atención a los dirigidos a fundamentar el delito de prevaricación –objetivo esencial de este escrito-, y a la calificación jurídico-penal realizada en el Auto.

2. Mecanismo administrativo aplicado

Según se deduce del reiterado Auto, entre los años 2000 y 2011 se implantó y mantuvo desde el Gobierno de la Junta de Andalucía y en el área de la Consejería de Empleo un procedimiento que, a través de distintas modalidades, vino en denominarse “procedimiento específico”, cuyo objeto era la disposición de las partidas presupuestarias destinadas a ayudas sociolaborales y a empresas, en una cuantía no determinada –se señala que no inferior a 854.858.243 euros- dirigida a ser distribuidas a través de subvenciones a empresa para financiar el coste de despido colectivo de trabajadores, o de subvenciones a empresas con fines distintos a aquél, o de subvenciones a personas físicas afectadas por un expediente de regulación de empleo.

Sobre este marco factual, y según aquel, semejante procedimiento se caracterizaba por tener como consecuencia y fines los siguientes: a) Eludir la fiscalización previa de la Intervención General de la Junta de Andalucía, la cual es propia de todo procedimiento de subvención; b) Omitir el régimen aplicable en relación a la autoridad competente para la concesión de la subvención; c) Ausencia de bases reguladoras de la subvención, así como de convocatoria pública para su conocimiento por todo interesado en acceder a ella; d) Falta de control del cumplimiento, por parte del solicitante de la subvención, de los presupuestos o condiciones para disfrutar de la ayuda; e) Infracción de los principios de publicidad, concurrencia, objetividad, transparencia, igualdad y no discriminación que es exigible en todo procedimiento de subvención conforme a lo dispuesto por la Ley General de

Subvenciones (5/1983 y 38/2003); f) Ausencia de un control posterior del destino dado a la subvención, vía oportuna justificación por parte del beneficiario.

Esta discutible interpretación causa-efecto, a la que se añade como relevante acompañamiento de las conductas realizadas la afirmación cuanto menos basada en criterios marcadamente subjetivos y generalistas que han de afectar posteriormente a una heterogénea pluralidad de personas con cargos dentro del organigrama de Gobierno de la Junta de Andalucía que “a través de este procedimiento se dio ocasión a que, por motivos ajenos al interés general, se pudiese disponer de aquella cantidad con fines distintos a los propios de las ayudas a empresas y personas, a que se diesen en favor de entidades o personas que no reunían presupuestos para acceder a la misma y a que se pudiesen conceder subvenciones en cuantía improcedente por iguales motivos, todo ello mediante la inclusión en los expedientes de personas ajenas a las empresas afectadas, los denominados intrusos, mediante el abono de comisiones indebidas a terceras personas, las llamadas sobrecomisiones, mediante su asunción por la Administración de obligaciones económicas de las empresas, sin justificación ni criterio, o como mera liberalidad”.

Por otro lado, el propio Auto residencia el mecanismo fundamental de “elusión” en emplear, en la forma que más adelante se verá -Convenio entre Consejería e IFA/IDEA- con más detalle, al Instituto IFA-IDEA, como pagador de las ayudas sociolaborales y a empresas concedidas desde la Consejería de Empleo, al presentar la disposición de fondos como procedente de esta a favor del Instituto y a través de transferencias de financiación, con control de las Intervención General de la Junta de Andalucía, aunque, según el Auto, este se limitaba a la comprobación de la existencia de saldo suficiente dentro del concepto presupuestario específico para tal fin, a la de la emisión de la orden de traspaso hacia IFA-IDEA, y a la de que todo ello se verificase conforme a un calendario de pagos autorizado por la Dirección General de Tesorería.

Tal estructura administrativa, deviene según la descripción de hechos, -sin especiales, a nuestro entender, argumentos indiciarios concluyentes- en una supresión de control sobre la concesión de ayuda o subvención que no se “residenciaba ni en la Consejería que se limitaba a controlar una transferencia de financiación- extraño, pues concedía. Más cuando en el propio Auto se alude al otorgamiento, por vía de hecho, al Director General de Trabajo de la Junta de Andalucía la competencia, sin entrar en este momento a valorar si era su competencia o no-, para acordar sobre la concesión de ayudas y subvenciones- ni en IFA/IDEA, que controlaba una orden de pago de la propia Consejería sin que se examinase en ningún caso el expediente que debía soportar la concesión”. Como dato argumentativo de la señalada ausencia de procedimiento y de posible opacidad se añade la omisión de la obligación de registrar las subvenciones y ayudas en la base de datos establecida al efecto; con la omisión del deber de publicar la concesión en el Diario Oficial de la Comunidad Europea; y con la omisión del de realizar un informe anual sobre las ayudas para su remisión a la Comisión Europea.

3. Estructura temporal

Tres fases temporales se destacan en el Auto en relación con el procedimiento antes descrito:

1^a) Inicia, según narración de hechos, el 18 de abril de 2000. “Se comenzó a aplicar el programa 22E a través de una nueva partida, la 440.01 ‘Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales’ la cual no existía en el presupuesto de la Consejería de Empleo para ese ejercicio y se creó ex profeso, operando una modificación presupuestaria en virtud de la

cual se redujeron las partidas 472 y 486, denominada ‘Transferencias corrientes a familias e instituciones sin fines de lucro. Acciones que generen empleo’, para transferir fondos a la partida 440.01, de modo que la primera de las partidas de origen experimentó una reducción del 11% y la segunda del 86%”. La utilización de semejante partida 440.01, es calificada por el Auto en cuanto instrumento para el pago de subvenciones como contraria a derecho, al menos con relación a la Ley 8/97, de 23 de diciembre –en una referencia sumamente genérica, sin concreción del articulado donde basar la contrariedad a derecho, de la extensa Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros, en relación con IFA/IDEA-, así como medio de supresión del procedimiento ordinario de concesión y de control previo -se puede deducir, en positivo, con lo que el Auto señala en el párrafo anterior que se trataba de agilizar la generación de empleo y de ayudas en este sentido a las empresas en crisis, no el posterior uso bastardo que se pudo hacer, si es que se hizo-. Tal mecanismo de modificación presupuestaria fue asimismo utilizado el 28 de julio de 2000 y 29 de mayo de 2001 por Acuerdos del Consejo de Gobierno y 7 de mayo de 2001, aprobado por la Consejería de Hacienda, a propuesta del Consejero de Empleo – trámite este último y propuesta seguida igualmente para los Acuerdos del Consejo de Gobierno tal como establecía los artículos 44 y siguientes de la entonces vigente Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía- Por otro lado, la citada Ley otorgaba expresamente a los titulares de las Consejerías, en sus respectivos ámbitos, la competencia para otorgar subvenciones, previa consignación presupuestaria, como sucedió en este caso (artículo 104)-.

2ª) Se comienza, según se data, a partir del 17 de julio 2001, con base al denominado “Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social”, firmado entre el Consejero de Empleo y el Presidente de IFA. Este Convenio tenía por objeto la prestación de asistencia técnica permanente por parte de IFA-IDEA a la Dirección General de Trabajo, coordinando sus actuaciones y materializando las ayudas, desplegó su eficacia desde su fecha de inicio hasta el 27 de abril de 2010 fecha en la que, como luego se verá, se aprueba el sistema de encomienda de gestión, aunque según el Auto “sólo sirvió como marco para los actos de disposición que se vinieron realizando sobre la partida 440.01 del programa 31L, sin que se diese otra actividad de asesoramiento o coordinación por parte de IFA/IDEA” y “no se sometió a informe ni por la Intervención General de la Junta de Andalucía ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y dio amparo a los actos en los que IFA/IDEA operaba como mero pagador a terceros, recibiendo la cantidad correspondiente a cargo de la partida 31L por medio de transferencias de financiación destinadas a la partida 440.01 que pasó a llamarse “Transferencia de Financiación al IFA”.

3ª) Se empieza a partir del año 2010, sobre la base inicial de la Instrucción de la Dirección General de Presupuestos 1/09 de 15 de junio. Se prescindió de la partida 440.01 “transferencia de Financiación a IDEA”, sustituyéndola por las partidas 476.47 “Transferencias corrientes a empresas privadas. Programas sociolaborales. Ayudas sociales” y la 776.47 “Transferencias de Capital a empresas privadas. Programas Sociolaborales. Ayudas sociales”. Tal cambio, según la narración de los hechos, de partida para la disposición del programa 31L no conllevó una modificación del régimen de funcionamiento, “de modo que IFA-IDEA continuó recibiendo los fondos provenientes de esa partida, por cuenta del programa 31L, como si se tratase de transferencia de financiación, a

la par que siguió efectuando los pagos a terceros por cuenta de la Consejería de Empleo, sin sujetar este procedimiento al oportuno control de la Intervención”.

El 27 de abril del mismo año se dicta una Orden por la Consejería de Empleo por la que se formaliza el “Acuerdo de encomienda con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía para la materialización de pagos de ayudas excepcionales y sociolaborales a empresas situadas en Andalucía, con dificultades económicas transitorias”. Deja sin efecto, de modo definitivo, el Convenio marco de 17 de julio de 2001 y se encarga, se encomienda, a IFA/IDEA el pago de las subvenciones concedidas por la Consejería de Empleo. Tal encomienda, además, se acompaña de la consignación de los créditos con destino a las subvenciones en la partida correcta y en la cuantía correspondiente, conforme al programa 31L. Semejante actuación normativa también se objeta en el Auto en el que se asevera que “persistió en el mantenimiento del sistema previo de disposición sobre la partida 31L, con todas las irregularidades ya señaladas, operando como si subsistiese el de transferencia de financiación, hasta el dictado de la Orden de 1 de abril de 2011, por la que se pone fin al ‘procedimiento específico’”.

Más que poner fin lo que hace, entiendo, dicha Orden de la Consejería de Empleo de 1 de abril de 2011 por la que se aprueba las bases reguladoras de las ayudas sociolaborales destinadas a trabajadores y trabajadoras afectados por expedientes de reestructuración de empresas, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y efectúa su convocatoria para el año 2011, y asimismo la Orden de la Consejería de Empleo de 27 de abril de 2010 por la que se formaliza acuerdo de encomienda con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía para la materialización referente a los programas sociolaborales y las ayudas sociales excepcionales dependientes de los mismos –en ella el planteamiento es muy semejante, obviamente con los matices vistos de actualización y de parcial cambio del sistema al situar como objeto: a) “Encomendar la ejecución material y técnica de la materialización de pagos de ayudas excepcionales y sociolaborales a empresas situadas en Andalucía, con dificultades económicas transitorias, en aras a evitar el cese de la actividad productiva y, por extensión, sus negativas repercusiones en el empleo facilitando la reestructuración de las mismas y garantizando la correspondiente viabilidad” y como referencia aplicativa: b) “Dado que la gestión para la implantación de medidas sociolaborales aludidas en el preámbulo de esta Orden demanda para su eficacia unos medios personales con un alto grado de especialización, y teniendo en cuenta los objetivos fundamentales de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, resulta aconsejable encomendar la gestión de esta tarea a dicha Agencia, por contar con los medios idóneos para su realización”- es modificar procedimientos anteriores y actualizarlos con aplicación de nuevas normativas, como pueden ser, entre otros, el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010, Decreto 136/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, así como el contenidos de algunos de los informes externos que al respecto más adelante se analizarán, y la Proposición no de Ley del Parlamento Andaluz en Pleno 8-11/PNL-000011, “relativa a política de apoyo sociolaboral en Andalucía, mediante la que insta al Ejecutivo a garantizar el mantenimiento de la política de apoyo a los trabajadores y trabajadoras andaluces y a potenciar estas ayudas vinculándolas a medidas de mejora de la empleabilidad y ocupabilidad de la población activa andaluza”; todo ello no parece

irrazonable entenderlo como objetivo primario y predeterminado con anterioridad, aunque de procedimiento diferente, utilizado, salvo prueba en contrario, con la intención de conseguir actuaciones más ágiles, operativas, eficaces y eficientes, dentro del marco normativo existente en cada momento.

4. *Actos*

Para la instauración y mantenimiento de este sistema el Auto estima que fue precisa la ejecución de diversos actos, esenciales algunos y complementarios otros, sin los que no habría sido posible su puesta en marcha y mantenimiento –incluye actos de muy diversa naturaleza, esenciales, complementarios, directos e indirectos, de desigual incidencia en el resultado y realizados por muy heterogéneas personas, autoridades y funcionarios públicos-. En cuatro apartados los diferencia.

1º) Aplicación “de modo indebido” del mecanismo de modificación presupuestaria a los que anteriormente ya se le ha prestado atención, temporal y de contenido. Contabiliza a lo largo del periodo 2000-2010 veintidós modificaciones presupuestarias, de las que dieciséis fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno y seis por la Consejería de Economía y Hacienda –en el mismo Auto se afirma que semejantes modificaciones, aprobadas por el Consejo o por la Consejería fueron tramitadas por la Dirección General de Presupuestos, a propuesta de la Consejería de Empleo a través de su Secretaría General Técnica-. Es decir, salvo prueba indiciaria en contrario, que no encuentro, se siguió el procedimiento legal establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, entonces en vigor (fundamentalmente artículos 44 a 48) a lo que hay que unir los informes del Interventor General de la Junta o, en su caso, de las Intervenciones Delegadas-.

2º) Se dice que “(...) Fue necesario llevar a cabo manipulaciones en los presupuestos de la Comunidad y en los de IFA/IDEA. En efecto, durante los ejercicios 2000 y 2001 la partida 440 aparecía desvinculada del programa 22E-31L, situación que se modificó para el ejercicio 2002, para el cual la Ley 14/01 de Presupuestos de la Comunidad Autónoma Andaluza vinculó esta partida de modo directo al programa 31L. Para lograr esa incorrecta vinculación de la partida 440 con el programa 31L se impulsó desde la propia Consejería de Empleo un anteproyecto de presupuestos inadecuado, en el que se valía de esa partida de transferencias de financiación hacia IFA-IDEA para la disposición de cantidades destinadas, en principio, a la concesión de subvenciones y ayudas sociolaborales, de manera que se tramitaban como transferencias de financiación lo que debía tramitarse como expedientes de gasto de subvenciones excepcionales, con postergación de su régimen correcto de control y concesión” –el contenido conclusivo que se desprende del hecho referente, Presupuestos de la Comunidad, es una vez más reiterativo de los relatos anteriores. Destaca, sin embargo, que el propio Auto se refiera a que se trata de Anteproyectos, los que valora, de la Consejería de Empleo remitidos a la Consejería de Hacienda que, junto con los precedentes de las demás Consejerías, elaboró los Anteproyectos globales de Presupuestos correspondientes que pasaron al Consejo de Gobierno para que los aprobara como Proyectos de Ley de Presupuestos, previo estudio y deliberación de la Comisión Delegada de Planificación y Asuntos Económicos, tras lo cual se presentó al Parlamento de Andalucía para su debate y aprobación. En definitiva, salvo indicio sólidos al respecto en contrario, que no ubico, se siguió el procedimiento legal establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, entonces en vigor –artículo 34; 35 del vigente Texto (Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Hacienda

Pública de la Junta de Andalucía). Más cuestionable aún es la repetida afirmación de manipulación presupuestaria pues lo que aprueba el Consejo de Gobierno es un Proyecto, de naturaleza elaborativa, que remite al Parlamento de Andalucía, al menos, dos meses antes de la expiración del Presupuesto corriente, para su examen, enmienda y aprobación (artículo 35 de la LGHPCA, 36 del Texto refundido). Es más, y ya de manera definitiva, el artículo 190 del Estatuto de Autonomía para Andalucía declara expresamente que “Corresponde al Consejo de Gobierno la elaboración y ejecución del presupuesto de la Comunidad Autónoma y al Parlamento su examen, enmienda, aprobación y control”.

3º) Situado el instrumento de transferencia de fondos, no especialmente asumida indiciariamente su ilegalidad procedimental como anteriormente se ha puesto de manifiesto, el Auto se centra en los mecanismos concretos para disponer de aquellos a favor de terceros “de modo que el Instituto operase como pagador a requerimiento de la Dirección General de Trabajo” –se resaltan, según su versión, los dos protagonistas más relevantes de la cuestión-. Para ello, se señalan como medios empleados los Convenios entre la Consejería de Empleo –marcados como Convenios Marco, así el reiterado Convenio de 17 de julio de 2001- y Convenios particulares estos últimos firmados por la Dirección General de Trabajo y el IFA-IDEA “en relación a cada una de las empresas o personas a las que se iba a beneficiar con fondos públicos” y que en términos generales “adolecían de una muy escasa fundamentación, no se sometieron a informe ni por la Intervención General de la Junta de Andalucía ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, y en ocasiones se limitaban a señalar la empresa o colectivo beneficiado y la cantidad a recibir”.

Los Convenios una vez firmados eran sometidos, en su caso y por razón de la cuantía a ratificación por el Consejo Rector del Instituto. Las sesiones de dicho Consejo “venían precedidas de la entrega de un orden del día, en el que se hacía referencia a los convenios a ratificar, de los que el presidente o el director del IFA-IDEA daban cuenta en la reuniones del Consejo” –con los datos aportados, parece cumplirse con el procedimiento organizativo y procedimental del Consejo en el que la alusión a sucinta no deja de ser una valoración innecesaria, pues era competencia de los miembros del Órgano señalado, como sucede con cualquier otro órgano colectivo público, poder pedir mayor información para formarse opinión al respecto-. En todo caso, señala el Auto, que a partir de 2003 se estableció el criterio, en los supuestos de ayudas sociolaborales de que el importe debía fijarse en atención a la suma otorgada a cada trabajador y no a la cuantía total concedida por cada empresa, “de modo que desde IFA/IDEA no se tomaba conocimiento ni se realizaba control alguno sobre él, pese a que el pago a tercero se verificaba desde este Instituto y no desde la Dirección General de Trabajo o de la Consejería de Empleo a través de la Consejería de Hacienda” –supone una reiteración de lo anterior pues ya se ha puesto de manifiesto el carácter pagador de IFA/IDEA. Además, incluso aceptando lo precedente que no es el caso, se desarrollan, al menos teóricamente, otros mecanismos de control, por distintos órganos de gestión y control-.

Como consecuencia del susodicho precedente, en el Auto se mantiene la hipótesis de una desconexión que da lugar a una falta de control sobre los fondos públicos destinados a subvenciones o ayudas, “por cuanto la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía en la Consejería de Empleo, no controlaba más que una transferencia de financiación, es decir, se limitaba a la comprobación de la existencia de saldo suficiente dentro del concepto presupuestario específico para tal fin, la emisión de la orden de traspaso hacia IFA-IDEA, y que todo ello se verificase conforme a un calendario de pagos autorizado por la Dirección General de Tesorería, sin entrar a supervisar el expediente de subvención o ayuda, pues no se le presentaba como tal el acto de disposición de fondos hacia IFA-IDEA. Por su parte, el Control Financiero Permanente, al que estaba sometido este Instituto, se limitaba a

controlar que la operación estuviese correctamente contabilizada en las cuentas del Instituto, como así era, y que concurriese base para el pago, entendiendo por tal el Convenio particular, sin comprobar el expediente que sustentaba éste, que quedaba en el ámbito de la Dirección General de Trabajo y que, a efectos del Instituto, no era la causa del pago verificado en favor de tercero como ayuda o subvención” – en la propia declaración de hechos se pone de manifiesto la reiteración de controles, aunque “limitados” (Intervención Delegada, Dirección General de Tesorería, Control Financiero Permanente, además de los previos realizados por los órganos de gestión implicados en los procedimientos de concesión, cuyo alcance no deja ser desde mi entendimiento una cuestión de orden administrativo. Otra cosa muy distinta es la utilización concreta, por personas a las cuales se les haya probado su intervención directa en actos de disposición arbitrarios-.

4º) El cuarto y último se refiere a la según el Auto omisión de deberes de vigilancia y, en su caso, los de reacción ante la situación generada, en cuanto la perduración del “sistema” requería que “se dejase de atender a los avisos de irregularidad sobre el sistema y, por ende, que se dejasen de adoptar, se omitiesen, las medidas necesarias, para terminar con él”.

En tal sentido fija prioritariamente el inicio de semejante exigencia de medidas tendentes a poner fin a la práctica instaurada en el año 2000, en el Informe Adicional al informe definitivo de auditoría de cumplimiento del ejercicio 2003, de 25 de julio de 2005, de especial incidencia según el Auto para el delito de malversación. En parecida línea, en septiembre de 2006 “ayudas han carecido de la tramitación que la normativa impone” en marzo de 2007, “financiación a IFA/IDEA para estos pagos no debió realizarse a través de transferencias de financiación, así como que tampoco cabía emplear este instituto como entidad colaboradora a estos efectos”, en octubre 2008 “transferencias de financiación no eran instrumento adecuado para la concesión de ayudas excepcionales”. Junto a los susodichos informes, se alude asimismo a las Auditorías realizadas: primera de ellas, las llevadas a cabo por Price-Waterhouse -2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009- situadas fundamentalmente en la insuficiencia de crédito presupuestario en las cuentas de IFA/IDEA -cabe recordar, en relación al desfase advertido, entre otros de diverso tipo, por la citada Consultoría respecto al ejercicio 2006 y generado, según ella, por la obligaciones contraídas por el Director General de Trabajo “sin crédito suficiente para respaldarlas” que según literalmente consta en el Auto la “Intervención Delegada de la Junta de Andalucía en la Consejería de Empleo, controlaba las transferencias de financiación, es decir, la comprobación de la existencia de saldo suficiente dentro del concepto presupuestario específico para tal fin, la emisión de la orden de traspaso hacia IFA/IDEA, y que todo ello se verificase conforme a un calendario de pagos autorizado por la Dirección General de Tesorería”- y al informe encargado al despacho Garrigues por la propia Dirección General de Trabajo, en relación a la “legalidad” del procedimiento específico, en la que se destaca según el contenido del Auto “la falta de competencia del Director General de Trabajo para la concesión de Ayudas y subvenciones, la ausencia de adecuado expediente de tramitación de las mismas, falta del pertinente control y la infracción de norma comunitaria aplicable a la materia”. Sobre semejantes premisas, escasamente desarrolladas, se reiteran nuevamente los argumentos anteriores ya vistos y comentados.

Si no necesario por sabido, al menos sí prudente en cuanto al significado e incidencia de los hechos narrados, es reiterar lo ya advertido, como hace la jurisprudencia constitucional, seguido fielmente en este trabajo, que “frente a los verdaderos medios de prueba, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (artículo 299 LECr), que no constituyen en sí

mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador” (STC de 22 de abril de 2002, entre otras).

5. Calificación jurídico-penal de los hechos

Para el susodicho Auto, los hechos descritos en él –ejecutados con la intervención de una pluralidad de personas a lo largo del tiempo, “sea participando de manera activa en los mismos, sea omitiendo, de manera absoluta, sus labores de vigilancia-. de resultar finalmente acreditados, podrían ser constitutivos de un delito continuado de prevaricación, conforme a lo dispuesto en los artículos 74 y 404 del Código Penal, en concurso medial del artículo 77 con un delito continuado de malversación del artículo 432.1 y 2 del Código Penal en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, sobre la base genérica de que “todos ellos, concertando sus actuaciones de un modo expreso o tácito, llevaron a cabo todos los actos necesarios para la implantación, mantenimiento y funcionamiento del ‘denominado procedimiento específico’ en cualquiera de sus modalidades anteriormente expuestas”.

Dicha declaración definitiva es discutible ab initio, por su generalidad y falta de concreción que posteriormente tampoco resuelve en bastantes de los casos presentados, dado, por un lado, que la pluralidad de autoridades y funcionarios relacionados en el Auto presenta muy diversas funciones y su ubicación y reparto de competencias dentro del organigrama de Gobierno de la Junta de Andalucía, hace rechazable que se hable de concertación, se supone que “para delinquir” que es el objetivo a demostrar final del Auto; más creíble y razonable, en todo caso, es una distribución de competencias conforme a la normativa vigente en la Junta de Andalucía; otra cosa es el uso que de ello se haga, pero esta es otra cuestión que ha de ser suficiente e indiciariamente demostrada en cada caso concreto. Además de lo dicho, la coordinación material de los supuestos se hace con la referencia a actos necesarios para la implantación, mantenimiento y funcionamiento (...) y no a resoluciones en asunto administrativo conforme prescribe, y más adelante se detallará junto con sus demás elementos, el artículo 404 del Código Penal. En definitiva, y es una muestra más de las diversas tipologías de sujetos intervinientes, se califica de la siguiente manera: 26 autoridades y funcionarios los son exclusivamente por el delito de prevaricación, 17 también por el de malversación y en 24 casos se acuerda el sobreseimiento provisional.

De aquellos, tanto de unos como de otros, describe individualmente los hechos que dan lugar a su respectiva calificación. Dado su número y la naturaleza de este trabajo, dedicado prioritariamente al delito de prevaricación, será de este del que me ocupe tanto con referencia al Auto como en mi análisis interpretativo de dicha figura delictiva y con la referencia personalizada a la primera de las personas que consta en el reiterado Auto, ampliables las consideraciones que en él se hagan a otros de los sujetos en iguales circunstancias en relación a los hechos referenciados por aquél.

En cuanto al delito de prevaricación el Auto trae a colación para su fundamentación jurisprudencial dos bloques diferenciados. El primero, de carácter más general, en atención a lo expuesto por la STS de 30 de junio de 2014 de la que entresaca lo siguiente: “*Los hechos descritos y declarados probados son constitutivos, respecto de los acusados [...], de un delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404 de Código Penal,*

según el cual, la autoridad o funcionario público que a sabiendas de su injusticia dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. 2. Como decíamos en la sentencia STS 18/2014, 23 de enero, con citación de otras muchas, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas. El delito de prevaricación, por otro lado, no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos-límite, en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona". No puedo estar más de acuerdo con el contenido de las dos sentencias citadas, tanto en el bien jurídico señalado como en la penalización del delito de prevaricación y su alcance más allá de la mera sustitución de la jurisdicción contencioso-administrativa⁶; aunque, eso sí, recordando nuevamente la exigencia legal y jurisprudencial de respeto al principio de legalidad pero frente a ilegalidades severas y dolosas y respetando al mismo tiempo el principio de última ratio en la intervención del ordenamiento penal. En todo caso, con este acuerdo previo sobre la necesidad del dicho delito, la cuestión ha de derivar en la concreción de los elementos que configuran el delito de prevaricación administrativa en el supuesto a tratar.

El segundo bloque al que atiende el Auto sobre la misma STS pero con la cita expresa de las SSTs 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, que configuran cinco elementos: a) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; b) que sea objetivamente contraria al derecho, es decir, ilegal; c) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; d) que ocasione un resultado materialmente injusto; e) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra de derecho". Asentimiento por mi parte de dicha proclamación programático-dogmática acerca del delito de prevaricación, pero no tanto en el contenido de fondo. En todo caso hay que consolidar la exigencia de ubicar tales requisitos en la concreción de los hechos producidos por las conductas a examinar; en este caso individualizadas en las contenidas en el Auto.

⁶ L. MORILLAS CUEVA, *Delitos...cit.*, pág. 1110.

III. EL DELITO DE PREVARICACIÓN: ALCANCE Y FUNDAMENTO

Es necesario señalar nuevamente que este trabajo no pretende ser un estudio pormenorizado e individual de cada uno de los múltiples supuestos y personas a los que se dirige el Auto; por el contrario, atiende a este, y a otras decisiones jurisprudenciales, como referentes materiales para llegar a una interpretación coherente del delito de prevaricación.

Hay que partir de una síntesis de los elementos configuradores de dicho delito, sobre una estructura más simplificada en la que yo mismo participo, a efectos sistemáticos: a) elemento objetivo, dictar por autoridad o funcionario público una resolución arbitraria en asunto administrativo; b) elemento subjetivo, a sabiendas de su injusticia –señalar como cuestión previa que la reforma contenida en la LO 1/2015, no afecta para nada a la redacción del injusto típico, únicamente a la fijación de la pena que antes era de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años y en la actualidad es de de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años. Obviamente hay que referirse a la totalidad de la redacción anterior a julio de 2015-.

En primer lugar es de destacar que se está ante un delito especial propio, que únicamente puede ser cometido por autoridad o funcionario público. En este caso no presenta ninguna problemática porque todos los considerados responsables del delito señalado son autoridades o funcionarios públicos, tal como los interpreta el artículo 24 de nuestro Texto punitivo.

Mucho más complejo es el siguiente requisito, “dictar resolución arbitraria en un asunto administrativo”. Este último definido por la doctrina y jurisprudencia en términos generales de manera pacífica como aquel que incida en la esfera de dicha competencia, es decir, el emitido por autoridad o funcionario público que se halle regulado y sometido al derecho administrativo⁷, es el que menos problema muestra en la aplicativa narrada, pues las referencias que se hacen en los hechos presentan estas características de asuntos administrativos, lo que no significa que tengan suficiencia para construir el delito de prevaricación, como más adelante se concretará. Obviamente no todo actuar de aquellos puede ser calificado como tal sino solo, como se ha dicho, los que realizan en ejercicio de sus funciones administrativas.

Queda, por tanto, como materia nuclear de este escrito, la de “dictar resolución arbitraria” a lo que hay que unir con una lógica interdependencia entre sí que se haga “a sabiendas de su injusticia”. La jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal es reiterativa en varios aspectos previos a su concreción de los que participo en términos generales y que luego han de ser matizados y valorados. El primero de ellos, el sentido equivalente con que entiende utilizados los términos injusticia y arbitrariedad “pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la STS 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución ‘a sabiendas’, se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este

⁷ En tal sentido: F. MORALES PRATS y MJ. RODRÍGUEZ PUERTA, *Delitos...cit.*, pág.1275. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Delitos...cit.*, pág. 1114. HAVA GARCÍA, Esther. *Prevaricación...cit.*, págs. 134-136. C. MIR PUIG, “De la prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia, 2015, pág. 1385. Asimismo, entre otras muchas, SSTTS 340/20123, de 30 de abril. 502/2012 de 8 de junio, 696/2013, de 26 de octubre, 225/2015, de 22 de abril.

resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1 de julio)”. (STS 225/2015 de 22 de abril).⁸

El segundo, siguiendo en los parámetros restrictivos con que se acoge la interpretación, para mí adecuada en tal sentido, de esta infracción criminal, es la indiscutible afirmación de que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control a la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, “sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria” (SSTS, entre otras, 304/2012, 30 de abril y 225/2015 de 22 de abril), pues, lo contrario, “supondría anular en la práctica la intervención del control de los Tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última ‘ratio’. Este principio implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea *imprescindible*. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. *El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho por suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger*” (STS 304/2012, 30 de abril). En ningún caso el Derecho penal puede derivar en un expansionismo injustificado conculcador de los derechos fundamentales que dan cobertura el Estado social y democrático de Derecho, garantista y minimalista en el ámbito punitivo. Y nunca igualmente con pretensión de usarlo para la resolución o creación de conflictos políticos.

El tercero, la invocación que reiteradamente se hace, como no puede ser de otra forma, a la presunción de inocencia, tanto en el momento procedimental del Auto como de sentencia, y a su posible enervación. En tal sentido, la STS 225/2015, de 22 de abril asume que “El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la concreta versión alternativa ofrecida por el acusado por carencia de la necesaria racionalidad”.

Dicho lo anterior hay que precisar, dado fundamentalmente el momento donde se sitúa la referencia práctica esencial de este estudio, es decir el Auto reiteradamente citado,

⁸ En parecido sentido, y entre otros, E. ORTS BERENQUER, *Derecho Penal. Parte Especial*. 5ª ed. Coord. González Cussac, José Luis. Valencia, 2016, pág. 601.

que, al menos en términos generales, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria siempre que existan indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable (reiterada y constante doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional– SSTC 133/2014, de 22 de julio, 146/2014, de 22 de septiembre, 126/2011, de 23 de marzo, 109/2009, de 11 de mayo, 133/1995, de 25 de septiembre, 31/1981, de 28 de julio, 174/1985, de 17 de diciembre, entre otras- y Tribunal Supremo –SSTS 811/2012, de 30 de octubre, 225/2015, de 22 de abril, entre otras-).

Incluso aunque es también doctrina jurisprudencial consolidada apreciar que “(...) únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con la ejecución de los medios aportados a tal fin por las partes. Ahora bien, el referido Tribunal también tiene manifestado que esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen”; se admite como excepción “supuestos de prueba preconstituida y de prueba anticipada, siempre que se haya practicado con las necesarias garantías, y siempre que las partes no se hayan limitado a dar por reproducidas tales diligencias, sino que se incorporen al juicio con arreglo a los principios de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad mediante su lectura en dicho acto” (SAP de Córdoba, sección 3ª, de 28 de marzo de 2016), y se cumplan determinados requisitos concretos a los que más adelante se aludirá en aplicación específica a las hipótesis planteadas.

Dictar en el lenguaje gramatical-jurídico, segunda de las acepciones del verbo, significa “dar, expedir, pronunciar leyes”, fallos, preceptos, etc.”. Con referencia a la prevaricación: dar, expedir, pronunciar resolución arbitraria.

La concreción del término resolución desde tal perspectiva penal es relativamente pacífica en la doctrina científica y en la jurisprudencia. Hay cierta coincidencia en definirla como “cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno” (STS 225/2015, de 22 de abril) – en parecido sentido, SSTS 38/98 de 29 de enero , 813/98 de 12 de junio , 943/98 de 10 de julio , 1463/98 de 24 de noviembre , 190/99 de 12 de febrero , 1147/99 de 9 de julio , 460/2002 de 16 de marzo , 647/2002 de 16 de abril , 504/2003 de 2 de abril, 857/2003 de 13 de junio , 927/2003) de 23 de junio , 406/2004 de 31 de marzo, 627/2006 de 8 de junio , 443/2008 de 1 de julio , 866/2008 de 1 de diciembre, 502/2012, de 8 de junio, 411/2013, de 6 de mayo⁹.

Núcleo esencial de la definición mantenida es que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio. Por “decidir” hay que entender “tomar determinación fija y decisiva”. Y en el ámbito de la doctrina administrativa, según las SSTS 939/ 2003, de 27 de

⁹ En la doctrina: F. MORALES PRATS y MJ. RODRÍGUEZ PUERTA, *De la prevaricación...cit.*, pág. 1274. L. MORILLAS CUEVA, *Delitos... cit.*, pág. 1112. P. NICOLAS JUMÉNEZ, “Delitos contra la Administración Pública”. En *Derecho Penal. Parte Especial*. Coords. ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR, Granada 2016, pág. 678. M.A. IGLESIAS RÍO, “artículo 4004”, *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo V. Dir. GÓMEZ TOMILLO, Navarra, 2015, pág. 198.

junio, 723/2009 de 1 de julio, 411/2013, de 6 de mayo, “la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía”. En definitiva, al margen de la forma que presente la resolución lo fundamental es que esta posea en sí misma un carácter decisorio y un efecto ejecutivo.

Momento es, después de estas afirmaciones conceptuales y jurisprudenciales, preguntarse, en primer lugar, si de las actuaciones de los sujetos narrados como posibles responsables de un delito de prevaricación se dicta realmente en todos los casos una resolución administrativa –se dice, recordemos, en el Razonamiento Jurídico Cuarto del Auto “que, mediante un concierto expreso o tácito, han dictado una pluralidad de resoluciones contrarias a derecho del modo más grosero por su abierta oposición a los procedimientos ordinarios de concesión de ayudas y subvenciones y a los procedimientos de presupuestación (...)”. Generalidad que convierte dicho razonamiento en una especie de “cajón de sastre” donde cabe todo y todos por igual y sin concreción y probación específica. Ciertamente es el carácter generalista del Auto y la enumeración individualizada de las personas y de los hechos atribuidos a cada uno de ellos, en Hechos narrados en él, pero también lo es que no existe una suficiente relación causa (hechos)-resultados –responsabilidad criminal- para cada uno de ellos, al menos desde mi punto de vista. Eso es lo que voy intentar situar en una valoración sistemática, conceptual y práctica, en atención a los hechos y a las responsabilidades atribuidas, sobre una muestra referencial –imposible para este escrito hacerlo de otra forma, porque, además, no es ese el objetivo a cubrir, en cuanto este trabajo está dirigido en su esencia a la interpretación del delito de prevaricación, eso sí desde un enfoque fundamentalmente práctico- en lo relacionado con Manuel Chaves González (en adelante MCHG), Presidente de la Junta de Andalucía entre el 27 de julio de 1990 y el 7 de abril de 2009, primera de las personas señaladas en el Auto y con posterior -Razonamiento Jurídico Cuarto- calificación por un delito continuado de prevaricación.

Los criterios que, según el Auto, sostienen semejante calificación son que “constatamos que con ello se han vulnerado, de modo primario, criterios como el del ‘servicio prioritario a los intereses generales; el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines’. Basta atender a los mecanismos utilizados para proveer de fondos públicos al ‘procedimiento específico’, la forma de gastar estos fondos, la ausencia de criterio para la fijación de los beneficiarios, de las cuantías concedidas y del control del destino, para concluir que se postergó el servicio de los intereses generales a favor de terceros, que ello se hizo con total oposición a la Ley y al Derecho con una total falta de objetividad”. Mas, nuevamente, parece una declaración que una concreta probación indiciaria. En el caso que nos ocupa no es fácil relacionar muchas de estas afirmaciones con los hechos atribuidos a MCHG. A título de muestra voy a exponer algunas.

En la narración de Hechos, de forma asimismo genérica, se mantiene que, como responsable máximo del Gobierno de la Comunidad, impulsó la implantación de este procedimiento para la distribución de ayudas y subvenciones, conociendo tanto los mecanismos destinados a ello, transferencias y modificaciones presupuestarias, como la falta de procedimiento dotado de las mínimas y elementales garantías para el reparto de ayudas y subvenciones.

Dos matices iniciales: el primero ya planteado, es el de la concertación expresa o tácita. Nada se concreta en los hechos; como no se mantenga, cosa que me parece imposible

y a la que tampoco lógicamente se alude en el Auto, que las reuniones del Consejo de Gobierno fueran las fuentes de los susodichos conciertos expresos o tácitos con la finalidad anteriormente destacada –en la Exposición Razonada del Magistrado Instructor a los efectos de formalización de suplicatorio al Congreso de los Diputados con respecto a los imputados que presentan en la causa la condición de aforados de 24 de junio de 2015¹⁰ se reproduce lo que en su Exposición Razonada remitida a la Sala del TS la Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla; en ella asevera, sobre la tesis de que la implantación del nuevo sistema fue una decisión “marcadamente política”, al considerar impensable que un Consejero por sí solo, decida incumplir las competencias exclusivas del Estado, por ende de la Constitución y el Estatuto de Autonomía”, por lo que “estima altamente probable que tanto el Presidente Manuel Chaves González a quien le correspondía fijar las directrices generales del gobierno y asegurar su continuidad, como el Consejero de la Presidencia Gaspar Zarrías Arévalo, entre cuyas competencias estaba la asistencia técnica y política del Presidente, hayan tomado la determinación en connivencia con José Antonio Viera Chacón, al margen de nuestro ordenamiento jurídico, estando claramente implicadas la Consejería de Economía y Hacienda y la de Innovación y Desarrollo”-. No se encuentran, o yo no los descubro, elementos indiciarios suficientemente acreditados y concretos para sustentar semejante y grave afirmación de concertación, asentados, a su vez, como efectos en la relativización de términos tan discutibles como “decisión marcadamente política” -se podría aceptar en un marco positivo de diseñar desde el Gobierno políticas de empleo y de apoyo a las empresas, pero no en el descalificador utilizado en el texto sin definir y probar el significado de marcadamente política en el contexto que se quiere utilizar-, o “impensable” – no hay mayor subjetivismo que cerrar en una, las variables del pensamiento humano pues son tan amplias y diversas que las contradicciones de pensamiento entre unos y otros pueden ser abismales, todas ellas respetables, pero no unánimes y menos en una hipótesis valorativa en la que hay que sustentar las decisiones procedimentales en probar o, al menos, fijar indiciariamente con suficiente credibilidad de los hechos alegados el efecto pretendido y que aquí no cabe llegar a través de ellos ni a la existencia de una “concertación altamente probable”, ni, mucho menos, a una hipotética derivación en alguna de las hipótesis de asociación ilícita desde una perspectiva penal¹¹, como más adelante se irá viendo en las concretas valoraciones de hechos y encausados-.

El segundo, que como Presidente del Gobierno impulsó o asumió dichos mecanismos y procedimientos, cuestión que tampoco tiene especial solidez probatoria indiciaria pues no se encuentra en toda la narración de Hechos solventes, hechos, aunque sean indiciarios, de semejante afirmación, que posiblemente pueda ser puesta en contacto con valoraciones de tipo político, política de gobierno, acertada o no, pero que para su entrada en escena penal necesita, como ya he planteado con anterioridad, bastante más, esto es, un plus añadido para llegar a su punición. Lo contrario conduce perturbadoramente a una interpretación excesivamente extensiva del delito de prevaricación alejada de la redacción actual de dicha infracción.

Todo ello, en consecuencia, hay que ponerlo en relación con el propio concepto de resolución antes visto y con las dos hipótesis que según el Auto mantiene la susodicha

¹⁰ Págs. 123-124.

¹¹ Recuérdese que el artículo 515, en su número 1º considera punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: “1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”. Imposible estimar con los datos contenidos en el citado Auto semejante posibilidad, que ni este mismo llega a apreciar. Mucho menos todavía con respecto a los números 2º, 3º y 4º del susodicho artículo 515 -3º, 4º y 5º, de la redacción anterior a la reforma de la LO 1/2015.

aseveración, como son: la aprobación por el Consejo de Gobierno de modificaciones presupuestarias y de proyectos de presupuestos. Antes de entrar en ellos advertir que por aquel se pone nuevamente en relación de causa-efecto el impulso –sin suficiente grado de conclusividad- a dichas aprobaciones.

Empecemos por la alusión a la aprobación del presupuesto. La primera cuestión es que dada la definición pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia del concepto y alcance de resolución no es fácil incluirlo dentro de esta, sobre su criterio director: declaración de voluntad de contenido decisorio. Como en otro apartado de este escrito se ha puesto de manifiesto, recordemos que el artículo 190 del Estatuto de Autonomía para Andalucía ubica competencialmente en el Consejo de Gobierno la elaboración –que no aprobación- y ejecución del presupuesto de la Comunidad Autónoma y en el Parlamento su examen, enmienda, aprobación y control. Difícilmente, entonces, cabe estimar como resolución con carácter decisorio la conducta de un miembro del Consejo de Gobierno –o de todos los demás- que se limita a dar el visto bueno- entiéndase aprobación en clave de Consejo para su posterior tramitación parlamentaria- a la elaboración de un Proyecto de Presupuesto, que aprueba con carácter decisorio el Parlamento que, además, asume estatutariamente el control de dicho Presupuesto.

Por parecidas razones no cabe justificar, como ya ha sido indicado en la narración de actos y hechos, la subjetiva utilización del término manipulación –manipula, según el DRAE, el que interviene con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares. Aquí sucede a la inversa, se elabora una propuesta, donde se incluyen partidas en programas distintos a los anteriores presupuestos pero como opción político-presupuestaria, con la que se podrá estar de acuerdo o no, sin medios arteros, al menos no probados, incluso indiciariamente, en el Auto y de difícil ubicación en unos presupuestos por su propia naturaleza, que, en todo caso, no tienen carácter definitivo ni en consecuencia decisorio y que, además, han de pasar el importante y necesario filtro decisivo del Parlamento en sus niveles de examen, de enmiendas, de aprobación y de control-. Uno, elabora un Proyecto/propuesta; otro decide, aprueba y controla. Complejo, por no decir inadecuado, es que al primero se le pueda atribuir el carácter de resolución decisoria para construir sobre ella el delito de prevaricación.

Antes de entrar en la segunda de las argumentaciones indiciarias del Auto, las modificaciones presupuestarias, que enlazan en parte con las reflexiones anteriores, cabe por orden sistemático valorar las alusiones que con cierta frecuencia se contemplan en aquél, de manera dispersa, como es la omisión de los deberes de vigilancia y, en su caso, los de reacción ante la situación generada, lo que puede llevar a la debatida cuestión de la omisión –comisión por omisión- en el delito de prevaricación.

El carácter activo de los verbos utilizados, fundamentalmente “fijar”, parece dibujar el delito como de acción, con exclusión de las hipótesis omisivas. Es decir, y desde esta inicial perspectiva, no se integrará en el delito la conducta, por ejemplo, del funcionario o autoridad con comportamiento inactivo; esto es que hace todo lo contrario, al no dictar ninguna resolución. Referencia inicial en la doctrina científica de una posición afirmativa a esta cuestión fue la de Octavio de Toledo que planteó dicha posibilidad sobre la inicial advertencia de admitir que es un delito de resultado para lo que es terminante el hecho de aceptar la comisión por omisión sobre el alejamiento de una férrea interpretación gramatical alrededor del verbo dictar con la finalidad de sustentar una acercamiento a la idea de basar tal aceptación en el contexto de la norma que se valore, aquí el delito de prevaricación en este ámbito del ordenamiento jurídico,

en relación con el conjunto de dicho ordenamiento jurídico, con lo que, y sobre tales precisiones, es relevante para semejante interpretación la normativa administrativa para considerarla equivalente a la activa causación del resultado –resolución–, la aparición de este cuando “el sujeto, hubiera podido impedirla cumpliendo su deber jurídico de actuar”¹². Asimismo, SSTs de 28 de octubre de 1993 –Alcalde que no convoca Pleno del Ayuntamiento para debatir la moción de censura solicitada por número suficiente de Concejales–, 29 de octubre de 1994 –omisión del Concejal consistente en el mantenimiento de una resolución de suspensión en forma contraria a su deber–, 27 de diciembre de 1995 –se afirma expresamente que “si bien es cierto que esta Sala ha sostenido en reiterados precedentes que, en principio, no cabe la comisión por omisión del delito de prevaricación, tal premisa jurisprudencial admite excepciones en los casos especiales en los que era imperativo para el funcionario dictar la resolución y la omisión tiene efectos equivalentes a una denegación”¹³.

La idea negativa de tal contingencia tuvo, como reconoce la última de las sentencias citadas, cierto eco tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En aquella cabe destacar la opinión de González Cussac, crítico con los planteamientos de Octavio de Toledo, que niega la posibilidad de las omisiones a efectos del artículo 404. Con respecto a la omisión propia no parece haber problema alguno, dada la exigencia normativa de su tipificación expresa que en este caso no se da. En la segunda, cuestión que estamos valorando, mantiene que para aceptar la comisión por omisión se han de cumplir, como no puede ser de otro manera, los elementos que requiere el artículo 11 del Código penal y estos según el autor en cita no se dan en el supuesto de la prevaricación: a) porque no es un delito de resultado, por lo que no es posible apreciar la primera exigencia del susodicho artículo 11; b) porque el funcionario no infringe ningún deber jurídico cuando no dicta una resolución que remedie una situación injusta, pues su Estatuto jurídico no le obliga a ello; c) porque tampoco existe una equivalencia entre dictar una resolución y no dictarla –en tal sentido y muy recientemente Orts Berenguer, afirma que “la verdad es que si ha de respetarse el tenor literal de los textos usados por el legislador en la formación de los tipos penales se hace difícil sostener que dictar una resolución es lo mismo que no dictarla”¹⁴. Además de las tres variables anteriores, González Cussac afronta la posibilidad de la ubicación de esta infracción delictiva en la omisión a través de la vía del silencio administrativo, lo que asimismo niega bajo la explicación de la distinción entre resolución presunta y resolución tácita; pues en aquella “existe una ficción de decisión, justificable para no paralizar la Administración; en cambio la resolución tácita si comporta una decisión. El silencio administrativo, con efectos positivos o negativos, constituye una resolución presunta, esto es, se presupone que la Administración decidirá en un sentido, posibilitando así la continuidad del procedimiento administrativo. Castigar por una resolución presunta, además de inadmisibles en un Derecho Penal actual, sería prácticamente inadmisibles”¹⁵. En la jurisprudencia, SSTs de 26 de abril de 1994 –“(…) no adoptó entonces nueva resolución, limitándose a un comportamiento pasivo, que ya no encaja en la forma penal

¹² E. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación...cit.*, pág. 401. También: *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Sevilla, 1997, 42 págs.

¹³ *Vid.*, en tal sentido: E. IÑIGO CORROZA y E. RUÍZ DE ERENCHU ARTECHE, *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*. Barcelona 2007, págs. 197-198.

¹⁴ E. ORTS BERENGUER, *Derecho Penal...cit.*, pág. 601.

¹⁵ J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 1997, págs.83 y ss.

descrita por el artículo 358 del Código penal” –actual 404-, 25 de marzo de 1995, 14 de julio de 1995.

Momento clave en el devenir jurisprudencial fue el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997 que hace una reinterpretación del tipo penal por la que se admite la prevaricación por comisión por omisión a la vista de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en cuanto viene “a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa”¹⁶.

Semejante doctrina es aplicada, como consecuencia del Acuerdo, por primera vez, por la STS de 2 de julio de 1997 cuando asevera que “puede afirmarse la concurrencia de cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito del prevaricación del que fue acusado el recurrente cuya conducta omisiva, a sabiendas de su injusticia, supone tanto como dictar una resolución arbitraria en asunto administrativo, negando la celebración de un Pleno extraordinario que le venía exigido y de cuyo cumplimiento era garante”. A partir de la citada dualidad, la jurisprudencia mayoritaria se inclina por aceptar la factibilidad de la resolución por omisión “si es imperativo para el funcionario dictar una resolución, su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación (comisión por omisión)” (SSTS 19/1999, de 12 de febrero, 65/2002, de 11 de marzo, 647/2002, de 16 de abril, 1093, de 18 de octubre, 65/2002, de 11 de enero, 647/2002, de 16 de abril, 449/2003, de 24 de mayo, 787/2013, de 23 de octubre, 244/2015, de 22 de abril, 374/2015, de 28 de mayo, 512/2015, de 1 de julio). Incluso alguna la incluye en la propia definición de resolución, STS 225/2015, de 22 de abril, “debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, siendo factible la resolución por omisión, si es imperativo para el funcionario dictar resolución”.

Obvio es decir que si se admite la hipótesis de comisión por omisión es necesario que se den todos los elementos del citado artículo 11 del Texto punitivo, entre los que cabe destacar, la posición de garante del autor y la equivalencia entre la omisión y la causación de no fácil concreción es esta tipología –como se ha visto y concreta la STS 731/2012, de 25 de septiembre, “la equiparación, en lo que a tipicidad de la prevaricación se refiere, entre la comisión activa y omisiva, se circunscribe a los supuestos en que la omisión imputada resulta jurídicamente equivalente como resolución presunta, a una resolución expresa”.

En tal línea de aceptación se muestra asimismo la doctrina científica mayoritaria, sobre todo a partir de la modificación propiciada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, entre ellas la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque también antes, como he comentado con respecto a Octavio de Toledo. Así, por citar algunos ejemplos, Morales Prats-Rodríguez Puerta¹⁷,

¹⁶ En tal sentido, *vid.* *Los Acuerdos...cit.*, pág. 198. También: N. MARTÍNEZ FRANCISCO, *Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*. Valencia, 2013, pág. 283. Asimismo, STS 1382/2002 de 17 de julio.

¹⁷ F. MORALES PRATS y M.J. RODRÍGUEZ PUERTA, *De la prevaricación...cit.*, pág. 1278-1281.

Hava García¹⁸, Muñoz Conde¹⁹. Por mi parte, mantengo también aquí, la posición general restrictiva en relación al delito de prevaricación que se desprende de la política criminal con que el legislador de 1995 planteó esta infracción con la finalidad de restringir al máximo posible la intervención penal al respecto.

Dicho lo anterior, cabe abrir una línea de excepción que admita en contados casos la posibilidad de comisión por omisión en los supuestos en que se den todos y cada uno de los requisitos del artículo 11, tal como anteriormente he expresado, cuestión no sencilla en estas tipologías. Lo que sí queda claro es que semejante posibilidad excepcional no se da en los contenidos desarrollados por el Auto en análisis, pues si ya se encuentran algunas dificultades en aquél, incluso en la concreción de conductas activas, la posibilidad omisiva se hace imposible sobre los hechos indiciarios planteados, por no cumplir los requisitos fijados para la comisión por omisión por el artículo 11 del Código penal. La mejor prueba de ello es que el propio Auto no acoge en concreto semejante posibilidad.

La resolución ha de ser arbitraria. Como se ha adelantado en páginas anteriores tanto doctrina como jurisprudencia plantean una clara convergencia entre la arbitrariedad y la injusticia de la resolución para que se configure el tan citado delito de prevaricación. Así, como he indicado con otras citas, según la STS 225/2015 de 22 de abril “además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución”.

Establecidas dichas premisas, y ahora se desarrollarán con más detenimiento, no cabe duda que ambos conceptos aparecen íntimamente relacionados entre sí, aunque su significado, incluso gramatical –arbitrario: sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón; injusto: no arreglado a justicia y razón- no sea del todo idéntico, el marco en el cual se utilizan propicia, exige, un acercamiento, lo que ha motivado, incluso, voces de innecesariedad de uno de los dos. Tanto es así que por doctrina y jurisprudencia se ha venido en denominar “radical arbitrariedad” que se plasma en el componente arbitrario y en la voluntad sabedora de la injusticia de la resolución que se antepone a cualquier otra consideración o razonamiento” (SSTS 340/2012, de 30 de abril). En tal línea es mayoritaria la jurisprudencia que sostiene que “implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener notoriamente la competencia legalmente exigida, bien porque el fondo de la resolución administrativa contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS 727/2000, de 23 de octubre); o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (SSTS 2340/2001, de 10 de diciembre, 76/2002, de 25 de enero, 304/2012 de 30 de abril).

Ahora bien, tal planteamiento ha de ser proclamado, analizado y ejecutado con las restricciones garantistas y programáticas de la función del Derecho penal propia del Estado social y democrático de Derecho, como antes se ha referenciado. De este modo lo reconoce no solo la doctrina científica sino asimismo, con cierta reiteración, la jurisprudencia, cuando alega que “que no es suficiente la mera ilegalidad, la mera

¹⁸ E. HAVA GARCÍA, *Prevaricación...*cit., págs. 130-132.

¹⁹ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª ed., Valencia, 2015, págs. 849-850.

contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales de orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última *ratio*. El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupa de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala, al declarar que el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el *ius puniendi* debe constituir la última ratio sancionadora”.

Queda claro, al menos en mi interpretación, que el término prioritariamente referencial en el delito de prevaricación es el de arbitraria, complementado por el de injusta –concepto indeterminado, excesivamente versátil, de difícil concreción técnica, marcadamente subjetivo-. En consecuencia, hay que admitir que la exigencia de arbitraria de la resolución es un *aliud* cualitativamente diferente de la ilegalidad y esta a su vez de la “injusticia”, próxima a los contenidos, y en muchas ocasiones redundante, como se ha dicho, de la arbitrariedad.

Es frecuente que la jurisprudencia defina en tal dirección, generalmente desde una posición interpretativa restrictiva del delito de prevaricación, como ya se ha adelantado. No basta, en consecuencia, con la contradicción con el derecho, para que una acción pueda ser calificada como delictiva en este delito será preciso ese algo más antes indicado, que permite diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal, incluso con aquellas de mayor gravedad como pueden ser incluso las que provoquen la nulidad de pleno derecho de la resolución dictada y es que, como expone la STS 304/2012, 30 de abril, a pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. Con lo que se pone, una vez más de manifiesto el carácter del delito de prevaricación dirigido a situaciones de especial gravedad, debidamente probadas desde las exigencias del derecho penal sustantivo y procesal penal.

Ha sido asidua en la doctrina científica, y a veces utilizado por la jurisprudencia, la separación, para mi superficial, entre teoría subjetiva de la arbitrariedad/injusticia y la objetiva. Por la primera se plantea que el funcionario o autoridad dicta una resolución injusta cuando se aparta de su convicción jurídica –ello lleva a que el determinante es el elemento subjetivo con presencia secundaria del objetivo. Así, no dicta resolución arbitraria/injusta cuando lo hace sobre presupuestos de su convicción jurídica, aunque ello materialmente conculque el derecho vigente; por el contrario, será arbitraria/injusta cuando se separe de su convicción jurídica a pesar de ser adecuada al derecho vigente. Es obvio que esta radical interpretación subjetivista presenta demasiadas carencias que la hace inservible-. La segunda, mayoritaria en España, se manifiesta cuando lesiona el derecho positivo, tanto desde una perspectiva formal como material con “respecto al sistema de

fuentes y de las normas del ordenamiento jurídico de interpretación e integración”.²⁰ Opción objetiva también discutible, sobre todo en su radicalización conceptual del término injusticia más pensado en este caso para el de ilegalidad. Con objeto de evitar semejante incongruencias se ha acudido a la denominada teoría del incumplimiento del deber de funcionario para hallar el derecho, según la cual, “prevarica el funcionario cuando éste decide guiado por consideraciones extrañas al asunto, es decir, si actúa por *estímulos, móviles o intereses ajenos* al Derecho, al resolver”²¹. A mi entender ambas hipótesis son innecesarias desde el instante que nuestro legislador ha marcado los dos momentos claves del delito, el objetivo base de la tipicidad, por un lado, y el subjetivo –a sabiendas– complementario del anterior pero igualmente esencial en el diseño del delito de prevaricación.

La jurisprudencia se desliza por parecidos parámetros. Así, por ejemplo, como pone de manifiesto la STS 773/2008, de 19 de noviembre, aquella se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación. De esta manera, la jurisprudencia anterior al Código Penal de 1995, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas más puras, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se deriva hacia una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras, asimismo sobre tesis objetivas, resaltan como elemento decisivo de la conducta prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Sobre tal base se afirma que se ejerce arbitrariamente el poder, y por tanto se realiza el tipo objetivo de prevaricación, cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico “sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia – vuelvo a reiterar el carácter indeterminado del concepto, que parece ir más allá que el de ilegalidad, aunque aquí se presenta más cercano a este–; es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, (SSTS de 23 de mayo de 1998; 4 de diciembre 1998, 766/1999, de 18 mayo, 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis” (SSTS 727/2000, de 23 de octubre, 226/2006 de 19 de febrero).

En síntesis, la doctrina jurisprudencial, sobre las argumentaciones anteriores que, a veces, se construyen sobre conceptos indeterminados y de difícil valoración interpretativa y por ello necesitados en la práctica juzgadora de definitivas y concluyentes pruebas o de sólidos y demostrados hechos que de manera indiciaria y provisional den lugar a la previsión de responsabilidad criminal de los sujetos narrados, como ocurre en el Auto, pero que han de ser suficientes y decisivos para enervar el principio de presunción de inocencia, parece concretar en dos parámetros fundamentales, íntimamente relacionados, para rellenar el contenido de la arbitrariedad sobre la base de la ilegalidad mezclada, en

²⁰ En tal sentido, *vid.* C. MIR PUIG, *De la prevaricación...*cit., pág. 1383.

²¹ *Ibd.*

ocasiones confusamente, con la injusticia: la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta -se introduce un nuevo término todavía más indeterminado y alejado de los cánones más relevantes de la interpretación jurídico-penal-, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley -SSTS, entre otras muchas, 2 de abril de 2003, 24 de septiembre de 2002, 627/2006, de 8 de junio, 443/2008, de 1 de junio, 773/2008, de 19 de noviembre, 304/2012, de 22 de abril, 228/2013, de 22 de mayo, 225/2015, de 22 de abril-.

En este último supuesto, ha sido con frecuencia requerida para su inclusión típica con calificativos extremos, tal como he informado anteriormente, como palmaria, patente, evidente, esperpéntica, contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (SSTS 1095/1993, de 10 de mayo, 304/2012, 30 de abril), lo que pone de manifiesto, como no puede ser de otra manera, el especial cuidado de la propia jurisprudencia para la calificación definitiva de la prevaricación administrativa; aunque para su exacta concreción sustantiva hay que tener muy en cuenta los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados (SSTS 647/2002, de 16 de abril, 773/2008, de 19 de noviembre).

Y en el caso que nos ocupa no parece factible admitir que las actuaciones de la mayoría de las personas que se ven encausadas por dicho delito prevaricador y por su exigencia de arbitrariedad e injusticia tengan la suficiente intensidad para estimar que concurren los elementos normativos que configuran el susodicho y reiterado delito de prevaricación, especialmente los de arbitrariedad, injusticia e intencionalidad. Se reitera, por ejemplo, en el Auto, con evidente utilización de semejante hipótesis legalmente establecida para transformarla en un indicio suficiente de presunta autoría y de concertación entre diversos encausados, “que al Presidente MCHG correspondía fijar las directrices generales del Gobierno y su continuidad”. Cierto es que el artículo 10.1 de la Ley de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante LGCA), dentro de las atribuciones inherentes a la Presidencia del Consejo de Gobierno hace alusión expresa de tal aseveración pero no lo es menos que ello no conduce directamente a ningún hecho indiciario, sino todo lo contrario, pues lo que se dice es que marcará las políticas generales a seguir por el Gobierno de manera positiva, ab initio. Es más, el Consejo de Gobierno es el que desarrolla el Programa de Gobierno, de acuerdo con las directrices fijadas por la Presidencia de la Junta de Andalucía (artículo 27. 1) y son los diferentes Consejerías las que, a su vez, desarrollan la acción del Gobierno en el ámbito competencial de dichas personas titulares de las respectivas Consejerías, como integrantes del Consejo de Gobierno, de conformidad con las directrices del Presidente o de la Presidenta de la Junta de Andalucía, o del Consejo de Gobierno (artículo 21.1).

Desde semejante y restrictiva contingencia se puede argumentar y así se hace que tanto el Presidente como el Consejo de Gobierno ante la situación de crisis que soportaban un amplio espectro de empresas y de trabajadores y en especial del poco éxito del sistema operativo en ese momento aplicable de subvenciones excepcionales, optan con la finalidad de dar respuestas a semejante situación angustiosa en empresas y trabajadores por políticas alternativas que generen otras actuaciones más rápidas, viables y eficaces para salvar empleos y empresas, con la consecuencia productiva para la propia estructura social y el interés general; continuidad, por otra parte, de políticas de concertación social que ya habían sido diseñadas y aplicadas con anterioridad basadas en decisiones gubernativas y parlamentarias al respecto. Tal planteamiento general defensivo de los encausados puede

ser compartido o no por Autos y por acusaciones pero como tal no genera ni directa ni indirectamente hechos indiciarios suficientes para fundamentar el delito de prevaricación, como ya ha sido dicho en este trabajo. A tal discutible suficiencia se pretende llegar con una serie de indicios incriminatorios más concretos, con los cuales y en primer lugar hay que separarlos en su afectación a las personas nominadas en ellos.

El primero, reiteradamente explicitado y que junto a la aprobación de los presupuestos, ya comentado y valorado, hace referencia a las diversas modificaciones presupuestarias realizadas al respecto – veintidós en total, seis aprobadas por la Consejería de Economía y Hacienda y dieciséis por el Consejo de Gobierno-. Sobre estas últimas, como ya se ha dicho en otro apartado de este escrito y sobre las propias afirmaciones contenidas en el Auto, las susodichas modificaciones siguen ordenadamente el trámite procedimental, que se entiende además informado por sus respectivos técnicos: tramitación-Dirección General de Presupuestos-, propuesta de tramitación –Consejería de Empleo, a través de la Secretaria General Técnica- propuesta al Consejo –Consejería de Economía y Hacienda-, preparación para Consejo de Gobierno -Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras-, Informes de la Intervención, según lo prescrito en los artículos 19 a 22 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía en aquellas fechas vigente –es más según consta en el Auto, la IGJA, pese a conocer el destino de los fondos dispuestos a través de las modificaciones presupuestarias, las informó favorablemente, incluso después de 2005 -7 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006, 27 de noviembre de 2007, 22 de diciembre de 2008, que en este caso fueron cinco y 1 de diciembre de 2009-.

Con tales informes, incluido el positivo de la Intervención General, las reiteradas modificaciones presupuestarias llegan al Consejo de Gobierno, al menos, con una clara apariencia de legalidad procedimental que pueden hacer pensar a los miembros, incluido el Presidente, de dicho Consejo, que no han participado directamente en su elaboración, que son consecuencia de las necesarias políticas diseñadas para salir de la crisis socio-laboral del momento. Más cuando, por ejemplo, las dos primeras que son las que marcan el inicio de la nueva fórmula están dirigidas a paliar en concreto las necesidades presupuestarias de la empresa HAMSA y de la empresa JISA y cabe pensar, al menos, que el conocimiento de la mayoría de los miembros del Consejo de Gobierno, incluido su presidente, era fundado en la políticas generales a seguir y que dichas modificaciones presupuestarias eran consecuencia de aquellas sin entrar en los detalles técnicos y de contenido de las partidas concretas que semejante propuesta modificadora diseñaba en la confianza de que previamente se había tramitado el procedimiento, incluidos los informes, de forma correcta. De tal manera asevera, como criterio general, la STS 797/2015, de 24 de noviembre, que “las autoridades y funcionarios de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, y generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan”.

El segundo es la materialización de las transferencias al IFA a través del Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía de 17 de julio de 2001, firmado por el Consejero de Empleo y el Viceconsejero asimismo de Empleo a la sazón Presidente del IFA, es decir dentro de la misma Consejería. Sobre este Convenio Marco se firmaron con posterioridad múltiples Convenios específicos o particulares firmados entre el Director General de Trabajo y el IFA /IDEA, que eran los que verdaderamente derivan en una decisión aplicativa en dicha fase de ejecución. Es necesario seguir aquí la misma línea argumental y no parece acoger con suficiente intensidad hechos indiciarios que justifiquen el conocimiento y en consecuencia actuación arbitraria del Presidente de la Junta, de la mayoría de los Consejeros y otros

encausados, al tratarse de un Convenio/Convenios ejecutados y desarrollados por la susodicha Consejería, lo que no quiere decir, por otro lado y sin más, que en esta, en sus responsables, se dieran tales actuaciones delictivas. - la IGJA no comunicó, según el Auto, al interventor Delegado de la Consejería de Empleo el destino que se estaba dando a las transferencias de financiación de la Consejería de Empleo hacia IFA/IDEA, vinculadas al reiterado programa 31L, con lo que este hubiera podido interponer reparo suspensivo a las mismas, conforme al artículo 83 de la Ley General de Hacienda Pública, cuestión suspensiva que tampoco interpuso el Interventor General. Lo que obviamente hubiera provocado necesariamente una modificación o contestación alegatoria del órgano o Autoridad correspondiente; en definitiva, una clarificación de la situación-.

Tercero, informes emitidos por la Intervención General o informes de auditoría, realizados por entidades externas, “a manera de avisos de irregularidad sobre el sistema”. El primero y más destacado en el Auto es el Informe adicional al informe definitivo de auditoría de cumplimiento del ejercicio 2003, datado el 25 de julio de 2005, de la Intervención General en el que se ponía de manifiesto, de una forma generalista, el “uso inadecuado de las transferencias de financiación”. Semejante Informe, al margen de la valoración de su contenido –el mismo Interventor General declara en su momento que en parecidas actuaciones se está ante una “controversia contable” y, como se ha narrado, informó favorablemente las modificaciones presupuestarias posteriores-. Con similares características se alude a otros informes de la Intervención General como son: Informes definitivos de Auditoría correspondiente al ejercicio 2004, llevado a cabo con fecha 20 de septiembre de 2006, de Auditoría, correspondiente al ejercicio 2005, realizado con fecha 9 de marzo de 2007, Anexo al Informe definitivo de las cuentas anuales de IDEA del ejercicio 2006 cumplimentado el 3 de octubre de 2008- en este, por ejemplo se dice “este procedimiento administrativo utilizado por la Consejería de Empleo no era el adecuado para financiar la concesión de ayudas excepcionales efectuadas”, lo que pone de manifiesto la ambigüedad de los términos utilizados-. Sobre todos ellos se precisa que según la documentación que sustenta al Auto fueron notificados al Consejero de Innovación, Consejero de Empleo, Consejero de Economía y Hacienda a través de su Viceconsejera y al Director Gerente del IFA/IDEA. La conclusiva afirmación del Auto es que no se hizo nada al respecto.

Se alude, además, a los Informes de auditoría de las cuentas de IFA-IDEA realizados por la entidad Price-Waterhouse de los ejercicios 2003 a 2008, presentado este último en 2009 y el Informe encargado desde la Dirección General de Trabajo al despacho Garrigues en el que, entre otras cuestiones, se señala la falta de competencia del Director General de Trabajo para la concesión de ayudas y subvenciones. Estos informes se hacen sobre IFA-IDEA, focalizados en él y en su Consejo Rector en cuanto a competencias de control y en la Consejería de Empleo: por lo que aparece todavía más distante el conocimiento real y material en cuanto a indicios sólidos de responsabilidad prevaricadora de las personas encausadas ajenas a estas dos partes que son las que firman y desarrollan el Convenio antes citado.

En todo caso en el propio Auto, y aunque en él se señala, como se ha comentado, “que no se tomó medida alguna para enmendar el sistema”, se admite que en lo específico tanto la Consejería como IFA-IDEA hicieron salvedades y rectificaciones al hilo de aquellos. Es más, con referencia al Informe de Garrigues -2009- por Orden de 3 de marzo de 2010, como ya ha sido dicho, se delega la competencia del titular de la Consejería en el titular de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social para la concesión de ayudas socio-laborales de carácter excepcional, con lo que se cumplimenta, entre otras, una de las observaciones de dicho informe. Asimismo y en el ámbito de los Informes de la Intervención

General tampoco es del todo acertado que no se hiciera caso alguno a los contenidos de los informes pues desde la Consejería de Trabajo y de la Consejería de Economía y Hacienda se instrumentaron acciones concretas que respondían a lo mantenido en los Informes. Por ejemplo, entre otras, cabe citar el Acuerdo de 8 de mayo de 2007 del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda, por el que se aprueba el Programa de Control a realizar en el ejercicio 2007 y siguientes de las empresas de la Junta de Andalucía sometidas a control financiero permanente, y se establecen otras medidas de control financiero, que inciden en la materia que se está tratando o la Instrucción de la Dirección General de Presupuestos 1/2009, de 15 de junio, que tiene ese sentido de mejora y que en ningún caso se puede interpretar, según mi opinión, como un indicio de reconocimiento tácito de ilegalidad de las anteriores actuaciones.

Dos variables entonces: una, la cortedad de hechos indiciarios que con rotundidad demuestran otras intervenciones y sustenten el conocimiento material de dichos Informes, incluida la del propio Presidente del Gobierno Andaluz; otra, la de las personas conocedoras expresas de su contenido y las dudas de ellos sobre su ilegalidad –así, por ejemplo, el propio Interventor General usa en sus declaraciones un terminología poco definitoria del ilícito penal y más próxima al Derecho administrativo, como es la de generar “dificultades prácticas”, “irregularidades contables en las empresas” “procedimiento inadecuado, indebido, inapropiado, irregular”; por lo que es complejo concluir que de éstas se llega directamente a aquél, es decir, a la infracción delictiva, que requiere, como insistentemente se ha puesto de manifiesto la calificación de arbitraria e injusta de las conductas que se quieren encausar y que, además, estén fundamentadas en indicios completamente acreditados con la exigida intensidad para conculcar el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación.

Se alude igualmente, a los Programas Anuales de Control de las empresas de la Junta de Andalucía sometidas a control financiero permanente, en íntima relación con todo lo anterior en cuanto a alcance y argumentos dados. El complejo trámite que conllevan dichos Programas de control financiero permanente, el número de empresas sometidas a dicho control –por ejemplo en el Acuerdo al respecto de 8 de mayo de 2007 se incluyen, en el Anexo 1, 22 empresas, entre sociedades Mercantiles y Entidades de Derecho Público, en estas IDEA-, las innumerables actuaciones periódicas exigidas a las empresas, los prolijos y continuos informes de la Intervención General al respecto, las replicas y contra-replicas – en tal sentido, se consignaba que la IGJA, en el plazo de 15 días emitirá informe de actuación en aquellos casos en que los responsables de la gestión controlada no adopten las medidas necesarias para solventar las deficiencias observadas. Asimismo se emitirá informe de actuación cuando se aprecien circunstancias que por su importancia pudieran ocasionar menoscabo de los fondos públicos. Tal informe se remite a la persona titular de la Consejería de Economía y Hacienda para que manifieste su conformidad o disconformidad con el contenido del mismo. En caso de disconformidad, la persona titular de la Consejería de Economía y Hacienda, previo informe de la IGJA, someterá las actuaciones en su caso a la consideración del Consejo de Gobierno para su resolución- hacen que sea preciso poner cierta imaginación para adscribir estos comportamientos a algunas de las personas encausadas, en las que está incluida la del Presidente del Consejo de Gobierno, sobre todo cuando no se ha dado la circunstancia, al menos no está indiciariamente mostrada, de que se hubieran emitido informes de actuación, con intervención del Consejo de Gobierno, por lo que cabe afirmar, como se hace por algunos encausados, el desconocimiento de tal situación. Muestra clara de su insuficiencia para ser estimada como resolución arbitraria para fundamentar la conducta prevaricadora.

Visto todo lo anterior es conveniente hacer una nueva, aunque posiblemente reiterada, reflexión de carácter definitorio. Los datos y valoraciones explicitados se han situado, y ese es el único objetivo de su utilización, en relación con el núcleo esencial normativo del delito de prevaricación y con las personas a las que se les considera como responsables indiciarios de dicho delito. Recuérdese que está integrado por una resolución arbitraria complementada por la de injusta. Como he explicitado, esta, en criterio doctrinal y jurisprudencial, ha de estar amparada por una patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho, o que derive hacia una contradicción patente y grosera de la norma, o que sean resoluciones que desborden en la legalidad de un modo evidente, flagrante, o que supongan una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal, o que evidencien un ejercicio arbitrario del poder, tal y como se ha concretado páginas atrás, y que ahora repito con afán de síntesis sistemática. No es sencillo, en ciertos casos, poco posible, encontrar este nivel de intensidad y acreditación en algunos de los hechos estimados como indiciarios de responsabilidad criminal prevaricadora por el Auto. Porque no se trata, como reiteradamente se ha dicho, en todo caso, de una ilegalidad administrativa sino de ese añadido antijurídico que requieren los elementos del tipo penal del artículo 404, en su interpretación restringida a la que aboca el Texto punitivo. Como señala la STS 225/2015, de 22 de abril, es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito.

Puede desconcertar en este sentido que si los hechos que dan lugar a los indicios de responsabilidad criminal prevaricadora que recoge el Auto hubieran tenido la magnitud exigible y adjetivada de palmaria, patente, evidente, esperpéntica, en cuanto a su injusticia y arbitrariedad, no produjesen, en los diez años que se mantuvo, ninguna actuación vía contencioso-administrativa, ni que fuera investigada, ni detectada por el Parlamento en su cuádruple función de examen, enmienda, aprobación y control a pesar de los mecanismos y personas especializadas con que cuenta para tales fines, salvo prueba en contrario. La conclusión de todo ello es la dificultad de conseguir elementos indiciarios suficientes para transformar lo que en todo caso pudo ser, si es que lo fue, como referencia, una ilegalidad administrativa en un delito de prevaricación. Incluso el propio Auto fluctúa en la adjetivación de las conductas: “Así, fue necesaria la aplicación, de modo indebido, del mecanismo de modificación presupuestaria” (pág. 7); “(...) un anteproyecto de presupuestos inadecuado” (pág. 10); “una vez aprobada, esa inadecuada vinculación” (pág. 11); (...) fuesen objeto de disposición discrecional cuando no arbitraria” (págs. 17 y 18) –mezcla, en esta última, los dos adjetivos sin diferenciar y sin completar el segundo, clave en el delito-.

Además de todo lo expuesto anteriormente, y como ya ha sido comentado, es preciso, como elemento subjetivo del tipo, que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Semejante narración ha de entenderse, por los motivos reiteradamente manifestados en este escrito, en sentido equivalente, lo que significa que cuando el sujeto actúa a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. Ello significa que obra teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Tal afirmación asentada en la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite a un importante sector de la jurisprudencia y a mí mismo excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario o autoridad tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución. Ello conduce a dos importantes conclusiones

interpretativas del delito: a) que en tales hipótesis hay que mirar hacia el ámbito del Derecho disciplinario y del Derecho administrativo-sancionador; b) que se ha de excluir en la realización típica de este delito no solo, y por supuesto, la comisión imprudente sino asimismo la dolosa eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000, 624/2003, de 27 de junio, 411/2003, de 6 de mayo, 123/2004, de 21 de octubre, 226//2006, de 16 de febrero²².

Como bien exponen las SSTS 152/2015, de 24 de febrero y 797/2015, 24 de noviembre, llegado el caso de una firma de resolución que objetivamente puede parece arbitraria esto no determina, en absoluto, la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, la evidente conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. Claras conciencias de que tal como se ha valorado, y no parece irrazonable, sino todo lo contrario, el afirmar que en los diversos supuestos anteriormente expuestos, y en concreto en la atención referencial a MCHG, tampoco se da semejante exigencia, con suficiente grado de probabilidad y conclusividad para encausar por el delito de prevaricación. Precisamente, con carácter general y desde el prisma de la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se ha manifestado sobre el delito de prevaricación, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 68/1998 de 30 de marzo, en la que anuló una condena por esta clase de delito al considerar el supremo intérprete de la Constitución que la prueba indiciaria de que se valió el tribunal sentenciador era insuficiente para declarar probado el dolo propio de dicho tipo penal, estimando en amparo que no concurría una mediación lógica suficiente entre los indicios esgrimidos y el resultado alcanzado, mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, con lo que concluye sobre el supuesto por él atendido que “los elementos utilizados por la sala sentenciadora como cauces de inferencia de la culpabilidad de los recurrentes en amparo no evidencian en el presente caso una coherencia lógica y razonable que permita su utilización, como prueba indiciaria y, por tanto, no son suficientes para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia que el art. 24.2 CE reconoce y garantiza a (SSTC, entre otras, muchas de ellas con carácter general, 171/2000, de 26 de junio, 137/2002 de 3 de junio, 189/2003 de 27 de octubre, 267/2005, de 24 de octubre, 137/2007), de 4 de junio, 36/2008, de 25 de febrero, 142/2011 de 26 de septiembre.). También del TEDH – SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, 20 de marzo de 2012, 27 de noviembre de 2012- y del Tribunal Supremo -(STS 930/2008, 18 de diciembre, 773/2014, 28 de octubre).

Para concluir con este estudio es necesario reiterar nuevamente su alcance y ubicación: se ha trabajado en hechos y responsabilidades, en gran medida sobre los datos vertidos en el Auto reiteradamente citado- apoyados, además, en abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, y de las inferencias que en aquellos se hacen, cuyas constatación o respuestas dadas han sido realizadas en la aceptación limitativa de asumirlos a título meramente indiciario y provisorio, sin que sea posible en consecuencia estimarlos como aseveraciones definitivas, fácticamente verificadas y probadas, lo cual únicamente procederá una vez que se sustente el juicio oral. En todo caso, la conclusión más destacada cabe ser situada en la interpretación, que sobre esas bases se hace del delito de prevaricación, basada en los parámetros indicados en el texto y que conducen a una coherente, con la normativa actual, dirección restrictiva con respecto a la legislación anterior al Código penal de 1995. Opción esta que no siempre es así entendida, como se ha mostrado en este escrito, pero que se manifiesta más respetuosa con los principios de intervención mínima del Derecho penal y de seguridad jurídica, tal como está planteada actualmente por nuestro legislador penal. Otra cosa es pretender, sobre

²² Entre otros: L. MORILLAS CUEVA, *Delitos...cit.*, pág. 1114. M. IGLESIAS RÍO, *Artículo 404 cit.*, pág. 199. A favor de la admisión del dolo eventual: J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito...cit.*, pág. 119. E. ORTS BERENQUER, *Derecho Penal...cit.*, pág. 603.

nuevos criterios político criminales, de tendencia expansionista, ampliar el alcance y contenido del delito de prevaricación administrativa. Esa es otra cuestión a debatir.

LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Ana Belén Campuzano
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad CEU San Pablo

Fecha de recepción: 5 de septiembre
Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: La rendición de cuentas es uno de los deberes más relevantes de la administración concursal. En la interpretación de su régimen jurídico posee especial importancia la delimitación del contenido y alcance de dicho deber, así como las consecuencias de la desaprobación judicial de la rendición de cuentas.

ABSTRACT: Accountability is one of the most important duties of the insolvency administration. In the interpretation of its legal regime, the delimitation of the content and scope of this duty, as well as the consequences of judicial disapproval of accountability, is of particular importance.

PALABRAS CLAVE: Administración concursal; rendición de cuentas.

KEY WORDS: Insolvency administration; Accountability.

SUMARIO: I. LAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. 1. La amplitud de las funciones de la administración concursal. 2. La finalización de las funciones de la administración concursal. II. LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. 1. El deber de la administración concursal de rendir cuentas. 2. La cuenta de garantía arancelaria. 3. El informe de rendición de cuentas. 4. Los efectos de la desaprobación de cuentas.

I. LAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. La amplitud de las funciones de la administración concursal

La complejidad de los procedimientos de insolvencia justifica la existencia de un órgano específico que intervenga a lo largo de todo el procedimiento y concilie los diversos intereses concurrentes. Este órgano es la administración concursal que, a pesar de su denominación, ni siempre administra ni sólo administra. La relevancia de la administración concursal dentro del procedimiento justifica que sea objeto de un Título completo de la Ley Concursal y de una sección específica del procedimiento de concurso de acreedores, que comprenda todo lo relativo al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de las funciones que desempeña, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad en la que puede incurrir. En las sucesivas reformas que se han llevado a

cabo en la Ley Concursal se han introducido relevantes cambios, entre otros ámbitos, en el de la administración concursal, aunque varias de esas modificaciones continúan pendientes de desarrollo reglamentario, lo que dificulta la necesaria estabilización y delimitación de este órgano del concurso¹.

El modelo de administración concursal, tras su modificación por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, es el de un único administrador concursal. La Ley Concursal solo regula parcialmente las exigencias subjetivas para el nombramiento de ese único miembro de la administración concursal y, tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se ha remitido al desarrollo reglamentario la determinación de los requisitos subjetivos que habrán de reunir las personas físicas o jurídicas que podrán ser designadas administradores concursales. En este sentido, el artículo 27 de la Ley Concursal solo establece que *“únicamente podrán ser designadas las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso”*. Y, solo podrán inscribirse en esa sección cuarta *“las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente”* y que podrán venir referidos a: la titulación requerida, la experiencia a acreditar y la realización o superación de pruebas o cursos específicos. Por otro lado, la norma establece también que a los efectos de la designación de la administración concursal los concursos habrán de clasificarse en tres categorías: concursos de tamaño pequeño, medio o grande. El contenido de cada categoría habrá de fijarse cuando se produzca el desarrollo reglamentario de esta disposición, de modo que el artículo 27 de la Ley Concursal no entrará en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, *“que deberá aprobarse a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses”*, plazo incumplido y que plantea la incógnita de cuándo y en qué términos se producirá. En todo caso, este sistema general cuenta con dos especialidades y dos excepciones. En cuanto a las *especialidades*, se distinguen los concursos en los que exista una causa de interés público y las situaciones de acumulación de concursos ya declarados. En el primer caso, el juez podrá nombrar como segundo administrador concursal a una administración pública acreedora o a una entidad de derecho público acreedora vinculada o dependiente de ella y la representación de la administración deberá recaer sobre algún empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado, que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico, de modo que su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa. En el supuesto de

¹ Entre las referidas reformas destacan, por la intensidad de las modificaciones incorporadas: el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal; la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial; la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre; el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo; y el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio. Esta sucesión de reformas se ha justificado por razones muy diversas. Algunas de ellas de alcance global, como el contexto de crisis económica, y otras de índole más particular, como la flexibilización del procedimiento concursal o la reflexión tras los años de vigencia de la legislación concursal. Y, entre los objetivos perseguidos por estas modificaciones se encuentra la reducción del coste temporal y económico de los instrumentos legales diseñados para afrontar las dificultades económicas. Una solución de la insolvencia que no se retrase en el tiempo tiene evidentes ventajas en cuanto al coste del procedimiento, la viabilidad de la empresa o el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios. En la búsqueda de una mayor celeridad y agilidad se han reconocido alternativas preconcursales y se ha perseguido la simplificación y agilización del procedimiento concursal. No en vano, ello redundará también en un menor coste económico del concurso, finalidad que ha justificado muchas de las modificaciones introducidas en el ámbito de la administración concursal. A.B. CAMPUZANO, “El Derecho de la insolvencia. El acuerdo extrajudicial de pagos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (CAMPUZANO – SANJUÁN), 2ª ed., Valencia, 2016, págs. 39-77.

acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes. En relación con las *excepciones*, hay que distinguir, de un lado, la relativa a los concursos de gran tamaño, en los que el juez, de manera motivada, podrá designar un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo, cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecúa mejor a las características del concurso. De otro lado, la representada por los concursos de entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras. En estos concursos el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores o por el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente.

Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 17/2014, para la designación del administrador concursal abogado, economista o persona jurídica se tenía en cuenta la lista existente en los decanatos de los juzgados competentes. Dicha lista estaba integrada por los profesionales y las personas jurídicas que habían puesto de manifiesto su disponibilidad para el desempeño de tal función, su formación en materia concursal y, en todo caso, su compromiso de continuidad en la formación en esta materia. Tras la reforma, se prevé la inscripción en la sección cuarta del Registro Público Concursal de aquellas personas físicas o jurídicas que pretendan ser designadas administradores concursales por cumplir los requisitos establecidos reglamentariamente. La designación recaerá en la persona física o jurídica de ese listado que corresponda por turno correlativo. No obstante, en los concursos de gran tamaño, el juez podrá, motivadamente, designar un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo y cuyo perfil se adecúe mejor a las características del concurso.

La administración concursal desempeña todas las funciones para la realización del *interés del concurso*, en aras a lograr la satisfacción de los acreedores. Las facultades de la administración concursal se extienden a todos los aspectos del procedimiento. A la administración concursal le corresponde asistir o sustituir al concursado cuyas facultades patrimoniales quedan limitadas por efecto de la declaración de concurso (arts. 40 y 48 LC); le compete también el ejercicio de acciones de la masa que, fuera del concurso, habrían correspondido a los acreedores (arts. 40.7, 48 bis, 48 quáter y 72 LC); pero, sobre todo, se le atribuyen funciones decisivas en todas las fases del procedimiento. Las numerosas y relevantes funciones atribuidas a la administración concursal han pretendido recogerse en un único precepto –el artículo 33 de la Ley Concursal, introducido por Ley 17/2014, de 30 de septiembre– dedicado a las funciones de los administradores concursales. No obstante, el elenco de funciones que se contempla carece de sistemática. Los criterios empleados para la enumeración y clasificación de las funciones son heterogéneos, de manera que hay funciones clasificadas como propias del deudor o de sus órganos de administración o relativas a derechos de los acreedores de carácter procesal y de alcance laboral². Además, la

² La Ley Concursal distingue entre *funciones de carácter procesal*: ejercicio de acciones -de responsabilidad contra los socios o contra los administradores, liquidadores o auditores, rescisorias y demás acciones de impugnación, y acciones no personales-, así como sustitución del deudor en los procedimientos judiciales en trámite; solicitud de embargos o de su levantamiento o cancelación; rehabilitación del arrendamiento y enervación de la acción de desahucio; solicitud de ejecución de la condena a la cobertura del déficit, y solicitud de transformación del procedimiento abreviado en ordinario o a la inversa. *Funciones propias del deudor o de sus órganos de administración*: realizar durante la fase común los actos de disposición indispensables y necesarios, así como los no necesarios cuando se presenten ofertas que coincidan con el valor en inventario de los bienes; asistir a los órganos de la sociedad concursada; solicitar la revocación del nombramiento del auditor y la designación de otro; asumir el ejercicio de los derechos políticos que correspondan al deudor en otras entidades; reclamar el desembolso de las aportaciones sociales diferidas; rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito, y los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado; solicitar autorización para que el administrador inhabilitado continúe al frente de la empresa; convocar junta para cubrir las vacantes de los administradores inhabilitados; autorizar al deudor para interponer demandas, recursos, allanarse, transigir o desistir litigios; sustituir o intervenir las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor según que el concurso sea necesario o voluntario, y de acuerdo con lo previsto en la normativa. En concreto, para el concurso necesario: adoptar medidas para la continuación de la actividad profesional o empresarial; formular y someter a auditoría las cuentas anuales; solicitar la resolución

enumeración, por más que sea extensa, no tiene carácter exhaustivo. En principio, porque hay funciones que no aparecen recogidas en esa relación, como la solicitud de acumulación de concursos, el ejercicio de la facultad de resolución de los contratos pendientes por incumplimiento de la parte *in bonis* o la obligación de rendir cuentas en caso de cese, entre otras. Pero, sobre todo, porque la propia norma establece que serán funciones de los administradores concursales “*cualesquiera otras que esta u otras Leyes les atribuyan*”. Una referencia que por lo que hace a las “*otras Leyes*” no parece muy acorde con el principio de unidad legal que configura el concurso. En todo caso, se precisa que las funciones establecidas “*se ejercerán conforme a las previsiones específicas para las distintas clases de concursos y fases del proceso concursal*” en una clara referencia a la distinción entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande introducida, igualmente, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre y que se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario. Al igual que el sistema retributivo, modificado de nuevo – ya había sido reformado por la Ley 38/2011- por la Ley 17/2014 pero que no entrará en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario.

La actuación de la administración concursal queda sometida a la supervisión del juez del concurso (art. 35.4 LC). El control del juez sobre la administración concursal recae sobre su actividad general y, en ocasiones, sobre actuaciones concretas. Para la supervisión general el órgano judicial contará con la información que le suministre la administración concursal en los informes que debe presentar durante el concurso (informe de la administración concursal, informes trimestrales sobre el estado de las operaciones de liquidación de la masa, informe final de las operaciones realizadas en la liquidación, informe previo a la conclusión del concurso) y podrá requerir una información extraordinaria en cualquier momento del concurso a la administración concursal. Como consecuencia de la supervisión, el juez del concurso podrá dirigir advertencias a la administración concursal, instar su presencia cuando sea necesario para el desarrollo del concurso y, en los casos más graves, separar del cargo al administrador que incumpliera los deberes que se le imponen en la Ley (art. 37 LC). En lo que respecta al control individualizado, el juez debe autorizar

de los contratos en interés del concurso; y presentar declaraciones y autoliquidaciones tributarias. Asimismo, para el concurso voluntario se especifica: supervisar la formulación de las cuentas; determinar los actos que son objeto de autorización general; autorizar o confirmar los actos de administración y disposición del órgano de administración; conceder al deudor autorización para desistir, allanarse o transigir litigios; autorizar la interposición de demandas y presentar declaraciones y autoliquidaciones tributarias. *Funciones en materia laboral*: solicitar la apertura de expedientes colectivos de regulación de empleo, intervenir en ellos y ejecutar las resoluciones judiciales recaídas en los mismos; extinguir o suspender los contratos con el personal de alta dirección y solicitar el aplazamiento del pago de las indemnizaciones derivadas de esos contratos hasta la firmeza de la sentencia de calificación. *Funciones relativas a derechos de los acreedores*: modificar el orden de pago de los créditos contra la masa; elaborar la lista de acreedores; solicitar la apertura de la fase de liquidación en caso de cese de la actividad profesional o empresarial; comunicar a los titulares de créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización del bien y pedir al juez en caso de venta de tales bienes afectos la subsistencia del gravamen; y solicitar la realización de pagos anticipados de créditos ordinarios con arreglo a lo previsto en la Ley. *Funciones de informe y evaluación*: realizar el informe y el inventario; proponer el nombramiento de expertos; evaluar la propuesta anticipada de convenio; realizar la lista de acreedores y el inventario definitivos; evaluar el contenido del convenio; informar sobre la venta en bloque de la empresa; presentar los informes trimestrales preceptivos en caso de liquidación; presentar el informe en la sección de calificación; informar en orden a la conclusión del concurso por pago o por renuncia, y actualizar el inventario y la lista de acreedores en caso de reapertura. *Funciones de realización de valor y liquidación*: sustituir a los administradores y liquidadores en caso de apertura de la liquidación; presentar un plan de liquidación, y solicitar la venta directa de bienes afectos a créditos con privilegio especial. *Funciones de secretaría*: comunicación de la declaración de concurso a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a la Tesorería General de la Seguridad Social, a los acreedores, incluidos aquellos que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero; recibir las comunicaciones de créditos de los acreedores, y comunicarles a su vez la lista de acreedores provisional; asistir al secretario judicial en la junta de acreedores y presidirla cuando así lo acuerde el juez; asistir a la junta; solicitar la publicidad registral en el extranjero del auto de declaración del concurso y de otros actos del procedimiento; exigir la traducción de los escritos de comunicación de los acreedores extranjeros y realizar las demás comunicaciones telemáticas previstas en la Ley.

determinadas actuaciones de la administración concursal, generalmente enmarcadas en la administración de la masa activa y antes de la fase de liquidación (art. 43 LC). La autorización se recabará siempre que lo exija la Ley y también cuando la administración concursal lo considere conveniente. Para ello, se prevé un trámite concreto, en el que las partes tienen la posibilidad de opinar (art. 188 LC).

Ahora bien, la labor de control del juez se limita a la comprobación de que la administración concursal actúa en todo momento procurando el interés del concurso. El juez y la administración concursal reciben legalmente competencias concretas, de modo que ninguno puede imponer al otro una decisión concreta. Si el juez considera inadecuado un acto de administración concreto, podrá negar su autorización, pero no podrá imponer la realización de un acto cuya competencia se atribuye a la administración concursal en exclusiva, y, sin perjuicio, claro está, de que pueda separar a los administradores cuando exista efectivamente justa causa para ello (art. 37.1 LC).

2. La finalización de las funciones de la administración concursal

Las funciones de la administración concursal pueden terminar con el propio concurso. La duración del cargo está en función de la solución del concurso. La administración concursal cesará con la aprobación judicial del convenio, sin perjuicio de las funciones que el propio convenio pueda encomendarles a todos o a algunos de ellos y conservando plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme (art. 133.2 y 3 LC). Por el contrario, en caso de liquidación continuarán siendo los protagonistas del concurso y, en tal sentido, les corresponde no sólo elaborar el plan de liquidación —o, simplemente, evaluarlo, en caso de presentación por el deudor con la solicitud de concurso— sino llevar a cabo sus operaciones y proceder al pago de los créditos, de tal modo que se mantendrán en el cargo hasta la conclusión del concurso (art. 176.1-2º LC). Además, la administración concursal cesará también en cualquier otro caso de conclusión del concurso (art. 176.1 LC).

Por otro lado, las funciones de la administración concursal pueden terminar de forma anticipada por renuncia. Los miembros de la administración concursal sólo podrán renunciar por causa grave (art. 29.3 LC). En particular, deberá renunciar el administrador que conozca posteriormente a su toma de posesión que se encuentra incurso en alguna causa de recusación. La renuncia no surtirá efecto hasta que el juez la acepte, de modo que el administrador habrá de permanecer en el cargo mientras se produzca la elección, nombramiento y aceptación formal del nuevo administrador concursal. El administrador concursal que renuncie sin causa justificada no sólo quedará inhabilitado para ejercer el cargo en el mismo partido judicial durante un período de tres años, sino que deberá responder por los daños que su actitud haya ocasionado al concurso.

Las funciones de la administración concursal pueden terminar también de forma anticipada por separación judicial. La administración concursal —y los representantes de la persona jurídica administradora— pueden ser separados de su cargo por el juez (art. 37 LC). La separación se encuentra íntimamente ligada a la labor de supervisión del juez y a la existencia de numerosas prohibiciones legales establecidas para ser administrador (art. 28 LC) y, en consecuencia, a la facultad de recusación (art. 32 LC), ya que con frecuencia la concurrencia de una prohibición legal sólo se conocerá tras el nombramiento. Para que se produzca la válida separación de un administrador concursal es necesaria la concurrencia de una justa causa. No cabe una separación *ad nutum*, sino que el administrador concursal tiene derecho a no ser removido del cargo sin motivo. Existirá justa causa de separación siempre que el administrador concursal no esté en disposición de cumplir adecuadamente con la función asignada: inexistencia de las condiciones subjetivas para el nombramiento (art. 27 LC); concurrencia de una prohibición legal (art. 28 LC); concurrencia de una causa de recusación (art. 32 LC); enfermedad física o psíquica que impida o dificulte el normal ejercicio de la función; incumplimiento de deberes; falta de presentación de informes

trimestrales o final de la liquidación (art. 152 LC); transcurso de un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que se hubiera justificado suficientemente la dilación (art. 153 LC); producción de un daño a la masa o a terceros en el ejercicio de las funciones; comprobada ineficiencia, desinterés, etc. En este sentido, con la reforma de la Ley 17/2014, se introdujo en el artículo 37 de la Ley Concursal la previsión de que, en todo caso, será causa de separación del administrador, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas, resuelva lo contrario, el incumplimiento grave de las funciones de administrador y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe. La separación puede producirse de oficio, como consecuencia de la función de supervisión judicial, o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los restantes administradores (art. 37.1 LC). La decisión de separación revestirá la forma de auto, en el que se consignarán los motivos en los que el juez funde su decisión (art. 37.3 LC), así como si el administrador separado deberá someterse a la inhabilitación legalmente prevista (art. 28.2-II LC). Del auto se dará conocimiento al registro público encargado de la publicidad de determinadas decisiones del juez del concurso (arts. 37.4 y 198 LC).

El juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento cuando el que se hubiera realizado se rechace expresa o tácitamente o el designado no tuviera suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente suficiente (art. 29.2 LC) y en todos los casos de cese (arts. 38.1 LC). No será necesario el nuevo nombramiento cuando los motivos de cese del administrador se deban a la conclusión del concurso o a la aprobación judicial del convenio, aunque en este último supuesto, si fracasa el convenio y se abre la fase de liquidación, el juez podrá optar por reponer a los antiguos miembros en el cargo o realizar un nuevo nombramiento (art. 145.1.II LC). Si el cesado fuera el representante de una persona jurídica —y no la propia persona jurídica—, no hay tampoco necesidad de nuevo nombramiento, sino que el juez requerirá a la persona jurídica para que comunique la identidad de la persona natural que haya de sustituirlo en el ejercicio del cargo (arts. 37.2 y 38.2 LC). La resolución en la que se nombre a una nueva persona deberá adoptarse de inmediato y tanto al cese como al nuevo nombramiento se dará la misma publicidad que hubiere tenido el nombramiento del administrador concursal sustituido.

II. LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. *El deber de la administración concursal de rendir cuentas*

El cese de la administración concursal conlleva la obligación para ésta de rendir cuentas de su actuación. Este deber de rendir cuentas constituye una manifestación de la exigencia que el ordenamiento jurídico impone a cualquier persona que gestione intereses ajenos. Con la rendición de cuentas culmina el deber de la administración de informar sobre el cumplimiento de su cargo (art. 35 LC), como órgano concursal³. Este deber es exigible tanto en el caso de cese anticipado de la administración concursal (art. 38.4 LC) como en el de finalización de sus funciones por conclusión del concurso (arts. 176 y 176 bis LC)⁴.

En el primer caso, el cese de la administración concursal antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación. Esta rendición de cuentas se

³ Vid. *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de julio de 2015*.

⁴

Vid. BAÑULS, F.A. “La rendición de cuentas de los administradores concursales”, *ADCo*, núm. 35, 2015, págs. 145-192; MAGDALENO, A. “La rendición de cuentas de la administración concursal”, en *La administración concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* (ROJO – GALLEGU – CAMPUZANO), Pamplona, 2016, págs. 479-496; MARINA GARCÍA TUÑÓN, A. “La rendición de cuentas de la administración concursal: contenido y alcance”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, págs. 73-92.

presentará por el administrador concursal dentro del plazo de un mes, contado desde que le sea notificada la orden judicial, y será objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso. En este sentido, las previsiones legales respecto a la rendición de cuentas únicamente se contemplan cuando ésta es consecuencia de la finalización de sus funciones por conclusión del concurso. Pues bien, estas mismas previsiones resultan aplicables cuando la rendición de cuentas se exige por el juez tras el cese anticipado de la administración concursal. En efecto, el régimen jurídico de la rendición de cuentas del órgano será el previsto para la conclusión del concurso (art. 181 LC), salvo naturalmente en lo relativo al plazo para la presentación, que será de un mes contado desde la notificación de la resolución judicial de separación.

Igualmente, procederá la rendición de cuentas con la finalización de las funciones de la administración concursal por conclusión del concurso (art. 181 LC). Así, esta obligación se contempla tras la adquisición de eficacia de un convenio concursal, al disponer que la administración concursal rendirá cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale, informe de rendición de cuentas que será remitido mediante comunicación telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento por la administración concursal (art. 133 LC)⁵. Y, también, se contempla la obligación de rendición de cuentas al término de la liquidación concursal. Dentro del mes siguiente a la conclusión de la liquidación de la masa activa y, si estuviera en tramitación la sección sexta, dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia de calificación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe final justificativo de las operaciones realizadas y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado. No impedirá la conclusión que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal. También incluirá una completa rendición de cuentas⁶. La administración concursal adjuntará dicho informe mediante comunicación telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento (art. 152.2 LC).

En definitiva, se incluirá una completa rendición de cuentas tanto en los casos de cese anticipado de la administración concursal como en los de finalización de sus funciones por conclusión del concurso, que justificará cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas (art. 181 LC).

2. La cuenta de garantía arancelaria

Con el fin de dotar a la administración concursal de una retribución efectiva, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, introduce en la Ley Concursal el régimen de la cuenta de garantía arancelaria, posteriormente reformado en algún aspecto por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La cuenta de garantía arancelaria, dependiente del Ministerio de Justicia, estará dotada con las aportaciones obligatorias que habrán de realizar los propios administradores concursales (art. 34 bis LC). El Ministerio de Justicia gestionará la cuenta de garantía arancelaria directamente o a través de terceros en la forma que reglamentariamente se determine. La gestión de la

⁵ Vid. HÖLDERL, H.A. “El momento de la resolución de la rendición de cuentas de la administración concursal tras la aprobación judicial del convenio (Comentario al Auto nº 141/2007 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de julio de 2007)”, ADCo, núm. 14, 2008, págs. 389- 412.

⁶ El objeto de la rendición de cuentas es una memoria expresiva de todas las operaciones y labores realizadas por la administración concursal desde su constitución hasta la fecha del informe, que no es propiamente un documento contable, aunque, habiendo liquidación, supone también el deber de aquélla de indicar, de manera detallada, cómo se van realizando los bienes y derechos integrantes de la masa activa en comparación con lo previsto en el plan de liquidación, así como el detalle de los pagos a acreedores según su orden (*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 9 de septiembre de 2016; Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Secc. 1ª, de 13 de octubre de 2009*).

cuenta y el control de los ingresos y los cargos se hará por medio de una aplicación informática que dispondrá de los mecanismos adecuados de control, seguridad y supervisión, y que deberá garantizar la autenticidad, confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos, permitir la disposición de fondos mediante transferencias y mandamientos de pago, y proporcionar información sobre los movimientos y saldos (art. 34 ter LC). Las cantidades a ingresar en la cuenta se calcularán sobre las retribuciones que efectivamente perciba cada administrador concursal por su actuación en el concurso y de acuerdo con determinados porcentajes establecidos por la norma (art. 34 quáter LC). Quedan excluidos de la obligación de dotación de la cuenta los administradores concursales cuya retribución no alcance para el conjunto del concurso los 2.565 euros, o aquellos que tengan derecho a ser resarcidos con cargo a la cuenta.

Antes de la presentación del informe de rendición de cuentas, la administración concursal deberá ingresar en la cuenta de garantía arancelaria las aportaciones obligatorias establecidas, calculadas sobre las cantidades efectivamente percibidas. Simultáneamente, la administración concursal o cada uno de los administradores concursales deberán dar cuenta al secretario judicial del juzgado donde se tramita el concurso del importe ingresado. Asimismo, el concursado o cualquier otro tercero que abone cualquier clase de retribución a la administración concursal estarán obligados a comunicar esta circunstancia al secretario judicial del juzgado ante el que se tramite el concurso.

La cuenta de garantía arancelaria permitirá el control de las aportaciones que corresponden a los administradores concursales, de tal modo que si en el momento de la rendición de cuentas el administrador concursal no hubiera realizado los ingresos a los que estuviera obligado, el secretario judicial le instará a hacerlo en un plazo de diez días, transcurrido el cual, si no hubiera cumplido su obligación será dado de baja en la Sección Cuarta del Registro Público Concursal hasta que proceda al abono.

Por último, y hasta que se apruebe reglamentariamente el régimen de distribución de la cuenta de garantía arancelaria, se dispone que la cantidad máxima a percibir con cargo a la cuenta será igual a la diferencia entre la remuneración efectivamente percibida y la que hubiera correspondido al administrador concursal conforme al arancel, una vez deducidas en su caso las cantidades que hubieran debido destinarse a la propia cuenta de garantía arancelaria; y, en todo caso, con el límite de lo que resultase de dividir el total ingresado en la cuenta de garantía arancelaria durante un año, más el remanente de años anteriores si lo hubiere, entre el número de administradores con derecho a cobrar de la cuenta. Cuando lo ingresado en la cuenta para su distribución anual no cubriese la retribución total debida a los administradores, la cantidad máxima a percibir por cada uno de ellos con cargo a la cuenta guardará la misma proporción que represente el total ingresado en la cuenta sobre el total pendiente de pago (disp. trans. 4ª de la Ley 25/2015).

3. El informe de rendición de cuentas

Conforme al artículo 181 de la Ley Concursal –aplicable tanto en el caso de cese anticipado de la administración concursal como en el de finalización de sus funciones por conclusión del concurso– se incluirá una completa rendición de cuentas, que justificará cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso. Igualmente se informará en ellos del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas. Con esta imprecisa formulación se ha entendido que se alude a que la rendición de cuentas se contempla desde una doble perspectiva. De un lado, periódica, cuando se dice que “se incluirá una completa rendición de cuentas en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso”. Y, de otro lado, final, para el caso de conclusión del concurso⁷.

⁷ Vid. *Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 8 de mayo de 2006*; *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de marzo de 2007*.

En términos generales, la función de la rendición de cuentas consiste en justificar la utilización que se haya hecho de las facultades de administración y en exponer el resultado y saldo final de las operaciones realizadas⁸. Así, se ha indicado que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 181.1 de la Ley Concursal, son dos los apartados que debe contener la rendición de cuentas. En primer término, la parte justificativa, en la que se deberá presentar una memoria de la actividad que hubiera desarrollado la administración concursal en el concurso, dando cuenta de todas las actuaciones relevantes desarrolladas. Y, en segundo lugar, la parte numérica, en la que se informará del resultado y saldo final de las operaciones realizadas⁹. Aunque, en particular, sólo se podrá hablar de verdadera y propia rendición de cuentas cuanto el administrador concursal asuma la directa y completa administración de los bienes de la concursada a través de la suspensión de facultades, con exclusión de los supuestos de mera intervención. Ahora bien, ello no quiere decir que en supuestos de intervención no deban rendirse cuentas, sino que la distinta calidad de las funciones asumidas por el administrador concursal determinará una rendición de cuentas más limitada, centrada en explicitar las medidas de intervención y control adoptadas, las posibles incidencias en el acceso a la información necesaria para la conformación de listados, y una explicitación de las operaciones comerciales más relevantes que se autorizaron, lo que se ha considerado que convierte a dicha rendición en un mero formulario con verdadero contenido económico¹⁰.

Presentado el informe de rendición de cuentas, tanto el deudor como los acreedores pueden formular oposición razonada a la aprobación de las cuentas en el plazo de quince días (art. 176.2 LC). Si no se formulase oposición, el juez, en el auto de conclusión del concurso, las declarará aprobadas¹¹. Por el contrario, si hubiese oposición, se sustanciará por los trámites del incidente concursal y se resolverá con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso. Si hubiese oposición a la aprobación de las cuentas y también a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia, sin perjuicio de llevar testimonio de ésta a la sección segunda¹².

En todo caso, en el incidente de oposición a la rendición de cuentas, la concursada no puede expresar cuantas quejas tenga respecto de la actuación de la administración concursal, sino que exclusivamente puede formular objeciones relacionadas con las cuentas rendidas. Dado que lo resuelto sobre la aprobación o desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales (art. 181.4 LC), la concursada podrá exigirles responsabilidad posteriormente por otro cauce. El procedimiento de rendición de cuentas no tiene como objeto “ajustar las

⁸ Vid. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 28 de noviembre de 2011*. Las funciones de la administración concursal se concretan en la rendición de cuentas en actuaciones referidas a las facultades de administración conferidas en el concurso bien en el auto o con posterioridad porque hubiere algún cambio de situación; Informes previos al auto de conclusión del concurso que haya realizado la administración concursal; Saldo final de las operaciones realizadas e informe sobre el resultado de las mismas (*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 2 de julio de 2007*).

⁹ Vid. *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 9 de septiembre de 2016* que indica que es por ello que debe distinguirse entre aquellas alegaciones que no se corresponden propiamente con la oposición a la rendición de cuentas y aquellas otras propias de la rendición de cuentas, entre las que sí se encuentra la valoración de la corrección de los pagos.

¹⁰ Vid, entre otras, *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 9 de septiembre de 2016*; *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 31 de marzo de 2016*; *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Secc. 5ª, de 1 de abril de 2013*.

¹¹ Si no se hubiera formulado oposición en plazo, la aprobación de las cuentas de la administración concursal será necesaria y automática, sin que el juez pueda, de oficio, entrar a valorar el contenido de las cuentas presentadas (*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia de 27 de julio de 2006*).

¹² Ciertamente debe valorarse también que, del tenor del artículo 181.3 de la Ley Concursal cabe deducir que sólo son acumulables la impugnación de la conclusión de concurso y la impugnación de la rendición de cuentas, de modo que no es susceptible de acumulación a la impugnación de la rendición de cuentas la reclamación de responsabilidad de la administración concursal (*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 9 de septiembre de 2016*).

cuentas” a la administración concursal, sino simplemente esclarecer el destino de los fondos ajenos que la administración concursal haya gestionado durante el concurso (art. 181.1 LC)¹³. La oposición a la aprobación de las cuentas obliga al juez del concurso a contrastar en qué han consistido las actuaciones de la administración concursal, debiendo valorarse cada caso en concreto y sin que sirvan parámetros generales, ya que la complejidad dependerá de las circunstancias concretas de cada concurso. El cauce de oposición a la rendición de cuentas no es el adecuado para la reconsideración de aspectos que ya quedaron zanjados en el concurso, y especialmente los relativos a la calificación de los créditos¹⁴.

4. Los efectos de la desaprobación de cuentas

La aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales. En efecto, el resultado de la rendición de cuentas no prejuzga acerca de la existencia o inexistencia de responsabilidad por parte de la administración concursal (arts. 38.4 y 181.4 LC), si bien el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra los miembros de este órgano comienza a correr en el momento del cese (art. 36.4 LC).

Por el contrario, la desaprobación de las cuentas comportará la inhabilitación temporal de la administración concursal para ser nombrada en otros concursos durante un período que determinará el juez en la resolución judicial de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años (art. 181.4 LC). Así, conforme a la dicción legal, la desaprobación de las cuentas dará lugar a la inhabilitación para actuar como administrador concursal durante un período de entre seis meses y dos años (arts. 181.4 y 28.2.II LC). La utilización del término *comportará* al referirse a la inhabilitación como efecto de la desaprobación de las cuentas, plantea no pocas dudas acerca de su consideración o no como sanción ineludible una vez se produce la desaprobación de las cuentas. A este extremo ha dado respuesta el Tribunal Supremo, considerando que la desaprobación de las cuentas siempre comportará la referida inhabilitación, incluso aunque no sea solicitada, en cuyo caso, se impondrá en su período temporal mínimo¹⁵.

Consecuencia también ineludible de dicha inhabilitación será la imposibilidad de ser nombrado administrador concursal en un nuevo concurso. La relevancia de las funciones atribuidas a la administración concursal exige que los miembros de ésta reúnan las condiciones idóneas para su desempeño. Para asegurar este extremo, la Ley Concursal establece un amplio listado de prohibiciones (art. 28 LC). El listado legal, reformado por la Ley 17/2014, parece establecer una triple división en incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones, pero olvida que algunas de las limitaciones previstas constituyen en rigor inhabilitaciones y, además, emplea con escasa precisión el término prohibición, que generalmente engloba a las incompatibilidades. Es por ello más adecuado realizar una

¹³ La *Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 15ª, de 19 de mayo de 2011*, indica que para que pueda existir una verdadera rendición de cuentas, es preciso que la administración concursal haya gestionado o administrado fondos ajenos, fondos del concurso, lo que no siempre ha tenido por qué ocurrir, particularmente cuando el concursado no está suspendido en sus facultades de administración y la administración concursal en realidad no administra la masa del concurso sino que se limita meramente a intervenir la operaciones de la concursada. Cuando la administración concursal no ha administrado nada, no tiene, propiamente, cuenta alguna que rendir. En esos casos, el acto de rendición de cuentas impugnado no pasa de ser un acto meramente formulario, sin verdadero contenido, por lo que tampoco tiene sentido su impugnación. Vid. *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid de 9 de septiembre de 2016*.

¹⁴ Vid. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 28 de noviembre de 2011*.

¹⁵ Vid. *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de julio de 2015*. En contra de esta interpretación, entre otras, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 28 de noviembre de 2011*, que establece que, en lo que a los efectos de la desaprobación de las cuentas se refiere, la inhabilitación temporal de entre seis meses y dos años para ser nombrados en otros concursos (art. 181.4 LC) no es de contenido imperativo, pese al tenor literal de la norma. En efecto, ha de entenderse que permite un cierto margen de discrecionalidad más allá de la determinación del período temporal a que debe extenderse la inhabilitación. Solo procederá la declaración de inhabilitación en aquellos casos en que la sanción sea proporcional a la gravedad de la conducta.

enumeración del catálogo legal, bajo el término de prohibiciones, aunque existan también incapacidades, inhabilitaciones e incompatibilidades. Pues bien, en este catálogo de prohibiciones legales se indica que tampoco podrán ser nombrados administradores concursales, ni designado por la persona jurídica cuando se haya nombrado a ésta como administrador concursal, quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los tres años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

En fin, la desaprobación de las cuentas plantea, además, la cuestión relativa a si en la sentencia de desaprobación debe procederse a indicar el orden correcto de los pagos o las actuaciones que, en su caso, fuera procedente llevar a cabo. A este respecto, la respuesta parece decantarse por rechazar que la sentencia de desaprobación de las cuentas proceda a la reordenación de pagos o a exigir la reclamación de lo indebidamente pagado¹⁶. En este sentido, se considera que la resolución judicial debe ceñirse a aprobar o desaprobar las cuentas –con la consecuente inhabilitación en este último supuesto– sin incluir, en caso de desaprobación, pronunciamientos subsidiarios –que no acoge la literalidad legal– en cuanto a los pagos que deben reordenarse o las reclamaciones que deben llevarse a cabo frente a pagos indebidos. Todas ellas serán actuaciones que deberá llevar a cabo la administración concursal, si procede, en la nueva rendición de cuentas¹⁷.

¹⁶ En contra de esta interpretación, ordenando la reordenación de pagos cuando se acredite que no se ha respetado el orden legalmente establecido, entre otras, *Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Secc. 4ª, de 8 de enero de 2015*.

¹⁷ En la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de julio de 2015* se estima la oposición a la rendición de cuentas planteada, sin más indicación que la desaprobación de las cuentas –por tanto, sin pronunciamiento alguno respecto a lo que debería incluirse en un nuevo informe– y la consecuente inhabilitación que ello implica. En efecto, se entiende que el pronunciamiento debe ceñirse a la aprobación o desaprobación, sin incluir, en este último supuesto, indicación alguna relativa a los pagos que deben reordenarse o las reclamaciones que deben llevarse a cabo frente a pagos indebidos. En el caso la Tesorería General de la Seguridad Social se opuso a la aprobación de la rendición de cuentas porque la administración concursal había alterado la regla del vencimiento en el pago de los créditos contra la masa, concretamente el que todavía hoy ostenta en el concurso de acreedores. Efectivamente, el artículo 154.2 de la Ley Concursal, antes de que fuera objeto de modificación por la Ley 38/2011, vigente cuando ocurrieron los hechos, disponía que: "*los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso*". El precepto autorizaba, si la tesorería del concursado lo permitía, a satisfacer a su vencimiento los créditos contra la masa generados, como consecuencia de la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor que establece el artículo 44 de la Ley Concursal, pago que prevé expresamente el artículo 84.2.5º de la Ley Concursal. Ciertamente, como alega la administración concursada demandada y se hacen eco las sentencias de instancia, antes de la entrada en vigor de la Ley 38/2011, el artículo 154.2 de la Ley Concursal fue objeto de distintos criterios de interpretación y aplicación por parte de los jueces de lo mercantil y Audiencias Provinciales que alteraban el criterio reglado del vencimiento, y la sustitución por otros criterios de racionalidad jurídica y lógica empresarial. Pero, en todo caso, se observa que en muchas de las resoluciones judiciales mediaba una solicitud de autorización por parte de la administración concursal. En otras palabras, no se daba una situación de hecho provocada por la actuación de la administración concursal. La Ley 38/2011 modificó sustancialmente el contenido del artículo 154 de la Ley Concursal. Mantuvo en dicho precepto el criterio de la prededucibilidad de los créditos contra la masa con cargo de bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial, y ubicó el criterio del vencimiento en el pago de tales créditos en el artículo 84.3 de la Ley Concursal, con algunas excepciones. Pero fijó unos criterios de prelación de pagos, con ocasión de la conclusión del concurso, para el supuesto de insuficiencia de masa activa, en el artículo 176 bis.2 de la Ley Concursal. Las excepciones al criterio de vencimiento en el pago de los créditos establecidas en el artículo 84.3 de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 38/2011, suponen un régimen más flexible que el anterior, al permitir que la administración concursal pueda "*alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa*". Sin embargo, añade: "*esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social*". Como se advierte esta facultad concedida a la administración concursal no es absoluta sino sujeta a un criterio objetivo (en interés del concurso), a una presunción aún con apreciación subjetiva (que la masa activa sea suficiente) y a una prohibición (la alteración no puede afectar a los créditos salariales, a los alimenticios, a los tributarios y a los de

la Seguridad Social). En el presente supuesto, estaba vigente el artículo 154.2 de la Ley Concursal en su redacción originaria. La administración concursal alteró el criterio del vencimiento establecido en el citado precepto, sin mediar solicitud expresa ni autorización judicial para ello. Invoca en el propio informe de rendición de cuentas el *"interés del concurso"*, con objeto de justificar el criterio seguido en el pago de los créditos distinto al legalmente establecido en el artículo 154.2 de la Ley Concursal, para no pagar el crédito que ostentaba la Tesorería General de la Seguridad Social, que tampoco hoy permiten las vigentes reglas introducidas por la Ley 38/2011. Por las referidas razones se estima la oposición razonada a la rendición de cuentas planteada por la Tesorería General de la Seguridad Social. Sin embargo, en la solicitud del escrito de oposición, se suplica, con carácter principal, la *"desaprobación"* de la rendición de cuentas, y subsidiariamente, a *"incluir en la misma información relativa a los créditos contra la masa de terceros que los han visto satisfechos..."* o *"la ordenación de los pagos efectuados"*, o *"reclamando a terceros a quienes le les abonó indebidamente su crédito para satisfacer el que ostenta la Tesorería General de la Seguridad Social"*. Y tales peticiones subsidiarias no están previstas en el artículo 181.4 de la Ley Concursal. En todo caso se tratará de actuaciones que deberá llevar a cabo la administración concursal, si procede, en la nueva rendición de cuentas. Por tanto, los efectos de la desaprobación de las cuentas, *"que no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales"* que establece el artículo 181.4 de la Ley Concursal, comporta la inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos, por un periodo que no puede ser inferior a seis meses ni superior a dos años. Al no haberse solicitado esta expresa y obligada condena, debe imponerse en su grado mínimo, esto es, seis meses.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DIFICULTADES PARA MANTENER LA PROHIBICIÓN EN ESPAÑA

Fernando Abellán-García Sánchez
Doctor en Medicina Legal
Director de Derecho Sanitario Asesores

Fecha de recepción: 5 de septiembre
Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: Dos resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se ha dado primacía al interés superior del menor por encima de cualquier otra consideración, han puesto en entredicho la firmeza de la prohibición de la gestación por sustitución en España, pues obligan a inscribir en el Registro Civil a los niños nacidos en el extranjero a consecuencia de esa técnica. En estas líneas se analiza la controversia en España de la gestación por sustitución a la luz de las normas y pronunciamientos judiciales más relevantes, y las dificultades de mantener la prohibición actual.

ABSTRACT: Two judgments of the European Court of Human Rights, which have given primacy to the best interests of the child above all other considerations, have doubted of the prohibition of gestation by substitution in Spain, since they oblige to register in The Civil Registry to children born abroad as a result of this technique. These lines analyze the controversy in Spain of gestation by substitution in light of the most relevant norms and judicial pronouncements, and the difficulties of maintaining the current prohibition.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución, maternidad subrogada, reproducción asistida, adopción ilegal, interés superior del menor, infertilidad, esterilidad, esterilidad estructural, derecho a procrear, mercantilización de la gestación, mercantilización de la filiación, globalización, fraude de ley.

KEY WORDS: Gestation by substitution, surrogate motherhood, assisted reproduction, illegal adoption, the best interests of the child, infertility, right to procreate.

SUMARIO: 1.- Introducción 2.- Punto de partida: las leyes de reproducción asistida de 1988 y de 2006 y el Código Penal 3.- El modelo prohibitivo se tensiona: globalización, fraude de ley y los efectos de la Instrucción del Ministerio de Justicia 4.- El caso de la pareja homosexual valenciana fallado por el Tribunal Supremo 4.1.- La acusación de mercantilización de la gestación y de la filiación 4.2.- La gestación por sustitución como teórica manifestación del derecho a procrear 4.3.- La cuestión del interés superior del menor 5.- El pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos *Menesson v. Francia* y *Labassee v. Francia*) y su consideración por el Tribunal Supremo español 6.- La propuesta de bases reguladoras de la Sociedad Española de Fertilidad 7.- Conclusiones

1.- Introducción

La pujanza en nuestra sociedad de la libertad individual, que cristaliza en la reivindicación constante de nuevos derechos, y los efectos de la denominada “aldea global”, vienen provocando desde hace tiempo una presión muy importante para tratar de vencer determinados convencionalismos y prohibiciones que afectan a ámbitos como las relacionales interpersonales y los modelos de familia.

Uno de los objetivos en el punto de mira de colectivos como las parejas de homosexuales masculinos (aunque no solo), es el de conseguir la legalización en España de la gestación por sustitución, también llamada maternidad subrogada, que consiste básicamente en el acuerdo de una pareja (o de una mujer o varón solos) con una mujer, joven y sana, para que esta última acepte gestar un niño para la primera. Normalmente, al menos uno de los futuros padres aporta el gameto propio, con lo que se da lugar a un hijo con vinculación biológica, aunque haya sido gestado por tercera persona.

En el ámbito europeo, los países de nuestro entorno cultural que tienen regulada la gestión por sustitución son el Reino Unido y Grecia, en ambos casos bajo la premisa de que la gestante no sea retribuida, sino que simplemente reciba una compensación por las molestias. Como la realidad es que sin retribución no es frecuente encontrar mujeres que se presten a gestar un niño para otras personas, la mayor parte de los ciudadanos de la Unión Europea que recurren a la gestación por sustitución lo hacen en el extranjero.

En los últimos tiempos, ciertas resoluciones judiciales están resquebrajando seriamente la firmeza de la prohibición que subsiste todavía. A la hora de escribir estas líneas, los medios de comunicación se hacen eco de una propuesta contenida en documentos de trabajo de la Organización Mundial de la Salud de reconocer a los solteros como infértiles, a efectos de facilitarles el acceso a los tratamientos de fertilidad, lo que aventura, si termina confirmándose, un refuerzo notable a la reivindicación aludida sobre la gestación por sustitución, ya que esta última es el cauce propicio para que las parejas de hombres, y los hombres y mujeres solteros, puedan conseguir una descendencia genéticamente emparentada. Los mismos medios dan cuenta de que el Tribunal Supremo, en su labor de unificación de doctrina, reconoce ya abiertamente el derecho de los padres de hijos nacidos por maternidad subrogada a cobrar prestaciones de maternidad¹.

En este escenario de posible cambio regulatorio, desde la Sociedad Española de Fertilidad, entidad profesional y científica, se constituyó en 2015 un grupo de trabajo multidisciplinar, con el objetivo de proponer unas bases regulatorias reflexivas, para el supuesto de que el Gobierno decidiera próximamente dar el paso de su legalización. Fruto de ese trabajo es la publicación del documento que se comenta más abajo.

¹ Nota de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 2016 (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-Tribunal-Supremo-reconoce-por-primera-vez-el-derecho-de-los-padres-de-hijos-nacidos-por-gestacion-subrogada-a-cobrar-prestaciones-maternidad> (accedida octubre 2016)).

2.- Punto de partida: las leyes de reproducción asistida de 1988 y de 2006 y el Código Penal

La primera ley española de reproducción humana asistida se promulgó en el año 1988, y en su exposición de motivos contenía una alusión conjunta a la gestación por sustitución y a la gestación de la mujer sola, afirmando que se trata de “posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación, si ese derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger, o finalmente, en el caso de la gestación por sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aún en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas”. El mismo texto continuaba diciendo que “son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no sólo en nuestra Nación, como lo prueban las informaciones foráneas”².

Se observa, por tanto, como el legislador de 1988 venía ya a reconocer la controversia ética y jurídica de estas prácticas, lo que no le impidió decantarse finalmente por admitir el acceso a los tratamientos por la mujer sola (un hecho diferencial, todavía a día de hoy, respecto de la normativa de otros países de nuestro entorno) y no aceptar, sin embargo, la gestación por sustitución, incorporando un precepto específico para descartarla³, que se volvió a reproducir literalmente 18 años después en la ley de 2006.

En efecto, la vigente ley de reproducción humana asistida española de 2006 dedica un artículo a la que denomina “*gestación por sustitución*”, proclamando que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”⁴. Y, además, que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, lo que equivale a decir que el hijo será siempre de la madre que lo ha dado a luz⁵. Salva, no obstante, la posible acción de reclamación de la paternidad del padre biológico, conforme a las reglas generales, que a la postre ha venido siendo la vía para regularizar, al menos parcialmente, la situación de los hijos nacidos de esta técnica en el extranjero, siempre que se hubiera utilizado una muestra de semen del padre que hizo el encargo.

Aunque en sentido estricto la ley española de reproducción no articula su regulación en esta materia como una prohibición taxativa, pues ni siquiera contempla una infracción específica para esa práctica dentro de la relación de infracciones de su articulado, sí es razonable sustentar la existencia de una prohibición propiamente dicha por la vía de

² Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE n.º. 282, de 24 de noviembre de 1988).

³ Art. 10 de la citada Ley 35/1988.

⁴ Art. 10.1, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE n.º. 126, de 27 de mayo de 2006).

⁵ Se trata del punto 2, del mismo art. 10. En el punto 3 se indica que «queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad del padre biológico, conforme a las reglas generales».

entender que el acuerdo o contrato de maternidad subrogada conlleva un objeto y una causa ilícitos, en cuanto teóricamente opuestos a la ley y a la moral mayoritaria. A esta conclusión se llegaría al considerar que el cuerpo humano no puede ser objeto de comercio ni de contratación, y, como subraya alguna autora, incluso en los supuestos de maternidad subrogada sin contraprestación económica, podría existir también un atentado a la integridad física de la mujer gestante⁶, además de una merma de su dignidad humana.

Desde el punto de vista del derecho penal, no puede obviarse la incidencia que en determinados casos de maternidad subrogada que se concertaran en España –en los que medie un alquiler o el pago de un canon o contraprestación– puede llegar a tener el tipo delictivo referido a las adopciones ilegales. En concreto, el art. 221.1 del Código Penal se refiere a los que “mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”; y para esta conducta establece como castigo “las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”.

Para constatar el alcance de esta figura delictiva, el apartado segundo del citado artículo establece que “con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”. Lógicamente, esta previsión es una llamada de atención a quienes pretendan actuar en España como agencias de gestión de peticiones de maternidad subrogada y a los centros sanitarios que llegaran a servir de enlaces entre la mujer que se ofrece a ser gestante y las parejas interesadas en contratar sus servicios.

A modo de resumen de este apartado, puede afirmarse que de cara a una futura regulación en España de la maternidad subrogada para admitirla tendría que conllevar con certeza una variación de la Ley de reproducción humana asistida y, en el caso de que quisiera contemplar la modalidad remunerada, una modificación del tipo de la adopción ilegal del Código Penal para excluir del castigo este caso. Incluso, en el supuesto de que solo se previera con carácter altruista, sería aconsejable la matización o ajuste del precepto penal para determinar qué debe entenderse por “compensación económica” prohibida, en el sentido de si abarcaría cualquier tipo de compensación a la madre gestante de la naturaleza que fuera o solo la que excediera del resarcimiento de sus gastos normales por el embarazo (controles médicos, medicación, etc.).

⁶ M^a. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 168-169. La autora aplica los artículos 1.305 y 1.306, del Código Civil, en relación con los artículos 6.3, 1.271 y 1.275 del mismo texto legal.

3.- El modelo prohibitivo se tensiona: globalización, fraude de ley y los efectos de la Instrucción del Ministerio de Justicia

La medicina reproductiva no es ajena al fenómeno de la globalización, que afecta a todas las áreas del conocimiento y la cultura y que da lugar a que los ciudadanos, cuando lo consideran preciso y su nivel económico se lo permite, “salten” las fronteras para acceder fuera de las mismas a lo que está prohibido en su país. Precisamente eso es lo que ha sucedido en los últimos tiempos con la gestación de sustitución, potenciado por la divulgación en medios de comunicación de informaciones sobre artistas y otras personas famosas que han utilizado este procedimiento para ser padres.

Al mismo tiempo, los centros de reproducción asistida se ven presionados por parejas que desean acceder a la citada técnica como vía para conseguir descendencia y, a riesgo de incurrir en la figura del fraude de ley, colaboran en ocasiones en el procedimiento, no tanto concertando esta técnica con centros extranjeros como realizando a las parejas actos preparatorios o necesarios dentro del proceso con el fin de que puedan reducir los desplazamientos y los costes: creación en España de los embriones con gametos de la pareja o con gametos procedentes de donantes para vitrificarlos y, acto seguido, remitirlos al extranjero; obtención de muestra de semen o de óvulos con el mismo fin, realización de controles de estimulación, etc.

A este respecto puede decirse que la realización en España de actos preparatorios o complementarios, o de ayuda, de una técnica reproductiva que no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico –como es la gestación por sustitución–, pueden entenderse ejecutados en “fraude de ley”⁷, figura jurídica que, como es sabido, consiste en realizar actos amparados por una norma (legales en la forma, como sería la generación de embriones en el marco de una FIV) pero que persiguen un resultado o fin prohibido por el ordenamiento jurídico (ilegales en el fondo, como es la maternidad subrogada o gestación por sustitución). La consecuencia neta de este tipo de actuaciones, cuando se demuestran, es que se aplica la norma que se ha tratado de eludir (la que se refiere a la conducta finalista), es decir, en nuestro caso la sanción correspondiente a las infracciones por no cumplir la normativa a la que están sujetos los centros españoles.

Por otro lado, las parejas que acuden a los países donde sí es posible la maternidad subrogada van venciendo cada vez con más claridad la batalla por inscribir a sus hijos en el Registro Civil español, pues como se verá en estas líneas, tras una situación de obstáculos derivados de la rigidez de la normativa española se va imponiendo en nuestros días una flexibilización en este terreno derivada de la pujanza y supremacía del principio del interés superior del menor y del principio pro continuidad de las relaciones familiares, que conducen a habilitar su pleno reconocimiento en materia de filiación, con independencia de su origen biológico. La materialización de esta tendencia tiene como máximo exponente las Sentencias de 2014 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Menesson c. Francia* y *Labasee c. Francia*, que se comentan más adelante.

⁷ Art. 6.4 del Código Civil español.

En el citado camino, y dentro de nuestras fronteras, debe destacarse la promulgación en 2010 de una Instrucción del Ministerio de Justicia para establecer los requisitos para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero⁸. Como se indica en el preámbulo de esta disposición, su origen se sitúa en la proliferación de casos de parejas que se habían visto obligadas a recurrir la denegación por las oficinas consulares españolas de la inscripción de niños nacidos por ese mecanismo en el extranjero. De manera singular el problema se producía sobre todo respecto de las parejas homosexuales masculinas, ya que por razones fisiológicas en ningún caso podían sostener ante el encargado del registro consular que los hijos los habían gestado ellos.

El requisito fundamental exigido por la Instrucción para proceder directamente a la inscripción en el Registro consiste en que la atribución de filiación se base en una previa resolución judicial del país donde hubiera tenido lugar la maternidad subrogada, que además se hubiera tramitado dentro de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria (es decir, que no fuera de carácter contencioso, ya que en ese supuesto se exige un trámite de *exequatur*). A partir de ahí el encargado del Registro Civil debe controlar básicamente la legalidad formal de la resolución⁹.

A raíz de esta Instrucción se produjo en la práctica el respaldo legal a una situación cuando menos peculiar, por no decir de claros tintes discriminatorios, como es la de que aquellas parejas que podían sufragar los altísimos costes de concertar una maternidad subrogada en el extranjero encontraban por fin un instrumento con el que sortear la prohibición de la ley de reproducción española, mientras que los que no tenían suficientes recursos económicos quedaban sujetos a la limitación y privados de esa posibilidad.

Debe significarse que la mencionada Instrucción resultó posteriormente desactivada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2014, que se analiza en el epígrafe siguiente, aunque

⁸ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE n.º. 243, de 7 de octubre de 2010).

⁹ La directriz Primera, apartado 3, establece lo siguiente sobre el citado control: “No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

volviera a reverdecir tras los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se comentan igualmente más abajo de estas líneas.

4.- El caso de la pareja homosexual valenciana fallado por el Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo de España tuvo ocasión de pronunciarse en 2014 sobre la legalidad de la gestación por sustitución a raíz del recurso planteado por un matrimonio de hombres valencianos, que había acudido a Estados Unidos para obtener descendencia por esta vía consiguiendo dos hijos. En virtud de sendos certificados de nacimiento expedidos por el Condado de San Diego, situado en el Estado de California, y en los que ambos figuraban como padres de los menores, solicitaron que se practicara la inscripción de nacimiento y filiación de los mismos a su favor en el Registro Consular de Los Ángeles. Este último denegó la inscripción en base a lo establecido en la Ley de reproducción asistida española y los interesados recurrieron esa decisión ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), dependiente del Ministerio de Justicia español, que les dio la razón mediante Resolución de fecha 18 de febrero de 2009 por entender que el Registro civil en estos casos debía limitarse al control de la legalidad formal de los certificados extranjeros, sin entrar a valorar el derecho aplicable a la filiación.

El Ministerio Fiscal impugnó ante los Tribunales la citada Resolución de la DGRN, lo que dio lugar a un pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de fecha 15 de septiembre de 2010, que estimó dicha impugnación y dispuso dejar sin efecto la inscripción de nacimiento con las menciones de filiación de los padres. Recurrida en apelación la Sentencia aludida, fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 23 de noviembre de 2011¹⁰, interponiendo los interesados recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo resolvió definitivamente el asunto mediante su Sentencia de 6 de febrero de 2014, por la que desestimó el recurso del matrimonio valenciano¹¹, al entender que el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no podía limitarse a los aspectos formales, sino que también debía extenderse a cuestiones de fondo, especialmente a la valoración de la posible vulneración del orden público español que, como sostuvo, actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras. De acuerdo con la Sentencia, el citado orden público estaría integrado por todos los derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, que afectan, entre otras, a las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ellas, de las relaciones paterno-filiales¹².

¹⁰ Sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia (Civil, Sección 10ª).

¹¹ Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno).

¹² La resolución judicial, en su Fundamento de derecho tercero, apartado 5, establece que esas normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y de las relaciones paterno-filiales, y que por tanto afectan al orden público, tienen anclaje en los siguientes derechos: “derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la

De manera más precisa, la Sentencia concluye que el precepto de la Ley de reproducción que proscribía la gestación por sustitución integra el orden público internacional español e impide la inscripción de la filiación de los hijos a favor del matrimonio de varones valencianos¹³. Dice así:

“Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.”

Debe significarse que la resolución se decidió por mayoría de cinco magistrados frente a cuatro, que formularon un voto particular, en el que discutieron que se produjera esa vulneración del orden público, al entender que esa apreciación debe hacerse siempre caso por caso y no de forma genérica. Poniendo en contraste la posición de la mayoría con la de los magistrados disidentes es posible extraer varias de las grandes controversias que subyacen a la gestación por sustitución tanto desde el punto de vista jurídico como ético.

4.1.- La acusación de mercantilización de la gestación y de la filiación

El primer aspecto controvertido a destacar sería el de la teórica mercantilización de la gestación y la filiación. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, sin perjuicio de reconocer que el hecho biológico no es la única fuente de la filiación (recordando los ejemplos de la adopción o de los tratamientos de reproducción humana asistida con gametos de donante, en los que inciden factores de naturaleza social y cultural), marca las particularidades que, a su juicio, se dan respecto de la gestación por sustitución realizando la siguiente valoración:

“Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar

Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución).”

¹³ Fundamento de Derecho tercero, apartado 7, de la Sentencia del Tribunal Supremo.

negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”.

Frente a esta crítica de la mercantilización de la gestación y de las relaciones filiales, el voto particular de los magistrados discrepantes del fallo definitivo consideran que esa afirmación no se puede generalizar y menos teniendo en cuenta su legalidad en un país democrático como Estados Unidos. Además de lo anterior, su discrepancia la fundamentan en los siguientes elementos:

- “a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso;
- b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante;
- c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias,
- d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.”

Los autores del voto particular abundan sobre estas cuestiones poniendo de relieve los siguientes defectos que, a su juicio, se producen en la Sentencia:

- “a) no se indica cómo queda afectada la dignidad de quien solicita libre y voluntariamente esta forma de procreación, como tampoco de la mujer que acepta esa petición, en el seno de un procedimiento judicial regulado en la sección 7630 del California Family Code dirigido a determinar la filiación conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo;
- b) tampoco se colige de qué forma se ve afectada la dignidad de los nacidos a los que se les procura una familia;
- c) no ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios,
- d) es la propia DGRN la que valora especialmente en resoluciones como la impugnada *“que se ha respetado el interés superior de la menor, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño”*, y que *“la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad, garantizan el derecho del menor a disponer de una filiación única, válida para todos los países”* (RDGRN 30 de noviembre; 22 de diciembre de 2011, entre otras).”

A modo de resumen de este apartado, para el grupo mayoritario de magistrados la vulneración del orden público internacional español que supone el reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución se desprende sin más de la contravención de la norma que la considera ilegal en España, mientras que para el grupo minoritario esa vulneración debe enjuiciarse en relación a cada caso que se presente.

Más allá de la discusión sobre cómo y cuándo debe entenderse vulnerado el orden público, resuelta en la Sentencia de la manera comentada, sí pueden hacerse algunas consideraciones sobre los argumentos particulares utilizados por uno y otro grupo de magistrados para construir sus respectivos posicionamientos en relación a la gestación por sustitución. Así, en relación a la acusación de mercantilización que hace la mayoría no cabe duda de que esta tiene lugar cuando el proceso está intermediado por agencias privadas como las que operan en Estados Unidos, ya que se trata de compañías con evidente ánimo de lucro que cobran fuertes cantidades por sus servicios. Tan solo en los países que admiten la gestación por sustitución de manera exclusivamente desinteresada, como por ejemplo Reino Unido y Grecia, puede aceptarse que la mercantilización propiamente dicha no se da o está más atenuada. Es cierta también la acusación que se hace en la Sentencia de que admitir solo la gestación por sustitución de los ciudadanos que pueden pagársela en el extranjero genera una desigualdad por motivos económicos en relación a los que también desearían recurrir a esa técnica y no pueden pagársela.

Ahora bien, otra cuestión distinta es dar por hecho que siempre que hay intereses económicos por medio queda comprometida la autonomía, libertad de decisión y dignidad de la madre gestante. En este aspecto es razonable entender, como apuntan los magistrados del voto particular, que el análisis debe efectuarse caso por caso: no es lo mismo cuando la gestación por sustitución se realiza con supervisión judicial de la aceptación (Estados Unidos) que cuando eso no ocurre, y tampoco cuando la madre gestante tiene un cierto nivel económico y formación personal, que cuando su situación personal es de gran necesidad y vulnerabilidad social (India). En este último caso, las posibilidades de que se produzca una cosificación del cuerpo de la mujer y del hijo, con grave merma de su dignidad respectiva, son más que notorias.

4.2.- La gestación por sustitución como teórica manifestación del derecho a procrear

Otro de los argumentos de los magistrados del voto particular es la tesis de que la gestación por sustitución es una “manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio”. Este argumento tiene como presupuesto previo la existencia de un “derecho a la procreación” aspecto nada pacífico desde el punto de vista constitucional¹⁴. En efecto, una lectura de nuestra Carta Magna de 1978 revela que el derecho a la procreación, aunque tenga una evidente conexión con el

¹⁴ Abellán F: voz “derecho a la procreación”, dentro de la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (Director Carlos Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria de la Univ. de Deusto y de la Univ. del País Vasco, Comares, 2011.

derecho a la libertad (art. 17.1 CE), no está recogido en su articulado, o al menos no lo está explícitamente. De lo anterior puede desprenderse una cierta dificultad para considerarlo un derecho subjetivo, esto es, un derecho entendido como poder o facultad de exigir a alguien (por ejemplo a la Administración pública) su realización. En otras palabras, es discutible si el derecho a la procreación es realmente un derecho en sentido propio o si, por el contrario, constituye una expresión más de la libertad personal —del *agere licere* o libertad de hacer generada al amparo de la necesidad de respetar la voluntad ajena—.

Existe una discusión doctrinal sobre el carácter de derecho o de libertad del denominado derecho a la procreación, en la que habría que considerar al menos dos posturas: en primer lugar la posición sustentada por el Tribunal Constitucional español¹⁵, que entiende que sólo tienen carácter de derecho fundamental las manifestaciones de la libertad que expresamente se contienen en la propia Constitución bajo esa forma jurídica (en la sección 1ª, capítulo II, título I, de la CE), pero no la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles (por ejemplo las relaciones sexuales, las decisiones reproductivas) por importantes que estas sean en la vida del individuo. En esta línea, estarían quienes sostienen que la mera positivización legal de una libertad no es suficiente para que se convierta en derecho y menos aún en un derecho fundamental (Vega Gutiérrez)¹⁶.

Y, en segundo lugar, la postura de autores que opinan que sí puede afirmarse la existencia de un verdadero derecho a la reproducción (Gómez Sánchez)¹⁷ integrado, por una parte, en el derecho fundamental a la libertad —con fundamento, además, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10.1 CE)— y, por otra parte, protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Incluso, como derecho que encuentra una manifestación de rango legal en el reconocimiento del derecho a fundar una familia recogido en los textos internacionales de derechos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico (art. 12 Convenio de Roma).

En última instancia, no se puede obviar tampoco la conexión del derecho-libertad que estamos comentando con el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), concretamente con su vertiente reproductiva, si bien aquí ya no se estaría hablando de un derecho fundamental propiamente dicho.

4.3.- La cuestión del interés superior del menor

El segundo gran asunto respecto de la gestación por sustitución que aborda la Sentencia es el relativo a la protección del interés superior del menor. El matrimonio valenciano alegó en su recurso que privar de su filiación a los menores vulneraba el citado interés y les dejaba desprotegidos, que además el menor tiene derecho a una identidad única que se debe

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 89/1987, de 3 de junio.

¹⁶ A.M. VEGA GUTIÉRREZ, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Vidal Martínez, J. (Coord.), Ed. Comares, 1998.

¹⁷ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid 1994, p. 40-41.

respetar por encima de fronteras estatales y que, en definitiva, el único modo de satisfacerlo sería reconociendo la filiación determinada por la autoridad registral de California.

Como se recuerda en la Sentencia del Tribunal Supremo que se está comentando, “el interés superior del menor” es un principio que exige una consideración primordial sobre el resto de valores y que como tal se recoge en textos internacionales como la Convención sobre los derechos del niño, de la Asamblea General de Naciones Unidas, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁸. Al mismo tiempo, dice también el tribunal que se trata, por un lado, de un “concepto jurídico indeterminado”, esto es, de una cláusula general cuyo contenido debe concretarse en cada caso; y, por otro, de un “concepto esencialmente controvertido”, por cuanto sobre su concreción no existe unanimidad social. No obstante todas estas consideraciones, en la Sentencia se concluye que el citado “interés superior del menor” no puede ser invocado de manera indiscriminada porque entonces podría amparar hasta los casos en que se pretendiera una determinación de filiación por la compra de un niño procedente de una familia desestructurada o de un entorno problemático con el fin de llevarlo a una familia de buena posición y que estuviera interesada en él.

De esta manera, la Sentencia establece que la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma, en este caso, lo establecido en la Ley de reproducción respecto de la gestación por sustitución. Respetar la ley es también respetar el citado principio viene a decir.

Razona el Tribunal Supremo en la Sentencia que además del principio del interés superior del menor deben tenerse en cuenta otros bienes jurídicos con los que hay que realizar una ponderación, como el respeto a “la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”, así como la salvaguarda de la propia “dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”¹⁹.

En última instancia recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo que hay otras vías distintas al reconocimiento de la filiación que se pretende para permitir y desarrollar la protección de los vínculos familiares que se hayan creado “de facto” entre el matrimonio valenciano y los menores, y que la limitación legal que impone a la certificación californiana se circunscribe en este caso al reconocimiento de la filiación pero no alcanza a que los niños tengan inscrito un nombre desde su nacimiento y una nacionalidad, significando al respecto lo siguiente:

“Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico,

¹⁸ Fundamento de derecho cuarto, apartado 2.

¹⁹ Fundamento de derecho cuarto, apartados 7 y 8.

por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.”

Como colofón a esta argumentación, la propia Sentencia insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”.

Por su parte, los magistrados que suscriben el voto particular consideran que con la desestimación del recurso el interés de los menores queda afectado gravemente, por entender que a los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto, que con la decisión mayoritaria se ignora una nueva realidad –la de la gestación por sustitución– y no se procuran las soluciones más beneficiosas para ellos. Continúan aseverando que aplicar la normativa interna –la ley de reproducción asistida española– como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, y se les priva de su identidad y de su núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor.

La realidad que se aprecia en los casos de gestación por sustitución concertada en el extranjero es que las parejas españolas, al menos la mayor parte de ellas, consiguen en España la determinación de la filiación paterna en sede judicial, siempre que hayan aportado el gameto masculino y se hagan la prueba de paternidad correspondiente. A partir de ahí la mujer tramita un proceso de adopción del menor (hijo de su esposo o compañero) para conseguir la doble filiación de la pareja. Es decir, la dificultad que genera la falta de reconocimiento de la filiación derivada del contrato de gestación por sustitución termina venciendo de manera indirecta, por lo que en la práctica no se produce en los menores lo que invocan los magistrados del voto particular acerca de la privación de su núcleo familiar o situación de desamparo. Ahora bien, otra cuestión distinta es si es razonable hacer pasar a las familias por la penosidad e incertidumbre de todos esos trámites para conseguir inscribir a su nombre la filiación de los niños, y si esa situación lesiona realmente el interés superior del menor.

5.- El pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos *Menesson v. Francia* y *Labassee v. Francia*) y su consideración por el Tribunal Supremo español

La Sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 6 de febrero de 2014, se vio concernida por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictadas con posterioridad, concretamente el 26 de junio de 2014, en los casos *Menesson*²⁰ y *Labassee*²¹. Ambos supuestos fueron promovidos por dos matrimonios de ciudadanos franceses que habían visto rechazada en su país la inscripción de la filiación de los hijos obtenidos a partir de sendas gestaciones por sustitución realizadas en Estados Unidos, utilizándose en cada caso semen del marido respectivo.

En las dos resoluciones la Corte del tribunal, si bien salvaguardó el derecho de Francia a decidir sobre la legalidad de la gestación por sustitución, estableció que con la decisión de las autoridades francesas de no reconocer la filiación se había producido una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos²², concretamente en lo relativo a la protección del derecho a la vida privada, en este caso, de los niños, pero no así en lo referente a la protección del derecho a la vida familiar, ya que lo cierto es que los niños no se habían visto privados de ella en ningún momento a pesar de las decisiones administrativas denegatorias de la inscripción.

La Corte consideró que la falta de reconocimiento en Francia de la filiación admitida en Estados Unidos era una medida que perjudicaba la identidad de los niños dentro de la sociedad francesa, particularmente porque les dificultaba la obtención de la nacionalidad de dicho país. La Corte resaltó la importancia especial que tenía en este caso el hecho de que uno de los padres de cada matrimonio fuera el padre biológico de los menores, y determinó que privarles del reconocimiento legal de esa relación de filiación paterna era contrario al mencionado artículo 8 del Convenio.

El problema fundamental que puso de relieve la Corte es que en Francia la gestación por sustitución, por aplicación del principio *fraus omnia corrumpit* (el fraude todo lo corrompe) que aplica el Tribunal de Casación de dicho país, impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación por constar que los solicitantes crían y educan al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción. Es decir, al entender que la gestación por sustitución se hace fraudulentamente, nada puede convalidarse a posteriori para salvar ese vicio originario. El Tribunal europeo consideró que tal posición atenta al reconocimiento de la identidad de los menores en el seno de la sociedad francesa.

²⁰ *Affaire Menesson c. France* (Requête n.º. 65192/11), Estrasburgo, 26 de junio de 2014.

²¹ *Affaire Labassee c. France* (Requête n.º. 65941/11), Estrasburgo, 26 de junio de 2014.

²² Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Consejo de Europa, Roma, 4 de noviembre de 1950.

Pues bien, si se tiene en cuenta la eficacia y obligado cumplimiento en nuestro ordenamiento de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la realidad es que el pronunciamiento de los casos comentados viene a reforzar la posición de los padres que han recurrido a la gestación por sustitución en el extranjero para inscribir a su favor la filiación de los hijos obtenidos. Al mismo tiempo, cuestiona indirectamente la postura del Tribunal Supremo español de que dentro del concepto de orden público deba incluirse la prohibición de la gestación por sustitución o, cuando menos, que la afectación del orden público en esta materia sea argumento suficiente para impedir la inscripción de la filiación de los niños.

Debe resaltarse que el mismo Tribunal Supremo español volvió a pronunciarse sobre esta cuestión mediante su Auto de febrero de 2015²³, con el que resolvió el incidente de nulidad por supuesta vulneración de derechos fundamentales planteado por el mismo matrimonio homosexual valenciano contra la Sentencia del febrero de 2014 que había desestimado sus pretensiones. En esta resolución hizo el tribunal una interpretación de las resoluciones del Tribunal Europeo para concluir que contemplan situaciones que no son del todo coincidentes con la española y que por ello no afectan a la solución tomada en nuestro país. En particular, afirmó el Tribunal Supremo sobre estas diferencias:

“Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (*«fraus omnia corrumpit»*, el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias de los casos L. y M.), por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar “de facto” (lo que es muy posible pero no ha sido el objeto del recurso, pues los demandados han fundado su oposición a la demanda del Ministerio Fiscal en la procedencia de transcribir las actas de nacimiento de California tal como allí fueron extendidas), nuestra sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción (que, si uno de los solicitantes de la nulidad de actuaciones fuera padre biológico, no requeriría siquiera propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor, art. 176 del Código Civil) o, de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento.”

²³ Auto de 2 de febrero de 2015, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, Recurso de Casación 245/2012.

Asimismo, el Tribunal Supremo llamó la atención de que en Francia se impide también en estos casos la adquisición de la nacionalidad por los menores y que puedan heredar de sus padres intencionales. En definitiva, lo que viene a resaltar el Tribunal Supremo español es que, a diferencia de lo que ocurre en Francia, lo que no se puede resolver allí por ningún medio, sí es posible hacerlo en España por vías indirectas como la adopción.

Hay que decir que este Auto de febrero de 2015 tuvo también un voto particular de varios magistrados discrepantes que, con evidente acierto, pusieron de relieve que en el fondo la decisión mayoritaria del Tribunal Supremo, en lo tocante al interés superior del menor, promueve un tipo de soluciones para la inscripción de los menores que parten de la prohibición de la gestación por sustitución, con lo que en la práctica lo que se produce realmente es la invitación a dar un rodeo para sortear dicha prohibición.

A modo de resumen, lo que queda claro a raíz del pronunciamiento del Tribunal Europeo es que las prohibiciones de la gestación por sustitución incluidas en las leyes de los Estados miembros de la Unión Europea, no pueden dar lugar a una denegación absoluta del reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos de esa técnica en el extranjero, lo que supone un resquebrajamiento notable de esas prohibiciones y justifica la realización de un debate a fondo en la sociedad.

6.- La propuesta de bases reguladoras de la Sociedad Española de Fertilidad

Como se dijo al principio de estas líneas, la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) promovió en 2015 un grupo de trabajo multidisciplinar para realizar la tarea de proponer unas bases de regulación de la gestación por sustitución, que pudieran servir de orientación al legislador, si finalmente da el paso de admitir la citada práctica.

El documento, que está publicado y accesible a través del propio sitio web de la SEF, parte de dos premisas fundamentales, como son, en primer lugar, el carácter excepcional con el que debe contemplarse la gestación por sustitución, ya que en modo alguno ha de verse como un tratamiento reproductivo más (tienen que haberse descartado otras alternativas); y, en segundo lugar, la apuesta porque el contexto en el que se desarrolle sea eminentemente médico, sin perjuicio de reconocer también el acceso en los supuestos de la denominada esterilidad “estructural” que afecta a las parejas del mismo sexo y a los individuos sin pareja. Otros de los factores importantes que se señalan son los de la ausencia de ánimo de lucro, la supervisión ética por un comité y el control judicial previo para descartar completamente el comercio de niños y la explotación de la mujer.

La propuesta se articula en trece puntos que aborda cuestiones como los criterios de salud de ambas partes, el régimen de confidencialidad entre la pareja subrogada y la gestante, la autonomía decisoria de esta última, la compensación económica, las incompatibilidades o el funcionamiento de las agencias intermediarias. En definitiva, se trata de una propuesta realizada después de un análisis a fondo sobre todas las implicaciones médicas, biológicas, psicológicas, bioéticas y legales que rodean la gestación por sustitución, y tomando en consideración la regulación existente en otros países de nuestro entorno.

7.- Conclusiones

- La prohibición de la gestación por sustitución en España tiene sus raíces en la primera ley de reproducción asistida de 1988 y ha permanecido invariable desde entonces. Su plasmación en la vigente Ley de reproducción asistida de 2006 no deja lugar a la duda sobre su ilicitud. Además, existe una figura delictiva –la adopción ilegal– que podría afectar a esta práctica cuando median intereses económicos.
- A pesar de la prohibición referida, las parejas españolas con capacidad económica suficiente pueden recurrir a esa técnica en el extranjero. Algunos centros de reproducción colaboran con estas parejas realizando pruebas y actos preparatorios con riesgo de incurrir en la figura del fraude de ley.
- El Tribunal Supremo español reforzó la vigencia de la prohibición de la ley de reproducción en su Sentencia de febrero de 2014, denegando el reconocimiento de la filiación a favor de las parejas que acuden al extranjero para encargar una gestación por sustitución sobre la base, entre otros argumentos, de una interpretación del principio del interés superior del menor. Esta decisión ha sido indirectamente matizada en lo relativo al interés superior del menor por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus resoluciones de los casos *Mennesson* y *Labassee* de junio del mismo año.
- A tenor de las resoluciones judiciales comentadas, la grieta en la prohibición de la gestación por sustitución se viene produciendo más por la vía de la preponderancia del interés superior del menor, que por el reconocimiento de un derecho subjetivo a la procreación que pueda alcanzar la realización de esta modalidad.
- La Sociedad Española de Fertilidad ha planteado un documento de bases legales para una futura regulación, a partir de un estudio interdisciplinar y teniendo en cuenta los antecedentes existentes en otros países de nuestro entorno.

BIBLIOGRAFÍA

- Bergel, S. D., “Aspectos éticos y jurídicos de la comercialización de partes separadas del cuerpo humano”, *Revista de Bioética*, 2013, 21 (2), pp. 199-206.
- Farnós, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, en *InDret*, enero 2010.
- García Amez, J: Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España, en *Revista Derecho y Genoma Humano* 40/2014: 147-170.

- Lamm, E: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Observatori de Bioètica i Dret. Universitat de Barcelona, 2013.
- Núñez R, Feito L, Abellán F (coords.) Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución. Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, SEF, diciembre de 2015, <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf> (accedido octubre 2016).
- Rey Martínez, F., “La prostitución ante el derecho: problemas y perspectivas”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, 2006, pp. 97-119.

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR. MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN: CARENCIAS, INTERROGANTES Y RETOS DEL LEGISLADOR.

Amelia Sánchez Gómez
Profesora de Derecho Civil.
Universidad Complutense de Madrid.

Fecha de recepción: 5 de septiembre

Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: El cambio de paradigma que han supuesto las nuevas tecnologías, ha puesto de manifiesto la necesaria protección de los derechos fundamentales afectados (honor, intimidad, imagen y protección de datos personales, especialmente, de menores). La dualidad normativa sobre la que se construyó la protección de aquéllos (LOPHII y LOPD), ha evidenciado sus carencias. El objetivo de estas líneas es plantear algunos interrogantes y retos del legislador, tomando como referencia los avances en el Derecho Comunitario (Reglamento General de Protección de Datos), así como los existentes en el ámbito jurisprudencial.

ABSTRACT: The change of paradigm that the new technologies have supposed, has revealed the necessary protection of the fundamental affected rights (honor, intimacy, image and protection of personal information, specially, of minors). The normative duality on the one that constructed the protection herself of those (LOPHII and LOPD), has demonstrated his lacks. The aim of these lines is to raise some questions and challenges of the legislator, taking the advances as a reference in the Community law (General Regulation of Protection of Information), as well as the existing ones in the jurisprudential area.

PALABRAS CLAVE: Nuevas tecnologías, derechos fundamentales del menor, interrogantes y retos del legislador, Derecho Comunitario, jurisprudencia.

KEY WORDS: New technologies, fundamental rights of the minor, questions and challenges of the legislator, Community Law, jurisprudence.

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Los mecanismos jurídicos del ordenamiento español para la protección del honor, intimidad, imagen, y datos personales. Avances jurisprudenciales. Referencia al Derecho Comunitario: El Reglamento General de Protección de Datos. III. Algunas reflexiones sobre el derecho al honor, intimidad, imagen y protección de datos en el escenario on line. IV. Los menores del siglo XXI ante las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC'S). V. La desatención de la reforma de 2015 del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia al fenómeno de los menores en el entorno virtual. VI. Carencias de la legislación vigente, nuevos interrogantes y retos del legislador ante las TIC'S. 1. ¿Sistematización de supuestos de intromisiones ilegítimas desde el punto de vista civil? 2. Requisitos del consentimiento del menor para actuar en el entorno digital. Garantías para su revocación eficaz. 3. ¿Aplicación del artículo 9.3 de la LOPHII respecto a la presunción de perjuicio? 4. ¿Son aplicables los criterios del artículo 9.4 de la LOPHII para fijar la indemnización del daño moral? 5. Conveniencia de la responsabilidad civil del menor en el entorno on line. 6. ¿Prevalece el interés del menor en la arquitectura digital?. ¿Cuál es el papel del Ministerio Fiscal al respecto? 7. ¿Derecho al olvido digital del menor en las redes sociales? 8. Hacia la concienciación y "acción común" de todos los sujetos intervinientes. VII. A modo de conclusión.

I. Consideraciones previas

Cuando el legislador promulgó la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (desde ahora LOPHII) y, posteriormente la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (desde ahora LOPD), a buen seguro no fue consciente de la manera en que el imparable desarrollo de las nuevas tecnologías y la era de internet iba a poner en entredicho la protección proporcionada por aquellas normas a los referidos derechos¹. Y ello pese a que nuestro legislador constitucional contempló el uso de la informática como un factor perturbador en la integridad de tales derechos, haciendo una llamada a la ley para que regulara su uso. Hoy, después de más de treinta años, estamos inmersos en la web o universo 3.0 que poco tiene que ver con aquella previsión con innegables amenazas para la privacidad de las personas².

El acceso a internet se presenta como el punto de partida determinante para el ejercicio de otros derechos de gran trascendencia en el mismo entorno *on line* que han de ser protegidos y respetados como la libertad de expresión e información, de reunión, asociación y participación, protección de la vida privada, de los datos personales y educación³. En efecto, de todos es sabido el papel fundamental que desempeña Internet en la vida de las personas y en muchos otros aspectos de su desarrollo. Su continua evolución permite a los ciudadanos conectarse, comunicarse, relacionarse, compartir ideas, experiencias, gustos, vivencias, conocimientos, sin desconocer el gran impacto sobre las actividades económicas. De otra parte, el acceso a Internet se ha configurado como un derecho de nueva creación, no reconocido en la Constitución Española de manera específica que, sin embargo, se consagra en la legislación autonómica en el año 2006 y de manera implícita en la nacional de telecomunicaciones por adecuación a las Directivas comunitarias sobre la materia⁴. Desde el año 2014 también ha sido objeto de atención en algún instrumento jurídico comunitario que será objeto de mención⁵. Al igual que presenta ventajas, conlleva riesgos que deberán ser bien definidos y respecto de los que habrá que encontrar puntos de equilibrio en pro de la indemnidad de aquéllos.

Este panorama tan distinto respecto a la forma en que se ejercitaban los derechos fundamentales en el siglo pasado conforma nuevos retos para el legislador. Esto es, el imparable desarrollo de las tecnologías y las actividades que se realizan en el nuevo entorno o escenario digital, puede parecer incompatible con la protección de la privacidad y de otros derechos fundamentales como el honor o la imagen. Efectivamente, cualquier contenido que incluya datos personales, en diversa formas (texto, imágenes o audio), puede ponerse a disposición de cualquiera internauta de manera instantánea y permanente en formato digital a nivel mundial⁶. Además de este hecho por cuya virtud el mismo usuario de internet al interactuar en la red está ejerciendo sus derechos (de información, expresión...) y, es de esperar, que de manera consciente (respecto a los menores las dudas son mayores), los mecanismos de internet (universo web 3.0) posibilitan que esos datos personales de los usuarios sean un importante activo para muchas empresas dedicadas a la recogida, utilización y análisis de los mismos en busca de clientes potenciales⁷. De resultas, este panorama produce intromisiones en la privacidad o, más exactamente, en los derechos

¹ Vid. D. ORDÓÑEZ SOLÍS, "El derecho al olvido en Internet y la sentencia Google Spain", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6/2014, BIB 2014\2257, p. 5.

Como afirma el autor respecto a la Ley de Protección de Datos: "(...) las dos leyes de 1992 y de 1999 apenas pudieron tener en cuenta los desarrollos tan trascendentales de Internet. La Ley Orgánica de 1992 se preocupó más por los datos que los personas (...). En cambio, la vigente Ley Orgánica de 1999, siguiendo la estela de la Directiva de 1995, pretende "garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar".

² Vid. B. LÓPEZ PORTÁS, "La Protección Datos personales en el Universo 3.0: El Derecho al Olvido en la Unión Europea tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 38 (Mayo-Agosto 2015), p. 9, nota número 4.

³ *Idem* nota anterior.

⁴ Vid. J. PLAZA PENADÉS, "Los derechos fundamentales en Internet", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36 (Septiembre-Diciembre), 2014, p. 1.

⁵ Guía de los Derechos Humanos para los usuarios de Internet.

⁶ Vid. G. MINERO ALEJANDRE, "A vueltas con el "derecho al olvido". Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, junio 2014, p. 130.

⁷ *Idem* nota anterior.

fundamentales de los usuarios. No es solo el dato de esas intromisiones más o menos conscientes el hecho más preocupante por la actuación de los mismos internautas en la red, sino la pérdida de control por el titular sobre esos mismos datos que un día fueron añadidos de manera consciente y voluntaria por él.

II. Los mecanismos jurídicos del ordenamiento español para la protección del honor, intimidad, imagen y datos personales. Avances jurisprudenciales. Referencia al Derecho Comunitario: el Reglamento general de protección de datos.

Es en este ámbito, en el que los legisladores nacional y europeo han de habilitar mecanismos que impidan que este nuevo panorama se vaya edificando sobre el recorte o la desprotección de los derechos fundamentales como una consecuencia inevitable. Más bien al contrario, compartimos el parecer doctrinal según el cual: “es responsabilidad de todos, y especialmente de los juristas, establecer reglas claras y proporcionadas, que permitan que las nuevas tecnologías sirvan para crear una sociedad más informada y, con ello, más libre y democrática, pero que, a la vez, impidan que este nuevo panorama se construya sobre la destrucción de derechos fundamentales reconocidos a las personas, entre los que la intimidad y la tutela de los datos de carácter personal tiene o han de tener un papel fundamental”⁸.

Los principios de democracia y del Estado de Derecho obligan a reforzar tales derechos en el nuevo entorno digital. En el ámbito nacional la dualidad normativa construida sobre las Leyes Orgánicas de 1982 y de 1999, parece ser insuficiente para dar respuesta a todas cuestiones que plantea el fenómeno de internet en relación a los derechos fundamentales. Repárese, además, en la diferencia de arquitectura legal⁹ de sendas normas, pues mientras que la primera se articula sobre el binomio “lesión/repación”, la segunda lo hace bajo el de “riesgo/prevencción”. Además, tal diversidad determina que en la práctica la garantía civil de los derechos al honor intimidad e imagen de la Ley Orgánica del año 82, pase a un segundo plano en la LOPD¹⁰.

En segundo lugar, la existencia de algunos preceptos aislados contenidos en diversas normas de nuestro Derecho (artículos 162, 1902 y 1903 CC; 11 y 13 a 16 de la LSSI de 2002), a los que se hará referencia, tampoco, adelantamos, conforman la adecuada y debida protección y reforzamiento que los derechos al honor, intimidad, imagen y datos personales exigen en este momento, máxime cuando de menores se trata. Sí merecen, sin embargo, una mención positiva, por cuanto el avance que suponen en la protección de los datos personales y, en general, en la garantía de los derechos de los usuarios de Internet, la STS 15 octubre 2015¹¹ y, más recientemente, la STS 5 abril 2016¹², que viene a ratificar la doctrina de la primera aunque aborda, a diferencia de la primera, la responsabilidad del motor de búsqueda Google Spain, (no del editor de una página web), que no canceló el tratamiento de datos personales relacionados con la concesión de un indulto en tal buscador cuando fue requerida para ello por el demandante. De ahí, que un tratamiento de datos que es lícito, por respetar las exigencias de calidad de datos, puede, con el paso del tiempo, devenir ilícito inicialmente¹³, no sólo por el paso del tiempo en sí

⁸ Vid. G. MINERO ALEJANDRE, “A vueltas con el “derecho al olvido”, cit., p. 131.

⁹ Cfr. M. ZUNÓN VILLALOBOS, “La garantía civil de la privacidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2013, parte Estudio, p. 2.

¹⁰ Ídem nota anterior.

¹¹ STS 15 octubre 2015 (RJ\2015\4417).

Se refiere a la responsabilidad de los editores de las páginas web como responsables del tratamiento de los datos personales, que son prestadores de servicios de la sociedad de la información.

¹² STS 5 abril 2016 (RJ\2016\1006).

¹³ Expresa, textualmente, su FD. quinto, apartado 10:

“Ahora bien, un tratamiento de datos que es lícito inicialmente, por respetar las exigencias de calidad de datos, puede, con el paso del tiempo, dejar de serlo. El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los requisitos que determinan su carácter lícito y, en concreto, con los principios de calidad de datos (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud), no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para la finalidad con las que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos”.

mismo considerado, sino porque además el motor de búsqueda que fue requerido para la cancelación de aquellos datos, hizo caso omiso de aquella petición¹⁴. Aparte de la delimitación que efectúan del derecho al olvido, sendos pronunciamientos realizan una cuidadosa reflexión sobre ponderación de éste con el ejercicio del derecho a la información. En particular, la última decisión citada, resulta de interés por cuanto se refiere al derecho al olvido digital fijando sus contornos y límites de una manera más detallada y precisa, si cabe, que en la STS 15 octubre 2015¹⁵. Con buen criterio, aclara, también, que dicho derecho “no es una creación del TJUE, sino que es una concreción en el ámbito de Internet de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales y, más concretamente, de los arts. 2, 6, 7, 9, 12 y 14 de la Directiva, así como el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece el respeto de la vida privada y familiar”¹⁶.

Una adecuada y completa visión del tema que nos ocupa obliga a tomar consideración la regulación jurídica que proporciona al respecto el marco europeo existente. En efecto, Internet, “constituye una red que comunica millones de usuarios en todo el mundo de modo que la información es accesible también a millones de usuarios en un tiempo indefinido”¹⁷, todo ello trascendiendo las fronteras nacionales. De modo que los mecanismos jurídicos de protección de los derechos de los usuarios de Internet deberán ser completados con los existentes desde la perspectiva comunitaria. En efecto, desde la 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 esos datos, se ha tomado conciencia del citado fenómeno referido, máxime porque en el año 1995, la Comisión Europea no podía prever el desarrollo de las nuevas tecnologías y de Internet en la sociedad y su repercusión en los derechos fundamentales. De ahí que, tras la Directiva de 1995, el impacto de la digitalización de las telecomunicaciones propiciara la promulgación de la 97/66/CE¹⁸ que, para adaptarla al desarrollo de los mercados y las tecnologías de los servicios de las comunicaciones electrónicas se derogó por la de 2002/58/CE¹⁹ que, a su vez, ha sido modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009²⁰. Asimismo, la

¹⁴ Expresa su FD. quinto, apartado 13:

(...) no puede exigirse al gestor de un motor de búsqueda que por su propia iniciativa depure estos datos, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información, a la vista de las múltiples variables que debería tomar en consideración y de la ingente cantidad de información objeto de procesamiento y tratamiento por esos motores de búsqueda. Pero sí puede exigirsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos, y que cancele el tratamiento de sus datos personales cuando haya transcurrido un periodo de tiempo que haga inadecuado el tratamiento, por carecer las personas afectadas de relevancia pública, y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales”.

¹⁵Y continúa en el mismo FD y apartado:

[“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 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 currículo 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. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país. 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”].

¹⁶ FD. Séptimo.

¹⁷ STS 5 abril 2016 (RJ\2016\1006) (FD quinto).

¹⁸ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

¹⁹ 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 comunicaciones electrónicas (DOUE, núm. 201, de 31 de julio de 2002, páginas 37 a 47). Vid. su Considerando 4.

²⁰ Modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²¹, a la que se menciona en la Directiva de 2002 con el propósito de que ésta sea garantizada²². Su artículo 7 consagra el respeto de la vida privada y familiar, y el 8 garantiza la protección de datos de carácter personal. Con carácter más reciente y específico, es digna de mención dentro de esta tendencia, la Guía de los Derechos Humanos para los usuarios de Internet²³, que si bien no establece nuevos derechos y libertades, se basa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en otros convenios e instrumentos del Consejo de Europa que abordan distintos elementos de protección de los derechos humanos. Su preámbulo es explícito respecto a lo referido *supra*, sobre la necesidad de respetar, proteger y promover los derechos fundamentales en el entorno digital, puesto que los “derechos fundamentales se aplican por igual dentro y fuera de Internet”²⁴. Si bien se trata, como ha matizado la doctrina²⁵, de un incipiente y embrionario reconocimiento de los derechos fundamentales en Internet, conforma un paso más en esta tendencia global dirigida a la protección de aquéllos frente a las amenazas tecnológicas, que debe ser objeto de una crítica positiva.

La preocupación que existía en el ámbito comunitario respecto a la protección de los datos personales de las personas físicas se ha consolidado con el Reglamento general de protección de datos, de 27 de abril de 2016²⁶ que, a buen seguro, aportará luz ante los nuevos interrogantes que plantea el tratamiento de datos en el ámbito digital y los derechos de los usuarios interesados. Culmina así un largo proceso legislativo que se inició en el año 2012 con la Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos, 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, de 25 de enero. El citado Reglamento ha llevado a cabo la urgente tarea que se venía reclamando a nivel comunitario para adecuar y armonizar de manera uniforme y elevada en los Estados miembros, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento (lícito, leal y transparente) de dichos datos. En él se refleja la idea de que el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad, que el derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad, lo que exige en su regulación mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad²⁷.

El Reglamento como norma jurídica de Derecho comunitario posee alcance general y eficacia directa en todos los Estados miembros de la Unión, de modo que no obliga a su transposición a nuestro Derecho interno. De ahí que los particulares lo puedan invocar a efectos de hacer efectiva la tutela jurisdiccional ante los tribunales nacionales o comunitarios a partir del 25 de mayo de 2018 como prevé su artículo 99.2. Durante este tiempo de *vacatio legis*, es previsible que se lleven a término desde diversas instancias (Estado, Administraciones Públicas, empresas, y la propia AEPD) las modificaciones, cambios pertinentes, ajustes a distintos niveles, incluido el legislativo, en su caso. Como es sabido, la LOPD no se ha derogado y seguirá siendo aplicable como legislación nacional. Si entrara en contradicción con lo establecido en el Reglamento, éste sería aplicable.

²¹ Hecho en Niza el 7.12.2000, (2000/C 364/01), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18.12.2000. Expresa su Preámbulo que:

“(…) es necesario, dotándolos de una mayor presencia en la Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos”.

²² Vid. Considerando 2.

²³ [Recomendación CM/Rec (2014)6], adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 16 de abril de 2014.

²⁴ Vid. apartado 1 del Anexo a la Recomendación.

²⁵ Vid. J. PLAZA PENADÉS, “Los derechos fundamentales”, cit., p.3.

²⁶ 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).

Expresa su Considerando (6), resumiendo con claridad la problemática suscitada:

“La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de datos personales”.

²⁷ Considerando (4)

Resulta llamativa, entre otros extremos y sin ánimo de exhaustividad, la protección específica de los niños (menores) respecto a sus datos personales, fijando en dieciséis años la edad para prestar un consentimiento lícito a un tratamiento de datos personales²⁸, en relación con la oferta directa a aquéllos de servicios de la sociedad de la información. También es loable, la configuración de nuevos derechos de los ciudadanos en su Capítulo III, por cuanto los tradicionales derechos ARCO cambian la denominación tradicional y se ven ampliados con la consagración de otros nuevos que, en esencia, posibilitan un mayor control a los interesados sobre sus datos personales, en particular, el derecho al olvido o derecho de supresión (art. 17). O, por fin, las obligaciones de responsables y encargados de su tratamiento, la necesaria supervisión de sus actuaciones, o las sanciones, más severas, que correspondan, en su caso.

A favor de la consolidación a nivel europeo de los derechos de los usuarios en la era de internet, a buen seguro ha tenido un importante papel el pronunciamiento proporcionado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 13 de mayo de 2014²⁹. La existencia de un Reglamento válido en toda la Unión Europea supondrá un importante punto de referencia fundamental por cuanto se va a convertir en el mecanismo fundamental para el reforzamiento de los derechos de los usuarios de internet.

El objetivo de estas líneas no es tanto reflexionar sobre los riesgos que el uso de internet comporta, cuanto, desde una toma de conciencia de los mismos, hacer referencia a los mecanismos jurídicos de nuestro ordenamiento para la protección de los derechos en juego, con especial mención a los menores. Al referirme a mecanismos jurídicos habrá que determinar qué leyes sobre la materia en nuestro panorama nacional (no autonómico) permiten dar respuesta al fenómeno referido (*lege data*) o si, en su caso, valorada la protección proporcionada (¿suficiente?), necesitan adecuarse a los nuevos retos de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (*lege ferenda*).

²⁸ Se permite que los Estados miembros fijen una edad inferior a los 16 años (nunca por debajo de los 13) (Vid. art. 8).

²⁹ STJUE 13 mayo 2014 (TJCE\2014\85).

En dicha sentencia conocida ya como el (Caso Google), el TJUE resuelve una serie de cuestiones (cuestión prejudicial) que la Audiencia Nacional le eleva a propósito de la reclamación que planteó un sujeto español (el Sr. Costeja González) a la AEPD en 2010, relacionado con un tratamiento de datos personales que afectaba a su intimidad. En efecto, alegaba que cuando un internauta introducía su nombre en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado unos enlaces a dos páginas del diario La Vanguardia del año 1998, en las que se anunciaba una subasta de inmuebles organizada con motivo de un embargo para el cobro de unas cantidades adeudadas por dicho sujeto a la Seguridad Social.

Ante tal estado de cosas, el TJUE se ve obligado a resolver las dudas sobre la interpretación que debía darse a la Directiva 95/46/CE. En su afán de proteger a los usuarios afectados por un tratamiento de datos, afirma la responsabilidad del buscador o motor de búsqueda (Google Inc. y las de su establecimiento Google Spain situados en el Estado miembro respectivo) por el papel decisivo que su actividad tiene en la “difusión global de los datos personales en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican esos mismos datos” (apartado 36). Sin embargo, exonera de responsabilidad al medio de comunicación que divulgaba la información porque el derecho de información se consideró prevalente. De ahí que el interesado pueda exigir al gestor de un motor de búsqueda efectuada a partir de su nombre a vínculos (páginas web), publicadas legalmente por terceros cuando contienen datos que aunque sean verídicos relativos a su persona, pueden perjudicarlo o desee que esos datos o información se “olviden” tras un período de tiempo (apartado 89), siempre que no esté justificada la injerencia en sus derechos fundamentales por inexistencia de un interés preponderante del público en tener acceso a la información de que se trate.

Vid., en relación a ésta los comentarios, entre otros, de M. ARENAS RAMIRO, “*Unforgettable: A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso Costeja (Google vs. AEPD)*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 34, 2014, pp. 537-558; J. GUERRERO ZAPLANA, “La sentencia del asunto Google: configuración del derecho al olvido realizada por el TJUE”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2014, Parte Comentario, pp. 1-8; B. LÓPEZ PORTAS, “La configuración jurídica del derecho al olvido en el Derecho español a tenor de la doctrina del TJUE”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 143-175; J.M. MARTÍNEZ OTERO, “El derecho al olvido en Internet: Debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 103-142; G. MINERO ALEJANDRE, “A vueltas con el “derecho al olvido”, cit., pp. 129-155; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “El derecho al olvido en Internet”, cit., pp. 1-16; o el estudio exhaustivo de P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, primera edición, 2015.

III. Algunas reflexiones sobre el derecho al honor, intimidad, imagen y protección de datos en el escenario *on line*.

Respecto a la protección de la vida privada y, en particular, la intimidad, el nuevo escenario de actuación *on line* permite plantear algunas consideraciones sobre la preservación de la misma en el citado ámbito. La doctrina ha evidenciado, con buen criterio, la irresponsabilidad en la autogestión de la intimidad y la necesidad de concienciar mejor a la persona, especialmente a los menores, sobre la custodia y control de su privacidad³⁰. La práctica de la autofoto (*selfie*) que se divulga por el propio interesado en el instante en que se toma de manera repetida y continua más que meramente ocasional, o la de compartir videos propios en un red social o con amigos que a su vez los difunden, son ejemplos aislados, que apuntan a un cambio de tendencia inimaginable hace treinta años que, a buen seguro, requiere una reflexión sociológica, consistente en la necesidad dejar de captar lo externo como tradicionalmente se había hecho (imagen o datos de la vida privada de terceros), para aprehender y divulgar lo propio (imagen, datos, espacios íntimos). En el momento presente y, especialmente, a los menores, “grandes menores” o adolescentes, les importa más divulgar lo íntimo, consciente y voluntariamente con inmediatez respecto al momento en que ha acontecido el hecho, que preservarlo para sí del conocimiento de los demás. De ahí que surjan algunas cuestiones: ¿Podría alegarse tal comportamiento continuado como un motivo para mitigar en algún sentido la protección civil del honor, intimidad e imagen de acuerdo a lo establecido en el vigente artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen?. O, ¿Hasta qué punto podríamos considerar que cabe moderar la protección civil de los referidos derechos aduciendo que tales prácticas o actos conforman un verdadero uso social tolerado por los usuarios de una red social?³¹. A nuestro entender, resulta delicado dar una respuesta afirmativa a las anteriores cuestiones, pues la complejidad del escenario digital y el tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley Orgánica de 1982, obligan a adoptar respuestas más adecuadas y eficaces a favor del equilibrio y de la adecuada protección de los derechos.

En íntima relación con lo expuesto, cabe referirse a la protección de datos personales, objeto de regulación en la ya citada LOPD de 1999³², cuya interpretación por la jurisprudencia ha llevado a reconocer un derecho de protección de datos, o de autodeterminación informativa delimitándolo del derecho a la intimidad. En este sentido, es de gran interés la STC 30 noviembre 2000³³, por cuanto efectúa una construcción jurisprudencial del derecho a la protección de datos o autodeterminación informativa, como derecho fundamental autónomo que “garantiza a las personas un poder de control respecto al uso y destino de sus datos”³⁴. De otra parte, para alguna opinión doctrinal³⁵, constituye el punto de partida a favor del reconocimiento del derecho al olvido. Sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo de este derecho, si conviene señalar que este escenario de toma de conciencia ha propiciado, desde hace ya unos años, el reconocimiento de un derecho subjetivo del ciudadano frente al responsable original de la publicación de los datos y que, a juicio de la Agencia de Protección de Datos desde algunas resoluciones del año 2008, se hacía extensible a los motores de búsqueda de Internet por indexar y ofrecer como resultado de búsqueda informaciones que contienen datos personales sin que existiera un fin legítimo que justifique esa difusión³⁶. A buen seguro dichas resoluciones han venido conformando en nuestro

³⁰ Vid. F. DE LA TORRE OLID y P. CONDE COLMENERO, “Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo”, en VV.AA. : *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, 1ª edición, 2015, p. 41.

³¹ Vid. F. DE LA TORRE OLID y P. CONDE COLMENERO, “Consideraciones críticas”, cit., p. 51.

³² Vid. M. ZUNÓN VILLALOBOS, “La garantía civil”, cit., p. 1.

Esta Ley, como expresa el autor certeramente, “articula el control de la actividad de los responsables de los ficheros de datos personales y de los encargados de su tratamiento a través de una autoridad garante de naturaleza administrativa – la Agencia de Protección de Datos– a la que se atribuye importantísimas funciones sancionadoras (Artículos 43 y ss. LOPD) y de tutela de los denominados derechos ARCO (arts. 18 LOPD); pero también (artículo 19 LOPD) ofrece la posibilidad, a los ciudadanos que consideren que han sufrido un perjuicio derivado de una inadecuado tratamiento de su información personal, de acudir a los órganos judiciales para obtener una indemnización por daños ocasionados por la vulneración de su privacidad”.

³³ STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000, 292).

³⁴ Cfr. P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras las sentencias del TJUE de mayo de 2014*, cit., p.186.

³⁵ Vid. P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, cit., pp. 188-189.

³⁶ Vid. P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, cit., p. 63.

Derecho argumentos a favor de su reconocimiento en las citadas SSTs 15 octubre de 2015³⁷ y 5 abril 2016³⁸.

IV. Los menores del siglo XXI ante las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC'S).

El protagonismo y omnipresencia de las TIC'S en la actualidad ha determinado su incorporación a la vida cotidiana del menor desde edades tempranas. De ahí que también los derechos de éste sean ejercidos en este nuevo ámbito de una manera radicalmente distinta a como se había hecho hasta ahora. Si apostamos por una mayor capacidad del menor (artículo 2 LOPJM), lo cual es indudable en el del siglo XXI y, especialmente, respecto a los “grandes menores”, constatamos que el ámbito en el que se ejerce con más fuerza e intensidad dicha capacidad es el virtual. Todo ello con indudables ventajas pero también con sus riesgos³⁹ de los que hay tomar conciencia para hacer efectiva la protección integral del menor y “grandes menores”. En buena parte de los supuestos, ellos no son conscientes de la trascendencia que cara al futuro comporta su actuación respecto a la exposición de su intimidad-privacidad en el momento inmediato en que llevan a cabo tales comportamientos dentro del entorno digital⁴⁰. En efecto, sus derechos fundamentales pueden ser lesionados por ellos mismos de manera consciente o inconsciente, o por terceros, muchas veces también menores, cuando no convertirse en la plataforma de comisión de delitos.

La doctrina no se ha mostrado indiferente a este hecho quien se refiere al fenómeno de la realidad virtual, con los riesgos que conlleva, tanto en el ámbito civil, como de tutela ante los ilícitos penales y de las opciones para su protección⁴¹. Hoy se habla de crecimiento virtual, de identidad virtual⁴², o de biografía digital. El menor vive y crece en gran medida en Internet ejercitando su libertad y así se comunica con sus amigos, se socializa, se expresa, escucha música, juega, se educa, forma su conciencia, comparte sus vivencias, su vida personal, sus preferencias, sus fotos. El menor va configurando así su propia identidad digital y hasta su reputación *on line*, lo que les expone a una situación de vulnerabilidad insoslayable⁴³.

V. La desatención de la reforma de 2015 del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia al fenómeno de los menores en el entorno virtual.

El estado de cosas expuesto en las líneas precedentes, resulta contradictorio con la poca atención que el legislador le ha prestado a este fenómeno, máxime cuando ha tenido la oportunidad de ello recientemente con la reforma de 2015 del sistema jurídico de protección del menor⁴⁴.

Después de veinte años de vigencia de la LOPJM y más de treinta de la LOPHII, quizá hubiera sido la reforma de 2015 el momento oportuno (por el tiempo transcurrido) y el lugar idóneo (una Ley Orgánica del Menor), para tomar conciencia de manera concreta y específica de los problemas

³⁷ STS 15 octubre 2015 (RJ\2015\4417).

³⁸ STS 5 abril 2016 (RJ\2016\1006).

³⁹ Así, el cyberbullying o acoso virtual, o el acecho de adultos con fines sexuales (grooming), la difusión de contenidos no aptos para niños, niñas o adolescentes; el acceso a actividades que son exclusivas para adultos pero que se pueden acceder *online*, como contenido pornográfico o juegos de azar, abusos de materia de privacidad o intimidad, entre otros.

Vid. A.M. GIL ANTÓN, “La privacidad del menor en Internet”, *R.E.D.S.*, núm. 3 septiembre-diciembre 2013, pp. 87-92; M^a.I. PÁVEZ, “Los derechos de la infancia en la era de Internet (América Latina y las nuevas tecnologías)”, Naciones Unidas, CEPAL, Serie Políticas Sociales N° 210, Chile, 2014, p. 37.

⁴⁰ Cfr. A.M. GIL ANTÓN, “El menor y la tutela de su entorno virtual”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, p. 279.

⁴¹ Vid. P. ESCRIBANO TORTAJADA, “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales”, en VV.AA. : *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, 2014, p. 62; A.M. GIL ANTÓN, “Privacidad del menor en Internet”, cit., p. 60, “Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36/2014, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, p. 62, “El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015”, *Revista de Derecho UNED*, núm.16, 2015, p. 275; M^a.C. LORENTE LOPEZ, “La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2015, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra p. 209.

⁴² Vid. M. LAGE COTELO, “Integración social de los menores a través de internet”, en VV.AA. : *Menores e Internet* (dir. por L. BURGUERA AMEAVE, K. PAUL LARRAÑAGA, G. SUAREZ PERTIERRA), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 111; PÁVEZ, M^a. I.: “Los derechos de la infancia en la era de Internet”, cit., p. 34-36.

⁴³ Como bien resume A. M. GIL ANTÓN, “El menor y la tutela de su entorno virtual”, cit., p. 277- 278.

⁴⁴ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

que plantea el fenómeno virtual para los derechos del menor en el artículo 4 (Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen). Esta Ley resulta, a nuestro entender, el marco jurídico idóneo para contemplar y regular este nuevo estado de cosas de una manera más específica, en consonancia con lo que la propia Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, de 28 de julio, expresa⁴⁵. En el momento presente ya se habla de los derechos de la infancia en la era digital y es constatable la preocupación manifestada desde diversas organizaciones para proteger los derechos de los niños en este nuevo contexto digital. Especial mención merece la Guía de los Derechos Humanos para los Usuarios de Internet, que también dedica un apartado a los “niños y jóvenes”, relativo a sus derechos como usuarios de Internet.

VI. Carencias de la legislación vigente, nuevos interrogantes y retos del legislador ante las TIC'S.

Esta falta de regulación del legislador de 2015 choca con la excesiva preocupación que manifestó en el año 1996 (LOPJM) que, en su afán de protegerlo frente a intromisiones ilegítimas en los medios de comunicación, dio lugar a prohibiciones en el art. 4 de la referida Ley que generaron situaciones contradictorias respecto a la regulación de los derechos al honor, la intimidad e imagen en la LOPHII de 1982. Tal situación desconcertante fue paliada en cierta medida por la Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado⁴⁶. Es evidente que hoy los medios de comunicación no conforman la plataforma que entraña mayor peligro respecto a la intromisión los derechos fundamentales del menor, sino la plataforma digital. Es verdad, que las nuevas tecnologías con el desarrollo de Internet han propiciado que la Red, sea “la plaza pública- el ágora- de la comunidad global”⁴⁷.

Ni siquiera la citada LOPHII de 1982, debiera haber dejado tranquilo al legislador habida cuenta de que ya nació con importantes carencias⁴⁸. Sus más de treinta años de vigencia han servido para corroborar su incapacidad a fin de dar respuesta de manera satisfactoria al nacimiento de nuevas cuestiones. Durante este tiempo se han puesto de manifiesto los aciertos y defectos de la misma en su aplicación práctica, al haber dado lugar a un número importante de pronunciamientos en todas las instancias de los órganos civiles, aparte de su presencia en el ámbito constitucional y penal⁴⁹. No es objeto en este lugar hacer tal trabajo, que la doctrina ha llevado a cabo de manera meritoria al hilo del estudio de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la materia⁵⁰. Sí destacar, que suscribimos la opinión doctrinal para la cual en estos más de treinta años de vigencia de la ley hemos asistido a la “resolución satisfactoria de numerosas cuestiones, al nacimiento de otras nuevas y a la falta de respuestas concreta o

⁴⁵ “Sin embargo, transcurridos casi veinte años desde su publicación, se han producido cambios sociales importantes que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional mencionadas” (Apartado D).

⁴⁶ Vid. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión”, en VV.AA. : *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 247- 248.

⁴⁷ N.4.2 del Informe de la Comisión Especial sobre Redes Informáticas aprobado por el Pleno del Senado el 17 de diciembre de 1999 (BOCG, Senado, Serie I, n 812 de 27 de diciembre de 1999).

⁴⁸ Vid. M. YZQUIERDO TOLSADA, “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en VV.AA. : *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. REGLERO CAMPOS), vol. 3, parte especial segunda, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 313.

Entre algunas de ellas, se refiere el autor, a que dicha Ley no separa en su articulado el estudio de cada uno de los derechos objeto de protección. Además, aparte de no sistematizarlos, no fija los límites de éstos con las libertades constitucionales de expresión y de información como habría sido deseable, ni tampoco tiene en cuenta las implicaciones penales, procesales, ni la doctrina civil. Estas deficiencias propiciaron que se haya convertido dicha Ley “en una más de las que regulan responsabilidades civiles especiales, cunado debería ser mucho más”.

⁴⁹ Vid. M^a. E. ROVIRA SUEIRO, “Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2015, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 1.

Aunque la autora no dedica de manera específica su estudio a los derechos al honor intimidad e imagen de los menores en la ley, algunas de las reflexiones que efectúa, entendemos que se pueden aplicar a los menores.

⁵⁰ Vid., entre otros, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión:¿Una nueva sensibilidad de los Tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 389-436; M. YZQUIERDO TOLSADA, “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, cit., pp. 313-444,

satisfactoria para otras”⁵¹. Si además del paso del tiempo acontecido, tenemos en cuenta el “carácter contingente, lábil, cambiante y muy permeable de estos derechos a los cambios sociales”, dicha tarea se erige como fundamental⁵². Este estado ha generado una ingente casuística en las decisiones de nuestros Tribunales que, al resolver los diversos supuestos de intromisión ilegítima en los referidos derechos, van adaptando aquella normativa a las nuevas necesidades sociales, con el riesgo que conlleva este proceder de creación judicial del derecho⁵³ y el inconveniente de la inseguridad para el operador jurídico.

1. ¿Sistematización de los supuestos de intromisiones ilegítimas desde el punto de vista civil?

Sin ánimo de exhaustividad, al hilo de lo expuesto se suscitan algunas cuestiones a las que habrá que dar respuesta precisa ante la insuficiencia de la normativa vigente del año 1982. Así, en primer lugar, sería conveniente reflexionar sobre la conveniencia de fijar o sistematizar supuestos de intromisión ilegítima en el ámbito civil para la protección de estos derechos dentro del mundo virtual, en consonancia con lo que viene aconteciendo en el ámbito penal, aunque sea de manera aislada⁵⁴.

2. Requisitos del consentimiento del menor para actuar en el entorno digital. Garantías para su revocación eficaz.

En segundo lugar, aportaría claridad determinar, en su caso, los requisitos en que el consentimiento expreso del menor debe prestarse para actuar en el entorno digital. Consentimiento que se manifestará en diversos ámbitos (para darse de alta en una red social, para facilitar sus datos cuando sean solicitados por empresas....) y que presenta una gran trascendencia jurídica por cuanto es el punto de partida que legitima cualquier actuación en la red en la que el interesado ejercite sus derechos o el tratamiento de sus datos. En aplicación de los artículos 2.2 y 3.1 de la LOPHII de 1982; y 162.1º del CC, podría colegirse que lo prestarán ellos mismos de acuerdo con sus condiciones de madurez, sin excluir los deberes de vigilancia y cuidado de los padres. Habrá que determinar si, en este sentido, aporta algún dato de mayor concreción la LOPD de 1999. Es verdad, que el artículo 13⁵⁵ del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo aquélla, fija en catorce años la edad para permitir su tratamiento de datos personales si así lo han consentido. Sin embargo, compartimos la opinión doctrinal, según la cual, a pesar de las buenas intenciones en este sentido, no es adecuado que un Reglamento que debe desarrollar el marco legal establecido, se exceda más allá de lo previsto en la LOPD, fijando la edad de 14 años en el citado artículo⁵⁶. De ahí que habría que predicar su nulidad y acudir a los preceptos citados.

De otra parte, debe consignarse que deberían establecerse garantías adecuadas para que en caso de revocación del consentimiento, dicho acto sea plenamente eficaz y se determine su alcance, pues no es lo mismo “desactivar una cuenta” de mínimo impacto, que la “eliminación” completa de un perfil, que reviste mucha más complejidad y que en la práctica puede convertirse en un “hándicap” de tal entidad que imposibilite dicha eliminación o borrado de la información⁵⁷.

⁵¹ Ídem nota anterior. Vid., además, I. CORDERO CUTILLAS y A. FAYOS GARDÓ, “Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI”, en VV.AA. : *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, primera edición, 2015, p. 34, y P. ESCRIBANO TORTAJADA, “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales”, cit., p. 62.

⁵² Cfr. M^a. E. ROVIRA SUEIRO, “Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo”, cit., p. 1.

⁵³ Vid. I. CORDERO CUTILLAS y A. FAYOS GARDÓ, “Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI”, cit., p. 34.

⁵⁴ Vid. artículo 197.

⁵⁵ Artículo 13. Consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad.

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. (...).

⁵⁶ Vid. E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 29/2012, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 18.

⁵⁷ Vid. P.S. ABRIL Y E. PIZARRO MORENO, “La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2014, Barcelona, Enero 2014, p. 41.

3. ¿Aplicación del artículo 9.3 de la LOPHII respecto a la presunción de perjuicio?

Una tercera reflexión se plantea respecto a la presunción del perjuicio del art. 9.3 de la referida LOPHII, en cuya virtud, una vez acreditada la existencia de intromisión ilegítima el perjuicio se da por probado. ¿Es fácilmente trasladable al ámbito virtual esta previsión legislativa en el que es práctica habitual que los menores compartan fotos de sus amigos o familiares en una red social muchas veces sin el consentimiento de éstos?. Y ¿Sería aplicable el mismo precepto en el supuesto en que los mismos representantes legales del menor, sus padres, quienes a menudo construyen la identidad digital del menor, “cuelgan” o etiquetan fotos de éste en una red social cuyo impacto futuro se desconoce?. O aún más, ¿Serían aquéllos responsables *ex* artículo 1.902 CC frente sus hijos por tal proceder cuando llegada la mayoría de edad alegan los daños producidos por la identidad digital creada por sus representantes que afecta a su reputación *on line*?

4. ¿Son aplicables los criterios del artículo 9.3 de la LOPHII para fijar la indemnización del daño moral ?

En cuarto lugar, cuestionamos si los criterios del legislador de 1982 para fijar la indemnización del daño moral (art. 9.3) en particular, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido sigue siendo idóneo a tales efectos, pues la que acontece en el mundo virtual a consecuencia de un acto del usuario de internet, ya sea por el mismo interesado o un tercero, trasciende los límites imaginados hace treinta años y en la mayoría de ocasiones no se puede concretar ni controlar. Y aún más, ¿Podría ser este escollo causa para la fijación de cuantías indemnizatorias más elevadas o las adopción de otros criterios de acuerdo a las nuevas formas de vulneración de estos derechos?.

5. Conveniencia de la responsabilidad civil del menor en el escenario “on line”.

En quinto lugar, esta manera de actuar en el ámbito digital por los menores, especialmente, “los grandes menores”, permite llamar la atención sobre la necesaria toma de conciencia en la autogestión de la intimidad, su control y custodia por aquéllos, lo que en ningún caso puede suponer un debilitamiento de la protección de la misma por el Derecho.⁵⁸ De ahí que, en consonancia con este planteamiento, quizá el legislador debiera apuntar un cambio de tendencia favorable al reconocimiento de la responsabilidad civil del menor, con suficiente madurez, *ex* art. 1.902 CC por los daños causados en este ámbito, que, en su caso podría concurrir con la de sus padres si no cumplieron sus deberes de vigilancia y cuidado *ex* artículo 1.903 CC. Dicho parecer se cohonestaría con el mayor reconocimiento de su capacidad de obrar en las últimas reformas de 2015⁵⁹. Ello no empece la importante labor de apoyo de sus representantes legales, educadores y autoridades, entre otros. Con razón manifiesta la doctrina, que no pueden ser los progenitores siempre los responsables directos, a modo de “aseguradores” de los daños causados por el menor con suficiente madurez, con amplios derechos y también deberes⁶⁰ (incorporados en la LOPJM, desde la reforma de 2015).

En este ámbito, es menester constatar la necesidad de lograr un adecuado equilibrio entre el respeto de la actuación del menor maduro respecto al ejercicio de sus derechos en el ámbito virtual, de un lado, y los deberes de vigilancia y cuidado de los padres, de otro. Es digna de mención, al respecto, la STS 10 diciembre 2015⁶¹ (Sala de lo Penal), por cuanto estima que el derecho a la intimidad personal de una menor no se ha vulnerado por la madre que, ante la sospecha de que pudiera ser víctima de un delito, accede a la cuenta abierta por su hija en un red social sin contar con su consentimiento.

⁵⁸ Vid. F. DE LA TORRE OLID y P. CONDE COLMENERO, “Consideraciones críticas”, cit., pp. 42-44 y 53.

⁵⁹ Vid. C. MUÑOZ GARCÍA, “Responsabilidad civil de los *Grandes Menores* a la luz de las últimas reformas. Algo falta por hacer”, *Diario la Ley*, (ed. on line), nº 8719, 10 marzo 2016, Sección Doctrina, p. 10.

⁶⁰ Vid. C. MUÑOZ GARCÍA, “Responsabilidad civil de los *Grandes Menores*”, cit., pp.1-26 .

⁶¹ STS 10 diciembre 2015 (RJ 2016, 35982)

6. ¿Prevalece el interés del menor en la arquitectura digital? ¿Cuál es el papel del Ministerio Fiscal al respecto?

En línea con el interrogante planteado, nos preguntamos cómo conseguir en este entramado que conforma la red y en el que se van expandiendo con mucha facilidad los contenidos relativos a la vida privada del menor (fotos, comentarios, videos.....), hacer prevalecer de una manera efectiva y no simbólica el interés del menor cuando son ellos mismos los que deciden sobre los hechos o datos relativos a su intimidad que divulgan, es decir, cuando son ellos mismos quienes deciden en atención a su “madurez” cuál es ese interés.

Respecto a la actuación del Ministerio Fiscal en este ámbito, la propia Circular de la Fiscalía 2/2006, ya hizo en aquel año una somera referencia al problema de Internet y los derechos al honor, intimidad e imagen del menor⁶². Además, hace una llamada a su actuación cuando los prestadores de servicios de la sociedad de la información inserten contenidos atentatorios contra los derechos del menor. No olvidemos que la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (desde ahora LSSI), cuando regula las restricciones a la prestación de servicios se refiere expresamente en su artículo 8, a la protección de la juventud y de la infancia como principio digno de protección que en ningún caso puede ser vulnerado por los servicios de la sociedad de la información. También la ley citada en su artículo 11 regula el deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación y el 13 a 16 la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso. Normas que en general imponen un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. De ahí que en la referida Circular se haga una llamada al Fiscal para que, dentro del ámbito de aplicación de la LSSI, cuando “tengan conocimiento de la existencia de una página web con contenidos que exijan el ejercicio de acciones conforme a lo dispuesto en la LOPJM, en el curso de diligencias que incoen, se dirigirán formalmente al prestador de servicios, comunicándoles los contenidos que se estima antijurídicos y advirtiéndoles de que en caso de no retirar dichos contenidos en el plazo prudencial que se señale, se procederá al ejercicio de las correspondientes acciones en defensa de los derechos del menor. En caso de no atenderse al requerimiento, termina la Circular, la demanda que en su caso se interponga podrá dirigirse contra el autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, contra el prestador del servicio”⁶³.

La responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, ha sido objeto de atención por la jurisprudencia del TS, que ha superado la visión restrictiva de la LSSI, limitando los supuestos en los que se entiende que hay conocimiento efectivo para suprimir enlaces, a favor de la interpretación del Derecho Comunitario proclive al nacimiento de la responsabilidad del intermediario, cuando el prestador de servicios objetivamente tuviera o pudiese tener razonablemente conocimiento del carácter ilícito del enlace o de los contenidos de la página alojada, en el momento de proceder al alojamiento o al enlace⁶⁴. Aunque los supuestos resueltos por el Alto Tribunal no están relacionados con menores, la doctrina contenida en ella, sería igualmente aplicable para estos supuestos.

7. ¿Derecho al olvido digital del menor en las redes sociales?

Asimismo, cuando el menor o adolescente decide darse de alta en una red social y convertirse en usuario de la misma, no siempre tiene conciencia de la difusión dentro de la misma o, más allá, de los contenidos que facilita y comparte. El “nativo digital” dentro de esta arquitectura digital en que se desarrolla, facilita a lo largo de su infancia y adolescencia sus datos personales a numerosas empresas, entidades y organizaciones sin ser verdaderamente consciente de que ello

⁶² Punto 13, pp. 49 y 50.

⁶³ Vid. nota anterior.

⁶⁴ Vid. C. LORENTE LÓPEZ, “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente”, en VV.AA. : *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, cit., pp. 146 y 147 y J. PLAZA PENADÉS, “Doctrina del Tribunal Supremo sobre el “conocimiento efectivo” en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 34 (enero-abril), p. 1.

puede afectar a su propia intimidad o a la de su familia. Ello además de los datos relativos a su intimidad (fotos, videos, gustos, vivencias.....) que divulga y comparte.

En relación con lo expuesto se plantea si debe reconocerse un derecho al olvido de los menores que interactúan en las redes sociales. En este ámbito, compartimos el parecer de la doctrina según el cual resulta difícil la consolidación de tal derecho en sentido propio. Es decir, poco tiene que ver con la perennidad de la información de las noticias, resoluciones y notificaciones del pasado y el efecto multiplicador que los motores de búsqueda producen al indexarlos.⁶⁵ En efecto, en el ámbito de las redes sociales los problemas desde la perspectiva de la protección de datos están teñidos de cierta singularidad. Así, el consentimiento de las políticas de uso constituyen un auténtico *take it or leave*, es decir, o se aceptan unas condiciones muchas veces abusivas, o el sujeto se autoexcluye de la posibilidad de relacionarse con terceros⁶⁶. En esta tesitura, sería deseable el establecimiento de normas imperativas que limiten el referido *take it or leave* a favor de una protección de la privacidad (posibilidad de eliminación de los datos personales que se encuentran en la red social, revocación del consentimiento del afectado, certezas respecto a la no utilización de esos datos con fines ilegítimos, prevención y concienciación). Por último, el hecho de que las redes sociales tengan su sede matriz o sus servidores en el extranjero, no puede servir para relajar o desatender la protección de la privacidad de los usuarios menores⁶⁷.

En el ámbito europeo, muestra de la preocupación existente y de la tendencia hacia una adecuada armonización legal en el ámbito europeo, es digno de mención el citado Reglamento general de protección de datos, por cuanto consagra el derecho al olvido en el ámbito más específico de la protección de datos, uno de los “temas más delicados y agudos”⁶⁸. En efecto, añadimos nosotros, tema complicado por el objeto, porque el Reglamento afronta con carácter novedoso la regulación del derecho al olvido y por el sujeto, los menores, especialmente vulnerables. Su Considerando 38 se refiere expresamente a los niños cuando expresa que “(...) niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menores conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños”. Con el fin de determinar cuándo se considera que una persona es un niño, el presente Reglamento debe asumir la definición establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Asimismo, sus artículos 8,¹²⁶⁹ y 17.1.f)⁷⁰ regulan el tratamiento de los datos personales relativos a los niños, la transparencia de la información y de la comunicación, y el derecho al olvido, respectivamente.

⁶⁵ Vid. P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, cit., p. 312.

⁶⁶ Vid. P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, cit., p. 311.

⁶⁷ Vid. nota número 61.

⁶⁸ Cfr. E. DÍAZ DÍAZ, “El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2016, parte Estudio, p. 13.

⁶⁹ Art. 12 relativo a la transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos de interesado y que se refiere a los requisitos de dicha información cuando va dirigida específicamente a un niño.

⁷⁰ Artículo 17. Derecho al olvido y a la supresión.

1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernen, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra algún 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 (...)
- c) el interesado se oponga al tratamiento (...).
- d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente.
- e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal (...).
- f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1. (la negrita es nuestra)

En concreto, este último apartado se remite al precepto que regula las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información (la licitud del tratamiento exige que el menor tenga 16 años como mínimo para prestar consentimiento).

8. Hacia la concienciación y “acción común” de todos los sujetos intervinientes.

De lo expuesto hasta aquí, resulta necesario extremar las precauciones a la hora de regular el uso que de las redes sociales realizan los menores⁷¹. Precauciones que deben venir de diversos ámbitos e instancias⁷² y que exigen un “acción común de todos”⁷³. Junto a la tareas educativas de padres y tutores como representantes legales en su papel de formación información y vigilancia, o las de los educadores en el ámbito escolar, son imprescindibles otras de diversa índole que proceden de organismos y autoridades competentes sobre la materia, como, por ejemplo, las medidas de la AEPD con sus recomendaciones relativas a las redes sociales dirigidas a los usuarios, o las campañas de concienciación ciudadana o, en fin, redacciones claras y comprensibles de las políticas de privacidad de las redes sociales que no deben quedar en meras declaraciones de buenos principios, sino ser realmente eficaces. Se ha referido la doctrina también a las ventajas de acudir a algún sistema de solución judicial extraelectrónica para obtener rápidamente la respuesta necesaria en la restauración del derecho vulnerado (O.D.R.)⁷⁴ En este ámbito la vertiente previsor del Derecho es fundamental.

VII. A modo de conclusión.

Los mecanismos jurídicos que proporciona nuestro ordenamiento para la adecuada protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad, imagen y protección de datos personales, resultan insuficientes, inseguros y poco precisos para dar respuesta a los nuevos interrogantes que se plantean en el escenario *on line*, como hemos tenido oportunidad de consignar. En este nuevo contexto, las lagunas legales conducen a retos del legislador. No obstante, merecen una mención especial y positiva en esta nueva tendencia, las decisiones jurisprudenciales del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencias 15 octubre 2015 y 5 abril 2016, a las que, es previsible, se vayan sumando otras en la misma línea (reconocimiento del derecho al olvido) que, junto a los instrumentos que en el ámbito comunitario empiezan a gestarse (STJUE de 13 de mayo de 2014, y el ya publicado, pero todavía no aplicable Reglamento General de Protección de Datos), contribuirán, sin lugar a dudas, al equilibrio de los derechos e intereses en juego.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL P.S /PIZARRO MORENO, E.: “La intimidación europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2014, Barcelona, Enero 2014, pp. 1 a 62.
- ARENAS RAMIRO, M.: “*Unforgettable*: A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso *Costeja (Google vs. AEPD)*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 34, 2014, pp. 505 a 525.
- COBACHO LÓPEZ, A.: “Autodeterminación informativa de los menores a través de Internet (y ID)”, en *Menores e Internet*, VV.AA. (dir. por S. PÉREZ ALVAREZ, BURGUERA AMEAVE L. Y PAUL LARRAÑAGA K., Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, pp. 343 a 356.
- CORDERO CUTILLAS, I./FAYOS GARDÓ, A.: “Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI”, en VV.AA. : *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, primera edición, 2015, pp.19 a 33.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión”, en VV.AA. : *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 239 a 253.
- “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los Tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 389 a 436.
- DE LA TORRE OLID, F./CONDE COLMENERO, P.: “Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo”, en VV.AA. : *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, primera edición, 2015, pp. 39 a 56.

⁷¹ Vid. COBACHO LÓPEZ, A.: “Autodeterminación informativa de los menores a través de Internet (y ID)”, en VV.AA. : *Menores e Internet*, cit., pp. 11-13.

⁷² Vid., por todos, GIL ANTÓN, A. M^a: “Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto”, cit., p. 7; y de la misma autora, “El menor y la tutela de su entorno virtual”, cit., p. 315.

⁷³ Vid. GIL ANTÓN, A. M^a: “El menor y la tutela de su entorno virtual”, cit., p. 315.

⁷⁴ Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, cit., p. 20.

- DÍAZ DÍAZ, E.: “El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2016, parte Estudio, pp. 1 a 9.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales”, en VV.AA. : *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 61 a 85.
- GIL ANTÓN, A. M^a:
- “El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015”, *Revista de Derecho UNED*, número 16, 2015, pp. 275 a 319.
- “Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36/2014, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 143 a 180.
- “La privacidad del menor en Internet”, *R.E.D.S.*, núm. 3 septiembre-diciembre 2013, pp. 60 a 96.
- GUERRERO ZAPLANA, J.: “La sentencia del asunto Google: configuración del derecho al olvido realizada por el TJUE”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2014, Parte Comentario, pp. 1 a 8.
- LAGE COTELO, M.: “Integración social de los menores a través de internet”, en VV.AA. : *Menores e Internet* (dir. por L. BURGUERA AMEAVE Y K. PAUL LARRAÑAGA, G. SUAREZ PERTIERRA), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp.11 a 135.
- LÓPEZ PORTÁS, B.:
 - “La Protección Datos personales en el Universo 3.0: El Derecho al Olvido en la Unión Europea tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 38 (Mayo-Agosto 2015), pp. 269 a 296.
 - “La configuración jurídica del derecho al olvido en el Derecho español a tenor de la doctrina del TJUE”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 143 a 175.
- LORENTE LÓPEZ, M^a. C.:
- “La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2015, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pp. 207 a 222.
- “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente”, en VV.AA. : *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, 2014, pp.131 a 151.
- MARTÍNEZ OTERO, J.M.: “El derecho al olvido en Internet: Debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 103 a 142.
- MINERO ALEJANDRE, G.: “A vueltas con el “derecho al olvido”. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, junio 2014, pp. 129 a 155.
- MUÑOZ GARCÍA, C.: “Responsabilidad civil de los *Grandes Menores* a la luz de las últimas reformas. Algo falta por hacer”, *Diario la ley*, (ed. on line), n° 8719, 2016, Sección Doctrina.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “El derecho al olvido en Internet y la sentencia Google Spain”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6/2014, BIB 2014\2257, pp. 1 a 16.
- PÁVEZ, M^a. I.: “Los derechos de la infancia en la era de Internet (América Latina y las nuevas tecnologías)”, Naciones Unidas, CEPAL, Serie Políticas Sociales N° 210, Chile, 2014.
- PLAZA PENADÉS, J.:
- “Los derechos fundamentales en Internet”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36 (Septiembre-Diciembre), 2014, pp. 1 a 3.
- “Doctrina del Tribunal Supremo sobre el “conocimiento efectivo” en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 34 (enero-abril), pp.15 a 19.
- ROVIRA SUEIRO, M^a. E.: “Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2015, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 51 a 96.
- SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, primera edición, 2015.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 29/2012, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 21 a 60.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en VV.AA. : *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. REGLERO CAMPOS), vol. 3, parte especial segunda, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- ZUNÓN VILLALOBOS, M.: “La garantía civil de la privacidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2013, parte Estudio, pp. 1 a 16.

Una de las mejores terapias contra el cáncer: La Inmunoterapia

Susana Infantes
Departamento de ciclo Celular IRBLLLEIDA
Lérida

Fecha de recepción: 5 de septiembre
Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: La Inmuno-oncología es una modalidad de tratamiento que incluye inmunoterapias que aprovechan el sistema inmune del paciente para luchar contra el cáncer. En estos momentos hay un mayor conocimiento de las interacciones complejas entre el Sistema Inmune y las células tumorales, donde se han identificado moléculas clave que gobiernan estas interacciones. Los tratamientos tradicionales del cáncer, como la radioterapia, la quimioterapia y cirugía, están diseñados para actuar directamente contra los tumores mediante la inhibición de su crecimiento y en última instancia conducen a su destrucción. Las inmunoterapias conllevan unos mecanismos de acción complementarios que pueden ser combinadas con estos tratamientos tradicionales. La inmunoterapia es un tratamiento en evolución basado en el papel que tiene el sistema inmune en la erradicación del cáncer. Este artículo presenta una revisión sobre los tratamientos en inmunoterapia contra diversas dianas con gran potencial terapéutico para tratar procesos oncológicos. Las inmunoterapias tienen el potencial de ser un arma poderosa contra el cáncer.

ABSTRACT: Immuno-oncology is a modality of treatment that includes immunotherapies that take advantage of the patient's immune system to fight against cancer. At present there is a greater awareness of the complex interactions between the Immune System and tumor cells, where key molecules have been identified that control these interactions. Traditional cancer treatments, such as radiation therapy, chemotherapy and surgery, are designed to take actions against directly tumors by inhibiting their growth and ultimately leading to their destruction. Immunotherapies entail complementary mechanisms of action that can be combined with these traditional treatments. Immunotherapy is an evolving treatment based on the role of the immune system in eradication of the cancer. This article presents a review on the treatments in immunotherapy against diverse targets with great therapeutic potential to treat oncological processes. Immunotherapies have the potential to be a powerful weapon against cancer.

PALABRAS CLAVE: Dianas terapéuticas, inmunoterapias, inmuno-oncología, cáncer, quimioterapia

KEY WORDS: Therapeutic targets, immunotherapies, immune-oncology, cancer, chemotherapy

SUMARIO. I. Introducción II. Presentación e antígenos III. Inmunoterapias IV. Objetivo, rutas de inhibición y activación en células T V. Vacunas contra el cáncer VI. Terapia celular adoptiva VII. Viroterapia contra el cáncer VIII. Discusión IX. Bibliografía.

Introducción

El cáncer es una enfermedad provocada por una serie de células que se multiplican sin control y de manera autónoma, invadiendo localmente y a distancia otros tejidos. El papel del sistema inmunológico en la patogénesis del cáncer ha sido validado por numerosos estudios preclínicos y ensayos clínicos. Los avances recientes en terapias que implican al sistema inmunológico han demostrado que mejoran la supervivencia del paciente y han llevado a la aprobación de diversos agentes inmunoterapéuticos para tratar diferentes tipos de tumores. Consecuentemente, es apropiado que los médicos clínicos ahonden en el conocimiento del sistema inmunológico y el papel que desempeña en la terapia del cáncer.

El presente artículo presenta con una visión general, como el sistema inmunológico desempeña un papel importante en la lucha contra el cáncer. Describe varias clases de técnicas inmunoterapéuticas, tales como citoquinas, inhibidores de punto de control, vacunas terapéuticas y viroterapia, que están siendo investigados y utilizados en la práctica.

Hace más de 100 años, Paul Ehrlich fue de los primeros en postular que el sistema inmune interviene en el reconocimiento y la erradicación de las células tumorales; ahora es bien conocido que las células tumorales pueden evadir la destrucción inmune y promover su crecimiento¹.

Cuando las células inmunes infiltran tumores, la supervivencia general del paciente puede mejorarse. Por ejemplo, se ha demostrado que los pacientes que se someten a un trasplante de órganos y reciben medicamentos inmunosupresores para prevenir el rechazo tienen un mayor riesgo, que van desde el doble a > 20 veces, el desarrollo de una amplia variedad de cánceres^{2,3}. Aproximadamente el 40% de los pacientes con SIDA desarrollan cáncer durante su vida⁴. Sin embargo, la Infiltración de células T dentro de los tumores se asocia con una mejora de la supervivencia general en pacientes con diversos tipos de cáncer^{5,6}. La sugerencia de que la respuesta inflamatoria puede estar correlacionada con la liberación de citoquinas y la posible supresión de Treg (por ejemplo, la supresión de células que frenan la activación del sistema inmune y previenen la autorreactividad) continúa explorándose.

Las células cancerosas requieren un suministro continuo de nuevo DNA. Las células cancerosas también se caracterizan por una regulación redox disfuncional. Por lo que teóricamente, en las cancerosas, la producción de especies reactivas de oxígeno, como consecuencia de las condiciones de estrés bajo las cuales se desarrollan, daña más frecuentemente al DNA y a los desoxirribonucleótidos trifosfato (dNTP) libres que en las normales. Pero las células cancerosas pueden soportar tales daños debido a la proteína MTH1.

Los primeros datos clínicos en pacientes con melanoma se trataron con dos inhibidores de puntos de control inmunes, ipilimumab y nivolumab, pero la experiencia clínica ha demostrado que la combinación de un agente inmuno-oncológico con una terapia ya existente, es importante para determinar la dosis óptima. Se utilizaron también inmunoterapias con cierto éxito en algunos tipos de cáncer, por ejemplo el interferón, (IFN)

y la interleucina-2, (IL-2) en el melanoma metastásico y en células renales de carcinoma metastásico (RCC); sin embargo, su uso ha sido limitado debido a la falta de especificidad y la toxicidad grave^{7,8}.

El sistema inmune del huésped tiene una respuesta natural al cáncer. El equilibrio ente el sistema inmune y las células tumorales puede cambiar a favor del tumor, dando lugar a un crecimiento descontrolado de las células tumorales. La respuesta inmunitaria a las células tumorales implica tanto los componentes adaptativos como los innatos del sistema inmune, (Fig.1).

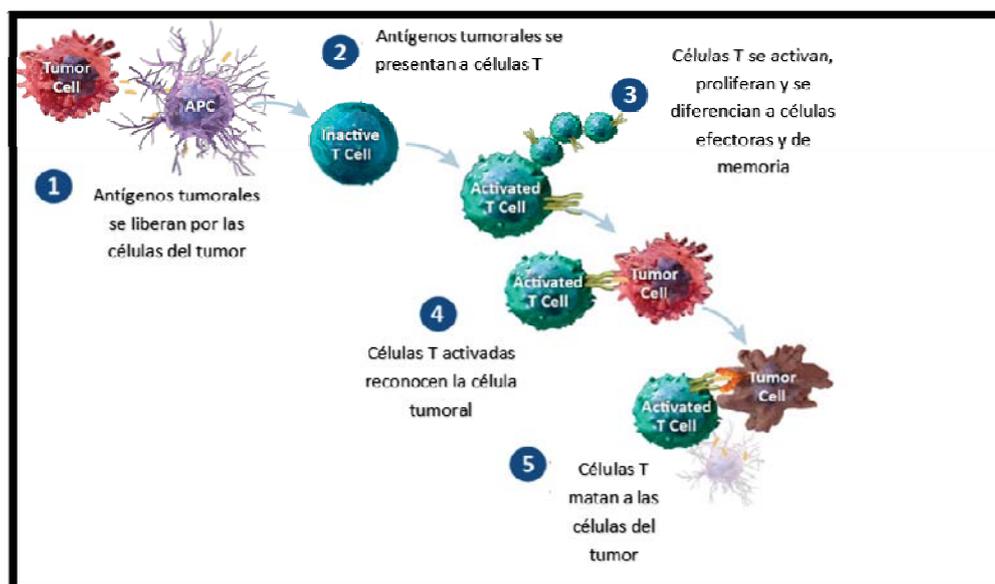
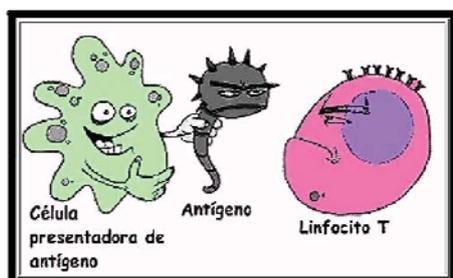


Figura 1. La respuesta inmune antitumoral adaptativa está mediada por componentes celulares y humorales, con los linfocitos T citotóxicos, CTLs (células CD41 y CD81T).

Abreviaturas: APC, célula presentadora de antígeno; CTL, linfocitos T citotóxicos.

Presentación e antígenos

El sistema inmune de nuestro cuerpo produce anticuerpos como forma de defensa cuando detecta algo extraño llamado antígeno. Cuando un anticuerpo reconoce un antígeno se une

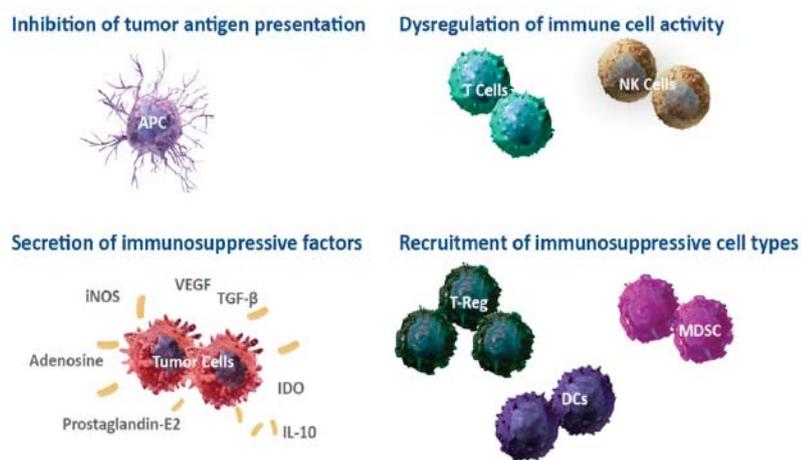


a él para que sea atacado por células del sistema inmune. Los antígenos son procesados y presentados a las células del sistema inmune. Esta presentación está mediada por las moléculas de MHC de clase I y II, compuestas por un complejo proteico que se encuentra en la superficie de las llamadas células presentadora de antígeno (APCs), (Fig.2).

Figura 2. APC presenta antígeno a los Linfocitos T.

Abreviatura: APC, célula presentadora de antígeno.

Existen varios tipos y subtipos de moléculas MHC-I en humano, HLA-A, HLA-B y HLA-C (HLA son las siglas de Human Leukocyte Antigen o Antígeno leucocitario humano, equivalente a las moléculas MHC vertebrados). Cada individuo tiene su propio conjunto de alelos HLA responsable de que sea imposible una compatibilidad perfecta entre los tejidos del donante y receptor, provocando rechazo en los trasplantes de órganos. Las moléculas de MHC-I presentan péptidos en su superficie que van a ser reconocidos por los linfocitos T CD8+ (citotóxicos) y los péptidos presentados por las moléculas de MHC-II van a ser



reconocidos por los linfocitos T cooperadores CD4+.

Figura 3. Mecanismos utilizados por las células tumorales para evadir y suprimir el sistema inmune.

Abreviaturas: APC, célula presentadora de antígeno; CTL, linfocitos T citotóxicos; DC, célula dendrítica; iNOS, óxido nítrico inducible; IDO, indolamina 2,3-dioxigenasa; NK, natural killer; MDSC, célula supresora derivada de mieloide.

Otro tipo de células inmunes son las Natural killer (NK), las cuales tienen un papel importante en la respuesta inmune antitumoral⁹⁻¹². Las células tumorales pueden utilizar múltiples mecanismos para escapar del reconocimiento y eliminación por el sistema inmunológico (Fig. 3).

Uno de estos mecanismos que interrumpen la presentación de antígenos es la baja regulación de moléculas de MHC-I o la desactivación de la maquinaria de procesamiento antigénico

Inmunoterapias

La necesidad de estrechar lazos entre la investigación básica y clínica ha dado lugar a la investigación traslacional. Ni los estudios realizados en el laboratorio y en el quirófano reflejan el estado real de los pacientes para poder predecir la eficacia de un nuevo tratamiento. En la industria farmacéutica, se refiere al traslado de los conocimientos de la investigación básica a la búsqueda de nuevos fármacos que curen enfermedades, mediante estudios en animales y humanos. En este contexto surge el concepto de medicina traslacional que tiene como objetivo facilitar la transición de la investigación básica en aplicaciones clínicas. Esta medicina traslacional se dirige a amortizar en beneficio económico y médico el esfuerzo empleado en la investigación básica. El objetivo es aplicar el conocimiento de los procesos celulares, moleculares, fisiológicos, químicos o genéticos a la búsqueda de terapias y técnicas de prevención o diagnóstico, que se resume en la expresión “from bench to bed-side” (de la bancada de laboratorio a la cabecera del enfermo). El traslado de los conocimientos de la investigación básica exige una continua interacción, un intercambio de recursos, cuya finalidad es conseguir que los descubrimientos en investigación reviertan en beneficio para los pacientes. Evaluando los nuevos agentes inmunoterapéuticos, los esfuerzos de la investigación traslacional se han dirigido a tratar de entender por qué algunos pacientes responden a la inmunoterapia y otros no lo hacen.

Un aspecto a tener en cuenta en algunos tumores se basa en el microambiente tumoral. Entender el microambiente del tumor puede ofrecer oportunidades para seleccionar la inmunoterapia más adecuada para cada paciente. Los tumores con un microambiente inflamado por las células T contienen más células de este tipo y, por lo tanto, pueden ser más propensos a responder a la inmunoterapia. Otra consideración es la mutación, la heterogeneidad del tumor. Los datos han mostrado que las mutaciones varían mucho entre los diferentes tipos de tumores, melanoma, cáncer de pulmón y cáncer de vejiga tienen una tasa de mutación muy alta; mientras que las tasas de mutación son bajas en el cáncer de tiroides y leucemia mieloide aguda.

Objetivo, rutas de inhibición y activación en células T

La respuesta de las células T se regula a través de un complejo equilibrio entre las señales “checkpoint” inhibitorias y de activación.

Podemos distinguir entre mecanismos que incluyen la activación de las vías de inhibición de las células T (puntos de control), tales como el antígeno 4 asociado a linfocitos T citotóxicos (CTLA-4), la PD-1, proteína de la muerte programada 1 y el gen 3 de activación de linfocitos (LAG-3); como mecanismos de inhibición de las vías de activación de células T (CD137, OX-40, CD40, GITR, HVEM); y / o la supresión de la actividad de las células NK (Fig. 4)

Las dianas clave de las vías de inhibición del control de la inmunidad incluyen el CTLA - 4, PD - 1, y LAG - 3.

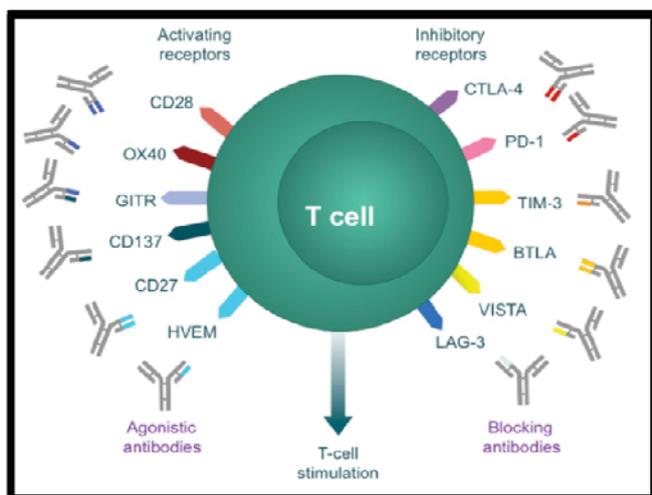


Figura 4. Puntos de control y la activación de receptores de las células son diana para la inmunoterapia.

Ipilimumab (Yervoy®) es un anticuerpo monoclonal (IgG1κ) anti-CTLA-4 (bloquea el CTLA-4) completamente humanizado producido en células de ovario de hámster chino (CHO), mediante la tecnología de ADN recombinante¹³. CTLA-4, expresado en la membrana de los linfocitos T se une a B7 de la célula tumoral impidiendo la estimulación necesaria para generar y mantener la activación de las células T

(Figura 5). Bloqueando B7 y CTLA-4, la células T puede destruir la célula tumoral. En 2011, la FDA aprobó el uso de ipilimumab para el tratamiento del melanoma. A diferencia de lo que ocurre con la quimioterapia tradicional, la inmunoterapia con ipilimumab produce un incremento inicial de la carga tumoral, seguido de una lenta y continua reducción de la

misma. Esta respuesta dificulta su aplicación en pacientes con una elevada carga tumoral.

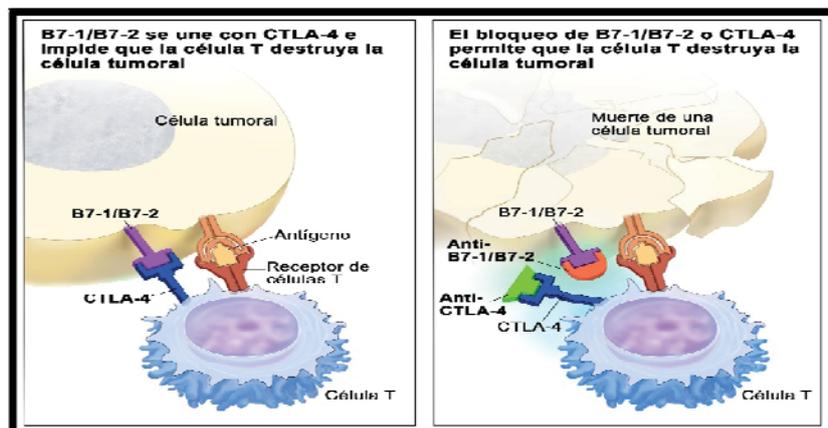
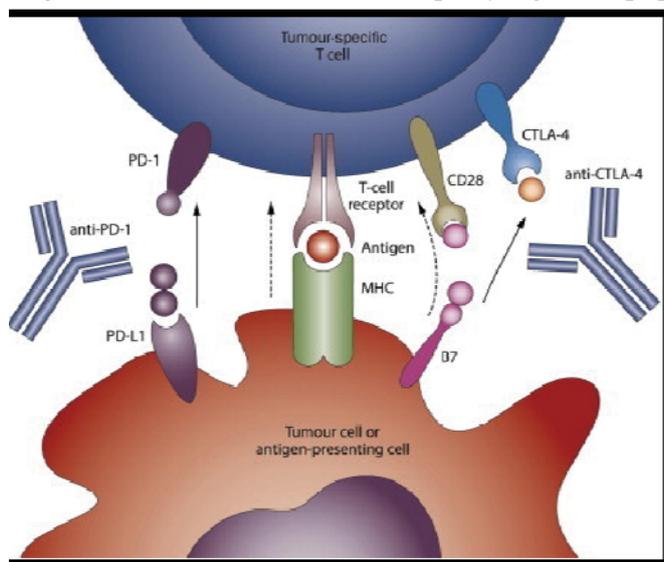


Figura 5. Mecanismo de acción del Ipilimumab como inmunoterapia contra el melanoma.

Pembrolizumab (Keytruda®) es un anticuerpo monoclonal humanizado (IgG4κ) anti-PD-1, producido en células CHO mediante tecnología de ADN recombinante. PD-1 es una proteína que actúa como receptor, localizada en la membrana de los linfocitos T activados. Uno de los ligandos de PD-1, es PD-L1 que juega un papel central en la capacidad de las células



tumorales para evadir el sistema inmune. La unión de Pembrolizumab a PD-1 bloquea la interacción de éste con PD-L1, expresado por las células tumorales, potenciando la respuesta mediada por linfocitos T¹⁴, (Figura 6).

Figura 6. Mecanismo de acción del Ipilimumab como inmunoterapia contra el melanoma.

En 2014, la FDA otorgó la aprobación acelerada a pembrolizumab para el tratamiento del melanoma avanzado

Nivolumab (Opdivo®) es un anticuerpo monoclonal totalmente humanizado (IgG4) anti-PD-1, con el mismo mecanismo de acción que pembrolizumab¹⁵, aprobado en 2014 por la FDA para el tratamiento del melanoma avanzado. Los resultados positivos no se limitan sólo al melanoma, se ha visto eficacia también en el cáncer de pulmón de células no pequeñas, carcinoma de células renales, tumor cerebral y cáncer colorrectal.

Durvalumab es un anticuerpo Anti-PD-L1 utilizado en ensayos en fase II para pacientes con cáncer colorrectal. Es utilizado en ensayo en fase I para pacientes con tumores sólidos avanzados, incluido el cáncer colorrectal, en combinación con tremelimumab (anti-CTLA-4). Este ensayo está financiado por Ludwig Cancer Research (Bruselas) en asociación con el Instituto de Investigación del Cáncer. El tratamiento más común para el cáncer colorrectal es la cirugía. Cuando el cáncer ha invadido la pared intestinal o los ganglios linfáticos, se administra quimioterapia antes o después de la cirugía. La quimioterapia estándar para el cáncer de colon metastásico puede consistir en: FOLFOX (5-FU, leucovorina y oxaliplatino) o FOLFIRI (5-FU, leucovorina e irinotecán).

Bevacizumab (Avastin) es un anticuerpo monoclonal que ayuda a cortar el suministro de nutrientes al tumor al suprimir el crecimiento de los vasos sanguíneos. En el cáncer de colon o recto avanzado, bevacizumab se utiliza habitualmente en combinación con otros fármacos antitumorales como 5-fluoruracilo (5-FU), ácido folínico, irinotecan y otros.

Bevacizumab se une a e inhibe la actividad del factor endotelial del crecimiento vascular (VEGF). Por lo tanto, inhibe la interacción de VEGF con su receptor en las células endoteliales (Figura 7). Por tanto, inhibe la proliferación de células endoteliales e inhibe así la nueva formación del vaso sanguíneo cortando la fuente de sangre al tumor.

En cáncer de mama metastático se ha demostrado también su eficacia en combinación con paclitaxel. En el tratamiento del cáncer de pulmón no microcítico, Bevacizumab se administra junto a una quimioterapia basada en derivados del platino.

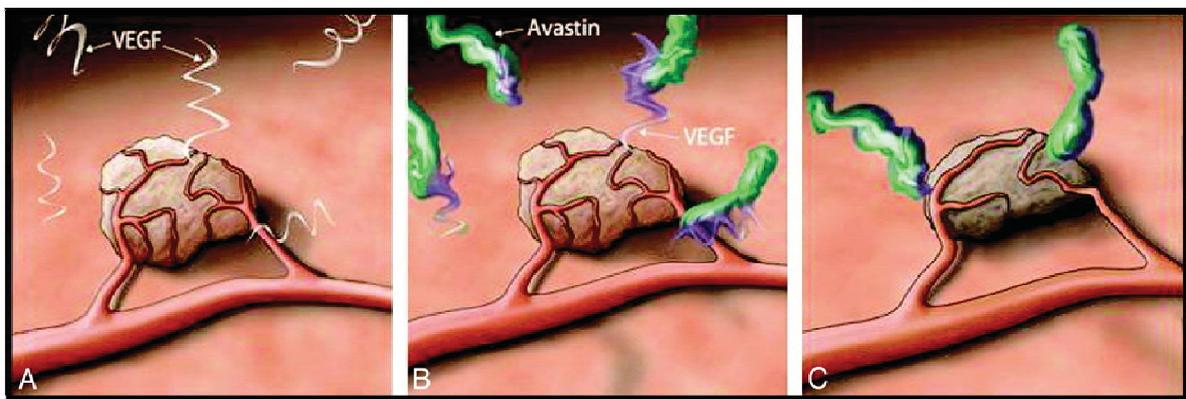


Figura 7. Esquema Ilustración del mecanismo del bevacizumab. A, tumor hipervascular rodeado de proteína VEGF. B, bevacizumab se une al VEGF libre y reduce la concentración del VEGF libre. C, La reducción del VEGF disponible da lugar a una disminución del suministro de sangre al tumor y a la contracción del tumor.

Vacunas contra el cáncer

La vacunación terapéutica es un tipo de inmunoterapia que tiene por objetivo estimular al sistema inmune del paciente para que desarrolle una respuesta antitumoral. Las células tumorales durante el desarrollo tumoral experimentan mutaciones en su genoma, que posteriormente pueden dar lugar a sustituciones de aminoácidos en determinadas proteínas. Esto hace que estas células expresen neoantígenos (NA), que son detectados por el sistema inmune como no propios, lo que activa la inmunidad específica (mediada por linfocitos¹⁶). Recientes estudios han destacado la importancia de los NA para el reconocimiento de células anómalas por parte del sistema inmunitario, lo cual tiene un gran

potencial terapéutico. Con el fin de potenciar la actividad inmune frente a estos neoantígenos, el enfoque más reciente de la vacunación terapéutica en melanoma es el desarrollo de vacunas de células dendríticas. En un estudio de fase¹⁶, se desarrollaron vacunas de células dendríticas “personalizadas” para pacientes con estadio III de melanoma resecado. Se identificaron neoantígenos potenciales de las células tumorales, seleccionando aquellas más probables a desencadenar una respuesta inmune tumoral. A continuación, se obtuvieron células dendríticas maduras a partir de la sangre los pacientes y se pusieron en contacto con los neoantígenos seleccionados, en presencia de citoquinas, de modo que las células dendríticas captaban los antígenos y los presentaban a través de los receptores del MHC. Cuando se administra la vacuna al paciente, las células dendríticas activan a los linfocitos T para que éstos desencadenen una respuesta inmune frente a las células tumorales. La vacunación terapéutica en esos pacientes aumentó la inmunidad antitumoral mediada por células T.

En el cáncer colorrectal los antígenos tumorales incluyen antígeno carcinoembrionario (CEA), MUC1 y NY-ESO-1. Existen varios estudios clínicos de vacunas contra el cáncer para el cáncer colorrectal, incluyendo:

- Estudio de fase III de Imprime PGG® en combinación con cetuximab administrado en sujetos con cáncer colorrectal tipo KRAS recurrente o progresivo.
- Ensayo de fase II de una vacuna basada en células dendríticas donde se utiliza el antígeno de cáncer NY-ESO-1, administrado en combinación con células T modificadas genéticamente para dirigirse al antígeno específico del cáncer NY-ESO-1.
- Ensayo de fase I de una vacuna que se dirige al antígeno HER2 en pacientes con cáncer metastásico, incluido el cáncer colorrectal.
- Ensayo de fase I de una vacuna peptídica personalizada para pacientes con cáncer colorrectal.
- Estudio en fase I de una vacuna NY-ESO-1 donde se utilizan células T modificadas genéticamente para dirigirse contra NY-ESO-1, y el inhibidor de punto de control ipilimumab (Yervoy®).
- Dos estudios piloto que probaron la vacuna GVAX en pacientes con cáncer colorrectal.

-

Terapia celular adoptiva

La terapia celular adoptiva es un tratamiento utilizado para potenciar al sistema inmunitario contra enfermedades tales como el cáncer e infecciones por ciertos virus. Se

toman muestras de células T de un paciente, se cultivan en el laboratorio y después de ser tratadas se devuelven al paciente para potenciar su sistema inmune contra el cáncer.

Estas células son capaces de proliferar in vivo y mantener funciones anti-tumorales a largo plazo. Linfocitos T endógenos infiltrantes del tumor o linfocitos T modificados genéticamente pueden ser transferidos para que expresen un receptor anti-tumoral. La terapia celular adoptiva implica un acondicionamiento previo del paciente con quimioterapia para producir linfodepleción e IL-2 a dosis altas tras la infusión de los linfocitos T anti-tumorales¹⁷. Se ha demostrado en ensayos clínicos que este tipo de terapia produce una respuesta clínica en el 40-72% de los pacientes, y un 40% de ellos experimentan respuesta duraderas. Sin embargo, su aplicación es limitada debido a su toxicidad.

Viroterapia contra el cáncer

La terapia con virus oncolíticos es un nuevo tipo de inmunoterapia que usa virus genéticamente modificados para destruir células cancerosas. Al comienzo de las investigaciones se intentaba reprimir la respuesta inmunitaria para que los virus tuvieran tiempo de actuar sobre las células tumorales antes de que fueran atacados por el sistema inmune al ser identificados como algo extraño. Hoy en día, la estrategia se centra en obtener virus transgénicos que potencien al sistema inmunitario a combatir el tumor.

Se están investigando varios virus oncolíticos procedentes de varias familias diferentes (virus del herpes, enterovirus, virus del sarampión y virus de la gripe entre otros) como terapias individuales o combinados con otros tratamientos anti-tumorales ya existentes en ensayos clínicos. El protocolo en viroterapia consiste en inyectar el virus en el tumor. El virus dirigido contra las células tumorales las infecta, replica su material genético dentro de las células cancerosas dando lugar a un ejército de clones víricos con capacidad de infectar otras células tumorales. Como resultado, el virus destruye las células tumorales (figura 8) saliendo al exterior en busca de otras células cancerosas para infectar al mismo tiempo que libera proteínas tóxicas para el tumor.

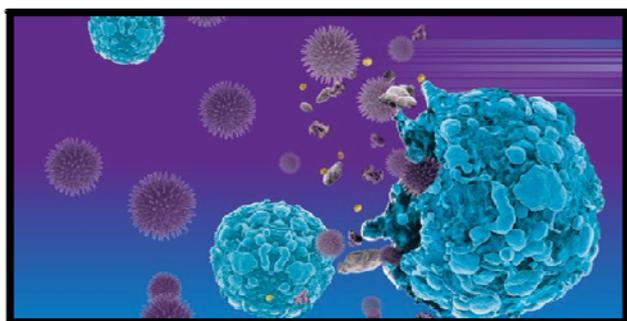


Figura 8. Destrucción de célula tumoral por virus oncolíticos saliendo al exterior en busca de otras células cancerosas.

El virus del sarampión manipulado (MV-NIS) se administró vía intravenosa a dos pacientes con mieloma múltiple que no respondían a otras terapias y sufrían varias

recurrencias de la enfermedad. En ensayo se llevó a cabo por científicos de la Clínica Mayo. El mieloma múltiple es un cáncer de las células plasmáticas en la médula ósea, que también produce tumores en el esqueleto y tejidos blandos. Este cáncer normalmente responde a los fármacos estimulantes del sistema inmunitario, pero termina por superarlos y rara vez se cura. Ambas pacientes respondieron, mostrando reducción del cáncer de la médula ósea y de la proteína del mieloma. En el tratamiento de melanomas, en octubre de 2015 la Administración de Alimentos y Medicamentos de los EE. UU. aprobó la primera terapia con virus oncolíticos. El virus usado en el tratamiento se denomina Talimogene laherparepvec (Imlygic®) es un virus herpes simple tipo 1 (VHS-1) atenuado, generado por la supresión de la función de dos genes (ICP34.5 e ICP47) y la inserción de una secuencia codificante del factor estimulante de colonias de granulocitos y macrófagos humano (GM-CSF). Se produce en células Vero por tecnología del ADN recombinante. Se puede inyectar T-VEC directamente en las áreas del melanoma que un cirujano no puede extirpar. Los pacientes reciben una serie de inyecciones hasta que no queda ninguna área de melanoma.

Discusión

La inmunoterapia del cáncer es un abordaje terapéutico que tiene por objetivo estimular al sistema inmunitario del paciente para que éste destruya las células tumorales.

La especificidad es una de las ventajas de esta terapia que hará que el daño a los tejidos sanos sea mínimo o la memoria inmunológica que una vez que el sistema inmune se ha potenciado convenientemente, será capaz de seguir reconociendo el tumor y destruirlo. En la historia de la Oncología ha habido numerosos intentos de aprovechar el sistema inmune contra los tumores, sin embargo los fármacos de los que disponíamos hasta ahora no tenían la suficiente eficacia para potenciar un importante estímulo del sistema inmune lo que hacía que su eficacia fuera limitada. Afortunadamente esta situación ha cambiado y en la actualidad poseemos una nueva generación de fármacos mucho más potentes que han cambiado la perspectiva de este tratamiento. La eficacia y novedoso mecanismo de acción de estos fármacos han motivado que algunas de las más prestigiosas revistas científicas como “Science” en el año 2013 dedicara su portada a lo que definía como el avance científico más importante del año, “Breakthrough of the Year”¹⁸. Cada año, los editores de Science eligen el mayor logro científico como el Avance del Año. El ganador de ese año fué la inmunoterapia del cáncer: aprovechar el sistema inmunológico para combatir los tumores. Durante décadas los científicos pensaban que tal enfoque a la terapia del cáncer debía ser posible, pero fué increíblemente difícil hacerlo funcionar.

Dado que la inmunoterapia ofrece un enfoque diferente de los tratamientos tradicionales, existe la posibilidad de sinergia con otros tratamientos tradicionales, como la quimioterapia, la radiación y la terapia hormonal. La combinación de diferentes métodos de tratamiento tiene un potencial revelador para optimizar los resultados del tratamiento. Realmente, la sinergia entre los agentes quimioterapéuticos y bloqueo de CTLA-4 se mostró en los modelos de tumor preclínico y justificó futuras investigaciones para determinar qué

específicas combinaciones quimioterapia-inmunoterapia pueden proporcionar efectos sinérgicos en un entorno clínico¹⁹. Además, los estudios preclínicos han demostrado que la radioterapia puede potenciar la eficacia sistémica de la inmunoterapia, mientras que la activación del sistema inmune innato y adaptativo puede mejorar la eficacia local de la radioterapia¹⁰. Por último, también es razonable combinar dos tipos de inmunoterapia basada en mecanismos complementarios de acción, pero la evidencia clínica de este enfoque espera la validación de ensayos clínicos adicionales²¹. Sin embargo, también hay algunos inconvenientes el fundamental es que puede tardar un tiempo en desarrollar su efecto ya que el sistema inmune debe prepararse para hacer frente al tumor.

La inmunoterapia a menudo provoca una respuesta tardía para la cinética tumoral tradicional con respecto a muchos métodos de tratamiento de cáncer aprobados, pero puede aumentar la supervivencia en ciertos tipos de cáncer. Puede provocar una mejor respuesta del sistema inmune si se implementa mientras el paciente tiene un grado razonable de inmunocompetencia, usualmente consistente con una menor carga tumoral. Además, puede ofrecer el potencial para los efectos clínicos duraderos y la sinergia con la combinación o las terapias subsecuentes.

Una tarea compleja tanto para los oncólogos como investigadores es encontrar un mecanismo que permita el proceso de datos o “Big Data” en los tratamientos oncológicos, ensayos clínicos y experimentos científicos. Hace algunos años la American Society of Clinical Oncology (ASCO) puso en marcha una iniciativa piloto llamado “CancerLinQ” para recopilar, analizar y procesar esa cantidad masiva de datos y así proporcionar información de calidad en tiempo real. El procesamiento masivo de datos está jugando un papel crítico en investigación y desarrollo. Al vincular al mundo clínico, los datos genómicos, proteómicos, inmunológicos, de estilo de vida y alimenticios entre otros; los investigadores están identificando nuevas vías de la enfermedad para mejorar y acelerar el proceso de descubrimiento de fármacos. Si continuamos las tendencias haciendo investigación del cáncer, se requerirá la formación y el desarrollo de personas que saben cómo usar los datos procesables en el cáncer incluyendo a ingenieros y técnicos cualificados para solucionar el procesamiento de datos. El mayor acceso a datos genómicos sobre el cáncer ha aumentado las esperanzas para obtener rápidos avances contra la enfermedad, aunque muchos se preocupan por la capacidad de los médicos para utilizar eficazmente la información. En la actualidad hay más de 100 fármacos contra el cáncer, que trabajan bloqueando la acción de genes específicos y sus proteínas expresadas en las células cancerosas, así como agentes de inmunoterapia que movilizan el sistema inmune para eliminar las células cancerosas. Los pilares del tratamiento contra el cáncer durante décadas como la quimioterapia, radiación y cirugía ahora están siendo reemplazados por enfoques más precisos.

En resumen, la inmunoterapia es un método de tratamiento establecido para múltiples enfermedades oncológicas, abarcando numerosos tumores sólidos y neoplasias. Los enfoques inmunoterapéuticos son un pilar de las nuevas terapias contra el cáncer. El futuro de la inmunoterapia es altamente prometedor, pero precisa de equipos multidisciplinares como

médicos, cirujanos, oncólogos, genetistas, inmunólogos e ingenieros informáticos para acelerar el procesamiento de datos, los ensayos clínicos y la lucha contra el cáncer.

BIBLIOGRAFÍA

H IKEDA, “From immunosurveillance to tumor escape”, *Cancer immune editing, Nat Immunol* núm 3, 2002, pp 991–998.

C WANG, “Cancer after kidney transplantation in the United States”, *Am J Transplant*, núm 4 2004, pp 905–13.

F WOJNAROWSKA, “Melanomas in renal transplant recipients”, *Br J Dermatol* 2006, núm 154, pp 472–77.

A BURGI, S BRODINE Y S WEGNER, “Incidence and risk factors for the occurrence of non-AIDS-defining cancers among human immunodeficiency virus-infected individuals”, *Cancer*, núm 104, 2005, pp 1505–11.

P SHARMA Y S WEN, “CD8 tumor-infiltrating lymphocytes are predictive of survival in muscle-invasive urothelial carcinoma”, *Proc Natl Acad Sci USA*, núm 104, 2007, pp 3967–72.

L ZHANG Y D KATSARO, “Intratumoral T cells, recurrence, and survival in epithelial ovarian cancer”, *N Engl J Med*, núm 348, 2003; pp 203–13.

A AMIN, “High-dose interleukin-2: Is it still indicated for melanoma and RCC in an era of targeted therapies? *Oncology*, núm 27, 2013, pp 680–691.

GK ANTONY, “Interleukin 2 in cancer therapy”, *Curr Med Chem*, núm 17 2010, pp 3297–3302.

OJ FINN, “Immuno-oncology: Understanding the function and dysfunction of the immune system in cancer”, *Ann Oncol*, núm 23, 2012, pp viii6–viii9.

RD SCHREIBER, “Natural innate and adaptive immunity to cancer” *Annu Rev Immunol*, núm 29, 2011, pp 235–271.

M DOSSET, “Analysis of spontaneous tumor-specific CD4 T-cell immunity in lung cancer using promiscuous HLA-DR telomerase derived epitopes: Potential synergistic effect with chemotherapy response” *Clin Cancer Res*, 2012; núm 18, pp 2943–2953.

G BINDEA, “Tumor immunosurveillance in human cancers”, *Cancer Metastasis Rev*, 2011, núm 30, pp 5–12.

CIMA, Centro de Información de Medicamentos de la Agencia Española del Medicamento, 2016.
<http://www.aemps.gob.es/cima/>.

E. D. DEEKS, “Pembrolizumab a review in advanced melanoma”, *Drugs*, 2016, núm 76, pp 375- 86.

Z ZHU, “The rapidly evolving therapies for advanced melanoma towards immunotherapy, molecular targeted therapy, and beyond”, *Crit Rev Oncol Hematol*, 2016, núm 99, pp 91-9

B. M. CARRENO Y G. P. LINETTE, “Cancer immunotherapy. A dendritic cell vaccine increases the breadth and diversity of melanoma neoantigen-specific T cells”, *Science*, 2015, núm 348, pp 803-8.

E. M. VERDEGAAL, “Adoptive cell therapy: a highly successful individualized therapy for melanoma with great potential for other malignancies” *Curr Opin Immunol*”, 2016, núm 39, pp 90-5.

R COONTZDEC, *Science's Top 10 Breakthroughs of 2013*.

JURE-KUNKEL M Y Girit E, “Synergy between chemotherapeutic agents and CTLA-4 blockade in preclinical tumor models”, *Cancer Immunol Immunother*”, 2013, núm 62, pp 1533–45.

A KALBASI Y N VAPIWALA, “Radiation and immunotherapy: a synergistic combination”, *J Clin Invest*, 2013, núm 123, pp 2756–63.

I MELLMA Y G DRANOFF,” *Cancer immunotherapy comes of age*”, *Nature*, 2011, núm 480, pp 480-89.

PEER-TO-PEER INSURANCE. PRIMERA APROXIMACIÓN A LOS SEGUROS ENTRE PARES.

Alejandro Zornoza

Socio Fundador en Zornoza Abogados y responsable del área de Derecho de las Nuevas Tecnologías.
Doctorando en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 5 de septiembre

Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: Frente al modelo tradicional de seguros, en el que el tomador contrata con una entidad aseguradora debidamente licenciada, los seguros entre pares protagonizan el modelo de competencia directa más disruptivo hasta la fecha, en el que los usuarios de una plataforma digital prescindieron de la aseguradora y asumen, ellos mismos, sus funciones. En este artículo se analiza la posible naturaleza de estas plataformas.

ABSTRACT: Over the classic insurance model, where the policy holder takes out insurance with a lawful insurance agency, peer-to-peer insurance is the most disruptive business model in front of that, where digital platform users overlook the insurance agency and take on his role. In this paper, we will analyze the legal status of these platforms.

PALABRAS CLAVE: Seguros, seguros entre pares, plataformas digitales, P2P I.

KEY WORDS: Insurances, peer-to-peer insurance, digital platforms, P2P I.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Qué es el P2P I. 3. La naturaleza jurídica de las plataformas P2P I. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Cuando se habla de Derecho de Seguros pocas veces puede comenzarse un artículo con expresiones del tipo “*el avance de las tecnologías de la información y la comunicación han permitido...*”, pues la industria aseguradora apenas ha experimentado cambios relevantes en los últimos cuarenta años.

Como consecuencia de ese estancamiento, de la creciente aceptación de la economía colaborativa y combinado además (ahora sí) con el rápido avance de las tecnologías digitales, ha surgido un nuevo mercado de seguros que prescinde por completo de la figura de la entidad aseguradora. Es lo que se conoce como *peer-to-peer insurance* (P2P I.) o seguros entre pares.

A través de este modelo de negocio son los propios usuarios de la plataforma de seguros P2P quiénes cubren sus coberturas de manera colaborativa.

No es temerario afirmar que el mercado asegurativo entre pares es un mercado emergente, si bien su actividad comercial empezó su andadura en 2010. A pesar de los años transcurridos, la literatura jurídica, fiscal o económica sobre el *peer-to-peer insurance* es prácticamente inexistente. Quizás, debido a que el desarrollo de una economía colaborativa precisa de un medio-largo plazo para resultar competitiva frente al resto de agentes del mercado, y no es hasta que llega ese momento que un nuevo elemento merece atención para los estudiosos.

El presente trabajo no tiene más pretensión que poner de relieve la existencia de una alternativa real a los seguros tradicionales, sentando las bases para el análisis del impacto que este creciente fenómeno plantea para la óptica jurídica al diagnosticar y tratar el comportamiento de los operadores de seguros P2P, dedicando especial atención a las consideraciones económicas y empresariales con el fin de atesorar un adecuado enfoque de la materia.

2. Qué es el P2P I

El P2P I. es un sistema asegurativo en el que son los propios tomadores del seguro quienes, de manera colaborativa, emplean el importe de sus primas para constituir un fondo grupal y con ellos cubrir los gastos ocasionados por los siniestros de otros tomadores. El objetivo es obtener un ahorro en las primas que los tomadores pagan anualmente a las compañías aseguradoras, de modo que cuanto mayor es el grupo, menos capital hay que invertir en el fondo grupal.

Es un modelo *many-to-one*, en el que encontramos una pluralidad de tomadores dispuestos a cubrir las contingencias de un solo, por lo que para que el P2P I. funcione los integrantes del grupo deben tener un perfil de riesgo similar. De esta manera, se reducen las posibilidades de que las cantidades del grupo se lapiden en unos pocos usuarios de alta siniestralidad en perjuicio de aquellos otros que tienen una actitud más responsable.

En muy poco tiempo, el mercado del P2P I. ha evolucionado en dos direcciones claramente diferenciadas; por un lado, tenemos un modelo colaborativo de dos niveles, en el que la plataforma está integrada tanto por tomadores como por entidades aseguradoras. Por otro lado, encontramos un modelo desintermediado en el que son los propios usuarios quienes ejercen la labor aseguradora, prescindiendo radicalmente de la entidad.

1. Modelo colaborativo de dos niveles

En este tipo de plataformas la desintermediación no es absoluta, ya que para acceder como usuario a las mismas hay que ser tomador de, al menos uno, de los seguros ofertados por cualquiera de las entidades aseguradoras que también forman parte de la plataforma. Una vez se ha ingresado en la plataforma, el usuario se une a un grupo de tomadores de un seguro del mismo tipo que el suyo (de automóvil, de daños, contra incendios, etc.) y con un perfil de riesgo similar. Cada miembro del grupo asume el compromiso de pagar hasta una cantidad máxima en caso de que otro miembro declare un siniestro. Por lo general, estas cantidades no son altas, de manera que no resulta gravoso para los usuarios pagar su prima habitual más el añadido para el fondo grupal. Las reclamaciones de escasa cuantía suelen cubrirse con los fondos aportados por cada miembro, lo que permite a las aseguradoras no tener que hacer pequeños desembolsos.

Debemos tener presente que una de las dificultades a las que se enfrentan los asegurados para percibir una indemnización no es la tacañería de la aseguradora, sino el hecho de que cuando un daño se resarce económicamente, el daño no desaparece, sino que se traslada a modo de liquidación a quién lo paga. La capacidad de las entidades

aseguradoras de regenerar fondos no es ilimitada ni automática, sino que requiere tiempo, y cada vez que se resarce un daño la aseguradora pierde liquidez, y los fondos entregados no pueden regenerarse a la misma velocidad a la que se entregan. El resultado suele ser un retraso en el pago de las indemnizaciones, y en épocas de difícil coyuntura económica o de gran siniestralidad, un aumento del importe de las primas de los asegurados. A través del P2P I. las aseguradoras reciben un alivio económico cuando los partes de escasa cuantía los cubren los integrantes del grupo, de manera que las cantidades no desembolsadas pueden destinarse a otros tomadores que no formen parte de una plataforma de seguros.

2. Modelo desintermediado o P2P I. puro

Frente a este sistema, en el que las entidades aseguradoras aun tienen presencia y margen de actuación, se alza un modelo que prescinde por completo de ellas, de manera que son los propios usuarios quienes asumen su labor.

El proceso comienza con la solicitud de acceso de un usuario a la plataforma. Para ello, además de una serie de datos personales que permitan identificarle verazmente, debe realizar un test de riesgo que determina su nivel siniestralidad. Con base en los resultados del test, se le atribuye una categoría de riesgo, la cuál será conocida por el resto de usuarios y éstos la utilizarán para decidir si admiten o no en el grupo al solicitante.

Una vez el nuevo usuario ha entrado en un grupo, clasificado por tipo de seguro y categoría de riesgo, debe pagar una primera prima anual, de la cuál un porcentaje va destinado a la creación de un fondo grupal para responder en caso de siniestro, y otro porcentaje se integra en la plataforma, a modo de comisión por la prestación del servicio. Cuando uno de los integrantes del grupo declara un siniestro, se utiliza el fondo grupal para pagar la indemnización.

Aunque cada año el fondo grupal se va mermando a medida que se van declarando los siniestros, el importe tomado es siempre menor que el importe inicial del que disponía el fondo, por lo que volver a integrar el fondo grupal hasta alcanzar el volumen inicial es más económico, y la prima pagada el segundo año, inferior a la del primero. De un modo gráfico: imaginemos que un tomador ingresa en un grupo de cuarenta miembros, debiendo pagar 600 euros de prima anual. De estos 600 euros, 100 euros son para la plataforma y el resto, los otros 500, para el fondo grupal. Como los grupos los integran usuarios con un nivel de riesgo y seguro similares, supongamos que todos los miembros han invertido 500 euros en el fondo. Dicho fondo cuenta entonces con 20.000 euros. A lo largo de un año se reclaman daños por un valor total de 8.000 euros, por lo que al finalizar el año en el fondo quedan 12.000 euros. Al inicio del segundo año los tomadores colaborativos deberán restituir los 8.000 euros gastados, por lo que la prima que debe pagar cada tomador el segundo año para volver a tener 20.000 euros en el fondo grupal será siempre menor que la prima inicial desembolsada de 500 euros.

Y de este modo irá sucediendo en cada periodo. En el caso de que el fondo grupal no fuese suficiente para cubrir todos los siniestros, cada plataforma cuenta con un fondo de reserva constituido con la comisión que paga cada tomador al ingresar, y será el que se use para alcanzar a todas las indemnizaciones debidas.

3. La naturaleza jurídica de las plataformas de P2P I.

El P2P I. es una actividad comercial que se encuentra fuera de toda reglamentación. No existe en el ámbito del Derecho asegurativo español ninguna figura que nos permita equipararla con el modelo de negocio desarrollado. Es más, ni tan siquiera es posible aplicar el poco recomendable principio de la analogía normativa para intentar ordenar su actividad. El P2P I. disfruta de un espacio alegal que a día de hoy sólo encuentra límites en la competencia y en la autorregulación.

¿Cómo catalogar entonces a las plataformas P2P I.? La cuestión no es baladí, pues en función de la respuesta sabremos cuáles son los derechos de los usuarios y las obligaciones de la plataforma.

Por un lado se debe destacar que una plataforma de P2P I. queda, categóricamente, fuera del actual texto de la Ley 20/2015, de 14 de Julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras –LOSSEAR-). Con base en los artículos 3, 6 y 27 LOSSEAR, una entidad aseguradora es aquella que revistiendo alguna de las formas legales previstas (sociedad anónima, sociedad anónima europea, mutua de seguros, sociedad cooperativa, sociedad cooperativa europea o mutualidad de previsión social) desarrolle, conforme a lo dispuesto en la Ley o por la legislación de otro Estado miembro, actividades de seguro directo de vida o de seguro directo distinto del seguro de vida, actividades de reaseguro, operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro que practiquen las entidades aseguradoras y reaseguradoras y actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora.

Como se ha mencionado, el objeto social de las entidades aseguradoras debe ser exclusivo y debe consistir en el desarrollo de actividades de seguro.

El punto de divergencia entre una entidad aseguradora al uso y una plataforma de P2P I. es que la plataforma no pretende desarrollar una actividad aseguradora, sino sólo convertirse en el punto de encuentro en el que los usuarios desarrollarán, por sí mismos, la actividad de asegurarse unos a otros. Nada impide que una plataforma de seguros P2P I. ofrezca espacio a usuarios que quieran agruparse para compartir seguros de vida o seguros de no vida, es decir, la exclusividad de ejercicio de la actividad no encuentra óbice legal en el caso de los seguros entre pares.

Por tanto, el requisito objetivo del objeto social exclusivo ya no se cumple en las plataformas estudiadas y, en efecto, quedan automáticamente excluidas del ámbito de aplicación de la LOSSEAR.

La razón por la que las plataformas de seguros no encajan en la legislación actual es porque se pierde de vista el hecho de que, aunque la actividad de la plataforma se desarrolla en el ámbito del mercado asegurativo, no estamos ante una entidad aseguradora, sino ante un prestador de servicios muy diferente. Concretamente, ante un prestador de servicios de la sociedad de la información, de los que encuentran amparo en la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE).¹

En efecto, la LSSICE entiende por servicio de la sociedad de la información todo aquel servicio prestado a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, y el prestador de servicios es aquel que proporciona un servicio de los encuadrados en la definición anterior.

No debería resultar complejo dilucidar como el funcionamiento de una plataforma de seguros P2P encaja en el contenido de este concepto: se presta un servicio a través de Internet, por precio cierto y dirigido a consumidores.² De manera que las plataformas de P2P I. quedan sometidas a las disposiciones de la LSSICE, especialmente a las obligaciones previstas en los artículos 10 a 12.bis, y a las disposiciones 23 a 29 sobre la contratación por vía electrónica.

El extremo más acusado de los negocios digitales participativos o colaborativos es

¹ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002, págs. 25388 a 25403.

² Se debe anotar que la actual versión consolidada de la LSSICE maneja aun, de manera expresa y por remisión, el concepto de consumidor contenido en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Este hecho no merece más mención que el saber que, a pesar de la falta, debe entender a los efectos de la LSSICE, el concepto de consumidor actual del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en su redacción más reciente dada por el apartado uno del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece que deben entenderse por consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

siempre aquel que se refiere al régimen de responsabilidad. Los modelos P2P basan su ideología en el poder de las masas y la colaboración, de manera que los usuarios de estos servicios tienden a ser personas con un fuerte carácter social e integrador. Pero ello no obsta para que aparezcan perfiles fraudulentos en las redes que sólo persiguen el beneficio propio y no el colectivo.

Cuando esto sucede, podríamos considerar que las plataformas de seguros no asumen ninguna responsabilidad si, por ejemplo, uno de los tomadores de un grupo no hace puntualmente su desembolso, o abusa del sistema dando un gran número de partes que debe cubrir necesariamente el fondo grupal, hasta el punto de que las pérdidas para el resto de los miembros es mayor que la ventaja perseguida. Como he planteado al tratar el tema del objeto social exclusivo, las plataformas de seguros son simples puntos de encuentro para tomadores de seguros, y de ello puede deducirse que en nada se compromete la plataforma con los tomadores, pues los partes deben cubrirlos los usuarios. Pero no podemos olvidar que, si un usuario ha accedido a una plataforma de seguros, es porque esa plataforma le ha consentido el acceso, y de ese acceso consentido mantengo que sí es posible derivar un régimen de responsabilidad de la plataforma.

El acceso a la plataforma por parte del usuario se hace previa solicitud de éste y posterior al examen de riesgo; la plataforma no sólo comprueba la identidad real del sujeto, sino que además realiza una valoración del índice de siniestralidad del usuario para poder atribuirle una categoría de riesgo determinada. Esta valoración y el acceso permitido producen un efecto de generación de confianza.

La reputación y honorabilidad de los prestadores de servicios de la LSSICE es equiparable a la de las personas jurídicas tradicionales, pues el hecho de que su actividad sea digital no enturbia este aspecto. Casi al contrario, podríamos decir, pues la reputación digital de una empresa con base tecnológica es uno de los elementos intangibles más valiosos de un prestador de servicios.

Los usuarios de una plataforma acuden a ella por su reputación digital, basándose en las recomendaciones de otros usuarios. El prestador de servicios de la LSSICE genera, de manera inevitable, una confianza en los usuarios con los que se relaciona que se convierte en fortaleza frente a potenciales clientes. La generación de confianza no debe considerarse un mero elemento colorista, sino todo lo contrario: en el ámbito de Internet, la reputación digital es un factor clave y determinante para exigir la responsabilidad de una empresa ante determinados incidentes.

Aquellos que llegan hasta una plataforma de seguros P2P lo hacen, bien porque el mercado asegurativo tradicional les resulta demasiado gravoso, bien porque aspiran a un modelo de seguros más social y menos corporativista. Sea como fuere, la credibilidad de una plataforma de P2P I. pasa por una política de control de acceso adecuada y un índice de abuso por tomadores fraudulentos lo más bajo posible, lo que se traduce en una aventajado posicionamiento de la plataforma en el mercado respecto de sus competidores, y en consecuencia, en un incremento del nivel de responsabilidad que les es exigible, justamente por disfrutar de dicha venta; para los usuarios, cuánto mayor es el prestigio de una plataforma mayor es también la diligencia debida que se le atribuye.

En tanto que generador de confianza, una plataforma se debate entre la obtención de un número fluido de participantes en el mercado y la creación de confianza mediante el acotamiento al acceso. En ambos supuestos el punto de partida es el mismo: el acceso permitido. Debe quedar suficientemente probado que la admisión a la plataforma ha sido adecuada a los criterios de acceso, de un lado, y si esos criterios han sido objetivamente suficientes, de otro. Este escenario nos lleva irremediabilmente a la siguiente cuestión; ¿deben considerarse los procesos de acceso sinónimos de garantía, aval o recomendación de la idoneidad de un usuario? Por más que las plataformas de seguros P2P puedan insistir en sus condiciones de contratación que no se responsabilizan de los perjuicios generados por un usuario, yo defiendo que sí son responsables en tanto que generadores de confianza, pues la admisión a la plataforma se adecúa a los criterios de acceso que la propia plataforma dispone.

Los servicios mercantiles deben prestarse con la diligencia debida de un buen padre de familia, aumentada en grado por cuanto su actuación, medios e información son siempre superiores a la de los tomadores que integran un grupo. Dado que son éstos quienes deciden si un nuevo miembro entra a formar parte de su pequeña comunidad colaborativa, resulta innegable que considerarán que si el nuevo usuario ha logrado acceder a la plataforma y se le ha otorgado una categoría de riesgo similar a la suya, es porque los responsables del control de acceso de la plataforma han desarrollado diligentemente su labor.

Ahora bien, la realización por el prestador de servicios de la mera conducta exigible no se agota con la realización de un esfuerzo valorado subjetivamente, sino que su conducta debe adaptarse para afrontar todas aquellas situaciones que objetiva y racionalmente puedan ser consideradas previsibles.

Soy consciente de que la valoración del riesgo y el nivel de siniestralidad de un sujeto determinado es un proceso complejo, arduo e inexacto, pues la información que se maneja siempre es imperfecta. Pero en el caso de las plataformas de seguros debe perseguirse una diligencia debida, como mínimo, similar a la de cualquier entidad aseguradora legalmente constituida.

Para ello, es necesario un adecuado manejo de la información. El problema lo encontramos en que para la celebración de un contrato de seguro ordinario, la Ley obliga al tomador a declarar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Se exige, en definitiva, una participación activa del tomador en la formación del contrato de seguro, hasta el punto de que una declaración inexacta de los riesgos puede suponer la anulación del contrato o su disolución. Se resiente así la posibilidad de exigir una responsabilidad *in eligendo* de los usuarios.

Asumiendo la elasticidad y los riesgos de desincentivación por parte de los empresarios que conlleva un sistema de responsabilidad extracontractual basado en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* ante un eventual incumplimiento de los términos de la contratación y funcionamiento de la plataforma, debemos ser conscientes de que la ausencia absoluta de responsabilidad genera situaciones de inseguridad jurídica para los usuarios y situaciones de abuso de posición por las empresas, y en definitiva, se termina alcanzando la misma desincentivación, pero esta vez por parte del usuario.

4. Conclusiones

El planteamiento del P2P I. no es tan peregrino como pueda parecer en un primer momento, y no debe desecharse con ligereza. La potencia de la economía colaborativa es patente, sobre todo en épocas de difícil coyuntura económica.

Sin pretensiones de pesimismo, es posible que el *peer-to-peer insurance* sea un modelo válido y útil para pequeños siniestros y espaciados en el tiempo, en los que la cuantía de la indemnización no sea superior al doble del valor de una prima, pues, a simple vista, se antoja complicada la viabilidad económica de una plataforma ante grandes catástrofe o periodos de acumulación de reclamaciones. De igual modo, debe prestarse especial atención a los sistemas de determinación y valoración del riesgo, observando factores como la distribución territorial, y ordenando los grupos de tomadores por cercanía.

La dicotomía consiste también en valorar si, en términos de rentabilidad, pueden coexistir los intereses de los usuarios a través de plataformas participativas y a través de aseguradoras tradicionales, pues no olvidemos que en nuestro país existe una obligación de tener un seguro de responsabilidad civil por los riesgos que entraña la conducción de vehículos, y las plataformas de seguros, en tanto que plataformas, no son equiparables a las aseguradoras ni sus productos son seguros, sino que son puntos de encuentro en los que los usuarios crean un fondo comunal para ayudar a sus compañeros, y en cuando llegue el momento, percibir esa ayuda.

Sin duda el mayor desafío de este modelo de negocio será enfrentar una regulación adecuada. La creación de un mercado de seguros paralelo a aquel que tantos esfuerzos se

han invertido en reglamentar y unificar no es una tarea que el legislador vaya a evidenciar, si bien, observando experiencias anteriores como la del *peer-to-peer lending*, no sería de extrañar que aun tardase una década en intentar abordarlo, y en mi opinión, erróneamente, tratase de convertir las plataformas de seguros en entidades aseguradoras.

El error no vendría del intento de dotar al sistema de robustez y garantía jurídica, algo que es completamente necesario. El error aparecería en intervenir una industria emergente y diversa para hacerla parte de un mercado al que no quiere pertenecer. Como comentaba al principio de este trabajo, en los últimos cuarenta años apenas han ocurrido acontecimientos reseñables en los mercados de seguros; los esfuerzos en estudiar los riesgos y naturaleza de los ecosistemas digitales, las nuevas tecnologías o los avances biométricos son los que han llevado a un grupo de usuarios a evidenciar al legislador, situándose al margen de la Ley, al tomar el origen de un negocio que quedo enterrado bajo unas leyes férreas y sofisticarlo a través de Internet.

La normativa, como digo, deberá llegar. Y se enfrentará al debate de cómo hacer converger, en un mismo negocio jurídico, las garantías financieras de las entidades de seguros, las obligaciones de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y los derechos de los consumidores y usuarios.

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES QUE PODRÍAN DESACONSEJAR SU ADOPCIÓN.

Itziar Frías Rodríguez
Abogada en Iure Licet Abogados

Fecha de recepción: 5 de septiembre
Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: La guarda y custodia compartida se está implantando con carácter preferente cuando la solicita uno de los progenitores, siendo únicamente desestimada, principalmente, aquellas en las que uno de los progenitores no cuenta con la suficiente infraestructura para poder atender al menor o cuando la distancia entre los domicilios de los progenitores no permita el correcto funcionamiento de la misma.

ABSTRACT: Share custody and maintenance is being implemented on a preferential basis when requested by one of the parents only being dismissed when one of the parents does not have sufficient infrastructure to care for the child or when the distance between the parent`s residences does not allow the proper functioning of the share custody.

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia compartida, disponibilidad de los progenitores, infraestructura, distancia entre los domicilios, diferentes poblaciones, informe del Equipo Psicosocial.

KEY WORDS: Share custody and maintenance, availability of parents, infrastructure, distance between the parent`s residences, different cities.

SUMARIO: (i) carácter preferente de la guarda y custodia compartida; (ii) disponibilidad de los progenitores para ejercer una guarda y custodia compartida; (iii) distancia entre sus domicilios; (iv) principios que inspiran la guarda y custodia compartida; (v) informe del Equipo Psicosocial; (vi) conclusión.

(I) Carácter preferente de la guarda y custodia compartida.

Desde la entrada en vigor el 10 de octubre de 2015 de la **Ley Vasca 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores**, la tendencia ya existente en los Tribunales del País Vasco a conceder guardas y custodias compartidas ha aumentado más si cabe, y se ha unido con más fuerza a la tendencia ya existente también en el resto del Estado, de conceder guardas y custodias compartidas, en supuestos de rupturas de parejas con hijos menores a su cargo, cuando lo solicite una de las partes.

Así, lo habitual será que los jueces le den preferencia y que sea desestimada únicamente cuando valoren de manera negativa los siguientes aspectos: Por un lado, la **disponibilidad de los progenitores para poder atender al menor**; y por otro lado, **la distancia entre los domicilios de cada uno de los progenitores**.

(II) Disponibilidad de los progenitores para ejercer una guarda y custodia compartida.

Respecto a la disponibilidad de los progenitores, un dato importante serán sus **horarios de trabajo**, aunque si bien es cierto que para el establecimiento de una guarda y custodia compartida, lo deseable será que cada uno de los progenitores tenga un horario de trabajo, que le permita atender al niño como cuidador principal, la semana que le corresponda estar con él, no es menos cierto, que la jurisprudencia viene a matizar este punto, dando la posibilidad a cada uno de los progenitores, de que gestionen en la manera que estimen más conveniente, el cuidado del niño.

Así, en principio, no habría inconveniente que utilizarasen la ayuda de terceras personas para cubrir las horas en las que estén trabajando.

En cualquier caso, lo fundamental será que se tenga toda la **logística familiar perfectamente organizada y preparada**, ante la llegada de cualquier imprevisto que pueda desbaratar la organización previamente planteada y que es algo sumamente habitual cuando estamos al cuidado de un menor. Hablamos de imprevistos, tales como enfermedades del niño, días no lectivos y contratiempos varios.

Es por esta razón que, al margen de que uno de los progenitores tenga un horario de trabajo más amplio que el otro, siempre que pueda organizarse con la ayuda de terceros (familiares o personas contratadas) y tenga una **organización e infraestructura perfectamente planteada** para no desatender las necesidades de su hijo, este aspecto podría no ser necesariamente desmotivador para estimar una guarda y custodia compartida.

En estos términos se pronuncia numerosa jurisprudencia, de entre la que podemos destacar, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, Sentencia 731/2006 de 1 Dic. 2006, Rec. 865/2006 (LA LEY 210819/2006)**, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1ª, Sentencia 138/2014 de 30 Abr. 2014, Rec. 128/2014 (LA LEY 78708/2014)**, o la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, Sentencia 111/2012 de 20 Mar. 2012, Rec. 7/2012 (LA LEY 34787/2012)**

(III) Distancia entre sus domicilios

Como consecuencia de lo anterior, podemos afirmar que más peso para desaconsejar una guarda y custodia compartida tiene el segundo de los aspectos citados; esto es, la distancia entre los domicilios de los progenitores, ya que la cercanía de los domicilios, va a ser el aspecto que facilite en mayor medida, el correcto funcionamiento de una guarda y custodia compartida con menor menoscabo para los intereses del menor.

Es decir, que a día de hoy de poco sirven aquellos argumentos esgrimidos hasta hace bien poco, sobre quien había sido el cuidador principal hasta la fecha, y en donde los abogados nos apresurábamos a detallar y acreditar con diversas pruebas, cuál de los dos progenitores era el que de manera habitual acudía con el niño a sus revisiones médicas y sabía cada una de las medicinas que tenía que tomar, quien estaba al tanto de sus vacunas o quien le llevaba al parque a jugar por las tardes.

Y es que estas premisas, a día de hoy han perdido mucho peso, y se tiende más a mirar hacia el futuro y hacia la que será la nueva organización familiar, antes que a los datos del pasado.

Cuestión fundamental será por tanto, determinar cuántos kilómetros de distancia se considera adecuada entre ambos domicilios, para establecer una guarda y custodia compartida.

En este sentido, parece que en la jurisprudencia existe bastante unanimidad, y viene a desaconsejar una guarda y custodia compartida cuando la distancia entre las viviendas de los progenitores, superen los 40 kilómetros.

Este es el criterio que siguen, entre otras, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, 273/2015 de 5 de mayo de 2015, recurso 84/2015 (LA LEY 90973/2015)**, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, 155/2014 de 6 de marzo de 2014, recurso 1227/2013 (LA LEY 45409/2014)**, o la **Sentencia de la Audiencia Provincial de de Albacete, Sección 1ª, Sentencia 132/2014 de 27 May. 2014, Rec. 113/2014 (LA LEY 73943/2014)**

Los motivos que se argumentan jurisprudencialmente para desaconsejar una guarda y custodia compartida, cuando la distancia entre los domicilios supere los 40 Kilómetros de distancia, son los siguientes:

- Las horas de descanso del menor cuando tuviera que estar con el progenitor que más alejado viviera de su centro escolar, ya que el menor en cuestión, tendría que madrugar mucho más y sus horas de descanso se reducirían notablemente cuando se encontrase en la compañía de este progenitor, pues tendría que salir de casa mucho antes, empleando un tiempo importante en transporte sin necesidad.

- El problema de la distancia se plantearía igualmente por la asistencia del menor a otro tipo de actividades, bien fueran de ocio/deportivas o académicas, ya que se limitaría mucho la posibilidad de que las realizase si una vez finalizadas éstas a las siete u ocho de la tarde, tuviera que desplazarse por más de 40 Kilómetros hasta llegar a su domicilio y ponerse entonces hacer los deberes, cena ... y acostándose en consecuencia mucho más tarde. Lo que enlaza precisamente con el punto anterior, al repercutir negativamente en el tiempo de descanso del menor.

- El problema de la distancia se plantearía igualmente por la imposibilidad real del menor de estar en su entorno, sin largos viajes constantes. Entorno que habitualmente en un menor de edad está formado por sus compañeros de colegio, que en gran medida vivirán en un radio próximo al centro escolar.

Esta última problemática se acentuará además, según los hijos vayan alcanzando edades preadolescentes y adolescentes, repercutiendo negativamente en el desarrollo social del menor, que tan importante es en estas etapas de la vida.

No obstante, además de la distancia en kilómetros propiamente dicha, también hay otro tema de sumo interés y que es el hecho de que aún encontrándonos ante un supuesto en el que la vivienda de los progenitores no supere los 40 Kilómetros, también se discutiría la idoneidad de una guarda y custodia compartida, cuando ambas viviendas se encontrasen en **poblaciones diferentes**.

Así por ejemplo, se pronuncia la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, Sentencia 217/2015 de 27 Mar. 2015, Rec. 136/2014 (LA LEY 72252/2015)**, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, Sentencia 213/2008 de 26 Jun. 2008, Rec. 486/2007 (LA LEY 150822/2008)** y la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia 382/2015 de 4 Jun. 2015, Rec. 1351/2013 (LA LEY 97825/2015)**, o la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9ª, Sentencia 289/2013 de 27 May. 2013, Rec. 938/2012 (LA LEY 121484/2013)**, entre otras.

Todas estas sentencias vienen a resolver situaciones en las que la distancia entre ambos domicilios, en la mayoría de los casos, apenas supera los 10 kilómetros de distancia, e

incluso menos, pero todas ellas de manera unánime concluyen que el hecho de vivir en diferentes poblaciones es un **elemento distorsionador** en el día a día de los menores, y no exactamente por la distancia, la cual reconocen que no es grande, sino por el lugar donde los menores van a desarrollar su vida social y donde éstos tienen su círculo de amistades. Así lo resume con claridad la Sentencia ya citada de 27 de mayo de 2013 de la Audiencia Provincial de Alicante, que de manera expresa dice:

"Los padres residen en diferente población, una en Torrevieja y el otro en San Miguel de Salinas, pero ciertamente ambas poblaciones se encuentran a unos 13 km, con un tiempo de desplazamiento de unos 15 minutos aproximadamente. Cuando existen ciudades, como Madrid o Barcelona, donde el traslado entre viviendas de los padres o hasta el colegio, puede fácilmente superar dicho tiempo de desplazamiento.

Sin embargo, a juicio del tribunal, esto es un factor en cierta manera distorsionador en el régimen de vida de los menores, y no exactamente por la distancia, sino por el lugar donde van a desarrollar su vida social, pues parece más razonable que se centralice en una población y no en dos.

Los menores están especialmente arraigados en Torrevieja, donde desarrollan diferentes actividades extraescolares".

Pues bien, una vez que tenemos claro los motivos principales por los que un Juez podría desestimar una solicitud de guarda y custodia compartida (y que como hemos expuesto se reduciría básicamente a aquellos supuestos en los que uno de los progenitores no contase con la infraestructura necesaria para poder cuidar del menor; que la distancia entre los domicilios de los progenitores superase los 40 kilómetros; o cuando aún siendo la distancia menor, estos vivieran en diferentes poblaciones, al dificultar este hecho el desarrollo de la vida social de los menores), lo común será que cuando uno de los progenitores solicite una guarda y custodia compartida, la misma sea admitida por el Juzgado.

(IV) Principios que inspiran la guarda y custodia compartida

Ante el planteamiento anterior, no debemos olvidar cuál es el espíritu que rige la **Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores**, y que viene a ser el mismo que el de el resto de normativas existentes ya en el Estado y por la jurisprudencia.

Dicho espíritu se fundamenta en la conjugación de los siguientes principios:

- 1.- Corresponsabilidad parental. Que garantiza que ambos miembros de la pareja participen de forma igualitaria en el cuidado y educación de sus hijos e hijas y en la toma de decisiones que afecten a los intereses de estos.
- 2.- Derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida. Derecho de las y los menores de edad a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible, siempre que cualquiera de sus progenitores lo solicite y no sea contrario al interés del menor.
- 3.- Derecho de la persona menor de edad a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio y con las familias extensas de ambos.
- 4.- Igualdad entre hombres y mujeres. Que promueve que las relaciones entre hombres y mujeres en función de sus hijos e hijas, durante y después de la ruptura de pareja, se basen en el diálogo, el respeto y la igualdad.

La Ley pone además en relación estos principios con la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que obliga a los Estados a respetar el derecho de las personas menores de edad a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del menor.

Teniendo en cuenta todo esto, la tendencia es que las guardas y custodias exclusivas terminen teniendo un carácter residual y se adopten únicamente en aquellos supuestos en que ambos progenitores estén de acuerdo, o exista una imposibilidad manifiesta de uno de los progenitores para poder llevarla a cabo.

(V) Informe del Equipo Psicosocial

Así las cosas, no debemos pasar por alto otro dato de sumo interés de cara a determinar el tipo de guarda y custodia que regirá la vida de niño a partir del momento de la ruptura de pareja, y que es el **informe del Equipo Psicosocial**, ya que su contenido, junto con lo dispuesto por la Ley y por la Jurisprudencia, se tendrá muy cuenta por el Juzgador a la hora de tomar una decisión.

Este Equipo valorará tanto a los progenitores de manera individual, como a éstos con los menores, y las conclusiones que se deriven de dicho informe son, en la mayoría de las ocasiones, muy tenidas en cuenta por el Juzgador.

Como no podía ser de otra manera, estos equipos psicosociales, siguen en general, la tendencia actual en lo que respecta a las guardas y custodias, por lo que siempre y cuando vean que existe una interrelación normal y afectiva del niño con ambos progenitores y no vean ningún factor de los indicados anteriormente que desaconsejen el establecimiento de una guarda y custodia compartida, procederán, cada vez de manera más habitual, a aconsejar una guarda y custodia compartida.

(VI) Conclusión.

Como conclusión a todo lo anterior, podemos decir que todo el entramado judicial, a día de hoy sigue una misma línea que tiende a generalizar las guardas y custodias compartidas, que si bien desde un punto de vista práctico está siendo criticada por muchos, por el posible trasiego al que se ve sometido el menor y el posible impacto que esto pueda acarrearle en su desarrollo emocional, lo que no se puede olvidar es que, llegado el momento de la crisis de pareja, si efectivamente ambos padres quieren y están capacitados para llevar a cabo una guarda y custodia compartida, **lejos de medidas judiciales, la única manera de evitar ese posible impacto emocional en el menor, es con la conducta de los propios padres**, quienes a la hora de fijar los términos de la guarda y custodia deberán ser sinceros y realistas con las capacidades y limitaciones de cada uno de ellos, adaptando la guarda y custodia a sus circunstancias personales y tratando de llevarse lo mejor posible entre ellos, manteniendo una comunicación cordial y fluida.

Y es que, solamente estas premisas, serán las que contribuyan a favorecer que el fin de la vida en común del niño con ambos progenitores bajo el mismo techo, y la aparición de unas nuevas rutinas en su vida, puedan repercutir negativamente en la estabilidad emocional del menor.

CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA DEL ANIMAL, ENTRE NECESIDAD CONCRETA DE PROTECCIÓN Y «NUEVAS» PERSPECTIVAS CULTURALES

Roberto Garetto
Doctor en Derecho.
Università degli Studi di Camerino.

Fecha de recepción: 5 de septiembre
Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: En las últimas décadas ha surgido una nueva sensibilidad hacia el animal. Mientras que en el pasado el animal se consideró como presa o res a utilizar, hoy en día muchos lo conciben como un «compañero de vida». Esta nueva condición del animal doméstico pone, sobre el plan del derecho, algunas preguntas y puede tener implicaciones no secundarias. En unos contextos jurídicos se cree posible dar más amplia protección al animal reconociendo alguna forma de subjetividad jurídica. Esta impostación, percibida como elemento innovador y de elevado nivel de civilización, presenta, sin embargo, fuertes elementos de incongruencia. El derecho se modula, de hecho, sobre la persona, sobre sus derechos y deberes. Hasta ahora la protección de los animales ha sido garantizada en función del bienestar y la serenidad de la persona: la violencia sobre el animal está prohibida, en efecto, para tutelar la sensibilidad de aquellos que aman a los animales. En cambio, en el caso de que se quisiera tutelar al animal en sí mismo, prescindiendo de la persona, surgiría una serie de cuestiones, particularmente relativas a la individuación de los animales merecedores de tutela en sí y de aquellos carentes de tal tutela. Además, un aspecto muy interesante es que la subjetividad del animal, percibida actualmente como elemento de civilización y progreso, no parece algo nuevo, de hecho se ha presentado en etapas culturales y jurídicas bastante oscuras; por ejemplo, en la Edad Media y en la Edad Moderna, fueron frecuentes los procesos a animales en algunas áreas europeas. La tarea del jurista contemporáneo será buscar formas de protección de los animales coherentes con la centralidad de la persona en el orden jurídico.

ABSTRACT: In the last decades, a new awareness towards the animals has risen. While in the past the animal was considered as prey or res to be used, nowadays many people conceive it as a sort of life partner. This new condition of the domestic animal originates, in a legal perspective, some questions, and it can have non-negligible implications. In some legal contexts it is believed possible to give greater protection to the animal recognizing some form of legal subjectivity. This mind-set, perceived as innovative and of elevated level of civilization, has, however, strong elements of incongruity. The law is modulated in fact on the person, on his rights, and his duties. So far the protection of animals has been guaranteed for the welfare and serenity of the person: violence on the animal is prohibited, in effect, to protect the sensibilities of those who love animals. However, in the case that the law would protect the animal itself, regardless of the person, it would emerge on a number of issues, particularly concerning the individuation of animals deserving protection themselves and those lacking such a protection. Also, a very interesting aspect is that the subjectivity of the animal, currently perceived as an element of civilization and progress, is not something new. In fact it has appeared in fairly obscure cultural and legal phases: for example, in the Middle Ages and in the Modern Era, trials to animals were frequent in some European areas. The task of the contemporary jurist will be to seek for forms of advanced protection of the animal coherent with the centrality of the person in the legal system..

PALABRAS CLAVE: Animal, subjetividad jurídica del animal, procesos a animales, derechos de los animales, persona, personificación, res, esclavitud.

KEY WORDS: Animal, animal legal subjectivity, animal trials, animal rights, person, personification, *res*, slavery

SUMARIO: 1. El animal en la concepción originaria. 2. La nueva sensibilidad sobre el animal y las primeras respuestas del derecho. 3. Subjetividad jurídica del animal. ¿Progreso o retroceso? 4. Conclusiones.

1. El animal en la concepción originaria.

La percepción del animal desde el punto de vista del ser humano varía con el tiempo. Desde una perspectiva antropológica, el animal es visto inicialmente cómo una amenaza contra la que defenderse, o como una presa a capturar y de la cual alimentarse. Sólo sucesivamente el animal es tenido en consideración para la utilidad que puede ofrecer al hombre: la cría de animales para obtener productos o para su uso como herramienta de trabajo.

El derecho se coloca justo en esta fase evolutiva, cuando se empieza a considerar al animal salvaje cuál *res nullius*; sin embargo, este puede ser capturado, convirtiéndose en *res* disponible en sentido económico y jurídico¹.

El animal sigue siendo del propietario hasta que éste no lo abandona. Incluso si se deja libre a los pastos, ello quedará *res* del propietario, si mantendrá la aptitud a volver a él cotidianamente (es decir, si tendrá el *animus revertendi*)².

El derecho estableció también reglas sobre la alienación del animal³ y sobre las garantías que deben proporcionarse en caso de daños provocados por él⁴.

Ciertamente no escapó a la cultura filosófica antigua, ni al derecho - coevo y a ella no ajeno - cómo el animal se distinguiera de la cosa inanimada por bien más de un aspecto. Aristóteles en el *Historia Animalium* nos provee de una amplia prueba con tal conciencia⁵.

Sin embargo, eso no impidió a los juristas de configurar al animal como *res*. Esto, en particular, por analogía con el *status* de esclavo, el incluso animado y «sensible» - bien más del animal en realidad - pero *res* a todos los efectos.

La analogía «animal-esclavo», propia del derecho romano, proporcionará interesantes ocasiones de reflexión más adelante; no desarrollamos entonces el tema en este momento. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el concepto original de animal en el derecho romano se basa esencialmente en un presupuesto de «utilidad»: el animal se convierte en *res* relevante para el derecho en una sociedad de subsistencia, en la que el animal proporciona el alimento, el trabajo además de la protección y la compañía, en algunos casos. De eso deriva un «valor» del animal, tal de identificarlo cual objeto relevante, en una perspectiva jurídica, tal como podría ser cualquier otro bien, aunque inanimado.

El «valor» del animal hace que, a pesar de ser *res*, sea objeto de cura y protección. Paradójicamente el animal criado en cautividad, aunque privado de la libertad propia del estado de naturaleza, generalmente tiene condiciones de vida más favorables con respecto al animal en estado salvaje; tal

¹ GAIUS, "Institutes", II, 66, en E. POSTE, (ed.), *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius with a Translation and Commentary*, Oxford/Clarendon Press, Oxford, 1904, p. 160: «[n]ec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam occupando ideo erimus, quia antea nullius essent: qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur».

² GAIUS, "Institutes", II, 67, en E. POSTE, *o.l.c.*

³ Para una descripción de las formalidades requeridas, se vea: GAIUS, "Institutes", I, 119, en E. POSTE, *o.c.*, pp. 74 s.

⁴ El tema de la responsabilidad del dueño por el daño del animal será afrontado de forma sintética en el §3.

⁵ ARISTÓTELES, "Historia Animalium", H.A. VIII, 1, 588a17-31, en *id.*, *Historia de los animales*, Edición de José Vara Donado, Ediciones Akal, Madrid, 1990, p. 409: «en efecto, en la inmensa mayoría incluso de los demás animales hay vestigios de los modos que adopta el alma humana, modos que en los hombres presentan, naturalmente, unas variaciones más marcadas. En efecto, docilidad y ferocidad, suavidad e irritabilidad, valentía y cobardía, miedo y osadía, apasionamiento y malicia, y algo de la intuición forjada en el acto discursivo, son semejanzas que se dan entre muchos animales y la especie humana, igual que decíamos que las había en los órganos. Pues unos animales se diferencian del hombre por simple cuestión de grado en la mayor o menor posesión que el hombre de ciertas cualidades, y lo mismo se diferencia el hombre de gran cantidad de animales (y que, entre las cualidades dichas, las hay que radican más en el hombre y algunas otras más en los animales), mientras otros animales se diferencian del hombre en que las cualidades respectivas guardan entre sí correspondencia». Sobre este asunto, ver: O. JIMÉNEZ TORRES, "Definiciones y demostraciones en las obras zoológicas de Aristóteles (El acto y la potencia en el conocimiento demostrativo)", *Cuadernos de Anuario Filosófico*, núm. 204, 2008, p. 50. Más en general, ver también: F. NUYENS, *L'évolution de la psychologie d'Aristote*, Éditions de l'Institut Supérieur de Philosophie, Louvain, 1973, pp. 147-158; el autor anota la importancia que para la psicología de Aristóteles tienen estos estudios, que él denomina de «biología comparada», por su concepción del alma y del cuerpo.

privilegio es pagado por el animal con el estado de cautiverio, que implica empleo y explotación de los recursos que ello puede ofrecer.

2. La nueva sensibilidad sobre el animal y las primeras respuestas del derecho.

Recientemente la sensibilidad sobre los animales ha ido cambiando.

Algunos de los animales domésticos han sido, desde tiempo inmemorial, compañeros de vida de sus propietarios. Inicialmente esta especial relación se ha desarrollado en la perspectiva de la utilidad; la singular cooperación entre el cazador o el pastor y el perro, por ejemplo, está probada por sepulturas de edad prehistórica⁶. La intensidad del vínculo resulta comprobada por la literatura y el arte desde el final de la edad antigua⁷. Progresivamente la unión intensa con ciertos animales domésticos se convirtió en recurrente en las clases sociales más acomodadas - a menudo una costumbre aristocrática -. Actualmente, con el logro de una prosperidad social más generalizada, se ha consolidado en la sociedad occidental y ahora está bastante extendida. El fenómeno se ha intensificado, en la cultura contemporánea, por una fuerte tendencia al individualismo y al aislamiento, elementos que han llevado a concentrarse en el cariño por el animal doméstico, a menudo «humanizado» en el trato y en las curas.

Precisamente esta nueva y difundida sensibilidad ha engendrado problemas de naturaleza también jurídica. Mientras no hay duda de que debemos tener respeto hacia los animales y somos responsables por ellos, todavía no está claro qué remedios puede adoptar el derecho para satisfacer estas demandas emergentes⁸.

En el año 1987 se firmó, en Estrasburgo, el Convenio Europeo para la Protección de los Animales de Compañía, cuyo objetivo básico es «garantizar el bienestar de los animales en general y en particular de las mascotas y animales de compañía»⁹. Además, a nivel de la Unión Europea, el Tratado

⁶ Acerca de tumbas de animales, erguidas quizás en consecuencia de sacrificios, cfr. A.S. GRÄSLUND, “Dogs in graves – a question of symbolism?”, en B. SANTILLO FRIZELL (ed.), *PECUS. Man and animal in antiquity. Proceedings of the conference at the Swedish Institute in Rome, September 9-12, 2002*, The Swedish Institute in Rome. Projects and Seminars, 1, Roma, 2004, p. 167: «[From Mesolithic cemeteries in Denmark and Southern Sweden (c. 5000 BC), we know of separate dog graves, where the dogs have been buried with the same carefulness as human beings. They lie crouched as if they sleep, covered with red ochre, in single cases they have even got grave goods». En relación a tumbas en las que restos humanos son hallados junto a animales, cfr. M. BERNABÒ BREA, P. MAZZIERI y R. MICHELI, “People, dogs and wild game evidence of human-animal relations from Middle Neolithic burials and personal ornaments in northern Italy”, *Documenta Praehistorica*, núm. 37, 2010, p. 7: significativo el entierro en el que «a dog from which the hind legs had been removed was placed in a pit with the explicit aim of binding it to that place, as it was believed to be a guardian».

⁷ Se piense en Ulises y Argos, en la literatura y en el arte. Sobre este asunto, cfr. R. OLMOS, “Lecturas iconográficas del Odisea”, *A&C*, núm. 4, 2008, p. 13: «[s]in embargo, el mundo clásico no se interesó particularmente en representar el hermoso reconocimiento del perro Argos, que tan emotivamente narra el canto XVII de la Odisea (versos 291- 327). Las imágenes que hoy conocemos son tardías. En un sarcófago romano del Museo de Nápoles del siglo II de C., vemos al viejo perro Argos esperando a Ulises. En la Odisea el animal, lleno de pulgas, apenas ya logra moverse al reconocer a su amo, al que ha esperado veinte años. Solo baja las orejas y con el breve aliento de vida que le resta mueve la cola, en señal de reconocimiento. Finalmente muere: “...y la muerte oscura descendió sobre Argos, apenas hubo visto a Ulises, después de veinte años”».

⁸ C. MAZZUCATO, “Bene giuridico e «questione sentimento» nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni”, en S. CASTIGNONE y L. LOMBARDI VALLAURI (ed.), *La questione animale, Trattato di biodiritto diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 689: «[L]a sempre più diffusa simpatia verso gli animali e la crescente consapevolezza di nutrire “responsabilità” e doveri di rispetto nei loro riguardi (oggi più o meno sanciti in fonti internazionali e interne) convivono con la natura conflittuale dei reati che li concernono: la richiesta di regolare la materia riposa senz’altro su una diversa sensibilità sociale, ma il discernimento intorno al problema – invero enormemente complesso – non è giunto a risultati condivisi e la legislazione indubbiamente ne risente».

⁹ Council of Europe - Conseil de l’Europe, *European Convention for the Protection of Pet Animals - Convention européenne pour la protection des animaux de compagnie, Strasbourg, 13.XI.1987*, European Treaty Series – Série des Traités européens No. 125, cfr.: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/8276849>. Se reproduce el texto del Preámbulo con traducción no oficial, en cuanto no existe traducción oficial en lengua española: «[l]os Estados miembros del Consejo de Europa, presente signatario, teniendo en cuenta que el objetivo del Consejo de Europa es lograr una mayor unidad entre sus miembros; reconociendo que el hombre tiene la obligación moral de respetar a todas las criaturas vivientes, y teniendo en cuenta que los animales de compañía tienen una relación especial con el hombre; considerando la importancia de los animales de compañía en la contribución a la calidad de vida y su consiguiente valor para la sociedad; teniendo en cuenta las dificultades derivadas de la enorme variedad de animales que son mantenidos por el hombre; teniendo en cuenta los riesgos que son inherentes a la superpoblación animal de compañía para la higiene, la salud y la seguridad de personas y de otros animales; teniendo en cuenta que la cría de especímenes de fauna silvestre como animales de compañía no debe ser alentado; consciente de las diferentes condiciones que rigen la adquisición, mantenimiento, la cría comercial y no comercial y la eliminación de y el comercio de animales de compañía; consciente de que los animales de compañía no siempre se mantienen en condiciones que promuevan su salud y bienestar; tomando nota de que las actitudes hacia los animales de compañía varían ampliamente, a veces debido al limitado conocimiento y la conciencia; teniendo en cuenta que una norma básica común de la actitud y la práctica que se traduce en tenencia responsable de mascotas no sólo es un objetivo deseable, sino una meta realista, han acordado lo siguiente».

constitutivo de la Unión Europea - Tratado de Lisboa - que entró en vigor el 1/12/2009, reconoce en su parte dispositiva (actual artículo 13), que los animales son «seres sensibles», por lo que ya se puede hablar de un cambio en el estatus legal con efectos interpretativos de los animales de *res* a seres «sintientes», merecedores de la protección social y legal adecuada a dicho reconocimiento en la Unión Europea.

En España, el 25 de septiembre de 2015 el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, autorizó la firma del Convenio europeo sobre protección de animales de compañía del Consejo de Europa, pero no se superó la última fase de su tramitación. En efecto no existe en los artículos 148 y 149 de la Constitución Española (CE) un título competencial específico relativo a la protección o el bienestar de los animales. Hay que señalar que el «derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado» recogido en el artículo 45 de la CE, tiene una visión más «personalista», basada en la protección y mejora de la calidad de vida de las personas¹⁰, mientras que las nuevas perspectivas en la protección de los animales se centran en el animal como ser físico individualizado y sintiente.

Mientras el Estado español ha legislado de forma escasa en materia de protección de animales, en los últimos años diversos ordenamientos jurídicos ya han aprobado iniciativas legislativas para redefinir el *status* jurídico de los animales, superando la mera connotación de *res*.

En Francia la *Assemblée Nationale*, el 21 de enero de 2015, modificó el art. 515-14, del *Code civil* afirmando que el animal es «*être vivants doués de sensibilité*», aunque sujeto al régimen de los bienes muebles.

En Luxemburgo, el *Conseil de gouvernement* presentó, el 4 de mayo de 2016, un proyecto de ley muy innovador, para garantizar dignidad, protección de vida, seguridad y bienestar a los animales.

El gobierno luxemburgués aspira a crear, con tal proyecto de ley, un nuevo cuadro jurídico caracterizado por la tutela de la vida y la garantía del bienestar de los animales. Se introduce así por primera vez, en el contexto del derecho, la noción de dignidad y de seguridad del animal. En tal perspectiva dejan de ser considerados como *res*, pasando a considerarse como seres vivientes no humanos dotados de sensibilidad y titulares de unos derechos. El proyecto de ley hace una distinción, en sí cuestionable en realidad, entre animales clasificables como mamíferos y animales no mamíferos.

El proyecto de ley establece la prohibición de detención de estos animales, salvo aquellos integrados en una lista «positiva», y además prevé procedimientos administrativos específicos para regular cada tipo de actividad comercial conexas con el bienestar animal. Los servicios veterinarios podrán adoptar por fin medidas de urgencia en caso de que se reconozca un riesgo para la dignidad, la vida, la seguridad o el bienestar de un animal. Del mismo modo son previstas sanciones penales proporcionadas a la gravedad de las infracciones cometidas, y en todo caso válidamente disuasorias¹¹.

3. Subjetividad jurídica del animal. ¿Progreso o retroceso?

Llegados a este punto tenemos que preguntarnos: ¿puede el derecho descuidar el hecho que los animales tienen su propia sensibilidad y no son objetos inanimados? Es evidente que la pregunta es casi retórica¹².

Sin embargo, haciendo referencia al pasado, y analizando la tradición jurídica de la que provenimos, aquella de la edad clásica, basada en el derecho romano y aquella medieval y moderna, construida sobre un derecho común que presenta contaminaciones bárbaras que se enchufan sobre una cepa romanista, podemos sacar dos interesantes elementos para enriquecer la reflexión: en primer lugar, la condición de «ser sensible», reconocida sobre un plan jurídico a los animales por el Convenio de Estrasburgo del 1987, no parecen ponerse en contradicción lógica, en sí misma, con la noción originaria de *res*, ya que el derecho romano no configuró la *res* como «inanimada», sino como disponible y, en cuanto a tal, comerciable, con algunas condiciones.

El punto de partida de esta reflexión sintética, está constituido por la configuración de la esclavitud en el derecho romano¹³. La condición propia de quién - según Aristóteles - es «esclavo por

¹⁰ Cfr. R. CANOSA USERA, «Aspectos constitucionales del derecho ambiental», *REP*, núm. 94, 1996, pp. 78 s.

¹¹ Cfr. <http://www.gouvernement.lu/5957189/04-conseil-gouvernement>.

¹² R.A. EPSTEIN, «Animals as Objects, or Subjects, of Rights», en C.R. SUNSTEIN y M.C. NUSSBAUM, *Animal Rights: Current Debates and New Directions*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2004, p. 156: «[a]t this point, the question does arise, what ought to be the correct legal regimes with respect to animals? Here it would be simply insane to insist that animals should be treated like inanimate objects. The level of human concern for animals, in the abstract, makes this position morally abhorrent to most people, even those who have no truck whatsoever with the animal rights movement».

naturaleza»¹⁴, es una prueba de cómo en el derecho se hayan configurados por siglos *res* «sensibles» y animadas; también la superación del instituto de la esclavitud no parece tan imputable - sobre un plan lógico - a la «sensibilidad» del esclavo, en cuanto a su «humanidad». Es la identidad de persona que contrasta con el instituto de la esclavitud: la lesión de la dignidad de la persona, la discriminación que se opera entre libres y esclavos constituyen obstáculo formal a la reducción de la persona a *res* comerciable¹⁵. Ciertamente, al mundo antiguo no se le escapó la sensibilidad animal¹⁶, pero no se creyó de manera suficiente como para asimilar, en el trato jurídico, al animal como el hombre libre. Cuando se incurrió más bien en tal tentación, eso no fue visto cómo índice de civilización, sino de locura. Calígula, invitando a los banquetes oficiales al propio caballo Incitatus o anunciando de quererle atribuir el cargo de cónsul¹⁷, tuvo cierta conciencia de la «sensibilidad» de su animal - en efecto no dispuso otorgar tales privilegios o un parecido *status* a una estatua, por ejemplo - pero eso fue advertido por los contemporáneos como un acto despreciativo para el senado¹⁸ y como un síntoma de insalubridad mental¹⁹. Al caballo en efecto faltó - y falta - la condición humana, para poder gozar de privilegios y derechos y revestir cargos, a pesar que no estuviera en discusión su «sensibilidad».

En cambio quién fue esclavo, cuál liberto - teniendo reconocimiento pleno de sus derechos²⁰ - habría podido en línea teórica ocupar el cargo de senador.

¹³ R.A. EPSTEIN, *o.c.*, p. 149: «[t]he modern debates over animals go beyond the earlier historical arguments by asking whether animals are, or should be treated, as the holders of rights against their would-be human masters. In dealing with this debate one common move is to exploit the close connection, already noted, between slaves and animals in the ancient world».

¹⁴ ARISTÓTELES, «Política», I-2, 1252a32-35, en *íd.*, *Política*, traducción, introducción y notas de Pedro López Barja de Quiroga y Estela García Fernández, Ediciones Istmo, Madrid, 2005, pp. 98 s. Cfr., sobre el tema, Y. LEAL GRANOBLES, «El problema de la esclavitud en el *Política* de Aristóteles», *Légein*, núm. 4, 2007, p. 14: «el estagirita se detiene a analizar las diferencias entre el alma y el esclavo, para justificar la esclavitud como algo natural y refutar la tesis antinatural del esclavismo».

¹⁵ Haciendo el paralelo esclavo-animal, se observa que, en un cierto tiempo, la sensibilidad jurídica haya cogido la evidencia que todos los hombres en cuánto tales, naciendo libres, no pueden ser esclavos; Cfr. R.A. EPSTEIN, *o.c.*, p. 150: «[A]rom Justinian on forward, the basic philosophical position held that all men (by which they meant people) by nature were born free». En relación con tal reflexión, no parece relevante el dato de la «sensibilidad».

¹⁶ S.M. WISE, *Rattling The Cage: Toward Legal Rights For Animals*, Perseus Books, Cambridge Mass., 2000, p. 14: «[a]lthough blinded by teleological anthropocentrism, the Greeks were not blind. They could see that nonhuman animals (and slaves) were not literally "lifeless tools." They were alive. They had senses and could perceive. But Aristotle compared them to "automatic puppets».

¹⁷ C. DIO, «Historia Romana», LIX, 14, 7, en *íd.*, *Histoire romaine de Dion Cassius*, traduite en français, avec des notes critiques, historiques, etc. par Étienne Gros, vol. 8, Didot Frères, Paris, 1866, pp. 388-393; C. SUETONIO TRANQUILO, «Calígula», 55, 3, en *íd.*, *Lives of the Caesars*, Translated with an Introduction and Notes by Catharine Edwards, Oxford University Press, Oxford - New York, 2008, pp. 164 s. Sobre este tema, cfr. A.A. BARRETT, *Caligula: The Corruption of Power*, Taylor & Francis, London - New York, 2001, pp. 45 s.: «Caligula had a favourite horse, the famous Incitatus, which was reputedly provided with a fine stable decorated with marble and ivory, and with a fine jeweled collar. Before races soldiers were posted to keep the area quiet. Many stories were spread about Incitatus, originating most likely from Caligula's own humorous quips. The horse was supposedly invited to banquets. Dio claims that Caligula promised to make Incitatus a consul, and Suetonius reports rumors of such a plan. Possibly out of perverted sense of humor Caligula would pour libations to Incitatus' Salus, and claimed that he intended to co-opt him as his priest».

¹⁸ Sobre las relaciones de Calígula con el Senado, cfr. A. MOMIGLIANO, «La personalità di Caligola», *Annali della R. Scuola Normale Superiore di Pisa. Lettere, Storia e Filosofia Serie II*, vol. 1, núm. 3, 1932, pp. 214 s.

¹⁹ M.P. CHARLESWORTH, «The Tradition about Caligula», *CHJ*, vol. 4, núm. 2, 1933, pp. 111 s.: «[a]mong his "follies" the most notorious one is perhaps the famous story that Gaius planned to make his prize-winning horse, Incitatus, consul. Dio naturally lets himself go on this topic and ends by asseverating that had Gaius lived he would certainly had carried out this plan: it is to Suetonius' credit that he reports the plan simply as a rumor, "consolatum quoque traditur destinasse," though he has some equally startling details». A. MOMIGLIANO, *o.c.*, p. 228: «[a]ppunto perché Caligola ci si presenta - con tutte le sue limitazioni - inserito in una delle vicende più importanti che la nostra storia conosca, chi scrive è il primo a rimpiangere di dover racchiudere la sua personalità in uno schema (monarca inesperto e prematuro) senza averne saputo individuare più da vicino la complessa umanità sia nella sua formazione spirituale, sia poi nell'intimità dell'anima ormai plasmata. Tutto questo ci sfugge per la insufficienza della nostra informazione. Solo non vorremmo che alcuno di fronte alla aridità più o meno apparente di questo schema, rimpiangesse la ricchezza degli aneddoti e dei particolari offerti dagli scrittori antichi. Perché questa ricchezza è davvero apparente e quindi causa della insufficienza delle nostre informazioni. Quegli aneddoti più famosi, quelle frasi celebri e bellissime nella loro incisività ("Oderint, dum metuant!", "Utinam populus romanus unam cervicem haberet!", "Memento omnia mihi et in omni licere!") descrivono anch'esse uno schema, il quale oscilla tra il definire Caligola pazzo perché tiranno e il definirlo tiranno perché pazzo: schema del quale, se non erriamo, ci si può rendere conto in serena valutazione storica solo accettando il nostro schema».

²⁰ Para una presentación general de la condición de *libertus* en el derecho romano, cfr. J.F. GARDNER, *Being a Roman Citizen*, Routledge, London - New York, 1993, pp. 3 s. En particular se vea la reflexión sobre la coincidencia de la condición de *dominus/libertus* en p. 50. En relación a las limitaciones para el acceso a cargos públicos de los *liberti*, cfr. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 145: «[d]opo essere stato liberato, colui che era stato schiavo assume la qualificazione di *libertus*. È cittadino romano, ma si distingue da chi è nato libero (*ingenuus*), poiché non può ricoprire cariche pubbliche se non dopo il consolidarsi del principato, quando questa esclusione si rompe, con la formazione di nuovi apparati amministrativi».

Animal y esclavo en el derecho romano eran *res* y ambos estaban dotados de «sensibilidad». Sin embargo, sólo el esclavo, dejando de ser *res* se habría encontrado titular de derechos y deberes (como persona). El animal, a lo más, dejando de ser *res* comerciable, se habría vuelto en *res nullius*.

El elemento que tuvo unidos animales y esclavos en la connotación de *res* fue la utilidad económica, en una economía a menudo a los límites de la supervivencia; ambos fueron tomados en consideración por el derecho por su función económica de gran importancia para la supervivencia de la sociedad²¹. El reconocer la «sensibilidad» del ser animado que se connotó jurídicamente como *res* no alteró - en sentido lógico - su «esencia» jurídica. Tal argumento por lo tanto, sobre un plan formal, no parece tampoco hoy dirimente, si nos ponemos en línea de continuidad coherente con nuestra tradición jurídica.

Otra ocasión de reflexión es ofrecida por la imputabilidad del animal, hipótesis que se configuró en edad intermedia y que - de manera indirecta - parece relacionable con las actuales hipótesis de subjetividad jurídica del animal.

El derecho romano nunca tomó en consideración la posibilidad de llevar a juicio al animal. Esto resulta confirmado por el paso ulpiano contenido en D. 9, 1, 1,3: «[a]it praetor "pauperiem fecisse." *Pauperies este de damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*»²². Es este el presupuesto para la *actio de pauperie*: el dueño es retenido responsable del daño del animal y, en el caso sea parte convenida en juicio, puede librarse cediendo el mismo animal, que pasará a pertenecer así a la persona dañada²³; sobre análogo principio y con parecidas consecuencias incluso se configuró el *actio de pastu pecoris*²⁴. La responsabilidad del dueño por los daños producidos - tanto por el animal, como por el esclavo - configuró sucesivamente acciones específicas: sea el *actio legis Aquiliae*, sea otras acciones de *ius praetorium*, contribuyendo a definir cumplidamente la materia del daño extra-contractual²⁵.

La linealidad del derecho romano con respecto de la no imputabilidad del animal se agrietó en cambio en la edad intermedia. Entre la baja edad media y el siglo XVII se celebraron en efecto en varias partes de Europa procesos que tuvieron animales como imputados²⁶.

Estos procesos, fruto de errores y prejuicios, asumieron la dimensión de fenómenos sociales²⁷. De ellos se tiene huella desde el siglo IX²⁸. Ya frecuentes en Francia en el curso del siglo XIII, de allí se difundieron en toda Europa; sólo España resultó indemne con respecto de tal «contaminación»²⁹. En Francia - así como en las áreas circunstantes de influencia francesa - este tipo de procesos fue más arraigado y persistió en todo caso por más tiempo, tanto que se pudo afirmar de manera icástica que Francia fue «el país clásico de la delincuencia animalesca»³⁰.

²¹ R. A. EPSTEIN, *o.c.*, pp. 147 s.: «[t]he ancients may not have known much about the fine points of animal behavior and reproduction. Still their understanding of animal personality, their understanding dispositions and mental states, their skills in domestication, belies the belief that either farmer or jurist, ancient or modern, had some difficulty in distinguishing animals from inanimate objects, or for that matter from slaves. The key differences could never have been overlooked by any person in daily contact with those animals on which their survival depended. "Survival" is the right word, for nothing less is stake in primitive societies that labor under conditions of scarcity when every calorie counts. Animals were a source of work in the fields; of food; of protection; and of companionship. They received the extensive protection of the law because they were valuable to the human beings that owned them».

²² Se vea el texto en P. KRUGER y T. MOMMSEN (ed.), *Corpus iuris civilis*, Weidmannos, Berlin, 1872, p. 124. Ulpiano está comentando aquí la *actio de pauperie*, en donde *pauperies* es el daño causado sin culpa del que lo hace, porque un animal no puede hacerlo con injuria, *quod sensu caret*. Sobre el tema, cfr.: M.J. BRAVO BOSCH, "Sobre el dolo y la culpa en la *iniuria*", *AFDUDC*, núm. 11, 2007, p. 93.

²³ R. DEL VALLE ARAMBURU, "Desentrañando la esencia de la *lex aquilia*. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?", *An fac cien jur soc*, vol. 11, núm. 14, 2014, p. 276.

²⁴ M. BRUTTI, *o.c.*, p. 538.

²⁵ Cfr. M. BRUTTI, *o.c.*, pp. 539-547; R. DEL VALLE ARAMBURU, *o.c.*, pp. 277-283.

²⁶ P. BEIRNES, "The Law is an Ass: Reading E.P. Evans' The Medieval Prosecution and Capital Punishment of Animals", *Soc Anim*, vol. 2, núm.1, 1994, p. 28: «[f]rom the later Middle Ages until the eighteenth century, certain peoples in Europe held the anthropomorphic notion that animals could commit crime. Indeed, those animals that were officially suspected of so doing were prosecuted for their misdeeds in secular courts and, if convicted, were subject to a variety of punishments, including public execution».

²⁷ P. DEL GIUDICE, "Los procesos y las penas contra los animales", *Proceso & Justicia*, núm. 2, 2002, p. 141: «[c]uando los errores y los prejuicios se difunden entre las masas y se vuelven comunes, alcanzan la dimensión de fenómenos sociales (...). Tal es el caso de los procesos a los que fueron sometidos los animales, por mucho tiempo, y de las penas impuestas a los mismos, a causa de los hechos dañosos contra el ser humano».

²⁸ Sobre la determinación de la esfera temporal en la que procesos similares son individuables, cfr. W.W. HYDE, "The Prosecution and Punishment of Animals and Lifeless Things in the Middle Ages and Modern Times", *U. Pa. L. Rev.*, vol. 64, núm.7, 1916, p. 709. El autor indica un *range* muy amplio: 824-1945, si no hasta 1906, ya que en aquel año todavía un perro fue condenado a muerte en Suiza; para mayor información sobre este último caso, cfr. p. 713.

²⁹ P. DEL GIUDICE, *o.l.c.*

³⁰ P. DEL GIUDICE, *o.l.c.*

Se celebraron procesos a animales tanto en los tribunales eclesiásticos, cuánto en aquellos civiles, con acciones de naturaleza penal o civil según los casos³¹. En términos generales se puede afirmar que las cortes civiles tuvieron competencia con respecto a la muerte o lesiones provocadas por el animal criado al ser humano³², mientras en caso de que animales - domésticos o salvajes - provocaran daño público, la competencia fue eclesiástica³³. Pero considerando la falta de linealidad jurídica que está a la base de la práctica de procesar a animales, no se asombra que tal principio general encontrara llamativas excepciones. Este es el caso, por ejemplo, de un proceso celebrado por tribunal civil en el 1633 en Strambino, localidad del Ducado de Saboya. El alcalde del lugar, el noble Gerolamo San Martino, llamó a juicio a las «*gatte*» o bien insectos molestos que estaban perjudicando gravemente las viñas del territorio³⁴. El caso es particularmente interesante no sólo porque se origina en una época muy tarde - estamos en el medio del siglo XVII - sino porque mezcla características generalmente observables o en los tribunales civiles, o en aquellos eclesiásticos. Mientras generalmente las cortes civiles citaban al dueño y sólo cuando éste renunciaba a la propiedad del animal - sustrayéndose a las consecuencias penales del daño de este producto - el animal mismo padecía la condena decidida por la corte³⁵, aquí son citados directamente los animales, y de otra manera no podría ser, tratándose de insectos que viven en la naturaleza. Al mismo tiempo, queriendo perseguir insectos gravemente molestos y dañinos, se les llama a juicio, como a menudo ocurrió en el pasado; sin embargo el juez en este caso no es un juez eclesiástico, sino un juez civil, y sobre los animales no está pendiente el riesgo de una excomunión, sino de una condena civil³⁶. Nos asombramos, leyendo los actos procesales³⁷, por la seriedad del procedimiento y la observancia formal del rito procesal; sin embargo, eso es característica constante en este tipo de procesos³⁸. Falta, en los actos de que disponemos, una eficaz defensa, que se halla, en cambio, en otros casos parecidos³⁹. De una lectura atenta de los actos se consigue prueba de

³¹ P. DEL GIUDICE, *o.l.c.* «[l]os procesos de los que fueron objeto los animales (...) son de dos especies: laicos y eclesiásticos, en función de la calidad de los jueces: penales y civiles, según el carácter y la finalidad de la acción judicial».

³² P. DEL GIUDICE, *o.l.c.*: «[m]ateria de los primeros es la muerte o lesión del ser humano, provocada por un animal domestico». En el mismo sentido, J. GIRGEN, "The Historical and Contemporary Prosecution and Punishment of Animals", *Animal L.*, núm. 9, 2003, p. 99: «when an animal caused physical injury or death to a human being, the animal was tried and punished by judge in a secular court».

³³ P. DEL GIUDICE, *o.c.*, p. 142: «[l]a situación era distinta en los procesos eclesiásticos. Estos se desenvuelven bajo la forma del ritual civil, en la medida en que no están encaminados a reprimir, sino a prevenir un evento dañoso, *ut mala futura vivuntur*. No sólo se dirigen contra animales domésticos en particular, sino también frente a enjambres de insectos u otras bestias reputadas como nocivas (...). Es característico en estos procesos que los animales sean tratados con calidad de parte, citados a juicio, con asignación de términos judiciales, y representados por un procurador especial (*advocatus*)». Cfr. J. GIRGEN, *o.l.c.*: «[i]f the animal caused a public nuisance (typically involving the destruction of crops intended for human consumption), the transgression was addressed by church officials in ecclesiastical court».

³⁴ Se trata de un gusano de la vid. Estudiosos se han arriesgado en la individuación y en la clasificación científica de las «*gatte*» procesadas en Strambino. Cfr. M. MARCHISIO, *Gatte ed insetti nocivi alla vite*, Giacomo Serra, Torino, 1838, p. 5: «una moltitudine innumerevole di insetti vilissimi, un esercito vandalico di veri assassini volgarmente in Piemonte chiamati Gatte (Piralide della vite: *Zigena Ampellofaga*, Barelli. *Pyralis vitana*, Fabr. *Pyralis vitis*, Bosc.), che da tutte parti accorrono a forare, a divorare le gemme preziose, a deludere ogni speranza, ed a rendere vani i travagli, i sudori, e le spese». Mayor precisión descriptiva en T. VALPERGA DI CIVRONE y G. GENÉ, "Rapporto de' Commissarii Conte Valperga di Civrone e Prof. Gené intorno agli Insetti, che danneggiarono le viti della Provincia d'Ivrea nella primavera del 1833", en VV.AA., *Calendario Georgico della Reale Società Agraria di Torino per l'anno 1834*, Tipografia Chirio e Mina, Torino, 1834, p. 58: «le gatte, le quali infestano le viti, sono tutte certissimamente della medesima specie, cioè la gatta così detta *Pyralis vitana* dal Fabricio, *Pyralis vitis* dal Bosc, *ampelophaga dal Barelli*. El mismo autor refiere luego que «*Strambino (...) riconosce sei specie d'insetti dannosi alle proprie viti, e le accenna coi nomi locali di gatta, trabuc, moron, piolet, plisson, e givo. Dai cenni descrittivi che accompagnano questi nomi, noi riconosciamo nella gatta la Procris ampelophaga, nel trabuc la larva di una geometra, nel moron la larva della Pyralis vitana di Fabricio. Nel piolet il Rhynchites betuleti di Fabricio, nel plisson la Cetonia hirta, e nel givo le Melolontha vulgaris, o Caruga. La gatta, il trabuc, ed il piolet vi sono indicati come i più dannosi: la gatta però più d'ogni altro*» (pp. 58 s.).

³⁵ P. DEL GIUDICE, *o.l.c.*: «[e]l proceso, más que contra el animal, era dirigido contra el propietario de éste, el cual tenía la posibilidad de responder a la acusación o abandonar el animal. En este último caso el propietario quedaba libre de responsabilidad, y el animal - *auctor criminis*, una vez probada la acusación - era condenado, de ordinario, con imitación más o menos perfecta de las formas aplicadas en las ejecuciones humanas».

³⁶ Parece significativo notar que siempre en la misma área geográfica, en una localidad del valle de Aosta, se registra lo que es quizás el primer caso documentado de proceso a animales - insectos dañinos también aquí, grillotalpas -, en el 824. El proceso se concluyó con una excomunión de los mismos. Cfr. P. BEIRNES, *o.c.*, p. 32; W.W. HYDE, *o.c.*, p. 709.

³⁷ Los actos procesales, reperibles en M. MARCHISIO, *o.c.*, pp. 64-67, son reproducidos integralmente en apéndice.

³⁸ J. GIRGEN, *o.l.c.*: «both the ecclesiastical and secular courts took these proceedings very seriously and strictly adhered to the legal customs and formal procedural rules that had been established for human criminal defendants». En el mismo sentido P. SCHIFF BERMAN, "Rats, Pigs, and Statues on Trial: The Creation of Cultural Narratives in the Prosecution of Animals and Inanimate Objects", *N.Y.U. L. Rev.*, núm. 69, 1994, p. 290: «[t]he historical evidence indicates that communities viewed these trials seriously».

³⁹ Cfr. P. SCHIFF BERMAN, *o.c.*, pp. 288 s., que refiere de un proceso celebrado en Autun, Francia, en el 1522 contra los ratones que infestaban la ciudad. El joven y brillante defensor Bartolomé Chassenée se empeñó activamente para evitar que los ratones, no comparecidos en juicio, fueran condenados en contumacia. Sobre el tema, incluso se vea P. BEIRNES, *o.c.*, pp. 30 s.

como los actores en juicio manifiesten conciencia de tener a que hacer con «criaturas irrazonables»; éstas son llamadas en todo caso al juicio con el intento de reconducirlas al respecto de una ley natural - por supuesto derivada de Dios mismo - a la que parece que se han rebelado. Aquí el juez civil casi parece establecer un «eje oblicuo» de comunicación: él intima a los animales lo que habría querido intimarle a Dios mismo, entendido como un principio natural racional. Tentativa algo arriesgada, pero no lejos de aquel «espiritualismo natural» que impregna una parte del ecologismo contemporáneo⁴⁰.

4. Conclusiones

Es dato incontrovertible que la sensibilidad del hombre contemporáneo en relación al animal ha cambiado. Una sociedad no más amenazada en su propia supervivencia deja de ver al animal como objeto del que se puede sacar ventaja, sino más bien un compañero de vida que proteger y tutelar. La convivencia con el animal doméstico ha conducido a atribuir a la sensibilidad del mismo - del que ya en el pasado se tuvo conciencia - un sentido en parte nuevo; se ha empezado así a creer de deber acentuar, en virtud de tal sensibilidad, las formas de protección jurídica del animal. La atención al medio ambiente, amenazado por la industrialización y la consiguiente urbanización, y por los fenómenos climáticos que se creen de ellas consiguientes, también ha aumentado la sensibilidad en relación a la protección de los animales que viven en estado salvaje. Todo esto nos lleva a reconsiderar, incluso en términos jurídicos, la cuestión animal. Algunos países - como Francia - han intervenido sobre la misma legislación para ofrecer al animal, ser sensible, una mayor protección; otros - como Luxemburgo - están discutiendo proyectos de ley aún más avanzados, por lo que podemos decir que queda claro a los ojos del jurista el emerger de hipótesis de «subjetividad jurídica» del animal.

Esto debería poner serios interrogantes. Sobre un tema así complejo y rico en implicaciones no se pueden aplicar esquemas simplistas, con la clásica contraposición «conservador-progresista» que se encuentra en otros temas - ampliamente debatidos en esta década - en el contexto del derecho⁴¹. La solución del problema planteado, por lo tanto, tiene que ir más allá del amor - más o menos desarrollado - que se puede probar para los animales y de la atención al medio ambiente.

Los animales tienen que ser respetados: hace falta ahorrarnos sufrimientos, maltratos, violencias y hay que garantizar condiciones de vida adecuadas y no innaturales, asegurándoles - en la medida de lo posible, si viven al estado salvaje - el respeto del *hábitat* en que nacieron. Todo esto es conquista de nuestra civilización y no puede ser puesto en discusión. En cambio, el problema es identificar los instrumentos por los cuales el derecho puede garantizar que todo eso se realice de forma efectiva y coherente con los principios de nuestro ordenamiento.

Si tuviéramos que creer que el animal pueda recibir adecuada tutela y pleno respeto sólo atribuyéndole específicos derechos, se perfilaría una situación nueva y compleja. Nos limitamos a evidenciar algunos aspectos que creemos problemáticos.

Partimos de la «sensibilidad» del animal. El dato objetivo de la sensibilidad animal no es cosa nueva: quienquiera haya tenido modo de interactuar con un animal se ha dado cuenta.

¿Puede - debe más bien - esto alterar la connotación jurídica del animal como *res*, consolidada en los milenios? La respuesta - para quien escribe - es negativa, por dos razones. Por cierto, nuestra noción jurídica de *res* no contrasta en sí con el dato de la sensibilidad: el esclavo fue *res* (y fue ciertamente sensible); el animal fue *res*, pero también una planta o un cualquier vegetal fueron - y todavía son - *res*. Como ya se ha dicho, la humanidad - y no la sensibilidad - hizo la esclavitud jurídicamente inaceptable. La segunda razón viene de la primera, de alguna manera: la percepción de

⁴⁰ Es paradigmático el nexo religión-ciencia que unos evidencian en relación a posibles soluciones de los riesgos ambientales. Se vea, a este propósito, S. BERGMANN, "Dangerous Environmental Change and Religion. How Climate Discourse Changes the Perception of our Environment, the Spiritual Fabrication of its Meaning and the Interaction of Science and Religion", en id. y D. GERTEN (ed.), *Religion and Dangerous Environmental Change: Transdisciplinary Perspectives on the Ethics of Climate and Sustainability*, LIT Verlag, Berlin, 2010, p. 14: después de haber señalado que «*an interplay of science and religion within the framework of climate change discourse*», el autor destaca que «*“Religion” could be studied (...) both in the production of environmental impacts and in the solution of global warming, climate and water problems, such as changing life styles and modes of production and consuming*».

⁴¹ Se vea al debate que se ha abierto en la cultura jurídica occidental en relación al tema del matrimonio homosexual, que ha visto contraponerse dos formaciones - *progressive* y *conservative* -, a menudo llegando a radicalizar las posiciones. Sobre el tema, 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", *Ann. Camerino*, núm. 4, 2015, pp. 9-18. Sobre el empeño radical de organizaciones homosexuales a favor de los derechos de los animales, cfr. L. HIGHLEYMAN, "Radical queers or queer radicals? Queer activism and the global justice movement", en B. SHEPARD y R. HAYDUK (ed.), *From ACT UP to the WTO: urban protest and community building in the era of globalization*, Verso, London, 2002, p. 108.

la «sensibilidad» del animal varía según el animal; el «metro de medición» de la sensibilidad es la persona. Así en nuestra percepción difundida la «sensibilidad» del perro es bien mayor (y, por tanto, más merecedora de tutela), de aquella de las ratas o de los mosquitos. Esto, en cierta medida, concierne también la «sensibilidad» de los vegetales, que a menudo descuidamos⁴².

Se puede así deducir que la tutela y la protección del animal responde a una necesidad de la persona. El maltrato y la violencia a los animales crean turbación a la persona; tal turbación resulta mayor cuando el animal vive constantemente junto al hombre porque domestico, mientras se flaquea con respecto de los animales criados para la alimentación, reduciéndose máximamente respecto a los animales nocivos y dañinos para el hombre.

La centralidad de la persona en relación a la tutela del animal incluso soluciona una problemática que inevitablemente se pondría en caso de que se reconocieran algunos «derechos» a los animales. ¿Qué animales merecen una mayor protección y, en cambio, cuáles pueden ser suprimidos por un objetivo alimenticio o higiénico? La respuesta es dada por la sensibilidad de la persona y varía de acuerdo a la cultura y a la época histórica. No hay una «categoría» de animales en sí mismos merecedores de mayor tutela; se atribuye particular cura y atención a aquellos animales que comúnmente tenemos junto a nosotros y que consideramos «domésticos». En cambio, si quisiéramos definir abstractas «categorías» de animales merecedores en sí mismos de tutela en cuánto titulares de derechos, lo haríamos de modo arbitrario, no aplicando un principio de igualdad que es, por cierto, elemento irrenunciable cuando se reconozca - de cualquier forma - una subjetividad jurídica.

Estas posiciones corren el riesgo de parecer superadas, lejanas de las «nuevas» perspectivas del derecho, propensas a reconocer al animal una subjetividad propia. En realidad - como hemos visto - en el pasado, el derecho ha reconocido a veces al animal una subjetividad jurídica, creyéndolo imputable y llevándolo a juicio. Eso no se ha manifestado en el resplandor de la edad áurea del derecho romano, pero con las brumas del derecho común. En época incierta y confusa, entre supersticiones e histerias colectivas, se ha «personificado» el animal⁴³, considerándolo como «sujeto del derecho», hasta el punto de llamarlo a juicio, proveerle un defensor, procesarlo y condenarlo. Si no hay duda de la falta de sentido de este tipo de prácticas, que continuaron durante mucho tiempo, parece legítimo preguntarse si proponer en el siglo XXI esquemas conceptuales similares realmente constituya un avance para el derecho.

Sin embargo, algunos pueden pensar que negar al animal la subjetividad jurídica disminuya el animal en sí, incluso si el derecho garantice una protección total contra cualquier forma de violencia o maltrato. Surge, en algún modo, la exigencia de afirmar la «dignidad» a través del reconocimiento de la subjetividad jurídica.

El problema es fascinante. Pero una vez más el horizonte de la centralidad de la persona se pone como límite no superable. La tutela del animal y el respeto que se tiene que reservarle encuentran en la sensibilidad de la persona presupuesto y fundamento. La persona es turbada por acciones violentas e irrespetuosas, revueltas contra el animal. Tales acciones tienen que ser estigmatizadas y castigadas por el ordenamiento. Pero la reacción del ordenamiento tiene como objetivo tutelar a la serenidad de la persona, que no debe ser turbada por la conciencia de violencias y abusos injustificados contra los animales. Intentamos razonar paradójicamente. En los países en que la blasfemia es castigada, la prohibición de la blasfemia no tiene como objetivo la tutela de una entidad divina, que como tal se escapa del horizonte del derecho, sino el respeto de la sensibilidad religiosa de aquellos que son creyentes⁴⁴. Al mismo modo el castigo por el maltrato de los animales tiene como objetivo garantizar la sensibilidad de la persona relacionada al bienestar del animal. La «dignidad» del animal no es una preocupación directa del derecho, como no lo es la «dignidad» de una (cualquier) entidad divina. Se trata de «dimensiones» que huyen de la percepción del derecho. El derecho está basado en cambio sobre la persona y tiene como preocupación principal su bienestar. En caso de que el derecho reconozca situaciones tales que puedan rajarse la sensibilidad de la persona, turbando su bienestar, tendrá que

⁴² P. PAGANO, "Filosofía ambiental. Biocentrismo individuale e olistico", *Naturalmente*, vol. 15, núm. 1, 2002, p. 41: «*le piante non sono semplici oggetti ma cose vive. Di fronte alla loro tendenza a conservarsi e a guarire è difficile rifiutare l'idea che gli alberi non abbiano interesse a rimanere vivi*». Sobre la acción de provocar la muerte de un animal o de una planta, y sobre las implicaciones que eso comporta, cfr. también p. 45.

⁴³ Sobre las teorías de la «personificación» de los animales en los juicios en que fueron parte, cfr. W.W. HYDE, *o.c.*, p. 719: «*as only human beings can commit crimes and be responsible for them, since they alone are rational, animals, if so treated, must have undergone a kind of personification in men's mind*».

⁴⁴ Sobre el delito de blasfemia en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cfr. J. ESPINOZA ARIZA, "El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito del caso de la revista Charlie Hebdo", *LEX*, vol. 13, núm. 15, 2015, p. 103-106.

intervenir, con una incisividad que puede obviamente variar, según la época histórica y el sentimiento común.

Esto constituye una advertencia para el derecho: la sensibilidad hacia el animal - como hemos dicho en repetidas ocasiones - ha cambiado y su tutela eficaz y oportuna constituye hoy empeño irrenunciable. Hará falta aprobarse normas que garanticen bienestar y efectiva protección de los animales y, al mismo tiempo, serenidad para todos los que aman a los animales. Pero en hacer esto el derecho tendrá que mantener la coherencia interna de su sistema - centrado en la persona - y la continuidad con los presupuestos históricos de que ha evolucionado.

Bibliografía

- ARISTÓTELES, “Historia Animalium”, H.A. VIII, 1, 588a17-31, en *íd.*, *Historia de los animales*, Edición de José Vara Donado, Ediciones Akal, Madrid, 1990, p. 409.
- ARISTÓTELES, “Política”, I-2, 1252a32-35, en *íd.*, *Política*, traducción, introducción y notas de Pedro López Barja de Quiroga y Estela García Fernández, Ediciones Istmo, Madrid, 2005, pp. 98 s.
- A.A. BARRETT, *Caligula: The Corruption of Power*, Taylor & Francis, London - New York, 2001, pp. 45 s.
- P. BEIRNES, “The Law is an Ass: Reading E.P. Evans' The Medieval Prosecution and Capital Punishment of Animals”, *Soc Anim*, vol. 2, núm.1, 1994, pp. 28-32.
- S. BERGMANN, “Dangerous Environmental Change and Religion. How Climate Discourse Changes the Perception of our Environment, the Spiritual Fabrication of its Meaning and the Interaction of Science and Religion”, en *íd.* y D. GERTEN (ed.), *Religion and Dangerous Environmental Change: Transdisciplinary Perspectives on the Ethics of Climate and Sustainability*, LIT Verlag, Berlin, 2010, p. 14.
- M. BERNABÒ BREA, P. MAZZIERI y R. MICHELI, “People, dogs and wild game evidence of human-animal relations from Middle Neolithic burials and personal ornaments in northern Italy”, *Documenta Praehistorica*, núm. 37, 2010, p. 7.
- M.J. BRAVO BOSCH, “Sobre el dolo y la culpa en la *iniuria*”, *AFDUDC*, núm. 11, 2007, p. 93.
- M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 145; 538-547.
- R. CANOSA USERA, “Aspectos constitucionales del derecho ambiental”, *REP*, núm. 94, 1996, pp. 78 s.
- M.P. CHARLESWORTH, “The Tradition about Caligula”, *CHJ*, vol. 4, núm. 2, 1933, pp. 111 s.
- P. DEL GIUDICE, “Los procesos y las penas contra los animales”, *Proceso & Justicia*, núm. 2, 2002, pp. 141 s.
- R. DEL VALLE ARAMBURU, “Desentrañando la esencia de la *lex aquilia*. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?”, *An fac cien jur soc*, vol. 11, núm. 14, 2014, pp. 276-283.
- C. DIO, “Historia Romana”, LIX, 14, 7, en *íd.*, *Histoire romaine de Dion Cassius*, traduite en français, avec des notes critiques, historiques, etc. par Étienne Gros, vol. 8, Didot Frères, Paris, 1866, pp. 388-393.
- R.A. EPSTEIN, “Animals as Objects, or Subjects, of Rights”, en C.R. SUNSTEIN y M.C. NUSSBAUM, *Animal Rights: Current Debates and New Directions*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2004, pp. 147-156.
- J. ESPINOZA ARIZA, “El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito del caso de la revista Charlie Hebdo”, *LEX*, vol. 13, núm. 15, 2015, pp. 103-106.
- GAIUS, “Institutes”, II, 66, en E. POSTE, (ed.), *Gai Institvtiones or Institutes of Roman Law by Gaius with a Translation and Commentary*, Oxford/Clarendon Press, Oxford, 1904, p. 160.
- J.F. GARDNER, *Being a Roman Citizen*, Routledge, London - New York, 1993, pp. 3 s.; 50.
- 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”, *Ann. Camerino*, núm. 4, 2015, pp. 9-18.
- J. GIRGEN, “The Historical and Contemporary Prosecution and Punishment of Animals”, *Animal L.*, núm. 9, 2003, p. 99.

A.S. GRÄSLUND, “Dogs in graves – a question of symbolism?”, en B. SANTILLO FRIZELL (ed.), *PECUS. Man and animal in antiquity. Proceedings of the conference at the Swedish Institute in Rome, September 9-12, 2002*, The Swedish Institute in Rome. Projects and Seminars, 1, Roma, 2004, p. 167.

L. HIGHLEYMAN, “Radical queers or queer radicals? Queer activism and the global justice movement”, en B. SHEPARD y R. HAYDUK (ed.), *From ACT UP to the WTO: urban protest and community building in the era of globalization*, Verso, London, 2002, p. 108.

W.W. HYDE, “The Prosecution and Punishment of Animals and Lifeless Things in the Middle Ages and Modern Times”, *U. Pa. L. Rev.*, vol. 64, núm.7, 1916, pp. 709-719.

O. JIMÉNEZ TORRES, “Definiciones y demostraciones en las obras zoológicas de Aristóteles (El acto y la potencia en el conocimiento demostrativo)”, *Cuadernos de Anuario Filosófico*, núm. 204, 2008, p. 50.

P. KRUGER y T. MOMMSEN (ed.), *Corpus iuris civilis*, Weidmannos, Berlin, 1872, p. 124.

Y. LEAL GRANOBLES, “El problema de la esclavitud en el *Política* de Aristóteles”, *Légein*, núm. 4, 2007, p. 14.

M. MARCHISIO, *Gatte ed insetti nocivi alla vite*, Giacomo Serra, Torino, 1838, pp. 5; 64-67.

C. MAZZUCATO, “Bene giuridico e «questione sentimento» nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni”, en S. CASTIGNONE y L. LOMBARDI VALLAURI (ed.), *La questione animale, Trattato di biodiritto diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 689.

A. MOMIGLIANO, “La personalità di Calígola”, *Annali della R. Scuola Normale Superiore di Pisa. Lettere, Storia e Filosofia Serie II*, vol. 1, núm. 3, 1932, pp. 214 s.

F. NUYENS, *L'évolution de la psychologie d'Aristote*, Éditions de l'Institut Supérieur de Philosophie, Louvain, 1973, pp. 147–158.

R. OLMOS, “Lecturas iconográficas del *Odisea*”, *A&C*, núm. 4, 2008, p. 13.

P. PAGANO, “Filosofía ambiental. Biocentrismo individual e olistico”, *Naturalmente*, vol. 15, núm. 1, 2002, p. 41.

P. SCHIFF BERMAN, “Rats, Pigs, and Statues on Trial: The Creation of Cultural Narratives in the Prosecution of Animals and Inanimate Objects”, *N.Y.U. L. Rev.*, núm. 69, 1994, pp. 288-290.

C. Suetonio Tranquilo, “Calígula”, 55, 3, en *id.*, *Lives of the Caesars*, Translated with an Introduction and Notes by Catharine Edwards, Oxford University Press, Oxford - New York, 2008, pp. 164 s.

T. VALPERGA DI CIVRONE y G. GENÉ, “Rapporto de' Commissarii Conte Valperga di Civrone e Prof. Gené intorno agli Insetti, che danneggiarono le viti della Provincia d'Ivrea nella primavera del 1833”, en Vv.AA., *Calendario Georgico della Reale Società Agraria di Torino per l'anno 1834*, Tipografia Chirio e Mina, Torino, 1834, pp. 58 s.

S.M. WISE, *Rattling The Cage: Toward Legal Rights For Animals*, Perseus Books, Cambridge Mass., 2000, p. 14.

Apéndice

Atti del processo alle “gatte”, celebratosi a Strambino, Ducato di Savoia, nel 1633.

Testimoniali di richiesta con concessione di testimoniali di cittazione.

L'anno del Signore corrente 1633 - ed alli 14 di febrajo in Strambino giudicialmente avanti il molto Ill.^{re} sig.^r Gerolamo San Martino dei signori, e podestà di Strambino sono comparsi il molto Ill.^{re} Conte Martino Sanmartino dei signori di Strambino, e li signori Matteo Peno, Gio. Matteo Barberis, et Giacomo Merlo Consuli della Comunità di Strambino, li quali a nome cioè delli signori Conte Martino al nome suo, et degli altri signori Consuli del presente luogo, gli detti Consuli a nome luoro, et detta Comunità et particolari del presente luogo, ed in esso luogo abittanti, et possedenti beni nel finaggio e vigne di esso luogo, li quali promettono che avranno per rato et grato e per loro fatto sotto obbligo de loro beni ed altre clavsule opportune esponendo siccome già sono alcuni anni scorsi che ogni anno nel mese di marzo, e durante la primavera insurgiscono certi animaletti in forma di piccoli vermi chiamate Gatte quali pure scaturiscono dalle proprie gemme d'onde derivano li pampini delta vite che danno poi le ughe (uve) li quali tanto nel principio del loro nascere quanto nel progresso dell'uscire durante la

primavera attendono a corrodere e consumare sino alle frondi; che li nascenti frutti delle uge delle vigne delli signori e particolari del luogo universale senza escludere alcuno affatto in tal modo, che li primi pampini dei frutti soliti raccogliersi in dette vigne che per queste restano infruttuose et sterili in grandissimo danno d'essi signori e particolari, li quali considerando che ogni podestà proviene di Dio Signore di ogni cosa a quali ubbidiscono tutte le creature etiamdio irragionevoli e che dimostra la non meno onnipotenza sua in tutte le cose ancor insensate in quegli confidati e nella divina pietà ed onnipotenza ricorrono al rimedio della Giustizia temporale come dipendenti da Dio per opportuno rimedio ove le forze umane non arrivano, chiedendo perciò diferirsi di giustizia dall'ufficio di V. S. in questo emergente contra tali animali danneggianti, e corrodenti le foglie e frutti nascenti chiamate le Gatte e compellarli con l'autorità dell'ufficio suo a desistere da tale danno suddetto e corrodimento de frutti in dette vigne servati li debiti termini giuridici contro essi come contra de requirenti acciò si facciano desistere et abbandonare da esse vigne, ed altri luoghi ove possono offendere li frutti spettanti a'detti signori e particolari d'esso luogo con cittarsi opportunamente al banco della raggione a dir causa perchè non debbano desistere dal corrodimento e dannificazione sudetta e sotto pena di bandirle et confiscazione del luogo certo con dichiarare l'esecuzione da farsi per via di gride et affissione di coppia al Tribunale tanto valere e testimoniali. Quali cose udite il prefato signor Podestà sentito la sudetta richiesta ha ordinato però cittarsi li sudetti animali offendenti avanti esso al banco di raggione del presente a dir causa perchè non abbino a desistere dalle dannificazioni sopra esposta e concederseli contro d'essi le opportune richieste et testimoniali delle suddette cose e dei signori CompARENTI, dat ut supra. Gerolamo San Martino de'signori e podestà di Strambino al primo ducal Serviente messo giurato e richiesto salute viste le testimoniali disposizioni con richiesta per parte del molto III.^{re} Signore et Comunità di Strambino avanti noi tutte con le concessioni delle parti, ed il tenor d'ogni cosa ben considerato per le presenti li comettiamo et mandiamo, che ad istanza di cui sopracittate et assegnate, come per la presente cittiamo ed assegniamo li animali chiamati le Gatte, Gebre, ed altri de'quali detta esposizione si fa menzione a comparire giudicialmente avanti noi al banco di raggione del presente luogo il quinto giorno prossimo dopo eseguite le presenti a dir causa perchè non debbano desistere dal danno che sono soliti a dare col corrodere li pampini frutti teneri delle uge nelle vigne de'signori et particolari di Strambino d'esso luogo e di esse abbandonare sotto pena del bandimento loro e confiscazione in luogo certo dichiarando l'esecuzione del presente da farsi per publicazioni del presente et affission di copia al banco di ragione d'esso luogo da farsi valida 14 febrajo 1633 — Sottoscritto Gerolamo San Martino Podestà Pignoco Seg.^{ro}

L'anno dietro scritto alli 15 di febrajo a me Segretario sottoscritto in Strambino ha riferito Matteo Bossolone Serviente duchale del luogo di Strambino avere li 15 publicato la retroscritta sudetta cittatoria al banco di ragione d'esso luogo, et cittati li animali in detta cittazione nominati in tutto e per tutto come in essa si contiene ed averne il detto affissa e copia al banco di ragione sudetto alla presenza di Martino di Antonio Belle, ed Antonio di Gio. Cignetto, et Giacomo di Francesca Bossolono testimoni a ciò Pignoco Segretario.

THE BUMPY EVOLUTION IN JUDICIAL DECISIONS REGARDING DERIVATIVE CONTRACTS IN ITALY: APPROPRIATE UNDERSTANDING OF DERIVATIVE CONTRACTS AND RECEPTION OF THE CONTRIBUTION OF LEGAL DOCTRINE

Antonio Magni

PhD in Private Law, University of Camerino, School of Law.

Fecha de recepción: 5 de septiembre

Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: Una desigual evolución en las decisiones judiciales ha tenido lugar en Italia. La evolución en cuestión es una evolución en la comprensión adecuada de los problemas relacionados con los contratos de derivados, así como en la influencia de la doctrina sobre las decisiones relativas a los contratos de derivados. El artículo 118, párrafo 3, de las disposiciones preliminares del Código de Procedimiento Civil italiano prohíbe citar la doctrina jurídica en las sentencias. A pesar de esta disposición, la influencia ya mencionada parece ser relevante.

ABSTRACT: A bumpy evolution in judicial decisions has taken shape in Italy. Specifically, the evolution in question is an evolution in the appropriate understanding of issues related to derivative contracts as well as in the reception of the contribution of legal doctrine. Article 118, paragraph 3, of the preliminary dispositions of the Italian Civil Procedure Code does not allow juridical authors to be quoted within judicial decisions. Despite such provision, the impact (and/or the missing impact) of legal doctrine (considered as the product of the activities of legal researchers and legal scholars) upon decisions regarding derivative contracts seems to be relevant.

PALABRAS CLAVE: Tribunales nacionales, desigual evolución, decisiones judiciales, contratos de derivados, mark to market, invalidez, nulidad, doctrina jurídica, influencia de la doctrina jurídica.

KEY WORDS: National courts, bumpy evolution, judicial decisions, derivative contracts, mark to market, invalidity, nullity, legal doctrine, contribution.

SUMARIO: I. Introduction: decisions, legal doctrine and derivative contracts. II. Withdrawal from derivative contracts and the relevance of the so-called “mark to market”: contribution of legal doctrine and partial reception in judicial decisions. III. The missing reception of the contribution of legal doctrine. IV. The turning point and the last step in the evolution. V. Conclusions. VI. Bibliography.

I. Introduction: decisions, legal doctrine and derivative contracts

Art. 118, paragraph 3, of the preliminary dispositions of the Italian Civil Procedure Code does not allow juridical authors to be quoted within judicial decisions. Actually, it is permissible to report the opinions of juridical authors, but their names may not be indicated.

Nevertheless, the impact (as well as the missing impact) of legal doctrine (considered as the product of the activities of legal researchers and legal scholars) upon judicial decisions regarding derivative contracts¹ appears to be not negligible.

Indeed, the contribution of legal doctrine seems to have been internalized, step by step (in the context of a bumpy evolution), by specific decisions as to the method for the calculation of the value of the so-called “mark to market”, as well as concerning the necessity of indicating the criteria used to carry out the appraisal of the “mark to market”. In this regard, a national Court has only recently really assimilated the meaning of the contribution made by legal doctrine. The article analyzes the conclusions reached by the national Courts and the related consequences.

Accordingly, an analysis of the choices made by judges within their decisions is worthwhile.

The bumpy evolution in question is an evolution in the appropriate understanding of relevant issues, related to derivative contracts, as well as in the reception of the contribution of legal doctrine.

¹ A definition of “derivative contract” may be found on the website of ISDA, International Swaps and Derivatives Association: “Derivative is a risk transfer agreement, the value of which is derived from the value of an underlying asset. The underlying asset could be an interest rate, a physical commodity, a company’s equity shares, an equity index, a currency, or virtually any other tradable instrument upon which parties can agree”, currently available at <http://www.isda.org/educat/faqs.html#1>. Furthermore, regarding the definition of derivative contracts, see J.C. HULL, *Options, Futures, and Other Derivative Securities*, Prentice Hall, Upper Saddle River, 1993, p. 1.

II. Withdrawal from derivative contracts and the relevance of the so-called “mark to market”: contribution of legal doctrine and partial reception in judicial decisions

In the case of withdrawals from derivative contracts², it is essential to consider – as legal doctrine³ has pointed out – the appraisal of the so-called “mark to market”, namely, the appraisal of the measure of the so-called “differential”⁴, and accordingly, the appraisal of the measure of the object of the contract⁵. The party who desires to exercise the right to withdraw has the obligation to pay the sum of money resulting from the appraisal in question to the other party in the case of a negative “mark to market”⁶. The value of the “mark to market” cannot be considered as the value of the object⁷ of a derivative contract at the time of the withdrawal, but rather as the value of the object of a derivative contract as foreseen for the date established (by the parties) for the natural expiration of the contract⁸.

As a consequence, the judge may be requested to decide a controversy regarding the relevant aspects, among which the appraisal of the “mark to market” may deserve particular attention.

In the aforesaid context, the efforts of the legal doctrine seem to be tangible, and allusions to the contribution of an eminent author (even without the indication of his name) are likely to be detected in the judicial decisions. The contribution is twofold: On the one hand, attention has been

² Also known as “derivatives”.

³ E. GIRINO, “Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter”, *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 2011, pp. 800-801.

⁴ The so-called “differential” (in Italian, “il differenziale”) refers to the difference arising out of the comparison between the two prices, namely, the price at the moment of the closing and the price at the moment of the expiration of the contract: E. GIRINO, *I contratti derivati*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 17. In the case, for example, of an interest rate swap, the difference corresponds to “the value of an interest rate swap”. Indeed, “[t]he value of an interest rate swap to a counterparty is the net difference between the present value of the payments the counterparty expects to receive and the present value of the payments the counterparty expects to make. At the inception of the swap, the value is generally zero to both parties, and becomes positive to one and negative to the other depending on the movement of interest rates. Present value is the value of a quantity to be received in the future, adjusted for the time value of money (interest foregone while waiting for the quantity)”, definition given by ISDA, International Swaps and Derivatives Association; this definition is currently available at <http://www.isda.org/educat/faqs.html#1>.

⁵ E. GIRINO, “Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter”, *cit.*, pp. 800-801. The “differential” is the object of a derivative contract: *id.*, *I contratti derivati*, *cit.*, p. 17. The “oggetto del contratto”, ie the “object of the contract” (arts. 1346-1349 of the Italian Civil Code), as far as the Italian law is concerned, may be defined as “l’*id* sul quale (si manifesta la volontà) si forma il consenso”, ie “that specific thing upon which the parties agree”: P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 496.

⁶ According to the international banking practice, as explained by the legal doctrine: E. GIRINO, *I contratti derivati*, *cit.*, p. 458. “Negative for the client” means that the client has the obligation to pay; this is so for the bank, when the “mark to market” is negative for the bank.

⁷ The object of a derivative contract is the so-called “differential”.

⁸ G. DE NOVA, “I contratti derivati come contratti alieni”, *Rivista di diritto privato*, 2009, p. 19.

paid to the correspondence between the method for the calculation of the value of the “mark to market” and the method for the calculation of other costs or prices; on the other hand, concerns have been raised about the possible consequences arising from the absence of the indication of the parameters⁹ by means of which the appraisal is performed.

As to the first profile¹⁰, legal doctrine has underlined the necessity of referring, when dealing with the method of calculation, to the evaluation techniques and to the so-called “best practice”¹¹; as will be seen, the references in question have subsequently been internalized by a national Court. Indeed, as the legal doctrine has affirmed, the appraisal of the “mark to market” corresponds to the appraisal of the so-called “fair value”¹². The “fair value” (and thus also the “mark to market”) – following the reasoning of the same author¹³ – in compliance with art. 2427 *bis*, paragraph 1, no. 1, *a*), of the Italian Civil Code and with art. 203, paragraph 2, of the Italian Consolidated Law on Finance¹⁴, should be appraised¹⁵ according to the evaluation models and techniques commonly accepted, as well as with regard to the “best practice”¹⁶. Similarly, as reported (and evidently, assimilated) by the decision¹⁷, “the MTM is that fair value, which art. 2427, *bis*, paragraph 1, of the Italian Civil Code states must be indicated within the integrative note to the balance sheet and appraised according to the evaluation models and techniques generally accepted. Also art. 203 of the Italian Consolidated Law on Finance refers to the best practice”¹⁸.

As far as the second aspect is concerned¹⁹, the same doctrine²⁰ has noted that allowing one of the parties to carry out the appraisal of the “mark to

⁹ The criteria and the methodologies.

¹⁰ Namely, the method for the calculation of the value of the so-called “mark to market”.

¹¹ E. GIRINO, *I contratti derivati*, *cit.*, p. 462.

¹² *Ibidem*, p. 462.

¹³ *Ibidem*, p. 462.

¹⁴ “The Italian Consolidated Law on Finance” is (as currently indicated on the institutional website) the official translation of the original Italian version “Testo unico della finanza” (adopted by means of decreto legislativo 24 February 1998, no. 58), available at http://www.consob.it/mainen/documenti/english/laws/fr_decree58_1998.htm.

¹⁵ E. GIRINO, *I contratti derivati*, *cit.*, p. 462.

¹⁶ *Ibidem*, p. 462.

¹⁷ Tribunale di Milano, 19 April 2011, no. 5443, p. 24, footnote 43, available at <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/3965.pdf>.

¹⁸ According to the original Italian version: “Del resto il MTM altro non è che quel *fair value* che espressamente l’art. 2427 *bis* comma 1 n. 1 c.c. impone di indicare nella nota integrativa di bilancio e che deve stimarsi secondo modelli e tecniche di valutazione generalmente accettati. Così pure l’art. 203 TUF rimanda alla miglior prassi”: *ibidem*. MTM is the acronym for “mark to market”. It has to be noted that the decision in question, when referring to art. 2427 *bis*, paragraph 1, of the Italian Civil Code and to art. 203 of the Italian Consolidated Law on Finance, did not mention, in this specific frame, the word “derivatives” or the word “derivative”, but the subject matter of the decision is represented by derivative contracts.

¹⁹ Namely, the evaluation of the possible consequences arising out of the missing indication of the criteria and the methodologies.

²⁰ E. GIRINO, *I contratti derivati*, *cit.*, pp. 460, 464.

market” (through a specific clause or a subsequent agreement²¹), without enabling the other to verify the criteria and the methodologies deployed to this end²², would result in a violation of the rule contained in art. 1346 of the Italian Civil Code²³. According to this article, the object of the contract must be “possible, lawful, determined or determinable”²⁴. Otherwise, the contract is not valid in compliance with art. 1418, paragraph 2, of the Italian Civil Code²⁵. What is indeterminable, in the case of derivatives, is not *stricto sensu* the object (in the context of derivatives, that is represented by the so-called “differential”), but the criteria and the methodologies (if not indicated, and therefore, if not verifiable) deployed to perform the appraisal of the “mark to market”. The latter²⁶ is defined as the appraisal of the measure of the “differential”, and therefore, as the appraisal of the measure of the object of a derivative contract²⁷. As a result, the appraisal of the “mark to market” is strictly and intrinsically connected to the object of the contract. In this regard, the same Court²⁸ has acknowledged the relevance of the “mark to market”, but it appears to have only partially grasped the meaning of the abovementioned remarks²⁹. Indeed, as stated in the decision³⁰, even if a separate agreement – through which the parties agree to carry out the appraisal³¹ – is considered to be admissible, there nevertheless is no suggestion that a specific clause should be inserted allowing one of them to carry out the appraisal, nor is there a recommendation that the criteria and the methodologies deployed to this end should be indicated. In fact, in the view of the Court, “the mark to market might only be the object of an agreement (ancillary to a derivative) with which the parties expressly agree to perform the abovementioned appraisal”³².

²¹ E. GIRINO, “Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter”, *cit.*, pp. 800-801, footnote 17.

²² Namely, the criteria and the methodologies deployed to perform the appraisal of the “mark to market”.

²³ E. GIRINO, *I contratti derivati*, *cit.*, pp. 460, 464.

²⁴ In compliance with art. 1346 of the Italian Civil Code, “l’oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile” (original Italian version).

²⁵ In this case, the invalidity is represented by the “nullity of the contract”, ie “nullità del contratto” in the original Italian version, included in arts. 1418-1424 of the Italian Civil Code. In particular, art. 1418, paragraph 2, states that the “nullity of the contract” is also caused by the “mancanza nell’oggetto dei requisiti stabiliti dall’art. 1346 c.c.”, ie by the “lack of the legal requirements listed in art. 1346 of the Italian Civil Code”.

²⁶ The appraisal of the “mark to market”.

²⁷ E. GIRINO, “Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter”, *cit.*, pp. 800-801.

²⁸ Tribunale di Milano, 19 April 2011, no. 5443.

²⁹ Remarks on the necessity of the indication and verifiability of the criteria and the methodologies.

³⁰ Tribunale di Milano, 19 April 2011, no. 5443.

³¹ The appraisal of the “mark to market”.

³² According to the original Italian version: “Ne deriva che, al più, il MTM potrebbe essere ritenuto l’oggetto di un patto accessorio al contratto su derivati; ad esempio un patto con cui le

III. The missing reception of the contribution of legal doctrine

An important decision (of a national Court of Appeal)³³ has warned of the possible invalidity (the “nullity”)³⁴ of a derivative contract, due – as has been affirmed – to the indeterminableness of the amount of the commission to be paid to the “*mandatary*”³⁵. In the opinion of the Court of Appeal³⁶, the amount of the commission shall be clearly established by the parties and shall not constitute a hidden cost in compliance with art. 1709 of the Italian Civil Code³⁷. Otherwise, the contract would not be valid. As a result, the invalidity (the “nullity”) of the contract would be caused by the indeterminableness of the commission³⁸. Indeed, the Court of Appeal upheld

parti convengono espressamente di operare la suddetta stima, cioè la finzione di scadenza anticipata con frequenza giornaliera e quindi di accantonare i relativi margini a reciproca garanzia, come se realmente il contratto dovesse essere eseguito, così creando una sorta di deposito cauzionale. Ovvero un patto volto a disciplinare le modalità di recesso anticipato dal contratto di durata”: Tribunale di Milano, 19 April 2011, no. 5443. It has to be noted that the right of one party to perform the appraisal is not contemplated in the decision in question.

³³ Corte di Appello di Milano, 18 September 2013, no. 3459, R. DI RAIMO, “Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?”, *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 295-320.

³⁴ In this case, the invalidity is represented by the “nullity of the contract”, ie “nullità del contratto” in the original Italian version, included in arts. 1418-1424 of the Italian Civil Code.

³⁵ The term “*mandatary*” is used to indicate the party to a contract of “mandate” who has the obligation to undertake a juridical act (or more juridical acts) on behalf of the other party (“*mandator*”). For an explanation of the use of this term, see J.L. GRAUBERGER, “From Mere Intrusion to General Confusion: Agency and Mandate in Louisiana”, *Tulane Law Review*, 1997, p. 263. In the original Italian version, the term “*mandatary*” corresponds to the term “*mandatario*” and the term “*mandator*” corresponds to the term “*mandante*”.

³⁶ Corte di Appello di Milano, 18 September 2013, no. 3459.

³⁷ “La mancanza dell’indicazione del *mark to market* al momento della conclusione del contratto consente di occultare il suo compenso, rappresentato dai c.dd. costi impliciti, all’interno delle condizioni economiche dell’atto gestorio”, ie “The lack of the indication of the mark to market, at the moment of the closing of the contract, allows the commission (made up of implicit costs) to be hidden inside of the economic conditions of the contract of mandate”: *ibidem*. In addition, always with respect to the opinion of the Court of Appeal, “il compenso deve, al contrario, essere determinato nel contratto o deve essere determinabile in virtù di un criterio (modello matematico di *pricing*) condiviso *ex ante* dall’intermediario e dal cliente. Ad esempio con la pattuizione, separata, di una *fee*, e non certo ‘annegato’ dentro le condizioni economiche dell’atto gestorio”, ie “the commission has to be determined within the contract or determinable by virtue of criteria, *ex ante* shared by both parties (the bank and the client). For example, by means of a separate agreement establishing a specific fee and not ‘drowned’ inside of the economic conditions of the contract of mandate”: *ibidem*.

³⁸ According to the decision in question, “Il che determina la nullità del contratto derivato anche in ragione del difetto di accordo sul requisito essenziale del compenso *ex art.* 1709 c.c., il quale dispone che, nel mandato oneroso, il compenso del mandatario sia consapevolmente stabilito dalle parti”, ie “This entails the invalidity (the ‘nullity’) of the derivative contract even on the grounds of the lack of an agreement on the commission. The latter is an essential element and is established by art. 1709 of the Italian Civil Code. In compliance with this article, the commission has to be determined (knowingly) by both parties”: *ibidem*. In this case, the invalidity is represented by the “nullity of the contract”, ie “nullità del contratto” in the original

that the commission is linked to the context of the “mark to market”³⁹. As such, the amount of the commission is likely to be indeterminable⁴⁰; therefore, this indeterminableness might lead to the invalidity (the “nullity”)⁴¹. As just noted, according to the decision reported⁴², the legal nature of the derivative contract is that of a contract of “mandate”⁴³ on the basis of art. 21 of the Italian Consolidated Law on Finance⁴⁴. The article in question states that the bank, when proposing the investment strategies, must comply with the standards of diligence, correctness and transparency, which are specifically requested for that kind of client. As a matter of fact, in this phase, it is very possible to detect a sort of contract of mandate, given that the bank must act in the client’s best interest (in compliance with the abovementioned art. 21) by suggesting the type of investment that best suits his profile.

However, when the client becomes a party to a derivative (and for this reason, an investor), the bank is not in a position to pursue the client’s interest, since both parties have different⁴⁵ and/or opposed⁴⁶ interests. Indeed, suffice it to mention the so-called “hedging cost”, which is included within the so-called “confirmation”⁴⁷ of a derivative, in cases in which

Italian version, which is included in arts. 1418-1424 of the Italian Civil Code. It might be assumed that the decision refers to art. 1418, paragraph 2, by virtue of which the nullity of the contract is also caused by the failure to meet the legal requirements listed in art. 1325, paragraph 1, no. 1 (the lack of an agreement probably, in the view of the Court of Appeal, refers the lack of an agreement on the commission): In this regard, see *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ As to the definition of the contract of mandate, reference must be made to art. 1703 of the Italian Civil Code, according to which “the mandate is a contract by means of which a party has the obligation to undertake a juridical act (or more juridical acts) on behalf of the other party”. The original Italian version of the art. 1703 is: “Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell’altra”. The contract of mandate is different from the contract of agency. To gain a better understanding of this difference, see J.L. GRAUBERGER, “From Mere Intrusion to General Confusion: Agency and Mandate in Louisiana”, *cit.*, p. 263.

⁴⁴ Actually, this opinion might have been suggested by an isolated (and not shareable) expression of legal doctrine: D. MAFFEIS, “Intermediario contro investitore: i derivati over the counter”, *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2010, pp. 779-796. However, this is not completely verifiable, due to the content of the abovementioned art. 118, paragraph 3, of the preliminary dispositions of the Italian Civil Procedure Code. Furthermore, the conclusions, reached by the decision, in terms of the correlation between the “mark to market” and the commission cannot be taken for granted.

⁴⁵ This is the case of derivatives used to hedge pre-existing risks. Regarding the derivatives used to hedge pre-existing risks, see T.E. LYNCH, “Gambling by Another Name; The Challenge of Purely Speculative Derivatives”, *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, 2012, p. 67.

⁴⁶ This is the case of derivatives used to speculate. In this regard, see *Ibidem*, p. 67.

⁴⁷ A definition of “confirmation” may be found on the website of ISDA, International Swaps and Derivatives Association: “In jurisdictions where close-out netting is enforceable, all transactions under the ISDA Master Agreement constitute a ‘single agreement’ between the two counterparties instead of being separate contracts. The confirmation of a transaction serves

derivatives are used to hedge pre-existing risks⁴⁸ and in cases in which derivatives are used to speculate⁴⁹. The cost in question is contemplated by the bank in order to manage the market risk (and is considered⁵⁰ to be paid by the client). In so doing, the client (hypothetically, the “*mandator*”, if an alleged existence of the contract of mandate is admitted) would pursue the interest of the bank (hypothetically, the *mandatary*). This fact would stand in stark contrast to the client’s interest, and accordingly, to the “*causa*”⁵¹ of the contract of mandate. Indeed, the client’s interest is not related to holding the bank free from risk, but to the achievement of a positive outcome⁵².

Actually, the “*causa*” in the contract of mandate, as far as Italian law is concerned, consists of pursuing the interest of the *mandator*⁵³, even in the case of the contract of mandate called “*in rem propriam*”; the contract of mandate “*in rem propriam*”⁵⁴ is characterized by the pursuit of both parties’ interests (namely, including the interest of the *mandatary*). This, however, should not have a result that is detrimental to the *mandator*’s interest; in fact, a contract of mandate without adequate protection of the interest of the *mandator* is not conceivable.

As a consequence, in the context of derivatives, applying the rules regulating the contract of mandate as provided by the law within the Italian Civil Code (arts. 1703-1730 of the Italian Civil Code)⁵⁵ is not admissible, nor may the aforesaid correlation between the “mark to market” and the commission be considered correct.

Therefore, the remarks on invalidity (“nullity”)⁵⁶ due to indeterminableness must be carried out only with reference to the lack of the indication and verifiability of the criteria and the methodologies

as evidence of that transaction, and each transaction is incorporated into the ISDA Master Agreement”, available at <http://www.isda.org/educat/faqs.html#1>.

⁴⁸ T.E. LYNCH, “Gambling by Another Name; The Challenge of Purely Speculative Derivatives”, *cit.*, p. 67.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁰ Considered by the bank.

⁵¹ The “*causa* of the contract” (“*causa del contratto*” in the original Italian version, arts. 1343-1345 of the Italian Civil Code), as far as Italian law is concerned, may be defined as the “*interesse ‘perseguito’ dalle parti*”, ie as the “*interest ‘pursued’ by the parties*”, and at the same time, as the “*sintesi ‘degli effetti essenziali’ del contratto*”, ie as the “*synthesis ‘of the essential effects’ of the contract*”: P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile, cit.*, pp. 488-489.

⁵² In cases of derivatives used to hedge pre-existing risks and in cases of those used to speculate.

⁵³ G. BAVETTA, “Mandato”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1975, XXV, p. 324; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile, cit.*, p. 723.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 724; the commission due to the *mandatary* is not related to the interest of the same *mandatary* that is necessary to have the contract of mandate “*in rem propriam*”: U. CARNEVALI, “Mandato”, *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma, 1990, XIX, pp. 11-12.

⁵⁵ Arts. 1703-1730 govern the contract of mandate.

⁵⁶ In this case, the invalidity is represented by the “nullity of the contract”, ie “*nullità del contratto*” in the original Italian version, included in arts. 1418-1424 of the Italian Civil Code.

deployed to perform the appraisal of the “mark to market”, and not with respect to the indeterminableness of the *mandatary’s* commission⁵⁷.

In reality, a commission may be established, but it cannot be referred to a contract of mandate, given that, for the reasons already explained, the existence of a contract of mandate cannot be conceived in such a context⁵⁸. Indeed, the commission, in the context of derivatives, is due to the bank as a fee for the service rendered, and it is indicated by the expression “mark up”⁵⁹, but is unrelated to a contract of mandate.

The asserted correlation⁶⁰ between the “mark to market” and the commission⁶¹ demonstrates, with clarity, that the Court of Appeal did not take into account the contribution (offered by legal doctrine)⁶² related to the appraisal of the “mark to market”, namely, enabling one of the parties to perform the appraisal of the “mark to market”⁶³, as well as indicating⁶⁴ the criteria and the methodologies deployed to this end.

IV. The turning point and the last step in the evolution

It is only recently that a national Court⁶⁵ has really (and completely) grasped the meaning of the contribution of legal doctrine by assimilating the necessity for the deployment of the elements mentioned directly above⁶⁶, namely, the indication and the verifiability of the criteria and of the methodologies used to carry out the appraisal of the “mark to market”⁶⁷.

⁵⁷ As stated (instead) in the decision of the Corte di Appello di Milano, 18 September 2013, no. 3459, according to which the indeterminableness relates to the *mandatary’s* commission.

⁵⁸ Namely, in the context of derivatives.

⁵⁹ As stated in the “confirmation”, in percentage terms on the total amount.

⁶⁰ Established by the Corte di Appello di Milano, 18 September 2013, no. 3459.

⁶¹ Commission to be paid to the “*mandatary*”.

⁶² E. GIRINO, “Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter”, *cit.*, pp. 800-801, footnote 17; *id.*, *I contratti derivati*, *cit.*, pp. 460, 464.

⁶³ E. GIRINO, “Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter”, *cit.*, pp. 800-801, footnote 17.

⁶⁴ The indication is aimed at the verifiability of the criteria and the methodologies: E. GIRINO, *I contratti derivati*, *cit.*, pp. 460, 464.

⁶⁵ The national Court is the Tribunale di Milano, 16 June 2015, no. 7398, available at <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/12916.pdf>.

⁶⁶ E. GIRINO, “Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter”, *cit.*, pp. 800-801, footnote 17; *id.*, *I contratti derivati*, *cit.*, pp. 460, 464.

⁶⁷ “Se così è, quindi, dovendo l’oggetto del contratto e, quindi, tutte le sue componenti, essere determinate o quanto meno determinabili, pena la nullità del contratto stesso, sarà necessario che nel regolamento contrattuale venga indicato il metodo di calcolo di tale valore; in difetto, risolvendosi la quantificazione dell’MTM in una determinazione di una delle parti (la banca), non verificabile dall’altra, deve concludersi come esso non risulti determinabile, implicando la nullità dell’intero contratto ex art. 1418 c.c.”, ie “all the elements of the contract must be determined or determinable. Consequently, the method of appraisal of the MTM (mark to market) must be indicated; otherwise, the appraisal of the mark to market carried out by one of the parties, without the possibility of being verified by the other, would result in a violation of

In fact, performing the appraisal of the “mark to market” without enabling the other party to verify the aforesaid criteria and methodologies (deployed, but not indicated) would result in a violation of the rule contained in art. 1346 of the Italian Civil Code⁶⁸, according to which “the object of the contract must be possible, lawful, determined or determinable”. Consequently, the contract would not be valid⁶⁹ on the basis of the failure to meet the legal requirements listed in art. 1346, as established by art. 1418, paragraph 2, of the Italian Civil Code⁷⁰. This would not be due to the indeterminableness of the object of the contract *stricto sensu*, but to the indeterminableness of the criteria and the methodologies, given that the appraisal in question is strictly and intrinsically connected to the object of the contract. Indeed, the appraisal of the “mark to market” is the appraisal of the measure of the “differential”, and accordingly, the appraisal of the measure of the object of the derivative contract⁷¹.

This last decision⁷² has marked the turning point, and at the same time, the last step in a (bumpy) evolution in the context of the judicial decisions of the national Courts regarding the “mark to market”, as well as the implications of its appraisal.

As already mentioned, the evolution in question is an evolution in the appropriate understanding of issues regarding derivatives as well as in the reception of the related contribution of legal doctrine.

Without a doubt, as to the decisions examined, the first step in the evolution is represented by a partial acknowledgement of the relevance of the “mark to market”. Indeed, the first decision that was analyzed, on the one hand, considered the method for the calculation of the value of the “mark to market”; on the other hand, the decision in question did not contemplate the right of a party to perform the appraisal, the indication of the criteria and the methodologies, the verifiability⁷³ (by the other party) or the consequent invalidity (the “nullity”) of a derivative contract⁷⁴.

the rule contained in art. 1418 of the Italian Civil Code and would cause the nullity of the contract”: Tribunale di Milano, 16 June 2015, no. 7398.

⁶⁸ Ibidem; E. GIRINO, *I contratti derivati*, *cit.*, pp. 460, 464. According to art. 1346 of the Italian Civil Code, the object of the contract must be “possible, lawful, determined or determinable”. The “nullity” is caused by the indeterminableness of the object of the contract.

⁶⁹ Tribunale di Milano, 16 June 2015, no. 7398; in this case, the invalidity is represented by the “nullity of the contract”, “nullità del contratto” in the original Italian version, included in arts. 1418-1424 of the Italian Civil Code: In this regard, see Ibidem.

⁷⁰ Ibidem. Art. 1418, paragraph 2, states that the nullity is also caused by the “mancanza nell’oggetto dei requisiti stabiliti dall’art. 1346 c.c.”, ie by the “lack of the legal requirements listed in art. 1346 of the Italian Civil Code”.

⁷¹ E. GIRINO, “Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter”, *cit.*, pp. 800-801.

⁷² Tribunale di Milano, 16 June 2015, no. 7398.

⁷³ The verifiability of the criteria and the methodologies.

⁷⁴ Tribunale di Milano, 19 April 2011, no. 5443.

The second step⁷⁵ consists of the awareness of the possible invalidity⁷⁶ of a derivative contract; however, according to this decision, the invalidity would be due to the indeterminableness of the commission to be paid to the “*mandatary*” and not to the indeterminableness concerning the appraisal of the “mark to market”⁷⁷.

Lastly, the third step is characterized by the statement of the Court⁷⁸ that the invalidity of a derivative contract would be caused by the indeterminableness of the object of the contract on the basis of the lack of the indication and verifiability of the criteria, and of the methodologies deployed to perform the appraisal of the “mark to market”⁷⁹.

V. Conclusions

Within the decisions, it is possible to detect a bumpy evolution in the appropriate understanding of issues regarding derivatives; at the same time, in the context of the bumpy evolution, it is possible to detect the reception of the contribution of legal doctrine (even if not in all decisions considered).

A thoughtful investigation of the phenomenon, which is possible through a deeper analysis of the contribution of legal doctrine, would allow the arrival at different decisions. This actually has happened only recently (after a bumpy pathway), when a national Court⁸⁰ established the invalidity (the “nullity”) of a derivative contract arising from the lack of the aforesaid indication and verifiability. The decision in question⁸¹ definitely marked the turning point, and simultaneously, the last step in the abovementioned evolution.

As a matter of fact, the opportunity to quote the legal doctrine (including the indication of the name of the authors – not currently permitted by art. 118, paragraph 3, of the preliminary dispositions of the Italian Civil Procedure Code) would have enabled the issue to be tackled in a more adequate manner, given that the judge would have been compelled to get to the bottom of the issue itself in order to avoid ascribing an incomplete thought to a certain author.

⁷⁵ Corte di Appello di Milano, 18 September 2013, no. 3459.

⁷⁶ In this case, the “nullity”.

⁷⁷ Corte di Appello di Milano, 18 September 2013, no. 3459.

⁷⁸ Tribunale di Milano, 16 June 2015, no. 7398.

⁷⁹ Without any reference whatsoever to the commission to be paid to the “*mandatary*”.

⁸⁰ Tribunale di Milano, 16 June 2015, no. 7398.

⁸¹ Ibidem.

VI. Bibliography

D. MAFFEIS, “Intermediario contro investitore: i derivati over the counter”, *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2010, pp. 779-796.

E. GIRINO, *I contratti derivati*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 17, 458, 460, 462, 464.

E. GIRINO, “Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter”, *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 2011, pp. 800-801.

G. BAVETTA, “Mandato”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1975, XXV, p. 324.

G. DE NOVA, “I contratti derivati come contratti alieni”, *Rivista di diritto privato*, 2009, p. 19.

J.C. HULL, *Options, Futures, and Other Derivative Securities*, Prentice Hall, Upper Saddle River, 1993, p. 1.

J.L. GRAUBERGER, “From Mere Intrusion to General Confusion: Agency and Mandate in Louisiana”, *Tulane Law Review*, 1997, p. 263.

P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 488-489, 496, 723, 724.

R. DI RAIMO, “Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?”, *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 295-320.

T.E. LYNCH, “Gambling by Another Name; The Challenge of Purely Speculative Derivatives”, *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, 2012, p. 67.

U. CARNEVALI, “Mandato”, *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma, 1990, XIX, pp. 11-12.

http://www.consob.it/mainen/documenti/english/laws/fr_decree58_1998.htm.

<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/12916.pdf>.

<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/3965.pdf>.

<http://www.isda.org/educat/faqs.html#1>.

Evoluzione della disciplina pubblicistica in tema di apertura di agenzie di viaggi e turismo nelle politiche di semplificazione amministrativa, tra giurisprudenza costituzionale e leggi regionali.

Daniela Iuliano
Profesora de Derecho
Università degli Studi del Sannio

Fecha de recepción: 5 de septiembre
Fecha de aceptación: 10 de octubre

ABSTRACT: The tourism legislation has passed through various legal processes that have changed its regulatory authority and arrangement many times. In the context of tourist management public authority has increasingly interfered with tourist businesses due to the sector operators' needs to take this activity under control and to the nature of their underlying interests. At the same time, there has been a copious and fragmented legislation proliferation on the topic, which has led to lots of doubts and interpretative uncertainties. Recently, the constitutional intervention has represented an interesting aspect because it has committed the definition of a series of aspects to the local legislator, especially to the Regions, dividing the discipline into two big sections: the advertisement section (founded at a local level) which regulates all administrative and bureaucratic aspects, compliance with obligations, controls on the businesses which are involved in tourist activities; and a private section that regulates all relationships between the tourist operators and the tourists and which is regulated at a national level. In this context the advertisement legislation of travel agencies has been analyzed, given that travel agencies are considered as a subcategory of the tourist business, with the attempt to rebuild the troubled evolution from a legislative and historical point of view. Actually, the initial normative form established a very strict law system for travel agencies which depended on license. With the passing of time, this regime made the implementation process of the travel agency tourist business activity more demanding, this way threatening its development inexorably. As a consequence, over the years demands (recognized within the European environment as well) have developed into a simpler legislation aimed at encouraging and facilitating the entrepreneurs to develop this kind of activities. Over the years, a modification of the discipline is in action and it is characterized by a progressive abandon of the rigid systems based on license in favor of simpler systems such as the «Segnalazione di inizio attività» or «SCIA» (“signal of starting activity”) and the “communication”. This renovation of the advertisement legislation in the context of travel agencies has been implemented with obstacles, starting from the European legislator's intervention at the base of which the national and the local legislator have intervened with further complication due to different timing and procedures of adjustment to simplified regional systems that has made the discipline more confused and heterogeneous. All this has caused some interpretative problems, uncertainties during the phase of implementation of laws and doubts about constitutional legality that have led to involve the judges many times.

KEY WORDS: «Italian tourism legislation»; «administrative simplification»; «travel agencies»

SUMARIO: 1. Dal rilascio dell'«autorizzazione amministrativa» alla «SCIA». - 2. Questioni di legittimità costituzionale e applicabilità dell'art. 19, l. n. 241 del 1990 a seguito dell'abrogazione della relativa norma di rinvio del codice del turismo. - 3. L'eterogenea attività del legislatore regionale nell'adattamento ai regimi semplificati. - 4. Disciplina per l'apertura di filiali, succursali e punti vendita. Il regime della «comunicazione».

1. A lungo l'esercizio delle attività di agenzia di viaggi e turismo è stato subordinato al rilascio di un provvedimento di autorizzazione amministrativa, affidato alle Regioni. Tale disciplina trova le sue origini nell'art. 9, comma 2, della l. 17 maggio 1983, n. 217¹, ora abrogato. La *ratio* di tale scelta legislativa risiedeva nella natura pubblica delle esigenze di professionalità nello svolgimento di tale attività, che permette di considerarne legittima la subordinazione alla verifica di specifici requisiti e presupposti, nonostante ciò comprima il diritto di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 della nostra Carta Costituzionale. Invero vi è un tentativo di bilanciare la tutela degli interessi in gioco, nettamente contrapposti, in quanto l'intervento amministrativo era considerato un intervento di mero controllo, non potendo l'autorità amministrativa demandata esercitare alcuna forma di potere discrezionale², ma dovendosi attenere alla mera verifica dei requisiti fissati dalla relativa legge quadro sulla materia. In conseguenza di ciò qualsiasi norma regionale che si fosse discostata dalla legge statale, fissando ulteriori requisiti o condizioni per il rilascio dell'autorizzazione, sarebbe stata tacciabile di incostituzionalità. Su questi presupposti i legislatori regionali hanno definito o adattato la propria disciplina in materia. Generalmente il compito di rilasciare l'autorizzazione è stato affidato, a sua volta, agli enti locali, talvolta alle Province, talvolta ai Comuni, come nel caso, ad esempio, della Regione Marche³.

Accanto all'autorizzazione amministrativa, l'art. 9 della l. n. 217 del 1983 disponeva, al comma 5, la necessità, al fine di aprire un'agenzia di viaggio, di ottenere il rilascio del cd. «*nulla osta*» da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, con il quale si verificava la situazione penale del richiedente ai sensi degli artt. 11 e 12 del R.d. 18 giugno 1931, n. 773⁴ (Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, o «TULPS»), adempimento non più richiesto a seguito dell'abrogazione della norma in commento.

¹ L. 17 maggio 1983, n. 217, *Legge quadro per il turismo e interventi per il potenziamento e la qualificazione dell'offerta turistica*, su G.U., 25 maggio 1983, n. 141.

² Principio espresso dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, con atto di segnalazione n. 49 del 1995, con il quale segnalava la necessità di modificare quelle leggi regionali «che prevedano un contingentamento del numero delle agenzie di viaggio e turismo, ovvero limitino le scelte di localizzazione», ritenendo che «la disciplina regionale concernente il regime autorizzatorio in materia di agenzie di viaggio e turismo deve fondarsi esclusivamente sui requisiti professionali, finanziari [...] indicati dalla legge-quadro», per cui su quelle leggi regionali che travalicano tale limite potrebbe gravare il difetto di legittimità costituzionale. La stessa Corte Costituzionale con sentenza n. 162 del 1990, dunque quando era ancora in vigore l'art. 9 della l. n. 217 del 1983, ha ribadito che la funzione di autorizzazione ad aprire un'agenzia di viaggi «involge la valutazione di un interesse turistico, così da poter essere considerata come funzione di polizia amministrativa in materia turistica».

³ L. reg. Marche, 11 luglio 2006, n. 9, *Testo unico delle norme regionali in materia di turismo*, su B.U.R., 20 luglio 2006, n. 73.

⁴ R.d. 18 giugno 1931, n. 773, *Testo unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza*, su G.U., 26 giugno 1931, n. 146.

Negli anni novanta si ravvisa, nell'ordinamento italiano, l'esigenza di snellire la macchina amministrativa che nel tempo era stata appesantita dalla burocrazia. Così si assiste in questi anni al cd. processo di «semplificazione amministrativa», operante sui vari fronti del sistema, centrale e locale, di cui si ricorda la nota l. 7 agosto 1990, n. 241⁵, attraverso la quale il legislatore è intervenuto sul tema, con un intero capo ad esso dedicato, il Capo IV, rubricato appunto «Semplificazione dell'azione amministrativa» (artt. 14 ss.). Tali nuove politiche amministrative si sono tradotte, per quanto attiene alle agenzie di viaggio, nella possibilità, per le Regioni, di istituire, in luogo dell'autorizzazione, un regime di «silenzio-assenso» o sostituire l'autorizzazione con una dichiarazione di inizio attività, o «DIA»⁶.

Successivamente, alla «DIA» è stata sostituita la «Segnalazione certificata di inizio attività» o «SCIA», con l'emanazione del d.l. 31 maggio 2010, n.78⁷, convertito con l. 30 luglio 2010, n. 122⁸, il cui art. 49, comma 4 *bis*, ha sostituito interamente l'art. 19 della l. n. 241 del 1990 che aveva introdotto la «DIA».

Con l'entrata in vigore del d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79⁹ (Codice del turismo), in continuità ed in coerenza con le nuove politiche di semplificazione, anche per le agenzie di viaggio viene prevista la «SCIA», per effetto del rinvio dell'art. 21 c. tur. all'art. 19 della l. n. 241 del 1990. L'art. 21 c. tur., stabiliva infatti che l'apertura, il trasferimento e le modifiche concernenti l'operatività delle agenzie di viaggi e turismo, fossero soggette alla segnalazione certificata di inizio attività¹⁰, appunto la cd. «SCIA», da realizzarsi secondo quanto disposto dall'art. 19 della l. n. 241 del 1990. Detta norma dispone che, per le attività il cui il rilascio di un'autorizzazione dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale, è sufficiente una segnalazione dell'interessato, corredata di certificazioni sostitutive di dichiarazioni, atto di notorietà e attestazioni di tecnici, quando previste dalla normativa vigente, (art.19, comma 1). L'interessato potrà iniziare l'attività già dal momento della presentazione della segnalazione (art.19, comma 2), che potrà avvenire con posta raccomandata con avviso di ricevimento, ad eccezione dei procedimenti per cui è previsto l'utilizzo esclusivo della modalità telematica, nel qual caso la segnalazione si considererà presentata al momento della ricezione da parte dell'amministrazione (art. 19, comma 1, ultimo periodo).

⁵ L. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, su G.U., 18 agosto 1990, n. 192.

⁶ Sul punto v. A. ROCCELLA, "Artt. 43-46", in G. FALCO (a cura di), *Lo Stato autonomista. Commento del d.lgs. 112/1998*, Edizioni Il mulino, Bologna, 1988, p. 180.

⁷ D.l. 31 maggio 2010, n.78, *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, su G.U., 31 maggio 2010, n. 125.

⁸ L. 30 luglio 2010, n. 122, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, su G.U., 30 luglio 2010, n. 176.

⁹ D. lgs. 23 maggio 2011, n. 79, *Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo*, su G.U., 6 giugno 2011, n. 129.

¹⁰ Art. 21, comma 1, c. tur.: «L'apertura, il trasferimento e le modifiche concernenti l'operatività delle agenzie di viaggi e turismo, sono soggette, nel rispetto dei requisiti professionali, di onorabilità e finanziari previsti dalle leggi delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano, alla segnalazione certificata di inizio attività nei limiti ed alle condizioni di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241».

Dunque, l'atto di autorizzazione, che avrebbe richiesto un intervento attivo della pubblica amministrazione viene sostituito da una mera segnalazione, permettendo di intraprendere l'attività a prescindere da un'autorizzazione, espressa o tacita. In questo modo l'intervento attivo della p. a. diviene solo eventuale, nell'ipotesi, cioè, di accertata carenza dei requisiti e presupposti, nel qual caso, essa dovrà adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi. Inoltre, laddove sia possibile conformare l'attività alla normativa vigente, l'autorità invita il privato a provvedervi, disponendo la sospensione dell'attività intrapresa e prescrivendo le misure necessarie, con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure prescritte, decorso il suddetto termine, l'attività sarà considerata vietata (art.19, comma 3). Diversamente, decorsi sessanta giorni dalla presentazione della segnalazione, non sarà possibile più alcun intervento da parte dell'autorità competente, salvo il caso in cui ricorrano le condizioni previste dall'art. 21-*nonies*, (art. 19, comma 4), che fa salvi i provvedimenti invalidi, come appunto può essere un provvedimento di inibitoria di un'attività emanato oltre i termini, per ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

2. A questo punto si pongono due interrogativi.

In primo luogo, si potrebbe osservare che vi è una legge statale che regola aspetti amministrativi, affidati invece dalla Costituzione alle Regioni, ai sensi dell'art.117, come riformulato a seguito della riforma del 2001¹¹, suggerendo un contrasto con il dettato costituzionale. È stato osservato¹², tuttavia, che così non è, in quanto l'affidamento ad una normativa statale è giustificato, e dunque legittimato, dal fatto che le disposizioni in tema di semplificazioni sono funzionali a salvaguardare la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., nonché la concorrenza tra le imprese turistico-ricettive ed i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, questi ultimi due entrambi tutelati dallo stesso art. 117, comma 2, Cost.. Tale orientamento è supportato, altresì, da significativa giurisprudenza costituzionale¹³ che ha giustificato la

¹¹ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, su G.U., 24 ottobre 2001, n. 248. La riforma ha coinvolto, tra gli altri, l'art. 117 Cost., attraverso il quale il turismo è stato sottratto alla legislazione concorrente fra Stato e Regioni ed è stata attribuita a queste ultime la competenza esclusiva di legiferare in materia. Va osservato, però, che tale competenza è comunque limitata agli aspetti pubblicistici di gestione e organizzazione amministrativa, restando di esclusiva competenza statale il potere legislativo sugli aspetti privatistici regolatori del settore. Sul punto v. *amplius*, N. VIZIOLI, "Le fonti del turismo nell'ordinamento italiano", in M. GOLA e T. GROPPI, *Diritto pubblico del turismo*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pp. 16 ss.; nonché M. MALO e C. COLALUCA, "Il turismo nella Costituzione", in V. FRANCESCHELLI E F. MORANDI (a cura di), *Manuale di diritto del turismo*, 5ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 5 ss.; nonché S. VILLAMENA, "Il turismo", in G. CARLOTTI e A. CLINI, *Diritto Amministrativo*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 433 ss.

¹² R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*, 3ª ed., Utet Giuridica, Torino, 2015, p. 63.

¹³ In questi termini si è espressa, fra le tante, la Corte Costituzionale del 2012 con sentenza n. 164. In particolare al punto 8 del «considerato in diritto» della sentenza si legge: «[...] va rimarcato che l'affidamento in via esclusiva alla competenza legislativa statale della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni è prevista in relazione ai "diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale". Esso, dunque, si collega al fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La suddetta determinazione è strumento indispensabile per realizzare quella garanzia. In questo quadro, si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza di

competenza in via esclusiva del legislatore statale, sia pure a scapito dell'autonomia regionale, in nome di un uniforme trattamento in relazione ai diritti civili e sociali da garantire a tutti i cittadini.

Ci si chiede, in secondo luogo, se l'intervento della Corte Costituzionale del 2012¹⁴, che ha abrogato, tra gli altri, l'art. 21 c. tur., consenta di ritenere comunque valida la disciplina in esso contenuta in merito all'apertura di un'agenzia di viaggio. In altre parole, ci si chiede se, nonostante la sua abrogazione, l'apertura di un'agenzia di viaggi debba comunque avvenire attraverso la presentazione della SCIA, alle condizioni, di cui all'ancora vigente art. 19 della l. n. 241 del 1990.

Va ricordato in proposito che anche il legislatore europeo, nei primi anni del 2000, ha iniziato a ravvisare esigenze di semplificazione della complessa e sempre più ingarbugliata macchina amministrativa, alle quali ha risposto con la direttiva n. 123/2006/CE¹⁵, nota anche come «Direttiva *Bolkestein*» o «Direttiva Servizi», sulla liberalizzazione delle attività di servizio, citando in maniera esplicita le agenzie di viaggio¹⁶. La direttiva è stata emanata con lo scopo di eliminare gli ostacoli che inibiscono lo sviluppo del settore dei servizi, presenti in maniera considerevole nel mercato interno, e che impediscono ai prestatori di espandersi oltre i confini nazionali e di sfruttare appieno il

questa Corte, "l'attribuzione allo Stato della competenza esclusiva e trasversale di cui alla citata disposizione costituzionale si riferisce alla determinazione degli standard strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto" (Corte Cost. sentt. n. 322/2009; n. 168/2008 e n. 50/2008; n. 387/2007). Questo titolo di legittimazione dell'intervento statale è invocabile "in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione" (Corte Cost. n. 322/2009, già citata e Corte Cost. sentt. n. 328/2006, n. 285/2005 e n. 120/2005), e con esso è stato attribuito "al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto" (Corte Cost. sentt. n. 10/2010 e n. 134/2006). Si tratta, quindi, come questa Corte ha precisato, non tanto di una "materia" in senso stretto, quanto di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, in relazione alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle (Corte Cost. sentt. n. 322/2009 e n. 282/2002)». Corte Cost. 27 giugno 2012, n. 164, su www.cortecostituzionale.it.

¹⁴ Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 80, in *Giustizia civile*, 2012, n. 1, p. 1388 ss. Con tale sentenza la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionali gran parte delle norme del codice del turismo, dichiarando illegittime le disposizioni in tema di organizzazione pubblica del turismo, quando recassero una nuova disciplina nel rapporto tra Stato e Regioni nel settore turistico, non compresa nella delega del Governo, trattandosi di «forma non ordinaria di esercizio, da parte dello Stato, di funzioni (amministrative e) legislative attribuite alle Regioni da norme costituzionali». La conseguenza di tale decisione è stata quella di riuscire ad evitare la censura dell'intero codice, che avrebbe provocato la caducazione anche di norme di per sé valide. D'altro canto, però, si è creata così la frammentazione di una normativa, che al contrario, cercava di ordinare la caotica disciplina esistente sul tema. L'unica parte organica del codice rimasta in vita è, infatti, unicamente quella attinente al settore privatistico dei contratti del turismo organizzato, di pacifica competenza Statale. Sul punto v. R. SANTAGATA, "La nuova disciplina dei contratti del turismo organizzato nel codice del turismo «dimidiato»", in *Nuove leggi civili commentate*, n. 6, 2012, p. 1105 ss.; nonché L. RIGHI, "Turismo nel "tiro alla fune" Stato - Regioni: la ridondanza dell'eccesso di delega dimezza il codice", in *Rivista italiana di diritto del turismo*, n. 6, 2012, p. 70, il quale addirittura ipotizza la necessità di un ritorno alla legislazione concorrente.

¹⁵ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, su G.U.U.E., 27 dicembre 2006, n. L 376/36.

¹⁶ Così al considerando 33 della direttiva 2006/123/CE.

mercato unico¹⁷. Tali ostacoli, si legge nella direttiva, sono rinvenibili in un'ampia varietà di servizi, accomunati, fra gli altri, dall'essere gravati da procedure amministrative eccessivamente gravose¹⁸. A tal fine, secondo il legislatore europeo, dunque, era necessario che gli Stati membri stabilissero principi di semplificazione amministrativa, limitando l'obbligo di autorizzazione preliminare solo nell'ipotesi in cui fosse strettamente necessario, facendo prevalere, quando possibile, il principio della tacita autorizzazione, da parte dell'autorità competente, allo scadere di determinati termini. Ciò al fine di «eliminare i ritardi, i costi e gli effetti dissuasivi che derivano, ad esempio, da procedure non necessarie o eccessivamente complesse e onerose, dalla duplicazione delle procedure, dalle complicazioni burocratiche nella presentazione di documenti, dall'abuso di potere da parte delle autorità competenti, dai termini di risposta non precisati o eccessivamente lunghi, dalla validità limitata dell'autorizzazione rilasciata o da costi e sanzioni sproporzionati»¹⁹.

La direttiva è stata recepita in Italia con d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59²⁰, dunque in attuazione di quei principi ivi contenuti tra cui quelli di libera concorrenza, pari opportunità e corretto ed uniforme funzionamento del mercato, tra l'altro coerenti con quanto disposto dalla stessa Carta Costituzionale all'art. 117²¹. In particolare l'art. 17 del d. lgs. n. 59 del 2010²², come modificato dall'art. 2 del d. lgs. 6 agosto 2012, n. 147²³, dispone espressamente che l'accesso alle attività economiche avvenga attraverso la segnalazione certificata di inizio attività, secondo la disciplina fissata dall'art. 19 della l. n. 241 del 1990, e che, a quelle attività per le quali sia ancora necessario il rilascio di un'autorizzazione si applicherà il principio del silenzio-assenso, di cui al successivo art. 20.

Va sottolineato, a questo punto, che il d. lgs. n. 59 del 2010 prevale sulle norme legislative regionali in contrasto con esso, essendo una norma attuativa di una direttiva comunitaria e per effetto della cd. «clausola di cedevolezza» espressamente inserita nello stesso decreto all'art. 84²⁴, a norma del quale le

¹⁷ Così il secondo considerando della direttiva 2006/123/CE.

¹⁸ Così il terzo considerando della direttiva 2006/123/CE.

¹⁹ Così il considerando 43 della direttiva 123/2006/CE.

²⁰ D. lgs. 26 marzo 2010, n. 59, *Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*, su G.U., 23 aprile 2010, n. 94, S.O. n. 75.

²¹ Art. 1 d. lgs. n. 59 del 2010: «1. Le disposizioni del presente decreto si applicano a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale. 2. Le disposizioni della Parte prima del presente decreto sono adottate ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettere e) ed m), della Costituzione, al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché per assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai servizi sul territorio nazionale [...]».

²² Art. 17, comma 1, d. lgs. n. 59 del 2010: «ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui al presente decreto si segue il procedimento di cui all'articolo 19, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero, se così previsto, di cui all'articolo 20 della medesima legge n. 241 del 1990».

²³ D. lgs. 6 agosto 2012, n. 147, *Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, recante attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno*, su G.U., 30 agosto 2012, n. 202.

²⁴ Art. 48 d. lgs. n. 59 del 2010. «Clausola di cedevolezza». «In relazione a quanto disposto dall'articolo 117, quinto comma, della Costituzione e fatto salvo quanto previsto dagli articoli 16,

disposizioni contenute in una legge statale emanata in attuazione di una disciplina comunitaria prevalgono sulle eventuali norme legislative regionali in contrasto, ma si applicano solo transitoriamente, fino all'adozione da parte delle Regioni stesse delle norme di attuazione della direttiva comunitaria.

Fatta questa premessa, si fa notare come la normativa nazionale individui l'ambito di applicazione della direttiva «a contrario», segnalando cioè le attività da esso escluse, indicate agli artt. da 2 a 7, tra le quali non compaiono le agenzie di viaggio, che pertanto devono ritenersi incluse tra le attività oggetto di applicazione della direttiva²⁵.

Dall'analisi fin qui svolta si può sinteticamente concludere ritenendo che l'apertura di un'agenzia di viaggi e turismo avverrà ancora oggi, nonostante le vicissitudini legislative sopra esaminate, attraverso la segnalazione certificata di inizio attività o «SCIA», secondo la disciplina stabilita nell'art. 19 della l. n. 241 del 1990.

3. Come visto, ci si aspettava che le Regioni dessero seguito alla direttiva in tema di semplificazioni. Va tuttavia evidenziato in proposito come il processo di adeguamento sia stato estremamente eterogeneo, sia in termini di modalità che di tempistiche.

Così, ad esempio, la Regione Emilia-Romagna ha, in un primo momento, attivato solo il meccanismo del silenzio-assenso, lasciando quindi in vita il sistema del rilascio dell'autorizzazione amministrativa²⁶ e, solo con le modifiche operate dall'art. 17, l. reg. 25 marzo 2016, n. 4²⁷, ha adottato il regime della SCIA. La Regione Lombardia ha invece, in un primo momento conservato il sistema dell'autorizzazione contenuto nell'art. 82 della l. reg. 16 luglio 2007, n. 15²⁸, prevedendo però, con la circolare del 18 luglio 2012, la prevalenza dell'istituto della SCIA sui procedimenti amministrativi previsti dalla

comma 3, e 10, comma 3, della legge 4 febbraio 2005, n. 11, nella misura in cui incidono su materie di competenza esclusiva regionale e su materie di competenza concorrente, le disposizioni del presente decreto si applicano fino alla data di entrata in vigore della normativa di attuazione della direttiva 2006/123/CE, adottata da ciascuna regione e provincia autonoma nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dei principi fondamentali desumibili dal presente decreto».

²⁵ Così M. MALO e A. PERINI, "Agenzie di viaggio e turismo", in *id.*, *Manuale di diritto del turismo*, cit., p. 164.

²⁶ Art. 5, l. reg. n. 7 del 2003, come modificato dall'art. 40 della l. reg. n. 4 del 2010. Va sottolineato in proposito che, poco dopo l'intervento legislativo, la giunta regionale aveva già ravvisato l'esigenza di proseguire il processo di semplificazione amministrativa adottando la deliberazione del 24 ottobre 2011, n. 1535, con la quale sono state approvate le «prime indicazioni applicative in tema di semplificazione degli adempimenti amministrativi relativi alle agenzie di viaggi e turismo», con lo scopo di conformare la disciplina regionale all'articolo 21 del codice del turismo. Tuttavia la delibera diviene inapplicabile a seguito dell'abrogazione dello stesso art. 21 c. tur. ad opera della sentenza della Corte Cost. n. 80 del 2012, arrestando così il processo di semplificazione.

²⁷ L. reg. Emilia-Romagna, 25 marzo 2016, n. 4, *Ordinamento turistico regionale - sistema organizzativo e politiche di sostegno alla valorizzazione e promo-commercializzazione turistica. Abrogazione della legge regionale 4 marzo 1998, n. 7 (organizzazione turistica regionale - interventi per la promozione e la commercializzazione turistica)*, su B.U.R. del 25 marzo 2016, n. 84, come modificata dalla l. reg. Emilia-Romagna, 30 maggio 2016, n. 9, *Legge Comunitaria Regionale per il 2016*, su B.U.R., 30 maggio 2016, n. 158.

²⁸ L. reg. Lombardia, 16 luglio 2007, n. 15, *Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo*, su B.U.R., 16 luglio 2007, n. 29, suppl. Ord. n. 2, 19 luglio 2007, n. 2.

normativa regionale²⁹. Solo con la nuova l. reg. 1 ottobre 2015, n. 27³⁰, che ha abrogato la precedente legge regionale n. 15 del 2007, la quale rimane tuttavia in vigore per i procedimenti amministrativi pendenti, fino alla relativa conclusione, ha finalmente e definitivamente introdotto in maniera completa il sistema della SCIA.

Altre Regioni, invece, hanno adeguato la propria disciplina al regime della SCIA in tempi più brevi. Così ad esempio la Regione Marche, già con l. reg. 29 aprile 2011, n. 7³¹, all'art. 34 aveva disposto la modifica dell'articolo 59 della l. reg. 11 luglio 2006, n. 9³², il quale attualmente prevede, al comma 1, che l'apertura di un'agenzia di viaggi e turismo debba avvenire attraverso la presentazione della SCIA al Comune competente per territorio, o tramite il SUAP (Sportello Unico per le Attività Produttive) ove esistente. Così anche la Regione Friuli Venezia Giulia, con l. reg. 4 aprile 2013, n. 4³³, ha modificato l'articolo 40 della l. reg. 16 gennaio 2002, n. 2³⁴ introducendo il regime della SCIA per le agenzie di viaggio; nonché la Regione Abruzzo con l. reg. 29 novembre 2011, n. 44³⁵ che ha modificato la l. reg. 12 gennaio 1998, n. 1³⁶; ed ancora la regione Veneto con l. reg. 14 giugno 2013 n. 11, art. 38³⁷.

4. L'adattamento delle singole leggi regionali al sistema semplificato della SCIA per l'apertura delle agenzie di viaggi e turismo ha avuto ripercussioni anche sulle eventuali ed ulteriori fasi dell'attività, successive all'apertura, quali l'apertura di succursali, filiali o punti vendita. Secondo una logica di continuità con il procedimento di semplificazione, avviato a livello comunitario con la direttiva 2006/123/CE, introdotto nell'ordinamento nazionale attraverso il d. lgs. n. 59 del 2010, a cui le Regioni hanno dato seguito, come visto, con tempi o modi eterogenei, se per l'apertura dell'agenzia ormai è sufficiente la SCIA,

²⁹ Ciò sul presupposto secondo il quale l'articolo 19 della l. n. 241 del 1990, che disciplina la procedura e le condizioni per la presentazione della SCIA, sia «riconducibile alla tutela una concorrenza e ai livelli essenziali delle prestazioni».

³⁰ L. reg. Lombardia, 1 ottobre 2015, n. 27, *Politiche regionali in materia di turismo e attrattività del territorio lombardo*, su B.U.R., 2 ottobre 2015, n. 40.

³¹ L. reg. Marche, 29 aprile 2011, n.7, *Attuazione della direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno e altre disposizioni per l'applicazione di norme dell'Unione Europea e per la semplificazione dell'azione amministrativa. Legge comunitaria regionale 2011*, su B.U.R., 12 maggio 2011, n. 41.

³² L. reg. Marche, 11 luglio 2006, n. 9, *Testo unico delle norme regionali in materia di turismo*, su B.U.R., 20 luglio 2006, n. 73.

³³ L. reg. Friuli Venezia Giulia, 4 aprile 2013, n. 4, *Incentivi per il rafforzamento e il rilancio della competitività delle microimprese e delle piccole e medie imprese del Friuli-Venezia Giulia e modifiche alle leggi regionali n. 12/2002 e n. 7/2011 in materia di artigianato e alla legge regionale n. 2/2002 in materia di turismo*, su G.U. 3ª Serie Speciale – Regioni, 8 giugno 2013, n. 23 e B.U.R., 10 aprile 2013, n. 15.

³⁴ L. reg. Friuli Venezia Giulia, 16 gennaio 2002, n. 2, *Disciplina organica del turismo*, su B.U.R., 18 gennaio 2003, n. 3.

³⁵ L. reg. Abruzzo, 29 novembre 2011, n. 44, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi della Regione Abruzzo derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea. Attuazione delle direttive 2008/98/CE, 91/676/CE, 1999/105/CE, 2008/50/CE, 2007/2/CE, 2006/123/CE e del Regolamento (CE) 1107/2009. (Legge Comunitaria regionale 2011)*, su B.U.R., 30 dicembre 2011, n. 82.

³⁶ L. reg. Abruzzo, 12 gennaio 1998, n. 1, *Nuova normativa sulla disciplina delle agenzie di viaggio e turismo e della professione di direttore tecnico*, su B.U.R., 6 febbraio 1998, n. 1.

³⁷ L. reg. Veneto, 14 giugno 2013, n. 11, *Sviluppo e sostenibilità del turismo veneto*, su B.U.R., 18 giugno 2013, n. 51.

allora lo stesso dovrebbe valere anche per l'apertura di succursali, filiali e punti vendita.

Tale conclusione è suffragata dalla stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato che, con atto di segnalazione n. 8 del 3 novembre 1997, ha ritenuto non necessario «riprodurre il procedimento di verifica dei requisiti in relazione ai singoli punti di erogazione del servizio che l'impresa intende realizzare»³⁸, nonché dalla stessa Corte Costituzionale, che ha confermato e ampiamente argomentato la validità di tali conclusioni, dichiarando incostituzionali quelle disposizioni contenute nelle leggi regionali, che di volta in volta sono state sottoposte al suo giudizio di legittimità, che assoggettavano ad autorizzazione le filiali, le sedi periferiche, o altre articolazioni territoriali delle agenzie di viaggio³⁹.

³⁸ Autorità garante della concorrenza e del mercato, Atto di segnalazione n. 108 del 6 novembre 1997, nel quale si legge quanto segue: «una volta accertato che una determinata impresa possiede i requisiti richiesti per lo svolgimento dell'attività di agenzia di viaggio e turismo, non occorre, ai fini di tutela dei consumatori, riprodurre il procedimento di verifica dei requisiti in relazione ai singoli punti di erogazione del servizio che l'impresa intende realizzare».

³⁹ Si veda a riguardo la pronuncia della Corte Costituzionale del 6 novembre 1998, n. 362, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, l. reg. Lombardia n. 27 del 1996, per contrasto con gli artt. 117, 120 e 41 Cost. La Corte afferma che la norma che assoggetta ad autorizzazione le filiali, le sedi periferiche, o altre articolazioni territoriali delle agenzie di viaggi, contrasta con la norma di principio contenuta nell'art. 9, legge n. 217 del 1983 (e, per questa via, con l'art. 117 Cost.), dalla quale «emerge una configurazione unitaria delle agenzie», come imprese, ai sensi degli artt. 2082 e 2555 c.c.; nonché con l'art. 120 Cost. «che impedisce alle Regioni di porre ostacoli allo svolgimento delle attività professionali e vieta alle Regioni stesse di negare alle agenzie di viaggio che abbiano ottenuto l'autorizzazione in altre Regioni la natura di imprese e la loro vocazione ad intrattenere rapporti con una utenza non territorialmente limitata»; e contrasta altresì con l'art. 41 Cost., in base al quale «la decisione se mantenere l'attività di impresa circoscritta all'ambito territoriale in cui è sorta o se estenderla ed articolarla in un territorio più vasto, all'interno di una stessa Regione o anche oltre i confini di questa, è espressione della libertà organizzativa dell'imprenditore ed è affidata esclusivamente alle sue valutazioni» (Cort. Cost. 6 novembre 1998, n. 362 su *Foro italiano*, n.1, 1999, pp. 42 ss.). L'elemento del contrasto con la libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost., ricorre altresì in altre sentenze come nel caso della sentenza del 24 ottobre 2001, n. 339, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime le norme delle leggi regionali della Regione Abruzzo del 12 gennaio 1999, n. 1 e della Regione Veneto del 30 dicembre 1997, n. 44, che continuavano a considerare le succursali delle agenzie di viaggi come imprese anziché come articolazioni dell'impresa, ha altresì dichiarato illegittima la voce 23 della tariffa allegata al d. lgs. 22 giugno 1991, n. 230, nella parte in cui stabilisce che le succursali e le filiali, anche con gestione non autonoma, delle agenzie di viaggio aventi la sede principale in altra Regione sono tenute a munirsi di distinta licenza da rilasciarsi dalla Regione territorialmente competente, in quanto impedisce all'imprenditore di «calibrare le dimensioni dell'impresa in relazione alle opportunità di mercato» in palese contrasto, dunque, con l'art. 41 Cost. (Corte Cost. 24 ottobre 2001, n. 339, in *Foro italiano*, n.1, 2002, pp. 9 ss.). Si pensi, ancora, alla sentenza della Corte Costituzionale del 13 marzo 2001, n. 54 che dichiara illegittimo l'art. 6, comma 1, l. reg. Sardegna del 13 luglio 1988, n. 13, nella parte in cui subordina l'apertura di succursali e filiali delle agenzie di viaggio e turismo al conseguimento di autorizzazione dell'assessore regionale del turismo, con le modalità e condizioni stabilite per l'apertura delle agenzie (Corte Cost. 13 marzo 2001, n. 54). Sull'illegittimità delle norme che assoggettano ad autorizzazione le filiali, le sedi periferiche, o altre articolazioni territoriali delle agenzie di viaggio per contrasto con la libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. v. *amplius*, F. SALMONI, *Quando la concorrenza diventa il limite della libertà d'impresa. La Corte si pronuncia ed il mercato entra nella Costituzione*, in *Il Foro italiano*, n. 1, 2000, pp. 412 ss.; L. RIGHI, "Libertà d'impresa turistica e filiali di agenzia: la Corte Costituzionale (di nuovo) alle prese con la disciplina regionale", in *Diritto del turismo*, n. 4, 2004, pp. 356 ss. Si veda altresì Corte Cost. 10 maggio 2002, n. 190. Per un'approfondita analisi sulle argomentazioni adottate dalla Corte nelle citate sentenze a supporto di quanto affermato sul punto, v. altresì M. MALO e A. PERINI, "Agenzie di viaggio e turismo", in *id.*, *Manuale di diritto del turismo*, cit., p. 166.

Così come avvenuto per l'adeguamento delle leggi regionali al processo di semplificazione, che ha sostituito la presentazione della SCIA al rilascio dell'autorizzazione, allo stesso modo le Regioni, non direttamente coinvolte nelle vicende giudiziarie, si sono adeguate, con tempistiche eterogenee, alla disciplina derivante dall'esito dell'intervento del giudice delle leggi, che definitivamente ha sottratto le filiali, le succursali e i punti vendita delle agenzie di viaggio dalla presentazione della SCIA. Alcune Regioni⁴⁰, tra cui la Regione Marche⁴¹, hanno così tempestivamente sostituito alla SCIA, la presentazione di una «comunicazione» all'ente locale competente per territorio, ovvero all'autorità del territorio in cui sono ubicati e all'autorità a cui è stata inviata la segnalazione di inizio attività. Altre Regioni hanno invece atteso un irragionevole esteso lasso di tempo prima di conformarsi al regime della comunicazione, come la Regione Piemonte⁴², ad esempio, che ha operato a lungo in contrasto con le pronunce della Corte Costituzionale⁴³, per poi adattare la propria disciplina al regime della comunicazione solo con l. reg. 30 dicembre 2009, n. 38⁴⁴.

In conclusione, l'apertura di filiali, succursali ed altri punti vendita delle agenzie di viaggio, già legittimate ad operare per effetto della SCIA, non è soggetta a segnalazione certificata autonoma, ma ad una mera «comunicazione».

In merito alla disciplina della comunicazione era stata sollevata questione di legittimità, con riferimento alla l. reg. Marche 24 giugno 1997, n. 41 che, a seguito dell'intervento modificativo della l. reg. Marche 14 febbraio 2000, n. 8, disponeva, appunto, tale adempimento per le filiali, succursali o punti vendita

⁴⁰ Così art. 7, comma 9, l. reg. Liguria n. 28 del 1997, come sostituito dalla l. reg. n. 33 del 1999; art. 5, comma 6, l. reg. Marche n. 41 del 1997, come sostituito dalla l. reg. n. 8 del 2000; art. 84, comma 5, l. reg. Toscana n. 42 del 2000, che ha abrogato la l. reg. Toscana n. 16 del 1994; art. 6, comma 6, l. reg. Lazio n. 10 del 2000, che ha abrogato la l. reg. Lazio n. 63 del 1984.

⁴¹ Art. 5, comma 6, l. reg. Marche, 24 giugno 1997, n. 41, *Disciplina delle attività di organizzazione ed intermediazione di viaggi e turismo*, come sostituito dalla l. reg. Marche, 14 febbraio 2000, n. 8, su B.U.R., 24 febbraio 2000, n. 19, *Modifiche ed integrazioni alle Leggi regionali 12 agosto 1994, n. 31 sulle strutture extra-alberghiere e 14 luglio 1997, n. 41 sull'attività di organizzazione ed intermediazione di viaggi e turismo*, secondo cui «L'apertura di succursali, filiali e punti informativi situati nella stessa località della sede principale o in altre località della regione, è soggetta a comunicazione».

⁴² L. reg. Piemonte, 30 marzo 1988, n. 15. *Disciplina delle attività di organizzazione ed intermediazione di viaggi e turismo*, su B.U.R., 6 aprile 1988, n. 14 e successive modifiche.

⁴³ Così M. MALO e A. PERINI, "Agenzie di viaggio e turismo", in *id.*, *Manuale di diritto del turismo*, cit., p. 169, i quali fanno notare come nel caso della Regione Piemonte, essa, in luogo di una revisione normativa abbia adottato una circolare, Circ. Pres. Reg. 11 maggio 1999, n. 5/TUS, con la quale distingue filiali o succursali configurabili come semplici articolazioni organizzative dell'agenzia da quelle che si caratterizzano per una autonomia gestionale, tecnica, richiedendo per l'apertura delle prime la SCIA, mentre per l'apertura delle seconde il provvedimento autorizzatorio, rilevando come tale criterio fosse in contrasto con le pronunce della Corte Costituzionale a riguardo.

⁴⁴ L. reg. Piemonte, 30 dicembre 2009, n. 38, *Disposizioni di attuazione della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi del mercato interno*, su B.U.R., 7 gennaio 2010, n. 1. L'art. 8 della legge ha modificato l'art. 3 della l. reg. n. 15 del 1988, introducendo contestualmente il regime della SCIA per l'apertura delle agenzie di viaggio e l'obbligo di comunicazione per l'apertura di filiali, succursali e punti vendita.

delle agenzie di viaggi e turismo. La Corte Costituzionale, con sentenza del 30 dicembre 2003, n. 375⁴⁵, chiarisce che la comunicazione non è assimilabile alla SCIA, in quanto «non va a sostituire alcun provvedimento autorizzatorio, ma è finalizzata a rendere edotta la pubblica amministrazione dell'esistenza di una filiale il cui titolo abilitativo, sebbene rilasciato da altra Regione, è valido per l'intero territorio nazionale, e postula quindi la possibilità di controlli ovunque l'impresa venga esercitata». La comunicazione, in altre parole, è perfettamente legittima in quanto è giustificata dall'esigenza, e svolge la funzione, di informare la pubblica amministrazione dell'attività d'impresa dell'agenzia di viaggi.

⁴⁵ Cort. Cost., 30 dicembre 2003, n. 375, in *Foro. it.*, 2004, I, p. 657. Sul punto v. anche Cort. Cost., 30 dicembre 2003, n. 375, con nota di A. BONOMO, "Potestà legislativa regionale e limiti alla libertà di circolazione: la Corte costituzionale torna sull'art. 120 Cost.", in *Giurisprudenza italiana*, n.6, 2004, p. 1273; nonché Cort. Cost., 30 dicembre 2003, n. 375 con nota di L. RIGHI, *Libertà d'impresa turistica e filiali di agenzia: la Corte Costituzionale (di nuovo) alle prese con la disciplina regionale*, cit., p. 356 ss.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR FRENTE AO RISCO DE DESENVOLVIMENTO

Gina Waleska Nicola de Sampaio
Tribunal de Justiça do RGS- Brasil

Fecha de recepción: 5 de septiembre
Fecha de aceptación: 10 de octubre

O tema da responsabilidade do fornecedor frente ao risco do desenvolvimento tem sua importância definida quanto ao exame dos limites de sua responsabilidade ao se constatar defeitos no produto antes desconhecidos e imprevisíveis considerado o estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto no mercado de consumo.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) é omissivo quanto a regulamentação da matéria no que diz respeito a aplicação ou não da Teoria do Risco de Desenvolvimento como hipótese excludente da responsabilidade civil do fornecedor de produtos.

No âmbito do direito europeu percebe-se, bem como no direito brasileiro, a falta de menção expressa na sua Diretiva 374/85 CEE de tal hipótese, como forma de exclusão de responsabilidade do fornecedor pelo risco de desenvolvimento.

E é justamente por esta razão que se impõe a presente reflexão, quanto a responsabilidade civil do fornecedor pelo risco de desenvolvimento pelos defeitos do produto - que não podiam ser conhecidos pela ciência na época de sua introdução no mercado - haja vista ausência de previsão expressa, neste particular, em nosso Ordenamento Jurídico.

A partir de elementos da doutrina pátria e europeia em face da problemática resultante da divergência sobre o enquadramento da responsabilidade civil em função do risco de desenvolvimento é que serão tratadas duas correntes principais, a que defende a responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento e a que a repele.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Ao abordar a sociedade de risco, o festejado José Joaquim Gomes Canotilho traz como exemplos de problemas de riscos típicos da civilização tecnológica os riscos químicos, atômicos, de medicamentos e ambientais e das questões jurídicas a eles associadas, inseridas na nova dogmática da ilicitude, da culpa e do nexo causal. Defende a existência de ligação entre a sociedade de risco e o sentimento de insegurança, tudo em razão das angústias tecnológicas.¹

Nesse contexto, incontroverso que o desenvolvimento tecnológico acelerado e a produção massificada gerou impacto desmedido na descoberta de defeitos em produtos amplamente comercializados. E é exatamente por isso que os riscos de desenvolvimento têm exigido maior preocupação de toda nossa sociedade.

São inúmeros os produtos lançados frequentemente no mercado produzidos por meio das técnicas mais avançadas e modernas, gerando uma verdadeira crença aos

consumidores de que os produtos foram perfeitamente testados e colocados para comercialização no mercado de consumo com plena garantia de segurança.

Em que pese as inúmeras vantagens trazidas a sociedade por meio do avanço e modernização da tecnologia - de uma maneira geral tais fatos acabaram acarretando uma infinidade de possibilidades de riscos ao consumidores em esfera mundial.

E esses chamados riscos de desenvolvimento, no entendimento de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: '*De dimensão planetária, sua identificação se dá em diversos idiomas, como se vê no development risk, no risque de développement, no Entwicklungsgefahren e no riesgo de desarrollo.*'²

Em que pese o desenvolvimento tecnológico possa promover a produção de produtos de qualidade, o que se vivencia na realidade é uma situação de insuficiência de recursos técnicos e métodos incapazes de aferir, apurar e detectar com precisão vícios e eventuais defeitos que possam vir a apresentar os produtos postos em comercialização.

Prende-se, portanto, a questão a ser dirimida, quanto a ser ou não responsabilizado o fornecedor pelos danos causados ao consumidor decorrente de produto que à época em que foi colocado em circulação no mercado estava de acordo com o estado do conhecimento científico e tecnológico; tendo os defeitos sido constatados em razão do avanço das pesquisas científicas, após decorrido tempo de uso e/ou consumo do produto.

E eis aí o ponto central que tem ensejado as maiores divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema da responsabilidade do fornecedor frente ao risco de desenvolvimento.

Ao passo que parte da mais abalizada doutrina consumerista classifica os riscos de desenvolvimento como espécie de defeito dos produtos outros renomados autores entendem inexistir defeito nessa hipótese.

Dessa questão nasce expressiva e profunda divergência doutrinária entre duas correntes, havendo argumentos ponderáveis tanto no sentido de responsabilização do fornecedor, quanto no da sua isenção em relação aos riscos de desenvolvimento.

Entre outros fortes argumentos sustentam aqueles que defendem a exclusão da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do produto que a exoneração da responsabilidade do fornecedor nestes casos, proporciona o estímulo a pesquisa e investimento na esfera científica, bem como incentivo ao desenvolvimento industrial.

Na hipótese de ser responsabilizado o fornecedor por futuros danos decorrentes da colocação no mercado de um produto - que na época se apresentava perfeito e adequado aos conhecimentos científicos e tecnológicos - acarretaria um desestímulo ao avanço nas pesquisas e desenvolvimento de novos produtos e investimentos pelas indústrias tornando a atividade por demais onerosa e sem competitividade ante o mercado globalizado, causando assim evidente prejuízo econômico ao consumidor.

Além disso, referem haver impossibilidade de previsão quanto as formas de indenização aos consumidores por eventuais danos produzidos por produto cujos riscos são impossíveis de se prever à época de seu lançamento.

E, por fim, que a responsabilização do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento oneraria por demais o preço final dos produtos, impedindo o acesso da população a medicamentos e produtos outros, ainda que nunca venham efetivamente a ocorrer estes riscos previsíveis.

De outra banda, os que defendem a ideia de ser o fornecedor responsável pelos riscos de desenvolvimento apontam como principais argumentos que, deste modo manter-se-ia o fornecedor atento a todas as circunstâncias decorrentes do seu produto, após sua colocação no mercado de consumo, responsabilizando-o por todos os seus resultados uso e

consumo, dispondo e criando meios apropriados para evitar ou minorar eventuais possíveis danos.

Com sua responsabilização, o fornecedor, inclusive, poderia ter a iniciativa da retirada imediata do produto do mercado - se for o caso - mesmo que com prejuízo - a fim de evitar maior perda econômica, no caso de arcar com os custos de eventual reparação civil.

Sustentam ainda que não haveria diminuição em investimentos de pesquisas científicas e ofertas de produtos à sociedade, haja vista, as inúmeras alternativas que servem como garantia a reparação da vítima, como seguros, ou inclusão de custos no acréscimo ao preço dos produtos ofertados aos consumidores.

Referem, por fim, que o exame da '*desresponsabilização*' do fornecedor se constitui na verdade em tarefa difícil, posto que, será dele o ônus de demonstrar que o risco não era possível de ser previsto à época, mesmo com o uso da mais eficiente técnica e conhecimento científico, reconhecido, mundialmente, na oportunidade em que colocado o produto no mercado de consumo.

No direito brasileiro a questão trazida à baila é matéria de permanente debate entre os doutrinadores, posto que, não há previsão expressa em nossa legislação, quanto a ser o fornecedor responsável pelos riscos de desenvolvimento, além de não estar prevista tal hipótese como causa de exclusão de sua responsabilidade.

No âmbito do Conselho da Comunidade Europeia foi adotada de uma maneira geral a corrente pela não responsabilização do fornecedor pelo risco do desenvolvimento.

Com efeito, estabeleceu a Diretiva 374/85CEE, no seu artigo 7º, que "*o produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar:*

e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito."

Por outro lado, a referida Diretiva permitiu que qualquer Estado-Membro possa derrogar esta excludente e mantenha ou preveja em sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência de defeito (diretiva 375/85, artigo 15).

Na Comunidade Europeia, portanto, temos parte dos Estados-Membros adotando a *exclusão total* da responsabilidade pelo risco de desenvolvimento; outros adotando o *regime parcial*, outros optando pela responsabilização em casos determinados; e outros ainda, adotando a *responsabilização de forma total*.

São exemplos da exclusão da responsabilização de forma plena e total pelo risco de desenvolvimento, países como, Portugal; Itália; Inglaterra e Holanda.

Espanha; Alemanha e França optaram por adotar o sistema da responsabilização de forma parcial em casos específicos e determinados. Pela *responsabilização total* pelo risco de desenvolvimento, filiaram-se Luxemburgo e Finlândia.

Os Estados Unidos da América, por sua vez, adotou o regime de *exclusão total* de responsabilização pelo risco de desenvolvimento, não através de lei federal, mas através de leis de grande parte de seus Estados.

Ressalta-se que apenas a Finlândia, Noruega e Luxemburgo não aderiram à excludente, enquanto a Espanha excluiu os riscos do desenvolvimento como causa exonerativa de responsabilidade apenas na hipótese de remédios e produtos agrícolas. Os demais países europeus acataram a diretiva no ponto de tratar os riscos do desenvolvimento como eximente de responsabilidade nas suas legislações internas, de acordo com Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (SANSEVERINO, 2002, p. 315).

De acordo com Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (SANSEVERINO, 2002, p. 315) a Espanha excluiu o risco do desenvolvimento como causa exonerativa de responsabilidade apenas na hipótese de remédios e produtos agrícolas. Os demais países europeus acataram a diretiva no ponto de tratar os riscos do desenvolvimento como eximente de responsabilidade nas suas legislações internas.

POSIÇÃO QUE REJEITA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR:

A corrente doutrinária que defende o afastamento da responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento tem como um de seus representantes o professor português Calvão da Silva o qual entende que a responsabilização do fornecedor acarretaria a inibição do desenvolvimento.

No próprio dizer do mestre português a responsabilização do fornecedor viria a desfavorecer e afetaria:

[...] o desenvolvimento e comercialização de novos e necessários produtos -pense-se em medicamento para combate ao cancro, à sida, à BSE ou à alzheimer; desincentivaria o produtor à descoberta ou pelo menos à utilização e publicação de novos padrões de segurança para produtos por si já comercializados, com receio de que isso se considerasse uma confissão da sua responsabilidade.³

Com a alusão que Calvão da Silva faz ao contexto de origem da necessidade e relevância da determinação da responsabilidade civil do fornecedor pelos produtos que se revelam nocivos tempos após sua concepção em razão do desenvolvimento do conhecimento - os testes, as experiências, a correção e a adequação do produto sob o plano técnico-científico-sua contribuição ao tema também fica evidente.

O autor afirma que determinado produto será perfeito se oferecer a segurança legitimamente esperada pelo público por ocasião de seu lançamento, ainda que posteriormente venha a ser aperfeiçoado pelo fornecedor.

Nessa linha, “um produto pode ser ilegitimamente inseguro ou perigoso por riscos ou defeitos incognoscíveis segundo o estado da ciência e da técnica ou estado da arte existente ao tempo do seu lançamento no comércio”.⁵ Esses são os determinados riscos do desenvolvimento, equivalentes ao defeito de concepção, haja vista que “num certo estágio dos conhecimentos científicos e técnicos constituem defeitos do desenvolvimento, num estágio sucessivo do progresso científico e técnico já serão defeitos de concepção [...]”.⁴

Segundo João Calvão da Silva impõe-se diferenciar a natureza do defeito do produto do risco de desenvolvimento. O risco de desenvolvimento se evidencia por ocasião do lançamento do produto no mercado de consumo, não se podendo exigir um nível de segurança superior ao grau possível de conhecimento pela ciência naquela oportunidade

“A apreciação do caráter defeituoso de um produto não será feita ex post à luz de aperfeiçoamentos científicos e tecnológicos posteriores introduzidos pelo (mesmo ou diferente) produtor em modelos sucessivos, mas ex ante, de acordo com as legítimas

expectativas de segurança existentes na sua época, na época do seu lançamento no mercado.'

Convém destacar que quando se fala sobre responsabilidade do fornecedor por risco de desenvolvimento não está se falando de defeito de criação tendo em conta que o produto foi bem concebido e projetado sem falhas conhecidas pelo homem, estando conforme o estágio mais avançado de desenvolvimento técnico e científico no momento da sua colocação no mercado.

Não se constatavam, portanto, quando de sua origem e criação quaisquer defeitos capazes de provocar riscos à saúde e à segurança dos consumidores, por ocasião do início de sua comercialização.

Na hipótese de risco de desenvolvimento sempre se leva em consideração o defeito de concepção, sendo que alguns são conhecidos ou cognoscíveis, segundo o mais avançado estado da ciência e da técnica, ou seja defeitos de concepção propriamente ditos, ao passo que outros ainda são incognoscíveis em virtude do mesmo estado dos conhecimentos científicos e técnicos - riscos de desenvolvimento.

O art. 7º da Diretiva 374/85 CEE da Comunidade Europeia classifica o risco de desenvolvimento como uma hipótese de exclusão de responsabilidade do fornecedor, desde que o fornecedor consiga provar que diante do estado dos conhecimentos científicos e tecnológicos do momento de inserção do produto no mercado não lhe fora permitido detectar a existência do defeito.

Com efeito, João Calvão da Silva adverte que, se o fornecedor quiser eximir-se da responsabilidade pelos danos causados por produtos atingidos pelo risco do desenvolvimento, deve provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos não lhe permitia detectar a existência do defeito.

No dizer do próprio autor:

Decisiva é, pois, a incognoscibilidade do defeito ou periculosidade do produto segundo o estado geral da arte, o estado planetário dos conhecimentos científicos e técnicos no sector, vale dizer, a impossibilidade absoluta e objectiva de descobrir a existência do defeito por falta ou insuficiência de meios técnicos e científicos idôneos, e não a impossibilidade subjectiva ou difficultas praestandi do produtor em causa. Pelo que o produtor tem de estar sempre actualizado, a par das experiências científicas e técnicas mundiais, conhecedor da literatura nacional e internacional da especialidade, do mais avançado do estado da ciência e da técnica mundiais [...]

Reconhece, entretanto, ser controvertida a solução encontrada para os riscos de desenvolvimento e adotada pela maioria dos Estados-membros da Comunidade europeia, uma vez que o ressarcimento das vítimas do desenvolvimento científico e tecnológico constitui questão em aberto, para cuja solução, também são admissíveis a responsabilidade do Estado, a instauração de um Fundo Especial de Garantia do Desenvolvimento, mediante a contribuição do erário público e dos fornecedores, e até mesmo, a responsabilidade do fornecedor.⁶

Entretanto a diretiva também estabelece em seu artigo 15 que é uma opção de cada Estado-membro adotar essa excludente de responsabilidade, como já referido acima.

Criticando a exoneração de tal responsabilidade adotada pelo legislador francês, Jean-Calais Auloy⁷ diz que o argumento da equidade tem mais valor do que os argumentos de ordem econômica. Aliás, segundo expõe o autor, em relação à economia, os produtos são mais facilmente vendidos, quando considerados mais seguros, e eles tão-somente são

assim reputados se são produzidos em um país no qual há uma pesada carga de responsabilidade sobre os fornecedores.

Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin, por sua vez, seguindo a tendência europeia, entende que como o custo da prevenção e da reparação do risco incorpora-se ao preço do produto, as empresas detentoras de patentes podem não se interessar pela comercialização de determinado medicamento por receio, quanto aos riscos do desenvolvimento, situação que trará inevitáveis prejuízos sociais como, por exemplo, no caso dos fármacos, a impossibilidade de cura dos pacientes, além de revezes econômicos, pela ausência de incentivo ao crescimento das empresas e da atividade de pesquisa.⁸

Isso porque, de acordo com o autor, pela análise econômica do direito, *“a necessidade do cálculo do risco é um fato. As empresas o fazem como forma de analisar a viabilidade econômica de uma determinada atividade”*.⁹

Diante disso, conforme Fernando Büscher von Teschenhausen, para que se atenda ao preceito constitucional do desenvolvimento da atividade econômica previsto no artigo 170, IV e V, da Constituição Federal Brasileira, deve-se tratar do risco do desenvolvimento como exonerativa de responsabilidade, evitando a transferência excessiva de ônus ao fornecedor, bem como diminuindo os empecilhos à atividade produtiva.

Em outras palavras: “[...] o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor deve ser aplicado não só para a proteção pessoal do consumidor, mas também com vistas ao desenvolvimento econômico. Há uma necessidade de equilíbrio nas relações de consumo [...]”.¹⁰

Nestas condições, segundo os doutrinadores que defendem a posição de não ser o fornecedor responsável pelos riscos de desenvolvimento do produto, impõe-se interpretar que: considerado o avanço tecnológico e o desenvolvimento de técnicas de pesquisas bem como métodos científicos vindo a ser conhecidos riscos ao consumidor após decorrido algum tempo de comercialização do produto - não tendo estes sido constatados, por ocasião de seu lançamento no mercado - embora submetidos a testes avançados para época - o fornecedor não será obrigado a reparar o consumidor por eventuais danos causados.

POSIÇÃO QUE ACOLHE A IDEIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR:

Entre os doutrinadores brasileiros que defendem a posição de ser o fornecedor responsável pelos riscos de desenvolvimento do produto se encontram Sérgio Cavalieri Filho, Marcelo Junqueira Calixto, Vasconcellos e Benjamin, Geraldo de Farias Martins entre outros.

Sustenta Sérgio Cavalieri Filho que não se pode confundir o risco de desenvolvimento com a circunstância expressa no art. 12, § 1º, inciso III, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, posto que, no caso, o produto é efetivamente defeituoso, quando de sua colocação no mercado, sem que, no entanto, o estado de desenvolvimento da ciência e da técnica permitissem sabê-lo.

Na hipótese do risco de desenvolvimento, o produto está em perfeitas condições correspondendo às legítimas expectativas de segurança na sua época, apenas superado por produto mais novo, em razão de aperfeiçoamentos científicos e tecnológicos introduzidos pelo fornecedor.

Prossegue afirmando que os riscos de desenvolvimento são, portanto, espécie do gênero defeito de concepção, razão pela qual dão causa a acidentes de consumo por insegurança, desimportando se o defeito era ou não previsível quando de sua colocação no mercado de consumo. Desta forma, entende, que deva o fornecedor ser responsabilizado pelos riscos de

desenvolvimento, os quais “devem ser enquadrados como fortuito interno – risco integrante da atividade do fornecedor.”¹¹

Reforça sua tese afirmando que de qualquer forma nosso Código de Defesa do Consumidor não excluiu a responsabilidade do fornecedor pelo risco de desenvolvimento, posto que, não está tal hipótese prevista nas excludentes de responsabilidade constantes do parágrafo 3º do artigo 12 do CDC, onde diz que: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Na opinião de Vasconcellos e Benjamin *‘por aditar um sistema de responsabilidade civil objetiva alicerçado no risco de empresa, a lei brasileira não podia, com razão, exonerar o fabricante, o produtor e o importador na presença de um risco de desenvolvimento.’*¹²

Importante registrar que pela mesma linha seguiu a Diretiva 374/85 da Comunidade Europeia e a lei espanhola de responsabilidade civil por danos causados por produtos defeituosos (Lei 22/1994 de 06 de julho). *“Apesar de todo, existen en la LRP una serie de elementos que inducen a pensar que el régimen de responsabilidad objetiva en ella previsto no se configura como um modelo puro. Esta circunstancia há conducido a un importante sector de la doctrina a calificar los regímenes establecidos em la Directiva y em la LRP como uma responsabilidade ‘objetiva atenuada, ‘cuasi objetiva’ o un régimen ‘no absoluto’ de responsabilidade objetiva. ‘ FELIU EL concepto...ob.cit., p.80.*

Marcelo Junqueira Calixto, por sua vez, entende que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva, razão, pela qual, não se busca a culpa do fornecedor pelos danos causados por seus produtos postos no mercado de consumo.

Defende a dificuldade que recairia sobre o fornecedor de provar que na época da colocação do produto no mercado não havia, no âmbito mundial, conhecimento científico capaz de prever os riscos.

Neste sentido, critica dizendo que *“Volta-se, assim, novamente, à responsabilidade subjetiva, uma vez que se pode demonstrar que a pesquisa não foi convenientemente realizada ou que não foram consideradas opiniões minoritárias, devendo ser considerados ainda os limites impostos pelo segredo industrial.”*

Propõe, em síntese o entendimento que, na hipótese de risco de desenvolvimento, deva o produto ser considerado defeituoso; havendo a responsabilização objetiva do fornecedor. Afirma que o dano causado pelo produto, mesmo que só verificado posteriormente, *“representará a violação de uma expectativa de segurança que existia desde o momento da introdução do produto no mercado de consumo, lembrando-se ser esta uma circunstância relevante para a determinação do caráter defeituoso do produto (art. 12,§ 1º, III, do CDC).”*

Ademais, conforme o entendimento de Geraldo de Faria Martins da Costa, o risco do desenvolvimento não deve pesar sobre os consumidores que sofreram o dano ocasionado por um defeito, mas sobre aquele que colocou o produto em circulação no mercado de consumo, a fim de obter lucro, isto é, o fornecedor.

Dessa maneira, na hipótese de admitir-se tal risco como excludente de responsabilidade o progresso acabaria financiado pelos consumidores, que, sozinhos, suportariam a cota social do sacrifício do desenvolvimento. Com isso, para o autor, o risco do desenvolvimento deve recair sobre o fornecedor, já que o setor produtivo tem maiores

condições de preparar-se para essa conjuntura, por intermédio do controle de preços ou da contratação de seguros sociais, ainda que isso reflita no custo do produto.¹³

CONCLUSÃO

Para a determinação do risco de desenvolvimento como causa excludente ou não de responsabilidade, não havendo previsão expressa na lei especial e havendo aparente antinomia entre a proteção do consumidor e o desenvolvimento da atividade empresarial, para Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin é necessária a realização do sopesamento e da ponderação de ambos os interesses envolvidos, a fim de que um complemente o outro.¹⁴

Com isso, o autor assevera que é preciso que o intérprete e o aplicador tenham cuidado ao aplicar as normas consumeristas, a fim de evitar que a relação entre fornecedor e consumidor, desequilibrada naturalmente em desfavor do último seja alterada a tal ponto que possa causar um novo desequilíbrio, dessa vez em detrimento do fornecedor, que terá prejudicado o desenvolvimento de sua atividade.¹⁵

Na mesma perspectiva, colaciona-se a lição de Sílvio Ferreira da Rocha ao afirmar que, na hipótese de risco do desenvolvimento, o defeito já existia no lançamento do produto no mercado de consumo, apenas o conhecimento científico vigente não o permitia detectá-lo.¹⁶

Em contrapartida ao argumento de que a responsabilização do fornecedor pelo risco do desenvolvimento ocasionaria a ruína das empresas, ocasionando desemprego ou que se exigiria das empresas um maior período de testes, cessando as inovações, o jurista francês Jean Calais-Auloy afirma que:

*Exonerar os produtores quando o estado de conhecimento científicos e técnicos não lhes tenha permitido detectar a existência do defeito significaria dissuadi-los a ir mais longe em suas investigações prévias à colocação do produto no mercado, ou, pior, seria incitá-los a guardar em segredo o resultado de suas investigações. Significaria de certa maneira uma permissão para uma prévia organização da exoneração.*¹⁷

Uma legislação mais rigorosa, no plano da segurança dos produtos, traria benefícios tanto para o consumidor, quanto para as empresas, porque os produtos se venderiam mais facilmente se reputados mais seguros - e seriam reputados mais seguros se fabricados em um país que não hesitasse em imputar responsabilidade sobre os ombros dos fornecedores.¹⁸

Nessa perspectiva econômica, Marcelo de Junqueira Calixto adverte que não se pode admitir a eterna responsabilização do fornecedor pelos seus produtos, porventura defeituosos, que seria uma posição imponderada e antieconômica, até porque os produtos podem deteriorar-se e a ciência está constantemente em avanço.

Entende, pois, que, nos termos do artigo 10, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor o fornecedor deve acompanhar os seus produtos já colocados no mercado durante 10 anos. Segundo ele este prazo seria uma solução razoável e ponderada, que concretiza ditame constitucional de proteção ao consumidor, não estagnando o desenvolvimento técnico e científico, que causaria prejuízo para os consumidores.¹⁹

A defesa do consumidor é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal do Brasil, como determinado no inciso V, do artigo 170, não admitindo que o poder econômico prevaleça sobre a dignidade dos cidadãos.

*Dessa forma, toda ordem econômica deve estar voltada para a proteção do consumidor, mostrando-se insustentáveis argumentos em contrário que excluam, inibam ou mitiguem a responsabilidade do fornecedor pelo risco do desenvolvimento sob a lógica de comprometimento da atividade e do progresso científico e tecnológico, secundários à garantia primordial da dignidade e da integridade da pessoa humana que não pode estar submetida a experiências com produtos não seguros.*²⁰

*Ante o exposto, data vênia aos argumentos apresentados pela doutrina contrária, que advoga pela exclusão da responsabilidade do fornecedor frente ao risco do desenvolvimento, entende o autor que tal fundamentação não pode prosperar, uma vez que sua importância não pode superar a da vida, não podendo admitir-se que o consumidor fique entregue à própria sorte.*²¹

Do cotejo dos argumentos relatados, conclui-se que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, ao disciplinar a responsabilidade pelo fato do produto, adotou o sistema de responsabilidade objetiva, que exige para sua deflagração a existência de defeito, dano e relação de causalidade entre eles. E sendo tais pressupostos considerados indispensáveis para que o fornecedor venha a ser responsabilizado pelo acidente de consumo, vislumbra a lei consumerista hipótese em que o fornecedor possa alegar o rompimento do nexo causal, para eximir-se da responsabilização.

Sabe-se que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor admite atenuações na responsabilidade, tendo previsto no seu artigo 12, § 3º, causas de exclusão de responsabilidade, com o intuito de equalizar de maneira justa e ponderada os riscos, buscando um equilíbrio entre os interesses do fornecedor e do lesado. E mais, além dessas ressalvas expressamente previstas pela normatização consumerista, para maioria da doutrina brasileira, tanto a força maior, quanto o caso fortuito, por meio de uma interpretação sistemática, são capazes de exonerar o fornecedor da responsabilidade, posto que também quebram com a relação de causalidade entre o dano e a conduta do fornecedor.

Já no que diz com o defeito que é detectado tão-somente após o lançamento do produto no mercado, em razão do estado de avanço tecnológico ou de modernidade da ciência, - o risco do desenvolvimento - evidencia-se a ausência de previsão na lei consumerista nacional acerca de quem deve responder pelos danos.

No direito pátrio, tal divergência acompanha o movimento consumerista nacional desde seus primórdios. Este dissenso doutrinário profundo mantém-se até os dias atuais, a qual nada mais é do que o reflexo de toda esta divergência ocorrente na doutrina. E, mostra-se persistente estes desencontros doutrinário, pois inexistente previsão legal a respeito do risco do desenvolvimento. Tal lacuna legal, por certo guarda repercussão direta na delimitação da responsabilidade civil do fornecedor frente aos defeitos desconhecidos à época em que foram lançados no mercado de consumo, em virtude do que se denomina estado da arte.

Coube a doutrina ocupar-se de definir essa noção, apontando duas correntes doutrinárias interpretativas principais: a) aquela que entende que a mera responsabilização do fornecedor poderia gerar a estagnação do desenvolvimento e, b) outra que defende que o espírito do CDC é a justiça distributiva, cabendo a toda a sociedade arcar com o ônus, assim como é beneficiada com o desenvolvimento.

Do estudo e da reflexão, pôde-se concluir que a mais adequada solução para os riscos do desenvolvimento, para que se alcance o equilíbrio harmônico nas relações de consumo, e, por conseguinte, uma maior efetividade do Código de Proteção do Consumidor, é aquela que se reveste sob o fundamento da justiça distributiva, que tem por finalidade estabelecer uma distribuição eficiente dos custos dos acidentes de consumo, implementando a socialização dos riscos do mercado de consumo entre todos os consumidores de determinado produto.

Nossa lei consumerista, ao adotar o regime da responsabilidade objetiva, restringindo as hipóteses de exclusão da responsabilidade, tem como escopo proteger o consumidor, enquanto vítima do acidente de consumo, imputando ao fornecedor o ônus de suportar os riscos do mercado de consumo, sobretudo pela sua capacidade de distribuir os custos de tais riscos, através da fixação do preço do produto.

A uma mesma conclusão se chega sob a ótica econômica, posto que, assim como o lucro é legítimo, o risco é exclusivamente do fornecedor, que não pode repassar tal ônus ao consumidor.

Dessa maneira, as consequências dos danos causados por produtos defeituosos - produtos que não apresentam a segurança legitimamente esperada - ainda que desconhecidos pelo fornecedor na época de seu lançamento no mercado, não devem ser suportadas pelo consumidor, já que não é admissível que ele arque com o seu próprio dano, situação em que se estaria afastando - o sistema protetivo adotado pelo CDC.

De qualquer forma, sempre há que se voltar à lei consumerista àquele a quem tem por objetivo tutelar, sem perder o foco quanto às empresas e fornecedores que devem apropriar-se dos princípios jurídicos informadores do direito do consumidor, conscientizando-se de que a par de sua inegável responsabilidade jurídica de reparar os danos sofridos pelo consumidor, em virtude de produtos defeituosos lançados no mercado de consumo, têm o dever de contribuir para a construção permanente, neste mundo que já é globalizado de um sistema produtivo e prestador permeado pelos princípios da ética e da responsabilidade social.

REFERÊNCIAS

- 1 Canotilho, José Joaquim Gomes *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2008, p. 240-1
- 2 SANSEVERINO, 2002, p. 313.
- 3 SILVA, 2008, p. 212
- 4 SILVA, 2008, p. 214.
- 5 *Ibid.*, p. 213
- 6 *Ibid.*, p. 214.
- 7 CALAIS-AULOY apud ANDRADE, 2006, p. 176. .
- 8 EBERLIN, 2007, p. 9 et seq.
- 9 *Ibid.*, p. 20
- 10 Grau apud EBERLIN, *op.cot.*, p16
11. Cavaliere Filho, Sergio
12. Pereira, koppe Agostinho de , *Responsabilidade Civil*, 2003, p.265
- 13 EBERLIN, *op. cit.*, p. 15.65
- 14 EBERLIN, *op.*
- 15 EBERLIN, 2007, p.
- 16.Rocha 1992 p111
- 17 CALAIS-AULOY, Jean, 1999 apud COSTA, 2002, p. 314.
- 18 *Ibid.*, p. 314.
- 19 CALIXTO apud ARAÚJO, 2007, p. 41 et seq.
- 20 *Ibid.*, p. 53

BIBLIOGRAFÍA

- E. A. ALVIM, “Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor” *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15, , jul./set. 1995, p.132-50.
- A. H. BENJAMIN, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- BRASIL. Código do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas.
- Disposições Transitórias. Constituição (1988).
- Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- J. J. CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra, 2008.
- S. CAVALIERI FILHO, Programa de Direito do Consumidor, São Paulo: Atlas, 2008.
- “Programa de responsabilidade civil”, São Paulo: Malheiros, 2003,
- F.K. COMPARATO, “Proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico”, *Revista de Direito Mercantil*, n. 15-16, p. 90, 1974.
- G. COSTA, “Risco do desenvolvimento: uma exoneração

- Constestável”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 313-16, abr./jun. 2002.
- R de F. DRESCH, *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.
- F. EBERLIN, “Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 64, p. 9-42, out./dez. 2007.
- J. MARINS, *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- C.L. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- B. MIRAGEM, “Direito do Consumidor”, *São Paulo: Revista dos Tribunais*, 2008.
- S. L. ROCHA, “Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro”, *São Paulo: Revista dos Tribunais*, 1992.
- P. SANSEVERINO, *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- J. C. SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas: conformidade e segurança*, Coimbra: Almedina, 2008.
- M. A. SILVA, “Responsabilidade pelo Risco de Desenvolvimento”, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.345, p.45-56, jul.2006
- R. TOCO, “Defesa do Consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 855, p. 46-52, jan. 2007. S. A. TADEU, Silney Alves, “Responsabilidade civil: nexos causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 64, p. 134-65, out./dez. 2007.
- G. TEPEDINO, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004

LA ACTUAL REGULACIÓN DE LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR EN ANDALUCÍA: UNA QUIEBRA EN LA PROTECCIÓN DE LA Y EL MENOR (II)¹

Lucía I. Serrano
Abogada

Doctoranda del programa de Ciencias Jurídicas (Universidad de Granada)

Fecha de recepción: 5 de septiembre

Fecha de aceptación: 10 de octubre

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, junto con la anterior publicación 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: A bumpy evolution in judicial decisions has taken shape in Italy. Specifically, the evolution in question is an evolution in the appropriate understanding of issues related to derivative contracts as well as in the reception of the contribution of legal doctrine. Article 118, paragraph 3, of the preliminary dispositions of the Italian Civil Procedure Code does not allow juridical authors to be quoted within judicial decisions. Despite such provision, the impact (and/or the missing impact) of legal doctrine (considered as the product of the activities of legal researchers and legal scholars) upon decisions regarding derivative contracts seems to be relevant.

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 desarrollado 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 superior del menor.

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.- El nuevo marco político-jurídico regulador de los PEF en Andalucía. 3.- De la inconstitucionalidad de algunos preceptos del Decreto 79/2014, de 25 de marzo, por el que se regulan los PEF en Andalucía. 3.1.- De la Administración de Justicia: Inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria del Decreto 79/2014. 3.2.- Violación del principio de jerarquía normativa, principio de irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de derechos individuales, principio de sujeción de los poderes públicos a la CE y al resto del Ordenamiento Jurídico: Inconstitucionalidad de la D. T. Única, art. 9 y art. 18.1 d) del Decreto 79/2014. 3.3.- Violación del Derecho Internacional sobre los Derechos del Niño, del art. 10.2, art. 39.2 y 39.4 de la CE: Inconstitucionalidad del art.3.2 a) del Decreto 79/2014. 4.- De la necesidad de imposición de tratamiento al agresor en pro del principio del interés superior del menor vinculado al bienestar de la madre-víctima de violencia de género. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente y en el anterior, artículo se realiza 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 hay de fondo, 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 artículo expone además los intereses que motivan esta regulación restrictiva de derechos individuales en los Puntos de Encuentro Familiar (de aquí en adelante PEF).

2. EL NUEVO MARCO POLÍTICO-JURÍDICO REGULADOR DE LOS PEF EN ANDALUCÍA

Con el nuevo marco regulador de los PEF, éstos han pasado en un breve período de tiempo, de ser la instancia de garantía de un derecho conquistado por las madres-víctimas de violencia de género, en cuanto intermediación obligatoria en los casos de violencia de género², a ser un servicio público más, donde no se toma en consideración la especificidad y la naturaleza compleja de la violencia de género. Dicho esto, pasaremos a exponer el marco jurídico-político que marca en este momento a los PEF. En el año 2008 se reunieron los Directores y Directoras de infancia y familias de todas las Administraciones autonómicas con competencia en materia de gestión de PEF para llegar a un *acuerdo político*³. Un acuerdo conseguido a partir del problema esencial al que se enfrentaban todas las Comunidades Autónomas, que no era sino el coste económico del sostenimiento de los PEF. La solución al problema la hallaron con el establecimiento de un límite máximo de utilización de los PEF, violando las competencias judiciales únicas y exclusivas de los Jueces y Tribunales en materia de relaciones paterno-filiales y en el establecimiento del lugar dónde llevar a cabo las mismas y su duración; al tiempo que obviando los derechos de los niños y de las madres-víctimas de violencia de género y los derechos de las propias víctimas. Ese consenso político, si se me permiten la redundancia, entre políticos autonómicos que representaban, a su vez, tanto el poder ejecutivo como legislativo de las

² Intermediación entendida como elemento necesario de conexión para que el maltratador pueda mantener relaciones paterno-filiales con el hijo habido en común sin violentar los Derechos de la mujer, esto es recoger o entregar al menor, o visitas vigiladas en el Centro. En el caso de Andalucía, está prohibida terminantemente la intermediación familiar para los casos de violencia de género como medio de solución extrajudicial, por la Ley 1/2009, de 27 de febrero reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ley que considera una infracción muy grave, realizar actuaciones de mediación, conociendo la existencia de una situación de violencia de género o malos tratos hacia algún miembro de la familia.

³ Comisión Inter-autonómica de Directores y Directoras de infancia y familias: “Marco de Mínimos para asegurar la calidad de los Puntos de Encuentro Familiar”, 13 de noviembre de 2008.

Comunidades Autónomas, aprovecharon el vacío legal estatal y la atribución de la competencia en gestión de PEF establecida en sus Estatutos de Autonomía, para llevar a cabo una regulación jurídica acorde con los *intereses económicos* de las Administraciones y no con el respeto y garantía de los derechos individuales. En Andalucía, ese acuerdo político se ha traducido en una norma con rango de Ley, el Decreto 79/2014, de 25 de marzo, en el que se regulan “los Puntos de Encuentro Familiar en Andalucía”. En este caso, se puede afirmar que asistimos a un desmantelamiento de los PEF como espacio de intervención necesaria y complementaria a la judicial, que supone de facto una usurpación de las competencias que corresponden a las y los jueces en la determinación del uso, o no, de los PEF en los supuestos de violencia de género. Este hecho resulta absolutamente injustificable cuando en el año 2009 se estaba prohibiendo la intermediación familiar, en los casos de violencia de género o malos tratos hacia algún miembro de la familia, en Andalucía (art.31 i) Ley 1/2009)⁴.

No obstante, aún le queda a la autoridad judicial dentro de sus facultades de <<determinación del tiempo, modo y lugar en que se van a desarrollar las visitas>> del art. 94 del CC, la posibilidad de determinar, en casos de conflictividad elevada, la intervención de un PEF como cautela adoptada en orden a garantizar la seguridad y el bienestar de los menores. Se considera esta medida, imprescindible, de forma temporal, para la salvaguarda del interés que prevalece (*favor minoris, favor filii*) sobre el resto de los intereses⁵. En otras palabras, el bienestar y la seguridad de las y los menores deben actuar por encima de los intereses de los progenitores e incluso de los intereses económicos de las Administraciones. Sirvan como ejemplo: STC 221/2002, de 25 de noviembre (Recurso de Amparo 1044/2000, 1089/2000)⁶, STS 3158/2015 (Resol. 427/2015)⁷.

3. DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS PRECEPTOS DEL DECRETO 79/2014, DE 25 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULAN LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR EN ANDALUCÍA

Tras la intervención judicial en un procedimiento judicial en el juzgado de familia de Granada, en el que se solicitó por parte del PEF de Granada, mediante informe de finalización, el cese de la intervención respecto a un menor de edad de 12 años, hijo de una

⁴Art.31 i) de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone que “*constituyen infracciones graves realizar actuaciones de mediación, conociendo la existencia de una situación de violencia de género o malos tratos hacia algún miembro de la familia*” (BOJA núm. 50, de 13 de marzo de 2009).

⁵Art. 2º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor («BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996). Este artículo dispone que “*el interés superior de los menores primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”.

⁶El F.J 1º de la STC 221/2002 establece que hay una vulneración a la tutela judicial efectiva al no escuchar a la menor en el procedimiento de reinserción en una familia de acogida a la que fue destinada tras declararse judicialmente el abandono de la menor. Esta familia de acogida temporal, maltrataba a la menor. Además dicho fundamento dispone que “*los derechos de los padres adoptivos al reagrupamiento familiar no pueden primar frente al derecho de la menor a no padecer daños psíquicos, de ahí que, al existir un riesgo de que tales daños se ocasionen, la resolución judicial impugnada ha vulnerado el derecho de la menor a su integridad moral por no tomar en consideración dicho peligro*”.

⁷El F.J 1º de la STS 3158/2015 reitera “la obligatoriedad de oír a los menores en los procesos donde se discuta su guarda y custodia o régimen de visitas”. Además, reconoce como prueba fundamental para determinación de la custodia, la prueba pericial y la exploración de la menor. De no ser así, se estaría produciendo una indefensión. “se reitera la infracción relativa a la falta de exploración de la menor y vulneración de la doctrina de esta Sala expresada en las sentencias de 14 de mayo de 1987, 11 de junio 1996 y 25 de octubre de 2012. Agrega en su F.J 2º “*La sentencia de 4 de noviembre 2013 declara que “la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor”*”.

víctima de violencia de género, aplicando la norma andaluza con efectos retroactivos, se llegó a la conclusión de la inconstitucionalidad de varios preceptos del Decreto 79/2014.

3.1.- La intromisión en la competencia de “Administrar Justicia” de los jueces y tribunales por parte de la administración pública andaluza.

En primer lugar, se consideró la inconstitucionalidad de la D.T del Decreto 79/2014⁸ (en adelante Decreto). Dicha disposición impone un plazo de tres meses a los Juzgados y Tribunales competentes en materia para pronunciarse sobre el cese de la intervención del PEF, una vez recibido el informe de finalización enviado desde el PEF. Si en ese plazo de 3 meses desde que se ha recibido el informe el juez no se pronuncia mediante resolución judicial que proceda, entonces será la administración pública andaluza (en concreto, la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía), quién decretará la finalización de la intervención y lo notificará tanto al juez como a las personas usuarias del servicio prestado por el PEF. Esto implica que la administración autonómica le quita la competencia legítima al Juzgado de Violencia de Género o al de Primera Instancia, para pronunciarse sobre algo que estableció a través de Sentencia firme de divorcio. Se puede considerar dicha disposición contradictoria al art. 117.3 de la CE⁹ que atribuye de forma exclusiva la potestad jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales.

Y es más, se puede decir que la administración pública andaluza y el poder legislativo andaluz cuándo ha dictado el Decreto Andaluz que regula el PEF, han confundido el doble sentido de la Administración de Justicia que el Tribunal Constitucional ha aclarado en numerosas ocasiones a través de su jurisprudencia, entre la que se puede mencionar las STC 56/1990 y 62/1990. En ambas Sentencias el Tribunal Constitucional puso de manifiesto que la administración de justicia no ha sido ajena al proceso de desarrollo del Estado Autonómico desde la promulgación de la Constitución de 1978. Y así, partiendo del art. 149.1.5º de la CE, el Tribunal Constitucional declaró que hay que distinguir entre la Administración de Justicia en sentido estricto, consistente en la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE) que es competencia del Poder Judicial, y la Administración de Justicia en sentido amplio (o administración de la Administración de Justicia) que comprende, además, a los medios materiales y personales necesarios. La primera, denominada Administración de Justicia en sentido estricto, está reservada al Poder Judicial, y se concreta en sentencias dictadas por jueces y magistrados independientes, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales. El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno de jueces y magistrados y el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes y en toda España sin perjuicio de las materias atribuidas al Tribunal Constitucional. La segunda, denominada administración de la Administración de Justicia es la encargada de poner a disposición de la primera los medios materiales y personales necesarios para su funcionamiento. A esto hay que agregarle que también se ha producido confusión sobre quién es el titular del derecho de visita y quién es el competente para disponer el lugar dónde se ejerce el derecho de visita. De acuerdo con el art.94 del Cciv¹⁰ es el juez el único competente para determinar el tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visita. En

⁸ La D. T. del Decreto 79/2014, de 25 de marzo, dispone que “transcurrido el plazo de 3 meses sin que se haya dictado la correspondiente resolución judicial que proceda, la intervención finalizará por acuerdo de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía, que se notificará tanto al órgano judicial derivante como a las personas usuarias.”

⁹Art. 117.3 CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

¹⁰Artículo puesto en correlación con el art.117 CE, Título VI de la CE denominado “Del Poder Judicial” y art.118 CE.

este caso hay que subrayar que el PEF¹¹ es simplemente el lugar dónde se ejerce dicho derecho, es un aspecto tomado en cuenta en una decisión judicial. La Potestad jurisdiccional pertenece a los Juzgados y Tribunales, y la administración andaluza y el PEF están obligados a cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, además de colaborar con los mismos cuando sean requeridos. Ni que decir tiene que a razón de los artículos mencionados, el juez o la jueza son los únicos competentes para determinar si el ejercicio del derecho de visita debe realizarse o no en un PEF, correspondiendo a la Administración encargada de tutelar el buen funcionamiento de los PEF, en nuestro territorio la Administración andaluza y el personal que forma parte del PEF, el deber de colaborar en todo momento con el Juez y Tribunal competente para la ejecución de la Sentencia de divorcio que dictó en su momento, y dónde se decretó que el lugar dónde debería ejercerse el derecho de visita del progenitor no custodio debía ser el PEF.

3.2.- Violación de principios esenciales para la existencia de un Estado democrático y de Derecho.

En segundo lugar, en el escrito de alegaciones presentado ante el Juzgado de Familia de Granada se consideró la inconstitucionalidad de la D.T. Única, el art.9 y el art.18.1 d) del Decreto, en cuanto que violaban el principio de jerarquía normativa, el principio de irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de derechos individuales, el principio de sujeción de los poderes públicos a la CE y al resto del Ordenamiento Jurídico. Se consideró que se habían violado esos principios¹² en cuanto que cuándo se dictó el informe de finalización de la intervención del PEF por el propio PEF, se estaba realizando implícitamente una modificación de medidas definitiva¹³ adoptada mediante Sentencia de Divorcio, que el juzgado competente dictó en su día y a través de la cual se estableció que el lugar de ejercicio del derecho de visita se haría en el PEF. Y las únicas personas legitimadas para instar la modificación de medidas definitivas son los cónyuges y el Ministerio Fiscal (nadie más, ni siquiera el PEF). El PEF cuándo dictó el informe de propuesta de finalización de la intervención, estaba asumiendo una legitimación activa que no le correspondía. Además, mediante el establecimiento de un límite temporal de dos años¹⁴ al uso del lugar establecido mediante sentencia y del servicio público ofrecido por el PEF. Encima dicho plazo es retroactivo a la fecha del inicio de la intervención del PEF.

En definitiva, los artículos del Decreto analizados violan principios esenciales para la existencia de un Estado democrático de Derecho, en cuanto que la norma andaluza objeto de la controversia se ha colocado en un lugar que no le corresponde (por encima de la legislación estatal), y el PEF implicado en el caso concreto objeto de nuestro análisis¹⁵, mediante su acción se ha declarado insumiso del poder judicial, se ha colocado por encima de los Jueces y Tribunales ejerciendo una potestad jurisdiccional que no le corresponde, llegando incluso no solo a no colaborar con el órgano judicial para el cumplimiento de la

¹¹Una empresa privada gestiona el servicio público ofrecido del PEF en Granada. El órgano competente para llevar a cabo la gestión de los PEF en Andalucía es la Conserjería de Justicia e Interior andaluza, y a su vez la Dirección General de Violencia de Género y Asistencia a Víctimas.

¹² Principio del art.9 CE.

¹³Art.122.1 de la CE en correlación con el art.775 LEC y el art.90 y 91 del C.Civ.

¹⁴Límite temporal de uso del PEF establecido en la D. T. Única en correlación con el art.9 del Decreto. Este límite temporal puede ser contradictorio al Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959), el cual dispone que “*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*”. El interés superior del niño en estos casos empuja a la prolongación del servicio del PEF para evitar la agresión a su madre y ser por lo tanto, víctima secundaria de la violencia de género. La salud física, mental y moral del menor está en juego si se decide acabar con la intervención del PEF y se obliga a la madre maltratada a vislumbrar cual es su domicilio al maltratador y a entregar a su hijo al mismo.

¹⁵El PEF de Granada cuya gestión desde el año 2002 hasta ahora ha pasado por tres empresas (incluido Caritas), y por cuatro locales distintos.

Sentencia, sino a entorpecer y no acatar el cumplimiento de la misma en la que se estableció el PEF como lugar donde ejercer el derecho de visita. Esto nos permite concluir que en materia de relaciones paterno-filiales las competencias las tiene el Juzgado competente que estableció mediante sentencia de divorcio el lugar de recogida y entrega del menor. A la Administración andaluza, cómo órgano colaborador del poder judicial, como administración de la administración de justicia, no le corresponde sino acatar por imperio de la Ley, por imperio constitucional, la obligación de proporcionar personal y local para el ejercicio del derecho de visita, le corresponde disponer dónde se establecerá el PEF.

3.3.- Violación del Derecho Internacional sobre los Derechos del Niño y de los derechos de las víctimas de violencia.

En tercer lugar, se consideró que mediante el art.3.2 a) del Decreto se estaba contradiciendo lo dispuesto en los art.10.2, art.39.2 y art.39.4 de la CE, y por lo tanto, se estaba violando el Derecho Internacional sobre los derechos del niño y de los derechos de las víctimas de violencia de género y doméstica. Atendiendo a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y al Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990, y en concreto al art. 3 de este texto, la Administración andaluza y el PEF deben tomar todas las medidas concernientes a los niños y niñas, siempre atendiendo al principio de interés superior del menor. Un principio¹⁶ que debe regir por encima de todas los demás intereses, y obviamente también sobre los intereses económicos de una administración y del <<principio de ahorro económico>> que aplica la regulación objeto de estudio¹⁷. Máxime cuando “como sostiene la Recomendación del Consejo de Europa 1286 (1996), relativa a una estrategia europea para los niños, de 24 de enero de 1996, <<la concienciación sobre los Derechos, los intereses y las necesidades del niño debe ser considerada una prioridad política¹⁸>>”. Si se pone en correlación esta recomendación con el art. 12 de la CE, que dispone que los españoles son mayores de edad a los 18 años, entenderemos que las niñas y los niños españoles son objeto de especial protección hasta que tengan la edad de 17 años. Sería muy conveniente que en el ordenamiento jurídico español se estableciera coherencia respecto a la edad mínima en que las y los menores son objeto de especial protección. Este principio del interés superior del menor implica que en todas las medidas adoptadas que afecten a los niños, incluidas aquéllas dirigidas a protegerles contra toda forma de violencia, el interés superior del niño debería ser la consideración principal. A esta argumentación cabe sumar la definición de Roca Trías respecto al significado del interés superior del menor, éste se identifica “con la titularidad de los Derechos Fundamentales, y no con el bienestar del menor, su contenido coincide con el aseguramiento de los Derechos Fundamentales y, en consecuencia, cualquier regulación que tenga como finalidad la protección del menor...”.¹⁹ Teniendo en cuenta que no sólo se está poniendo en tela de juicio

¹⁶Interés del menor recogido en los arts. 92 y 94 CCiv. y arts. 2 y 11 2. a de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

¹⁷El interés superior del menor es un principio inspirador de las actuaciones con menores expuestos a situaciones de violencia de género o doméstica. Se considera la protección del menor como un pilar básico de un Estado Social y Democrático de Derecho con su fundamento en el art.39.4 de la CE. Precepto constitucional desarrollado por los arts. 2 y 3 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (DEFENSOR DEL MENOR EN ANDALUCÍA, Informe Especial, “Menores expuestos a violencia de género: víctimas con identidad propia”, 2012, p.88).

¹⁸M. J. JIMENEZ LINARES, “El interés superior del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial”, en Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada, Vol. II, Ed. Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, Almería, 2000, pp. 869-897.

¹⁹Así resulta del art. 39 de la CE, del art. 2º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de múltiples artículos del Código Civil referidos de manera expresa al beneficio e interés superior de los menores – arts. 92, 154 y 170 entre ellos-, y de la regulación que de los Derechos del menor efectúan las diversas legislaciones autonómicas; preceptos todos ellos, en perfecta sintonía y conexión con otros similares contenidos tanto en el Derecho comparado, como en los Convenios, Tratados y Pactos internacionales suscritos por el Estado

el significado del interés superior del menor, sino que debe ponerse en conjunción con la situación especial de ser víctima secundaria de violencia de género²⁰, habrá que conjugar dicho principio del interés superior del menor con los siguientes principios generales que rigen en materia de derecho internacional y protección del menor: 1) Protección contra la violencia²¹; 2) Participación del niño²²; 3) Obligaciones de un estado²³; 4) Obligaciones y participación de otros actores²⁴. De las Directrices del Consejo de Europa sobre las estrategias nacionales integrales para la protección de los niños contra la violencia del año 2009 se puede deducir la obligación de los Estados de primero oír a los menores antes de tomar alguna decisión sobre el ejercicio del derecho de visita. Todos los principios citados son necesarios para proteger a los menores contra toda forma de violencia, incluida la victimización secundaria en casos de violencia de género. Ello quiere decir que el principio de temporalidad recogido en el art. 3.2 a) del Decreto andaluz que no alude a la realización de un informe pericial, ni siquiera a oír al menor, es contradictorio a la normativa europea y también a la Constitución Española. El principio de temporalidad²⁵ sólo responde a intereses ocultos de las Administraciones. Estas han utilizado la potestad que tienen asignada para dictar normas que se oponen al interés superior del menor y que no van encaminadas a la protección del menor frente al ejercicio de cualquier tipo de violencia. Detrás del principio de “temporalidad” del Decreto andaluz se oculta un principio primordial que rige en la práctica de las administraciones y es el <<Principio de ahorro económico>>. El buen gobierno y la eficiencia que ha de regir en la administración no pueden llevarse a cabo lesionando intereses legítimos del menor, y menos aun cuando se ignora la violencia de género que motivó la utilización del PEF. Limitar a dos años, el uso del PEF, sin atender al contenido de la sentencia, a la edad del menor, a la realidad del

español, muy en particular con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (I. RAVETLLAT BALLESTÉ, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, n° 2, 2012, pp.89-108.)

²⁰ En el año 2009 se publicó la Recomendación CM/Rec (2009) 10 por la que se aprobaron las Directrices del Consejo de Europa sobre las estrategias nacionales integrales para la protección de los niños contra la violencia. Estas directrices hacen referencia a las definiciones de “niño” y de “violencia” contenidas en los arts 1 y 19, respectivamente, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño (de aquí en adelante CNUDN).

²¹Regulado principalmente por el art. 19 de la CNUDN el cual dispone que “*Todos los niños tienen derecho a ser protegidos contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*”.

²²Este principio intenta darle un mayor papel a los niños como sujetos con derechos. Ser menor de edad no implica no gozar de ciertos derechos como persona como pueden ser el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afectan, y a que sus opiniones se tengan en cuenta en función de la edad y madurez del niño. El niño debe ser escuchado en toda acción judicial, administrativa o extrajudicial (Consejo de Europa, 2009: 11).

²³Este principio implica que “*el Estado tiene la responsabilidad de defender los derechos del niño y de proteger a todos los niños que se encuentran bajo su jurisdicción contra todas las formas de violencia, por moderadas que sean, en todo momento y en todo lugar. Los Estados deberían implicarse en políticas y programas basados en pruebas (orientados por el interés superior del niño), para hacer frente a los factores que dan lugar a la violencia y responder efectivamente cuando ésta ocurra*” (Ibídem).

²⁴Este principio viene referido a la responsabilidad de todos los servicios, instituciones y profesionales que trabajan para y con los niños, padres, familia, medios de comunicación, sector privado, comunidades religiosas y sociedad civil, de prevenir la violencia contra los niños (Ibídem: 12).

²⁵ Un principio de temporalidad de uso de los sistemas de protección del menor que empieza a recogerse en la normativa estatal, y a recortar los derechos de la infancia y adolescencia de manera general sin atender a las especificidades de cada caso. El plazo de uso de dos años se vuelve a repetir en la Ley 26/2015, de 28 de Julio, de Protección a la Infancia y Adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de Julio de 2015). En el Preámbulo, apartado II, de la Ley 26/2015, se justifica el límite temporal de dos años para la guarda de menores solicitada por los progenitores (art.19), precisamente por el interés superior del menor. Un principio que esta vez se conjuga con el principio de la prioridad de la familia de origen y de la responsabilidad principal de la familia en la guarda y custodia del menor frente a la responsabilidad subsidiaria de la Administración. No obstante, alega la Administración en esta Ley que el objetivo principal es que “no se hagan crónicas las situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a las Administraciones Públicas <<sine die> privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia”.

progenitor, a la opinión de la fiscalía, es un claro atropello a las garantías básicas de derechos esenciales y es un atentado al Estado social y democrático de Derecho.

A la violación del Derecho Internacional sobre los derechos del niño, también hay que agregarle la violación del Derecho Europeo e Internacional sobre las víctimas de violencia de género y doméstica. Curiosamente, la competencia formal sobre los PEF, en Andalucía, recae en una Dirección General, la “Dirección General de Violencia de Género y Asistencia a Víctimas”. Un órgano que, dada la regulación en vigor, está dejando de lado los derechos de las madres víctimas de violencia de género y los servicios que se les debería prestar en el PEF. Los límites temporales en la utilización de los PEF obliga a una madre víctima de violencia de género a entregar a su hijo/ a su agresor en su propio domicilio, poniendo en riesgo derechos esenciales como la dignidad, la seguridad, y el derecho a la vida sin violencia, lo que en última instancia ataca la esencia y los fundamentos del Estado de derecho y de la democracia²⁶. Entendemos que la administración andaluza no puede substraerse a los recortes sufridos tras la crisis económica, pero existen líneas rojas que no pueden traspasarse, y el caso analizado es una de ellas. Dados los principios que inspiran el Estatuto Andaluz de 2007, la administración andaluza no puede colaborar en el atropello de los derechos de dos grupos vulnerables: menores-víctimas secundarias de violencia de género²⁷ y madres-víctimas de violencia de género. Además, aquí entraría en juego el papel del Estado y la responsabilidad de éste por culpa “in vigilando” de las acciones llevadas por gobiernos o administraciones autonómicas incapaces de prevenir, sancionar y erradicar la violencia y de prestar asistencia a sus víctimas²⁸. Por si fuera poco, el poder legislativo andaluz cuándo dictó el Decreto regulador del PEF obvió su obligación internacional de incorporación de la perspectiva de género, de manera transversal y principal en cada acto normativo y política pública convertida en acto normativo (obligación recogida en numerosos tratados internacionales como Beijing, Tratado de Ámsterdam, Lisboa, Convenio de Estambul)²⁹. Este Decreto andaluz regulador de los PEF tampoco ha incorporado la nueva visión del principio del interés superior del menor y de la noción del menor como víctima secundaria de la violencia de género que han sido introducidos por una Ley de rango jerárquicamente superior como es la Ley 8/2015, de 22 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³⁰.

²⁶ J. F. LOUSADA AROCHENA, “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, pp. 31-48). Magistrado de lo social del TSJ de Galicia.

²⁷ Un principio de interés superior del menor que ha sido reinterpretado recientemente por parte de la Ley 8/2015, así como ha reinterpretado el concepto de violencia vinculado a los hijos de víctimas de violencia de género. Por primera vez en la historia, se reconoce a los menores-hijos de las víctimas de violencia de género como víctimas secundarias de este tipo de violencia a través de la Ley 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta Ley modifica la L.O 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, introduciendo que cualquier tipo de violencia ejercida sobre un menor es injustificable, y que es atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Asimismo, reconoce que este tipo de violencia afecta a los menores de muchas formas, especialmente casusandoles serios problemas de salud, convirtiéndolos en instrumentos para ejercer dominio y violencia sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas (D.F 3ª, y Preámbulo apartado VI)

²⁸ El Estado es garante del orden y de la paz social, y en su deber de diligencia debe establecer medidas de protección íntegra, cuya finalidad sea prevenir, sancionar y erradicar la violencia, así como prestar asistencia a sus víctimas (J. M. GIL RUÍZ, “Los diferentes rostros de la violencia de género”, Dykinson, Madrid, 2007, pp.25-26.).

²⁹ J. M. GIL RUÍZ, “La violencia institucional de género”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 48, 2014, pp. 9-10.

³⁰ BOE, núm. 175, de 23 de Julio de 2015.

4. DE LA NECESIDAD DE IMPOSICIÓN DE TRATAMIENTO AL AGRESOR EN PRO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR Y DEL DERECHO A UNA VIDA SIN VIOLENCIA³¹

Atendiendo a los puntos anteriores, si ponemos en conjunción el interés superior del menor y el derecho a una vida sin violencia, no cabe la duda de que existe una necesidad imperiosa de imponer un tratamiento de rehabilitación al maltratador antes de que se ejerza el derecho de visita. Todo ello, para proteger el derecho a una vida sin violencia del menor y de su madre, así como el desarrollo personal y psicológico del menor, su integridad física y moral que se pone en juego si por el contrario mediante decisión judicial se decide continuar con el ejercicio del derecho de visita pero en otro lugar distinto del domicilio familiar. Cuándo se toma una decisión de tal calado, es como si se estuviera poniendo tiritas a una herida de cañón. La verdadera raíz del problema aquí estaría en la enfermedad aún no diagnosticada ni reconocida institucionalmente del padre y a su vez maltratador³².

No cabe duda de que existe un nexo indiscutible por un lado, entre la legislación en materia de violencia de género y de relaciones paterno-filiales, y por otro, la medicina legal como remedio a la conducta violenta del agresor. La medicina legal se utilizaría para evitar que el padre-agresor genere agresiones físicas, verbales o psicológicas a sus víctimas (Ex mujer e hijo/a). Precisamente, el avance urgentemente necesitado en esta materia está en primer lugar, en señalar la agresividad del padre/agresor como una enfermedad que necesita de un tratamiento de rehabilitación y de modificación de conducta. No se puede normalizar por parte de las instituciones de poder la conducta agresiva de un varón sobre una mujer y/o hijos. Pretender aplicar el dicho popular de que “un mal marido puede llegar a ser un buen padre” pone en peligro la integridad física y moral tanto del menor como de su madre. No se puede permitir la continuación de las relaciones paterno-filiales de un padre/maltratador con su hijo mientras no se demuestre que dichas relaciones no son tóxicas o perjudiciales para el menor. Es de vital importancia el intentar normalizar la conducta del agresor no sólo en sus relaciones paterno-filiales con los hijos habidos en común con la víctima de violencia de género, sino también de cara a sus futuras relaciones de pareja³³.

El maltratador es un individuo que ha interiorizado una imagen devaluada de la mujer. Como resultado de esta interiorización considera que la misma debe estar sometida a su voluntad y a su control permanente. La demanda de obediencia y de sumisión en el caso del orden familiar, se extiende también a los/las hijos/as. Alterar esta representación exige su reeducación. Si este proceso de cambio personal no se produce, el sujeto está totalmente inhabilitado para llevar a cabo su función educadora y para ejercer la patria potestad. Un interés del menor no puede desligarse del bienestar de la madre, y mucho menos del desarrollo personal y psicológico del menor. Cualquier ataque a ella tanto físico como verbal, tiene repercusiones psicológicas en el menor. Con base en esta argumentación, el derecho de visita debería ser suspendido³⁴ mientras no haya cura valorable y visible del

³¹Vid. a título simplemente ejemplificativo: Sentencia núm. 333/13 de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, núm. de recurso 428/2013, dónde se procede a confirmar la atribución de la custodia a la madre al ser lo más beneficioso para el menor y ante las malas relaciones de los progenitores que impiden la custodia compartida.

³²Vid. a título simplemente ejemplificativo: Sentencia núm. 333/13 de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, núm. de recurso 428/2013, dónde se procede a confirmar la atribución de la custodia a la madre al ser lo más beneficioso para el menor y ante las malas relaciones de los progenitores que impiden la custodia compartida.

³³En esta línea, Castellano Arroyo sostiene que: “*La violencia contra la mujer, se corresponde con una alteración grave de la relación interpersonal, en la que hay, al menos dos partes: 1) La víctima, y 2) El agresor y 3) Otros como los hijos, parejas actuales, etc*” (M. CASTELLANO ARROYO, “Valoración del agresor en los casos de violencia de género”, en *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 15-52).

³⁴ La Ley 8/2015, en su Disposición Final 3ª, modifica los arts.2.1, 61.2, 65 y 66 de la L.O. 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, y prevé la medida de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, y la medida de suspensión del régimen de visitas, de estancia, relación o comunicación de los

padre maltratador³⁵. Nadie cambia su identidad y representación del otro mediante una simple charla, o con una reeducación de unas pocas horas³⁶. No obstante, aún falta por desarrollar una cultura judicial y administrativa³⁷ que apueste por la reeducación en ámbitos tan vitales como es el de la violencia doméstica. Los maltratadores no se someten a este tratamiento si no son obligados por las autoridades judiciales, por lo que es esencial que se cambie el *chip* desde las autoridades administrativas y judiciales si realmente se requiere atajar con la lacra de la violencia doméstica. El papel del PEF aquí sería de mediador familiar para la normalización de las relaciones paterno-filiales una vez que el agresor se hubiera sometido a tratamiento y tras una valoración por un equipo técnico compuesto por personal médico, psicológico y de trabajo social. Una vez comprobado y certificado el cambio, para asegurar el bienestar psicológico de la madre y menores, se procedería a restituir el derecho. Estos informes técnicos, para que sean informes de calidad exigen de personal especializado en violencia de género. No cabe la finalización de la intervención del PEF mientras no se haya reconocido y aceptado el daño causado por parte del agresor, un daño que debe ser objetivado y evaluado para su correcta reparación. En consecuencia, se estima que el límite temporal de uso del PEF supone una clara contradicción con el principio superior del menor, mientras no se demuestre, o al menos se valore, si se ha llegado a reparar el daño causado por el agresor a su víctima y a su/s hijos/as.

Para la mayor protección de los más desprotegidos, los/as niños/as, los Juzgados deberán intervenir más de lo que lo hacen en este momento, suspendiendo la custodia de los menores y el régimen de visitas mientras no se demuestre la rehabilitación del agresor y la ausencia de peligro para la integridad física y moral del menor, e imponiendo, a posteriori, la utilización de las instalaciones de los PEF como lugar donde ejercer el derecho de visita. Todo ello, mientras se comprueba por parte del equipo técnico y de la autoridad judicial, que el comportamiento del agresor que generaba el daño al menor-víctima secundaria de violencia de género, y a su madre-víctima principal de violencia de género, se ha subsanado. Téngase en cuenta, que para que se realice una reparación del daño causado, es necesario abordar de manera individualizada, cada caso, y analizar las circunstancias con el fin de comprender la dinámica del conflicto que da lugar a la agresión. Es necesario un estudio completo de la víctima, considerando todas sus circunstancias, y entre ellas los daños, tanto físicos como psíquicos sufridos para poderle proporcionar la ayuda médica, psicológica y social necesaria, la cual le permitirá superar la vivencia traumática sufrida y salir reforzada de la misma y en condiciones de integrarse a una vida familiar y social normal. Además, es indispensable el estudio del agresor para lo cual se emplearan las técnicas que la Medicina Legal determine, y un estudio de las hijas y los hijos para comprender el alcance y repercusiones que ha tenido en ellos la violencia de género sufrida por su madre³⁸.

menores, pero aún lo plantea como algo potestativo del Juez y no como medidas obligatorias a adoptar siempre que se le otorgue a los menores el estatus de víctimas secundarias de violencia de género).

³⁵ Derecho suspendido en virtud de aplicación del principio del interés superior del menor entendido como protección de los Derechos Fundamentales del menor, entre los que se encuentra la integridad física, psíquica y moral. La STS de 27 de enero de 1998, reconoce que las instituciones participan de los principios del orden público, y a la obligación de protección de los miembros de la familia más desprotegidos (los niños) y a una mayor intervención judicial al respecto.

³⁶En España en el año 2013, de 46.653 condenas a medidas alternativas a ingreso en prisión por delitos de violencia de género, 8.298 hombres fueron obligados a ingresar a cursar un programa de reeducación (PRIA). En estos casos, la tasa de reincidencia está por debajo del 7%. Se trata de un curso de 9 meses de duración de sesiones semanales, grupales e individuales en las que se abordan desde el control de la ira y gestión de las emociones, hasta la deconstrucción de conceptos erróneos sobre el papel del hombre y de la mujer en la familia (EUROPAPRESS, 2014).

³⁷Por cultura judicial y administrativa entendemos la praxis de los Juzgados y Tribunales, y de las Administraciones Públicas.

³⁸M. CASTELLANO ARROYO, "Valoración del agresor en los casos de violencia de género", en *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 15-52.

Asimismo, téngase en cuenta que hasta ahora uno de los mitos de la violencia de género es que el maltrato a las mujeres, no supone un riesgo para sus hijos/hijas.³⁹. Existe un círculo interactivo que vincula el estrés sufrido por la madre-mujer maltratada con el estrés sufrido por el niño/a-hijo/a. Este vínculo lo que demuestra es que no se puede velar por el interés superior del menor sin que a su vez se esté velado por el bienestar de la madre maltratada, por lo que sólo tratando psicológicamente a la madre y acabando con la situación que le genera el estrés, esto es rehabilitando al maltratador se estará velando por el interés superior del menor, y por su integridad física y moral.

BIBLIOGRAFÍA

- M. CASTELLANO ARROYO, “Valoración del agresor en los casos de violencia de género”, en *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 15-52.
- M. CARRETIE WARLETA,; C. CARO LÓPEZ, y L. CORTÉS, “Familias reconstituidas monoparentales: Un análisis de un abandono encubierto”. Comunicación presentada al X Congreso Estatal de Infancia Maltratada, Sevilla, 2010.
- P. DÁVILA; y Luis M. NAYA, “Infancia, Derechos y Educación: ¿Historias traumáticas?”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012 , pp.11-24.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, núm.159, 2002.
- J. M. GIL RUÍZ, “Los diferentes rostros de la violencia de género”, Dykinson, Madrid, 2007, pp.25-26.
- J. M. GIL RUÍZ, “La violencia institucional de género”, *Análes de la Cátedra de Francisco Suárez*, 48, 2014, pp. 9-16.
- M. J. JIMENEZ LINARES, “El interés superior del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial”, en Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada, Vol. II, Ed. Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, Almería, 2000, pp. 869-897.
- M. LINACERO DE LA FUENTE, “El derecho de la persona y la familia en el S. XXI”, *Editorial Complutense*, Madrid, 2009.
- J. F. LOUSADA AROCHENA, “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *Análes de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, pp. 31-48.
- L. F. MÁRQUEZ GALLEGU, “Valoración pericial psiquiátrica y víctimas de violencia de género”, en *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídicos penales*, 2013.
- I. RAVETLLAT BALLESTÉ, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, nº 2, 2012, pp.89-108.

³⁹Sepúlveda sostiene que “*con frecuencia los comportamientos violentos de los padres maltratadores afectan a los niños y niñas de forma directa, y además, estos comportamientos tienen efectos negativos sobre el desarrollo infantil y adolescente por la exposición continua a situaciones de violencia indirecta*” (A. SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, “La violencia de género como causa de maltrato infantil”, *Cuad. Med Forense*, 12, 2006, pp. 43-44)

A. SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, “La violencia de género como causa de maltrato infantil”, Cuad. Med Forense, 12, 2006, pp. 43-44.

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.

DEFENSOR DEL MENOR EN ANDALUCÍA, Informe Especial, “Menores expuestos a violencia de género: víctimas con identidad propia”, 2012.

EUROPAPRESS, “Más de 8.000 maltratadores hicieron cursos de reeducación el año pasado”. Disponible en: <http://www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia-mas-8000-maltratadores-hicieron-cursos-reeducacion-ano-pasado-tasas-recidencia-debajo-20141124092936.html>, 2014. Última consulta a 14 de abril de 2016.

LA DEFENSA PENAL DE OFICIO

Sandra de la Caridad Estrada Baralt

Licenciada en Derecho. Máster en Derecho Agrario. Profesor Asistente de la Universidad. Investigador agregado del Centro de Investigaciones Jurídicas. Secretaria del capítulo de La Habana de la Sociedad cubana de Derecho Laboral y Seguridad Social

Fecha de recepción: 5 de septiembre

Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: El derecho a la Defensa penal es un derecho fundamental, inviolable e irrenunciable que posee todo acusado y su materialización torna equiparable a las partes en el proceso, desde el punto de vista técnico. Doctrinalmente se reconoce como Defensa material la que es ejercida exclusivamente en forma oral e inmediata por el propio acusado; mientras que la Defensa técnica es conferida al imputado por parte de un abogado que defiende sus intereses en el proceso; siendo preferentemente un letrado de su elección; y en el supuesto de que el mismo no pueda o no quiera solventar los gastos, entonces se le designa uno de oficio. La asistencia jurídica gratuita fue reconocida desde el Derecho Romano especialmente para los indigentes y personas que carecían de bienes y se fue extendiendo y perfeccionando hasta nuestros días, formando parte además de las regulaciones de los organismos internacionales en materia penal. En Cuba el derecho a la Defensa está recogido en el artículo 59 de la Constitución y desarrollado en la Ley de Procedimiento Penal, y constituye un deber del Estado asegurar su cumplimiento. En nuestro ordenamiento procesal, el derecho a la Defensa técnica de oficio se regula aisladamente, en los artículos 194; 281; 282; 346. 4 c), 5, 6 b); 415. 8 y 13; 461 y 487.1; requiriéndose de modificación a los efectos de una presencia más temprana e importante del defensor, conforme a las tendencias más modernas del Derecho. El problema teórico que aborda el artículo es la necesidad del incremento consciente de la profesionalidad y motivación en el ejercicio de la Defensa penal de oficio; por lo que el problema está directamente localizado en la persona del defensor y su ejercicio profesional, aunque se esbozan las necesidades de cambio legislativo. El enfoque del tema es cualitativo, dirigido a fomentar el debate científico, enriquecer la actuación de los abogados y mostrar ideas para perfeccionar el funcionamiento del aparato judicial.

ABSTRACT: Penal defense right is an accused's fundamental, unfringeable and unrenounceable right and it equalizes the parts in penal process. This right is imprescriptible in a process and its materialization became comparable the parts in the litigation, bearing in mind that it plays a contradictory role with regard to the public prosecutor. In a penal doctrine the material defense is practiced exclusively in oral and immediate form by the imputed, while the technical defense is exerted by a lawyer. The imputed can select his lawyer but he does not want it or he does not have money for it the penal system designs a penal defense counsel for him. The free legal aids was recognized since the Roman Right especially for the indigents and people that lacked goods, and it was extending and perfecting until our days being part besides the international regulations in penal matter. Cuban penal defense right is a Constitutional regulation. It is regulated in an article 59 and Cuban State secures accomplish of regulating. The Penal Procedure Law regulates the penal defense counsel in different articles such as: 194; 281; 282; 346.4c), 5, 6b); 415.8, 13; 461 and 487.1 but it is necessary their modification in order to obtain an earlier participation of lawyer in a process according to modern tendencies of law.

PALABRAS CLAVE: Defensa penal, defensa de oficio, abogado y acusado.

KEY WORDS: Criminal defense office, lawyers, accused.

SUMARIO. I. Introducción. II La Defensa penal de oficio. 2.1 Antecedentes. 2.2 La Defensa penal de oficio en Cuba. 3. La Defensa de oficio a la luz del Derecho Internacional. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la Defensa, es un derecho fundamental, garantía y principio que presupone la contradicción del proceso y que es clave para el eficaz desenvolvimiento del proceso penal; estando recogido en las Constituciones y en las regulaciones de los organismos internacionales.

Los intereses contradictorios de las partes están permanentemente presentes en el Derecho Penal, a saber: los intereses del imputado con su derecho inmanente a la Defensa y los de la sociedad con su deber de rechazar y corregir la conducta punitiva.

Cuando el sistema procesal penal de cualquier Estado, asegura que se materialice la posibilidad real de todo acusado de defenderse de los cargos que se le imputan, es cuando podemos afirmar que las garantías procesales no son meramente declarativas, sino que son efectivas. Y este derecho le asiste a todo acusado indefectiblemente; aún y cuando el mismo no desee ser defendido.

Los análisis en cuanto al alcance de este derecho han ido evolucionando a través de la historia, abriendo cada vez más el abanico de oportunidades que representa, recogiendo un conjunto de derechos que el acusado puede hacer valer en cualquier momento del proceso; y solicitándose en el mundo cada día con más fuerza que aún en la fase de la investigación preliminar de los procesos, la presencia del abogado designado o de oficio, sea indispensable.

Los estudios modernos en la materia conceptualizan que el Estado de Derecho se caracteriza por el hecho de que sus normas constitucionales y leyes secundarias precisan los límites de poder estatal frente a sus gobernados. Por lo que ello presupone siempre, que la persona a la que se le impute la comisión de determinado delito, es titular de un conjunto de derechos y garantías frente a las autoridades que se encuentren a cargo de la investigación y persecución por el hecho, así como frente de aquellas que se encarguen de la administración de justicia¹.

Por lo expuesto, actualmente se profundiza en los estudios acerca de la importancia de la participación efectiva del imputado en el proceso, del momento oportuno para el nombramiento del defensor y de la imperiosa necesidad del llamamiento del abogado en la declaración inicial del sospechoso.

Es necesario realizar una breve distinción entre las expresiones latinas *pro bono* y *ad honorem*; las que en su interpretación literal poseen similitudes; pero tienen un elemento conceptual diferenciador que establece una frontera entre ambas. Así, la primera significa *para el bien público*; mientras que la segunda se refiere a *por la honra*.

Ambas frases hacen alusión al trabajo desarrollado regularmente desde el punto de vista jurídico; aunque bien es factible que se refiera a otra profesión u oficio, realizado voluntariamente y sin retribución monetaria alguna por el bien del interés público; distinguiéndose en el caso del *pro bono* que se refiere a trabajos de ámbito público, mientras que el *ad honorem* designa al ámbito privado.

La abogacía *pro bono* constituye el ejercicio de la profesión de manera gratuita, en causas vinculadas con la defensa del interés público; lo cual se diferencia de la abogacía de oficio la que tiene por objetivo la defensa del ciudadano, de manera voluntaria y la retribución corre a cargo del Estado o de instituciones creadas al efecto.

¹ V. ADATO, “*Derechos de los detenidos y sujetos a proceso*”, Editorial Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Autónoma de México, 2000. p.3.

La Defensa de oficio tiene como objetivo satisfacer la garantía del ciudadano a la tutela jurídica, respetando el derecho a la defensa de todo acusado ante la Ley; así como la asistencia necesaria para que el mismo pueda iniciar un proceso judicial; asegurándole un proceso con las máximas garantías de igualdad e independencia.

Doctrinalmente se reconoce como Defensa material la que es ejercida exclusivamente en forma oral e inmediata por el propio acusado; y se materializa por medio de las declaraciones que el imputado realiza durante el proceso, pudiendo hacerlas cuantas veces desee, siempre que sean pertinentes conforme a Derecho. Por lo que cabe considerar que la declaración del acusado, más que un medio de prueba, es un verdadero medio de ejercitar por él mismo su defensa².

Por otra parte, la Defensa técnica es conferida al imputado por parte de un abogado que defiende sus intereses en el proceso, siendo preferentemente un letrado de su elección; y en el supuesto de que el mismo no pueda o no quiera solventar los gastos, entonces se le designa uno de oficio. Esta Defensa se ejerce mediante instancias, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de Derecho sustantivo y procesal, tratándose de conocimientos que en la mayoría de los casos, el acusado no posee³.

El análisis del tema se considera estratégicamente procedente y de utilidad práctica; abordando como problema teórico en la Ponencia la necesidad del incremento consciente de la profesionalidad y la motivación individual en el ejercicio de la Defensa penal de oficio.

Para el establecimiento de las consideraciones discurrimos por el análisis de contenido doctrinal y de la legislación vigente en materia penal, analizando el texto de la ley y evaluando la práctica profesional, con el objetivo de generar el marco teórico y dar respuesta al problema planteado; con un método interpretativo-descriptivo, no experimental; enfatizando en las particularidades de la Defensa de oficio, desde una implicación personal del tema.

Aunque las consideraciones generales del tema transitan por el análisis de lo regulado en el ordenamiento jurídico cubano en cuanto a la Defensa de oficio, y se esbozan las necesidades de perfeccionamiento legislativo; el problema teórico está directamente enfocado en la persona del defensor y su ejercicio profesional, basándonos para nuestro estudio en la frase de Carnelutti, que expresara: “...como la belleza de una música, la bondad de una ley no depende solo de quien la compone, sino de quien la ejecuta⁴”.

Por tanto el enfoque del tema es cualitativo, con la aplicación del método histórico-lógico; que permitió conocer la evolución y desarrollo de la institución objeto de estudio, con marcado carácter sociocrítico dirigido a fomentar el debate científico y enriquecer la práctica profesional, con vistas a favorecer el perfeccionamiento de la impartición de justicia en nuestro país, en el caso específico que compete a la Defensa de oficio.

II. LA DEFENSA PENAL DE OFICIO

2.1. Antecedentes.

En Roma, conforme a la institución del patronato, se reguló que ningún ciudadano de la clase ínfima podía quedar sin defensor. Muchos emperadores de la época, como Augusto y Trajano, con la intención de evitar los abusos, prohibieron totalmente los honorarios; mientras que otros fijaron

² V. DOMINGO, “*Lex Nova*”, Burgos No. 23, 2008.

³ Ídem.

⁴ Francesco Carnelutti. (Udine 1879- Milán 1965). Abogado italiano.

montos razonables, como Claudio, Nerón y Alejandro Severo. Sin embargo, desde una época anterior a esta, no determinada con exactitud, surgió la costumbre de designar abogados de oficio. De esta forma se materializaba la asistencia jurídica gratuita, especialmente a los indigentes y a aquellas personas que carecían de bienes por su situación crediticia, dentro de un procedimiento de sorteo, mediante el cual el nombre del abogado se recogía en una urna, recurriendo a la suerte, bajo la fórmula pretoriana: *“Si non habent advocatum, ego dabo”*. Esta oportunidad se les otorgaba a todos los acusados, salvo que ellos eligieran una mejor Defensa.

El emperador Constantino, influenciado por el Cristianismo, reiteró la Defensa gratuita para los pobres, permitiéndoles presentar sus demandas directamente a él. En el Código Justiniano se dispuso que se sancionaba al abogado que se negara a aceptar la designación de oficio y por consiguiente era borrado de las listas. De esta forma podemos afirmar que en Roma, quedó establecida la institución de la asistencia jurídica gratuita en la Constitución (término usado por analogía con las modernas constituciones; pues los romanos no poseían Ley de Leyes, sino que sus instituciones eran basadas en la tradición).

Las invasiones bárbaras en muchos aspectos trajeron costumbres jurídico-penales diferentes a las del Imperio Romano; pero a medida que el señor feudal fortalecía su poder se hacía más uniforme el Derecho. El Derecho Canónico que comenzó como un simple ordenamiento jurídico disciplinario, creció llegando a ser un complejo sistema de Derecho positivo y en el mismo la asistencia judicial gratuita alcanzó organización, extendiéndose desde este hacia otras legislaciones.

En el Fuero Juzgo, elaborado en León en 1241, por el rey Fernando III de Castilla; que fue el cuerpo de leyes que rigió en la península Ibérica durante la dominación visigoda, no solo se colocaba a los pobres bajo la protección de los Obispos; sino que con el fin de nivelar la fuerza procesal, se prohibió al rico que litigaba contra el pobre, hacer uso de un Procurador de mayor fortuna que el de su adversario.

Las Siete Partidas que fue un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X El Sabio (1252-1284), preceptuaba que los jueces podían obligar a los abogados a defender gratuitamente a las viudas, huérfanos y otros menesterosos.

Posteriormente la Ordenanza de Abogados de 1495 de los Reyes Católicos, incluidas en la Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567, se ordenaba que los abogados defendieran a los pobres *“de gracia y por amor a Dios”*.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 reguló algunas de las garantías de las leyes anteriores con ciertas modificaciones hasta que retornaron al Sistema Inquisitivo y posteriormente en 1882 se establece definitivamente esta Ley, regulando la división del proceso en parte inquisitiva (fase sumarial) y la parte acusatoria (juicio oral). La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 17 de septiembre de 1882 fue extendida a Cuba y a Puerto Rico, por la Metrópoli española, mediante el Real Decreto del 19 de octubre de 1888, entrando en vigor el 1 de enero de 1889.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal en el Título V denominado “Del Derecho a la Defensa y del beneficio del pobre en los juicios criminales” estableció la garantía del imputado a nombrar un Defensor a partir de la notificación del auto de procesamiento⁵. Esta Ley estuvo vigente en nuestro país por espacio de 85 años, hasta el 7 de enero de 1974.

⁵ E. BRITO, *“Ley de Enjuiciamiento Criminal”*, Colección Legislativa de Bolsillo, Volumen V, Editor Jesús Montero, 1955, p. 32.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal fue modificada por la Ley No. 1251 de 26 de junio de 1973, que estableció los principios procesales socialistas; pero al modificarse en la nueva promulgación el auto de procesamiento por el de aseguramiento del acusado, requiriéndose entonces de la aplicación de medida cautelar para la consideración del acusado como parte del proceso penal; ello hizo que se dilatara esta importante posición del imputado en el caso, con la consiguiente tardía presencia del abogado.

La Ley No. 1251 de 26 de junio de 1973 fue modificada por la actual Ley No. 5 de 1977, Ley de Procedimiento Penal, la que ha sido modificada posteriormente en los años 1985, 1991 y 1994, a los efectos de atemperar la norma a las transformaciones de la sociedad y para asegurar cada vez más la tranquilidad y seguridad ciudadana.

2.2. La Defensa penal de oficio en Cuba.

Los estudiosos coinciden en afirmar que desde la colonización hasta 1879, no podemos hablar propiamente de un Derecho penal cubano, en la forma en que lo concebimos actualmente. Para definir la situación del período mencionado se plantea que la justicia penal se aplicaba arbitrariamente, sin limitaciones. Las leyes de Castilla y las de Indias solo rigieron en apariencia, pues los tribunales no se atenían a las mismas y se administraba justicia conforme a la costumbre.

A partir de 1848 y con énfasis en 1879 los tribunales comenzaron a sesionar bajo la inspiración del Código Penal español, considerándolo inicialmente como ley supletoria. El Código Penal español de 1870 se hizo extensivo a Cuba por Real Decreto del 23 de mayo de 1879; hasta que el Código de Defensa Social, promulgado por el Decreto Ley No.802 de 4 de abril de 1936 y publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 108 de 11 de abril de 1936 sustituyó al Código de 1870.

De modo que surge y se articula nuestra legislación sustantiva y adjetiva en la materia, bajo la inspiración de la legislación proveniente de la Península, coexistiendo con algunas disposiciones internas como las de la Capitanía General de 4 de mayo de 1841 y 6 de mayo de 1854, sobre armas prohibidas y licencias para su uso, respectivamente; solo por citar algunos de los escasos ejemplos de normativas internas de la época.

En el período de la República de Cuba en Armas se promulgaron cuatro Constituciones mambisas bajo la cobertura del liberalismo decimonónico y la lucha anticolonial; de las cuales solamente la Constitución de Guáimaro del 10 de abril de 1869 y la Constitución de La Yaya de 5 de octubre de 1897 recogen algunos derechos civiles y políticos, como reflejo de la influencia recibida de la Carta Magna de las Trece Colonias de Norteamérica de 1776 y de la Constitución francesa de 1789. Pero en la regulación de derechos de las Constituciones de Guáimaro y La Yaya no se establecen preceptos garantistas para el disfrute de los derechos proclamados⁶.

La Constitución de 1901, promulgada mediante la Orden Militar No. 181 del Gobierno Militar de la Isla de Cuba, el 20 de mayo de 1902, contemplaba un grupo de derechos civiles y políticos que tenían los ciudadanos frente al poder estatal nacional; lo que constituía un reflejo de las doctrinas del constitucionalismo liberal estipuladas en las Cartas Magnas de Francia y de los Estados Unidos.

La Constitución de 1901, que aprobó un articulado avanzado para la época, incluyó como novedad un texto que ha servido de referente hasta la actualidad en el que se expresaba que: *“nadie puede ser procesado ni sentenciado sino por un Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito”*⁷. No obstante la novedad, el texto constitucional resultó inoperante y posteriormente se dictaron diferentes modificaciones legislativas al respecto.

⁶ J. BULTE, *“Historia del Estado y del Derecho en Cuba”*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

⁷ Ídem p. 218.

La Constitución de 1940, promulgada en el período más importante de la etapa neocolonial, en relación con el reconocimiento de derechos y garantías, como consecuencia de la lucha de la clase obrera de la década del 30, recogió muchas de las expectativas de las clases menos favorecidas, e incluyó un título IV denominado Derechos Fundamentales, que ha servido de referente hasta la actualidad. En materia de derecho a la Defensa, se incluyó la institución de Habeas corpus que constituyó un procedimiento con garantías específicas a los efectos de contrarrestar las detenciones ilegales.

No obstante la regulación de derechos y garantías ciudadanas de la Constitución de 1940, la misma no tributó los beneficios esperados, pues con el golpe de Estado del 10 de marzo de 1952 gestado por Fulgencio Batista y Zaldívar se suprimieron todas las garantías constitucionales y se promulgó la Ley Constitucional de 1952 que implicó un retroceso en cuanto a la legitimidad y el reconocimiento de las garantías.

En cuanto a la regulación en la materia, el Reglamento No.1 del Régimen Penal del Ejército Rebelde, dictado el 21 de febrero de 1958, dispuso en el artículo 5 que: *“Cada Comandante constituirá por designación de su Jefe y oído el Auditor, su respectivo Consejo de Guerra ordinario, mediante la presidencia de aquel o de quien designe en su lugar y el nombramiento de otros dos miembros escogidos entre Auditores y Oficiales, estos de igual o superior grado que el acusado. Este designará Defensor. En su defecto se le nombrará uno de oficio. El Fiscal será designado por el Comandante”*.

Al triunfar la Revolución cubana se hizo necesario el restablecimiento del orden constitucional vulnerado y en tal sentido se dictó la Ley Fundamental de 1959, que mantuvo los postulados de la Constitución de 1940, con los cambios necesarios conforme al nuevo programa socioeconómico y político, en contraposición al constitucionalismo social burgués.

Es con la promulgación de la Constitución socialista de 1976 que el derecho a la Defensa adquiere rango constitucional en nuestro país. En esta Constitución, en el Capítulo VII denominado Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales, en el artículo 59 se estipula el principio de bilateralidad del debate, al considerar inocente a toda persona mientras no se dicte fallo condenatorio contra la misma, con las garantías y formalidades que prevén las leyes, y se reconoce el derecho de todo acusado a la defensa, lo cual presupone un juicio oral público y contradictorio.

La materialización del cumplimiento del citado principio, entre otros órganos, es observada en su función controladora por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular. Sin embargo se ha reiterado por los tratadistas la necesidad de rescatar e instituir el Tribunal de Garantías Constitucionales para el control y la salvaguarda de los postulados refrendados.

El Dr. Juan Mendoza Díaz, en su obra “Lecciones de Derecho Procesal”, realiza un estudio sobre la manifestación del principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico y alega como en la propia exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, se expresa que la desigualdad que se manifiesta en la primera fase del proceso ha sido deliberadamente introducida por el legislador, para retomar la ventaja que ha alcanzado el delincuente en este momento. Sobre el tema argumenta Mendoza como esta posición ha ido cambiando en muchas legislaciones, eliminando los privilegios que se conceden a favor del Estado en la fase sumarial, tratando que prevalezca la igualdad de las partes; facilitando entre otros elementos la presencia más temprana del abogado en el desarrollo de las investigaciones.

En la Ley No. 5 del 14 de agosto de 1977 “Ley de Procedimiento Penal”, el derecho a la Defensa técnica de oficio se regula aisladamente, en los artículos 194; 281; 282; 346. 4 c), 5, 6 b); 415. 8 y 13; 461 y 487.1; como se expone:

“Artículo 194: Si al hacerle la prevención a que se refiere el Artículo 186, el testigo manifestare la posibilidad de hallarse ausente del país en la oportunidad probable en que habrá de celebrarse el juicio oral, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte

o incapacidad física o intelectual al tiempo expresado, se hará saber al acusado que, si no lo ha hecho aún, puede en un plazo de veinticuatro horas nombrar Defensor o, en su defecto, se le designará de oficio, para que intervenga en la práctica de la declaración...”

“Artículo 281: Formuladas las conclusiones por el Fiscal o, en su caso, por el acusador particular, el Tribunal...y dispondrá se requiera a los acusados...con entrega de las copias presentadas a fin de que designen Abogados para su defensa,...bajo el apercibimiento de que, de no hacerlo en el acto o, a más tardar, dentro de los cinco días hábiles, se les nombrará Defensor de oficio”.

“Artículo 282: Transcurrido el plazo de cinco días hábiles a que se refiere el Artículo anterior sin que los acusados ...hayan hecho las designaciones de los Abogados de su elección, o no personados los mismos, se les designará de oficio...”

“Artículo 346. Las sesiones del juicio oral pueden suspenderse, de oficio o a instancia de parte, cuando:

4 c) si el que enferma repentinamente es el Defensor del acusado, el Tribunal...dispondrá se instruya a un Abogado de oficio en aptitud de asumir la defensa...

5. habiendo varios Defensores, alguno no comparezca al inicio...se suspenderá para una fecha posterior que no excederá de cinco días hábiles y se nombrará Defensor de oficio...

6. b) si el incompareciente es el Defensor del acusado se procederá del modo señalado en el inciso anterior, excepto en el caso en que el Defensor o al acusado se le hubiere apercibido, en el acto de su citación, que de no asistir dicho Defensor se nombraría el de oficio...”

“Artículo 415. La declaración de índice de peligrosidad predelictiva de conducta antisocial, se decide sumariamente por el procedimiento siguiente:

8. una vez que el Tribunal considere que el expediente se encuentra completo...En el acto de la comparecencia es obligatoria la intervención del Fiscal y de un Defensor designado por el interesado o, en su defecto, nombrado de oficio.

13. el Tribunal Provincial Popular, recibidas las actuaciones, realizará dentro del término de cuarenta y ocho horas, una comparecencia en la que oirá al Fiscal, al presunto asegurado y al Defensor designado por el interesado o, en su defecto, nombrado de oficio...”

“Artículo 461. El Tribunal, de estimar completas las diligencias necesarias para proceder, dará traslado del rollo de revisión y de las actuaciones al Fiscal y después al Defensor y si éste no estuviere designado, al que se nombre de oficio...”

“Artículo 487. 1 Si el acusado no estuviere representado por Defensor, se le concederá el término de cuarenta y ocho horas para que lo designe, apercibiéndolo de que, de no hacerlo, se le nombrará de oficio”.

Lo anterior demuestra que existe dispersión y aislamiento en la regulación de la intervención del Defensor de oficio y en la práctica diaria acontece que una vez que el acusado resulta parte del proceso, y designa al Defensor de su elección, muchas veces el mismo no es notificado oportunamente de las diligencias de prueba que se realizan con su representado, resultándole imposible comparecer en el tiempo que se consuman las mismas. Así como se evidencia que la forma de practicarse las pruebas de rigor varían en su ejecución de un órgano policial a otro, no obstante a estar todos sujetos a idéntica normativa legal.

Por otra parte se considera necesario especificar que resulta omisa nuestra legislación en cuanto a la posibilidad de la autodefensa del imputado.

Conforme al artículo 249 de la Ley de Procedimiento Penal, el acusado solo es parte en el proceso cuando se le impone una medida cautelar, y entonces puede nombrar abogado, teniendo derecho a una Defensa técnica; así que si no se dicta contra el mismo ninguna medida cautelar; el acusado viene a ser parte cuando reciba las Conclusiones provisionales del Fiscal, y es cuando puede designar abogado, tener acceso a la fase preparatoria, presentando pruebas a su favor; mientras que el Fiscal es parte desde el nacimiento del proceso y su posición no está condicionada a ningún término. Pero las tendencias más modernas del Derecho abogan por una modificación legislativa que contemple la anhelada presencia más temprana e importante del abogado en el proceso.

La aplicación práctica del artículo 249 evidencia la primacía del rol del órgano policial en esta fase del proceso, con mayor fortaleza institucional, denotando el predominio de elementos del sistema inquisitivo, lo que atenta contra la eficacia de la Defensa técnica, lo que demanda modificación.

Aunque existe en el país la posibilidad de la materialización de todas las garantías establecidas para los casos en que los acusados o sus familiares, desean por cualquier causa cambiar el abogado designado por otro de su elección, esta posibilidad no se encuentra taxativamente regulada para los casos de abogados de oficio, lo que también constituye una necesidad en nuestro ordenamiento.

Existe la creencia errónea en algunas personas de considerar a los defensores de oficio en Cuba, como abogados estatales; resultando que los mismos pertenecen a una organización autónoma creada por ley, que posee suficiente independencia y es la Organización Nacional de los Bufetes Colectivos.

Desde el triunfo de la Revolución, el ejercicio de la abogacía sufrió diferentes modificaciones legislativas. Posteriormente en 1962 se aprobó un nuevo Estatuto del Colegio de Abogados de La Habana, que derogaba el establecido en 1949 y el 21 de diciembre de 1964, la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de La Habana, propuso al Ministerio de Justicia la creación de los Bufetes Colectivos.

El Ministerio de Justicia dictó la Resolución No. 18 del 22 de enero de 1965 que aprobó la creación del primer Bufete Colectivo de La Habana sujeto a la jurisdicción del Colegio de Abogados de La Habana; y convierte al Bufete en una dependencia de este Ministerio. No obstante, hasta el año 1974 coexistieron ambas modalidades de ejercicio profesional, el privado y el de los Bufetes Colectivos del Ministerio de Justicia.

Posteriormente con la promulgación del Decreto Ley No. 81 de 8 de junio de 1984, sobre el ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, se ratifica la importancia de la intervención del Defensor en el proceso penal, como elemento distintivo de la Defensa técnica.

El papel del abogado de oficio en Cuba, difiere de la función que desempeñan los mismos en otros países; teniendo en cuenta, entre otros elementos, que las tarifas que se cobran en los Bufetes Colectivos no son extraordinariamente elevadas, lo que conlleva a que el servicio sea regularmente accesible para gran parte de la población. La situación inversa se presenta en muchos países; donde los honorarios a pagar por los clientes pueden ser excesivos; lo que ha conducido a que se hayan creado instituciones, incluso ocasionalmente pagadas por el Estado, que se dedican únicamente a la Defensa de oficio, conocida como Defensa pública; pues las personas de bajos ingresos no tienen la posibilidad de contratar los servicios profesionales en este sector.

Un reto que presenta la Defensa de oficio en Cuba, es el logro de una mayor profesionalidad; pues aunque el país cuenta con abogados muy preparados y con elevada disposición para el ejercicio; en la práctica se observan algunas defensas con cierto grado de superficialidad y que transmiten un mensaje de desinterés por parte del defensor, en lo cual influyen distintos factores entre los que se encuentran: la preparación del jurista; la cultura general que el mismo posea, y en especial, la cultura jurídica; la organización y nivel de ocupación ante cada caso; y puntualmente la valentía que el mismo demuestre para plantear los problemas, los responsables y sus soluciones, cumpliendo con la ética, obedeciendo a la ley y esgrimiendo una verdadera tutela de los intereses de su cliente.

Otro desafío a resolver a nivel institucional por la Organización Nacional de Bufetes Colectivos es la forma determinante en que repercute en la calidad del trabajo, cuando los letrados se sobrecargan con gran cúmulo de procesos, actuando sin descanso en innumerables casos, ya sea como abogado designado o como abogado de oficio.

La causa de la excesiva contratación, circunstancialmente puede responder a la necesidad del cumplimiento del plan de ingresos mensuales que posee el abogado; como también puede tener un sustento económico y ello analizando la vinculación directa y proporcional que tiene el aumento del número de contrataciones con la mayor obtención de ingresos. Pero resulta válido preguntarse ¿el elevado número de procesos en tramitación, es o no proporcional a una disminución del tiempo individual de estudio de cada caso; y por ende una menor eficacia en el desempeño profesional? Interrogante que demanda el análisis profundo de la Organización y la respuesta idónea del letrado ante cada caso concreto.

Los abogados, en respuesta a los debates que se suscitan sobre la pertinencia del número de casos a tramitar en los diferentes períodos de tiempo realizan distintas alegaciones; pero la proporción mayor de las respuesta vincula el trabajo desenfrenado con la presión económica; por lo que queda para el estudio, análisis y respuesta de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, si los salarios de sus trabajadores son estimulantes o no.

Otra problemática que merece especial atención es la relacionada con los casos en que el Tribunal, solicita los servicios de algún abogado presente en la Sala de juicio, para cubrir la ausencia del abogado de oficio, evitando con ello la suspensión de las vistas y en la práctica, siempre los abogados acceden a tal requerimiento; pero también caben las preguntas:

- ¿Qué puede ocasionar mayores complicaciones, el elevado índice de suspensiones de juicios, o la celebración del mismo con insuficiente tiempo para el estudio de la Causa, por parte del abogado que eventualmente asume esta responsabilidad?;
- ¿Puede considerarse que una entrevista previa por un breve espacio de tiempo con el acusado, antes de la celebración del juicio y la lectura de la Causa, proveen al abogado, de todas las herramientas para una verdadera Defensa técnica?;
- ¿Puede considerar el abogado que de no acceder a la solicitud impostergable del Tribunal, está contribuyendo a obstruir el eficaz desempeño de la maquinaria judicial?;
- ¿Qué motor impulsa la participación de los letrados en juicios que no tenían previamente programados; apoyar al Tribunal o incrementar el número de procesos, que le redunden en mayor beneficio económico al final del mes?

Una alternativa que requiere estudio y se vislumbra como parte de la solución para perfeccionar el trabajo de las Defensas de oficio, es el logro de la especialización de los abogados que realizan tales funciones, lo que teóricamente se ha planteado por algunos estudiosos que pudiese conllevar a resultados más favorables para el cliente, con implicaciones positivas en el desempeño del aparato judicial. Pero ante esta presunta restrictiva especialización, tal vez por materias dentro del propio Derecho Penal, se levantan las siguientes interrogantes en el colectivo de abogados y en la Organización:

- ¿Desean los miembros de la Organización especializarse, dentro del propio Derecho Penal, para el ejercicio de la Defensa en solo determinados delitos de la Parte Especial de nuestro Código?
- ¿Sería objetivo de la Organización, por ejemplo, preparar abogados que solo se dediquen a ejercer la Defensa de los acusados de Delitos contra la Administración y la Jurisdicción, si

luego las estadísticas muestran que no son estos los delitos que más se comenten en un territorio determinado?

- ¿Cuenta la Organización con un número de miembros tal, que pueda dar respuesta a una especialización tan específica, sin poner en peligro el cumplimiento del Derecho a la Defensa que tiene todo acusado?

Desde el punto de vista teórico, el trabajo de perfeccionamiento de las Defensas de oficio debe estar encaminado a lograr que los abogados perciban su trabajo como lo que realmente es, una de las misiones más altruistas que pueden realizar desde su profesión, para alcanzar el bien común. En este sentido, el abogado de oficio debe tener la convicción de que no solo está trabajando para sí mismo y en función de su cliente; sino que también está contribuyendo a que el Estado cumpla con su obligación de asegurar el acceso a la justicia a todas las personas; y en la medida que el defensor interiorice esta idea, se sentirá más comprometido con prestar un servicio de interés general desde la perspectiva de la asistencia judicial gratuita; pero siempre con la óptica de la mayor profesionalidad.

Requiere también un seguimiento puntual el dejar establecido en la mentalidad de cada abogado, que deben representar el mismo esfuerzo, el mismo compromiso y la misma entrega, tanto las causas en las que se ejerce como abogado designado, como cuando funge como abogado de oficio; pues sucede que en la práctica se observa la diferente motivación, aún en colegas de reconocido prestigio profesional, y lamentablemente este reflejo llega hasta el cliente, que es última instancia la motivación más importante de cada profesional del Derecho.

III. LA DEFENSA DE OFICIO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL.

El derecho a la Defensa gratuita por un abogado de oficio, o abogado de turno, es reconocido internacionalmente en diferentes textos jurídicos; que vinculan puntualmente a los Estados firmantes, lo que convoca a la comunidad internacional a su estricta vigilancia y cumplimiento.

En el caso específico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, la misma no es considerada un tratado internacional; sino una norma de Derecho Internacional consuetudinario, dada su amplia aceptación. El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estipula que: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”*

También el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 6 Derecho a un proceso equitativo, regula que; 3: *“todo acusado tiene como mínimo, los siguientes derechos; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”*.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) fue adoptado al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y ambos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos comprenden la Carta Internacional de los Derechos Humanos. El mismo fue otorgado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, (ratificado por Cuba) y regula en su artículo 14 el derecho de los acusados a: *“...b) disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección,...d) defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección, a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste de tenerlo,..., a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica o CADH), suscrito el 22 de noviembre de 1969, y entró en vigor el 18 de julio de 1978, es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, (no ratificada por nuestro país) en su artículo 8 dispone que: *“toda persona inculpada de delito tiene derecho a ser asistida por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”*.

Sobre el tema de referencia, la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, en su artículo 40. 2 expresa que: *“...los Estados Partes garantizarán, en particular,... b) D que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; III) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente,...en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado...”*.

Podemos entonces precisar que la función del Defensor, sea designado o de oficio, como un garante jurídico constitucional de la presunción de inocencia del inculcado, alcanza los más altos niveles normativos en los Tratados y Acuerdos internacionales en la materia.

IV. CONCLUSIONES

1. La asistencia jurídica gratuita fue reconocida desde el Derecho Romano, especialmente para los indigentes y personas que carecían de bienes, y se fue extendiendo y perfeccionando hasta nuestros días, formando parte además de las regulaciones internacionales en materia penal.
2. Resulta evidente que la Defensa en el proceso penal es un derecho inviolable e irrenunciable que posee todo acusado y de su eficaz ejercicio se derivan en cierta medida las demás garantías procesales; por lo que el mismo es comparado con el derecho a la vida.
3. El derecho a la Defensa es imprescriptible en el debido proceso y su materialización permite que se tornen equiparables las partes en la litis, teniendo en cuenta que juega un papel contradictorio con respecto al Ministerio Fiscal.
4. Para la materialización de la Defensa técnica no basta con que se cumpla con la condición de que la misma sea ejercida por un profesional del Derecho, y que el abogado realice un estudio completo del caso; es imprescindible que muestre una diligencia y entrega suficientes para obtener el mejor provecho a favor de su cliente y que en todo momento lo primordial sea actuar en función de los intereses del defendido.
5. El abogado asiste y representa a su defendido en todos los actos procesales no personales; pero también es importante el cumplimiento por el propio acusado de la Defensa material, que es ejercida exclusivamente en forma oral e inmediata por el imputado ante la autoridad policial o judicial correspondiente, y para la cual no solo requiere de su conocimiento o habilidad previa, sino que la dirección de un letrado lo puede ayudar de forma eficaz.
6. Constituye una necesidad revisar y modificar la Ley de Procedimiento Penal cubana en el sentido de garantizar la presencia cada vez más temprana y oportuna del Defensor, ya sea designado o de oficio, en la fase preliminar de las investigaciones, conforme a las exigencias actuales en la materia.
7. Un reto que presenta la Defensa de oficio, es lograr una mayor profesionalidad y motivación personal, a los efectos que el abogado manifieste la misma entrega, la misma pasión y el

mismo compromiso en los casos que ejerce como abogado de turno, que en los procesos en que actúa como abogado designado.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. A. DOUGNAC. “*Notas históricas en torno a la asistencia jurídica gratuita y la práctica forense en Chile*”, en Revista de Derecho Procesal. Universidad de Chile, 1973, pp. 26-27.
2. D. RIVERO. “*Ley de Procedimiento Penal*”. Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Segunda Edición, Ediciones ONBC. La Habana. 2012.
3. E. BRITO. “*Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. Colección Legislativa de Bolsillo. Editor Jesús Montero. 1955. p. 32.
4. *Código de Defensa Social*. Publicación de Legislación, Vol. III. Publicación oficial del Ministerio de Justicia. 1973.
5. J. BULTE. “*Historia del Estado y del Derecho en Cuba*”. Editorial Félix Varela. 2005.
6. J. MENDOZA. “*Notas para una reforma del Derecho a la defensa en el Proceso Penal cubano*.” En: “Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, presidente de honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales”. 2014. Coordinador Dr. Arnel Medina Cuenca. Ed. UNIJURIS.
7. J. MENDOZA. “*Principios del Proceso Penal*”. Trabajo editado en CD por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. 2002.
8. J. VEGA. “*Legislación penal de la Revolución*”. Ed. MINED. XX Aniversario. 1973.
9. “*Las Siete Partidas*”. Recuperado en: <http://historiageneral.com/2013/01/17-las-siete-partidas-leyes-de-la-antigua-castilla>
10. “*Ley de Enjuiciamiento Criminal española*”. Contendida en CD ROM de Legislación penal No. 1 del 2001- 2003. Consejo General del Poder Judicial. España.
11. “*Ley No.38 Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”. Gaceta Oficial No. 16 de 2 de febrero de 1959. pp.10-13.
12. M. QUEIROLO. “*El abogado de turno. Un sistema inconstitucional de trabajo forzado*”. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XVII, Montevideo, 2011, pp. 101-115. ISSN 1510-4974.
13. “*Principios básicos sobre la función de los abogados*”. Conclusiones del 8vo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Recuperado: <http://wwwl.umn.edu/humanrts/instree/spanish/si3bprl.html>
14. S. DOYHARCABAL “*Asistencia judicial gratuita en el Derecho Romano*”, en Revista chilena de “Historia del Derecho” No. 9, 1983, pp. 35 ss.
15. V. ADATO. “*Derechos de los detenidos y sujetos a proceso*”. Editorial Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. Universidad Autónoma de México. 2000. p. 3.
16. V. DOMINGO. “*Lex Nova*”. Burgos No. 23. 2008.

EL TRABAJO AUTÓNOMO. UNA FORMA DE EMPLEO PARA LOS JÓVENES EN CUBA

MSc Ydania Ochoa Suárez

MSc. Derecho Laboral y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba. 2015.
Asesora Jurídica Empresa Mayorista de Alimentos

MSc Alcides Antúnez Sánchez

MSc. Asesoría Jurídica. Profesor Auxiliar. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales.
Departamento de Derecho. Universidad de Granma.

Fecha de recepción: 5 de septiembre

Fecha de aceptación: 10 de octubre

RESUMEN: Las reformas económicas en los años 90 (del sector turístico, apertura a la inversión extranjera y a las remesas, legalización de cuentapropistas, creación de Unidades Básicas de Producción Cooperativa, reforma monetaria) ejecutadas en el “período especial”, no pudieron devolver a la sociedad cubana el nivel de vida que existía en el campo socialista, cuando la dependencia económica con la Unión Soviética llegó a un 85% en el pasado siglo. El ejercicio del Trabajo Autónomo, aperturado tiene como problema ¿Cuáles son los factores que afectan negativamente en el correcto desarrollo de las normas que regulan el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia, e incurrir en que los jóvenes no aprecien esta actividad como una opción de empleo? A partir de fundamentar un estudio teórico-exegético y comparado, que permita los cambios que deben operarse en las disposiciones jurídicas normativas reguladoras del ejercicio del Trabajo por Cuenta hacia la motivación e incremento del acceso de los jóvenes a esta opción de empleo. Para ello se utilizan los métodos histórico-jurídico, exegético-jurídico, histórico-lógico y el de análisis-síntesis.

ABSTRACT: The cost-reducing reforms in the years 90 (of the tourist sector, opening to foreign investment and to remittances, cuentapropistas's legalization, Unidades's creation Basic of Producción Cooperative, monetary reform) debtor whose property is attached in the especial period, they could not return the society Cuban the standard of living that was existing at the socialist field, when the cost-reducing dependence with the Soviet Union touched a 85 % in the past century. The exercise of the Autonomous Work, aperturado has like problem Which are the factors that they affect negatively in the correct development of the standards that they regulate the exercise of Work at one's own risk, and do they incur in that young people not appreciate this activity like an option of job? As from basing a theoretic exegetic and compared study, that it enable the changes that must be brought about in the juridical normative regulating dispositions of the exercise of the Work for Cuenta toward motivation and I increase in young people's access to this option of job. They utilize the historic juridical, exegetic juridical methods, historic logician for it and the one belonging to analysis synthesis.

KEY WORDS: Self-employed worker, juvenile job, public policies

SUMARIO: I. Los jóvenes y su relación con el trabajo autónomo como política pública II. El derecho comparado y los límites de edad y capacidad para el acceso al empleo III. El trabajo autónomo realizado por los jóvenes en Cuba IV. Conclusiones V. Bibliografía.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

En el escenario laboral cubano se vislumbran en el siglo XXI notables cambios, entre los cuales se destaca la intensificación del sector informal, con modificaciones que se van incorporando de manera gradual, al dejar de tutelar el Estado sectores no fundamentales, aparejado a ello en el ordenamiento jurídico se regulan las relaciones entre los sujetos que optan por realizar el Trabajo Autónomo; como parte de las decisiones tomadas en los procesos de disponibilidad laboral ejecutados en las formas de gestión estatal, al cual no escapan los jóvenes, las que se analizaron en el 6^{to} congreso tras la implementación de los Lineamientos de la política Económica y Social¹ para actualizar el modelo económico cubano.

La búsqueda epistemológica permitió constatar de investigaciones previas, dirigidas a conocer lo que sucede en la práctica social con las normas que regulan el Trabajo Autónomo en el sector juvenil nacional. No obstante, se pudo constatar la existencia de trabajos vinculados con el tema sobre el régimen especial de la Seguridad Social; desde la arista Constitucional, Laboral y Mercantil.² En la región de Iberoamérica, se constatan investigaciones sobre la temática por CHACÓN³, quien de forma sucinta señala a los jóvenes como grupo etéreo en correspondencia con el ejercicio del autoempleo, por otra parte RODRÍGUEZ⁴ los estudia desde la arista de las Políticas Públicas, enfatizando la necesidad de reformular éstas políticas. En correspondencia, fueron también revisados materiales sobre Teoría de la Legislación⁵, para determinar las insuficiencias que presentan las normas establecedoras del ejercicio del Trabajo Autónomo, las definiciones sobre que entender por joven de la -Organización Internacional del Trabajo y la Organización Mundial de la Salud-.

I.- LOS JÓVENES Y SU RELACIÓN CON EL TRABAJO AUTÓNOMO COMO POLÍTICA PÚBLICA

El concepto Juventud, es la edad situada entre la infancia y la edad adulta. Para ello la Organización de las Naciones Unidas, define a la juventud comprendida dentro del rango de edades entre los 10 y los 24 años.⁶ La Organización Mundial de la Salud (OMS), propuso en el año 2000 una escala de edades para la estratificación de la adolescencia y la juventud. La propuesta denominada "*La salud de los jóvenes: un desafío para la sociedad*", es una consideración genérica en períodos de 5 años, en los que términos como juventud y adolescencia resultan intercambiables entre los 15 y 19 años de edad. La Organización Internacional del

¹ Lineamientos Económicos y Sociales, VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, Editorial Ciencias Sociales, 2011.

² E. POLO MACEIRA e I. HERNÁNDEZ, "*El Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia, incidencia en la relación ingresos-gastos públicos*", Revista El economista en Cuba, 2014; Ferriol Molina, Guillermo, "*Los actores en las relaciones laborales en Cuba ante el nuevo escenario económico. ¿Los mismos de años atrás?*" en, Revista Catalejo, La Habana, 2013.

³ R.M. CHACÓN, "*Capitales urbanos para el desarrollo, sustentabilidad urbana y políticas públicas*", Revista Quivera, Número 1, México, 2009.

⁴ E. RODRÍGUEZ, "*Políticas Públicas de Juventud*", Centro Latinoamericano sobre Juventud, El Salvador, 2011.

⁵ M. PRIETO VALDÉS, "*Una mirada desde y para el Ordenamiento jurídico cubano: en defensa de los derechos*", Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba, Número 2, La Habana, 2013.

⁶ Panorama Laboral para América Latina y el Caribe, OIT.
http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/edit/docref/.../tra_independ.pdf.

Trabajo (OIT), ha definido a la juventud en el rango de los 15 y 24 años, reconoce a su interior dos grupos: los jóvenes adolescentes (15 a 19) y los jóvenes adultos (20 a 24).

La política nacional para la juventud en la región de América Latina, delimitan el límite de la edad entre los 15 y 29 años -edad juvenil-. Por lo que se justiprecia que la definición más genérica o que predomina de población joven es de 15 a 24 años. Toda vez que se separa entre la población joven adolescente de 15 a 19 años y la población joven adulta, de 20 a 24 años. Por lo que el concepto de juventud es heterogéneo y depende de las diferentes realidades nacionales.

Los y las jóvenes menores de edad desde la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁷, se incluye a los/las niños/as y a parte de los/as jóvenes bajo la denominación menores de edad; esto es, se agrupa a la niñez, desde la infancia, y a una parte de la juventud como población menor de los 18 años de edad. A partir de esta edad las personas devienen en adultos/as, con derechos, deberes y responsabilidades, civiles y penales. El criterio normativo o de un ejercicio mayor de derechos y obligaciones para los/as adultos/as prevalece sobre el criterio de delimitación socio-laboral de los 15 a 19 años y de los 20 a 24 años.

Para ello, los informes de la OIT adoptan el criterio para analizar la transición de la educación al trabajo para los y las jóvenes de entre 15 y 29 años, abarcando desde el término de la educación al primer empleo permanente o satisfactorio. Mientras que en la mayoría de otros contextos, un/a joven se define como una persona de entre 15 y 24 años; con el fin de analizar mejor la transición de la escuela al trabajo, el año final se amplía a los 29 años. Por lo que al examinarlos como grupo etáreo nos incorporamos al criterio de la OIT, de concebirlos entre las edades comprendidas desde los 15 a los 24 años. Lo que nos permitirá analizar *infra* los límites de la edad y la capacidad para acceder al empleo en los países contrastados del Trabajo Autónomo.

II.- EL DERECHO COMPARADO Y LOS LÍMITES DE EDAD Y CAPACIDAD PARA EL ACCESO AL EMPLEO

En todo este contexto al analizarse la región de Iberoamérica, apreciamos que la Ley de los Estatutos de los Trabajadores en España⁸, establece la prohibición de la admisión al trabajo de menores de 16 años, permite que los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar trabajos nocturnos, ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En Chile⁹, se considerarán mayores de edad los de 18 años. Los menores de 18 años y mayores de 15 podrán celebrar contratos de trabajo sólo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo. Al respecto, el Código de Trabajo de Ecuador¹⁰, establece limitantes, al prohibir el trabajo de los niños, niñas y adolescentes menores de 15 años con las excepciones que establezca el Código de la Niñez y Adolescencia.

Es así, que la Ley orgánica del trabajo en Venezuela¹¹, establece la Protección especial para niños, niñas y adolescentes que no hayan cumplido 14 años de edad, salvo cuando se trate de actividades artísticas y culturales y hayan sido autorizados por el órgano competente. El trabajo de los adolescentes se regula por las disposiciones constitucionales y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Por otra parte, la Ley General del Trabajo en Bolivia¹², establece los trabajos prohibidos a mujeres y menores de 18 años. Los que no

⁷Convención internacional de las Naciones Unidas, 1989.

⁸ Ley de Estatutos de los Trabajadores Españoles, BOE. Artículos, 6. 1, 6.2, 6.3, 6.4.

⁹ Código del Trabajo de Chile, Capítulo II sobre De la capacidad para contratar y otras normas relativas al trabajo de los menores se establecen en sus artículos del 13 al 18.

¹⁰Código de Trabajo de Ecuador. Artículo 11.Sobre la capacidad para contratar.

¹¹ Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela. Capítulo IV. artículo 32. De la protección especial para los niños, niñas y adolescente.

¹² Código del Trabajo de Bolivia. Artículo 52.

podrán ser ocupados durante la noche en las industrias.

En este mismo *iter* se pondera la edad y las prohibiciones o limitaciones establecidas para el ejercicio del comercio en España¹³, se establece la capacidad para contratar las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes. En éste país, el concepto de autónomo en cuanto al Régimen Especial de Seguridad Social para los Trabajadores Autónomos Españoles entiende como trabajador por cuenta propia o autónomo a “*Aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado, sea o no titular de empresa individual o familiar*”.

En el Código de Chile¹⁴, los hijos de familia y los menores que administran su peculio profesional en virtud de la autorización que les confieren los artículos 246 y 439 del Código Civil ejecutaren algún acto de comercio. El Código de Ecuador, el menor emancipado de uno u otro sexo, puede ejercer el comercio y ejecutar eventualmente actos de comercio. En correspondencia en Venezuela¹⁵, se define que son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual. En Bolivia¹⁶, las personas capaces para contratar y obligarse conforme a la Ley Civil, pueden ejercer el comercio los menores emancipados o habilitados que tengan 18 años de edad. Desde la perspectiva jurídica, se considera que la capacidad para el acceso al trabajo y para ejercer el comercio no pueden verse de forma aislada, pues se encuentran relacionadas entre sí, apreciándose la distinción de los países a esta parte etárea de la población joven, predominando la edad enmarcada por la OIT desde los 15 a 24 años edad, como los límites para la emancipación laboral.

LOS MODELOS ESTABLECIDOS PARA PREPARAR A LOS JÓVENES PARA EL EMPLEO

A partir del análisis realizados desde la arista laboral y mercantil, valoradas las acciones de la OIT en el fomento de políticas públicas en aras de preparar a los jóvenes para enfrentar la vida laboral, y poner en práctica programas de formación profesional como elemento crucial para avanzar en la erradicación de la pobreza, lograr un desarrollo sostenible con crecimiento y bienestar para todos.¹⁷ Permitted conocer la realidad, que en el siglo XXI el problema del empleo de los jóvenes continúa tanto en los países desarrollados como en los en vías de desarrollo, donde existe un número desproporcionado de hombres y mujeres jóvenes en situación de desempleo a largo plazo, obligados a trabajar de manera precaria o con contratos de corta duración. El 39% de los habitantes de América Latina y el Caribe se encuentran por debajo de la línea de pobreza. En correspondencia con lo hasta aquí analizado, se pondera la necesidad de una supervisión y una evaluación de los programas para examinar su eficacia.

Ante este panorama, los programas desarrollados en Iberoamérica, dirigidos a fomentar las políticas públicas propuestas por la OIT, están encaminados a la formación de los jóvenes destinados a prepararlos para desempeñarse en la vida laboral. Al respecto, CHACÓN¹⁸ señaló como concepto de Políticas Públicas, al conjunto de lineamientos, directrices, decisiones, estrategias, reglas, regulaciones, planes, proyectos y programas que desarrolla el Estado y todos los niveles de gobierno con la participación de la sociedad civil y que, articulados de manera consistente y entrelazados de forma coherente, señalan el camino lógico y el curso de acción pública para enfrentar los problemas públicos que amenazan el cumplimiento de los objetivos del desarrollo que buscan alcanzar el bienestar y el progreso de todos los ciudadanos.

¹³ Código de comercio español. Libro Primero. Título Primero. Artículos 4 y 5.

¹⁴ Código de Comercio de Chile. Artículo 10.

¹⁵ Código de Comercio Venezuela. Libro primero. Del Comercio En General. Título I. Artículos 10 y 11 De Los Comerciantes. Sección I

¹⁶ Código de Comercio de Bolivia. En su Título I. art 12, capacidad, art 13, menores emancipados.

¹⁷ Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012 la crisis del empleo juvenil un llamado a la acción, artículo 50 y 51.

http://www.ilo.org/public//spanish/region/ampro/cinterfor/rct/35rct/doc_ref/doc1/v_c.htm

¹⁸ *Op cit*, p.2

Ante esta realidad, los gobiernos de España, Chile, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Colombia, Guatemala, Perú, y Uruguay han puesto en marcha iniciativas para incentivar el autoempleo en las formas de gestión no estatal, a través del Programa de Fomento del Empleo Autónomo con "Chile-Joven", a través de Ley de Juventud para promover el empoderamiento de los jóvenes y la apropiación por parte de los jóvenes de sus derechos constitucionales, de las prerrogativas y deberes que les otorga con Fondos de Inversión para la Paz como parte del paquete de "Herramientas para la Paz", con el proyecto PROJOVEN, con el proyecto "Opción Joven", y con el "Proyecto Joven". Todos estos permitieron justipreciar que las Políticas Públicas de Juventud a consecuencia de los cambios de paradigmas, al decir de RODRÍGUEZ¹⁹ quien refiere que resulta imperioso reformular las políticas públicas vigentes en estos dominios, para lograr el pleno empleo, cuestión a las que nos afiliamos.

III.- EL TRABAJO AUTÓNOMO REALIZADO POR LOS JÓVENES EN CUBA

Los antecedentes históricos en el ordenamiento jurídico sobre la actividad vinculada al Trabajo Autónomo comienzan a la llegada de los colonizadores a Cuba por el primitivo grado de desarrollo social; los actos vinculados a la actividad del comercio eran incipientes, las primeras relaciones comerciales fueron entre grupos geográficos distantes que practicaban el trueque como actividad mercantil.²⁰

España, es el antecedente directo de la legislación mercantil, exhibe como la más antigua disposición sobre el comercio terrestre la contenida en el Título VIII, de la Partida 5^{ta}, referente a las ferias y los mercados con una data del siglo XIII. Continuando el *iter*, en 1762 durante la toma de La Habana por los ingleses el comercio cubano abrió sus puertas al resto del mundo por vez primera. Es así, que con la aparición de un nuevo Código de Comercio en España en 1885, surge para Cuba una legislación mercantil, la que comenzó a regir como legislación de ultramar la que continuó hasta el siglo XIX.

Con el triunfo de la Revolución en 1959, toda la base económica y social del país sufrió transformaciones radicales, pasando al sector estatal todos los sectores de la producción mercantil con la ofensiva revolucionaria en la década del 60. El Trabajo Autónomo no es un fenómeno nuevo, ha sido una consecuencia del sistema económico social, solo que con el triunfo revolucionario aunque no dejó existir, evidentemente su desarrollo se atenuó en la misma medida en que el Estado creó empleos y absorbió este sector informal de la economía, al ofrecer ocupaciones e ingresos seguros y estables.

Así las cosas, la regulación jurídica del Trabajo por Cuenta Propia en la etapa revolucionaria tiene como punto de partida el Decreto Ley No. 14 de 1978, referido como actividad permitida por el Estado a los médicos, estomatólogos, veterinarios, mecánicos dentales, optometristas y quiropedistas, a cargo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), como organismo de la Administración Pública. Es cierto, que hasta la década de los 80 se mantuvieron elevados índices de ocupación en el sector de la economía, limitándose la propiedad privada, la que sólo se circunscribió al área rural y a un grupo reducido de profesionales urbanos autorizados. Es también una realidad, que la forma de gestión estatal no pudo mantenerse a partir de la década de los 90, como consecuencia de la multiplicidad de factores internos y externos.

Como continuidad, en 1993 se promulga el Decreto Ley No 141 de 1993 "*Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia*", como alternativa o modalidad de empleo debido a la crisis económica que atravesaba el mundo con la caída del campo socialista del que Cuba no estuvo

¹⁹ E. RODRÍGUEZ, Políticas públicas de Juventud, hacia el reconocimiento de los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo, Centro Latinoamericano de la Juventud, OEI, 2014.

²⁰ L. VILA NOVA, Tesis de Maestría: "*El trabajo por cuenta propia en Cuba*", Universidad de Barcelona, 2005.

ajena. Norma que no definió esta modalidad de empleo.²¹ Esta excluyó a los profesionales universitarios, funcionarios administrativos y trabajadores de los sistemas de Salud y Educación, así como a los de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y el Ministerio del Interior. Manteniendo el principio del ejercicio individual, sin emplear asalariados, en el territorio del municipio y sin prestar servicios a las personas jurídicas; esto último sólo excepcionalmente. No permitió al titular ausentarse como regla, estipuló su realización en su propio domicilio y en la utilización de terceros autorizó solo la ayuda familiar.

Ya en el siglo XXI aparecen la Resolución No 11 de 2004 del MTSS, esta estableció el acceso a los jóvenes al empleo en el rango de 17 años, luego la Resolución No. 33 de 2011 del MTSS en sustitución a la anterior ratificó este rango etéreo de 17 años. También queda esclarecido que el Trabajo por Cuenta Propia tiene como objetivo en las condiciones actuales de la economía del país, complementar la actividad estatal de bienes y prestación de servicios útiles a la población. Representa para los que lo ejercen, una vía de incrementar sus ingresos personales, además constituye una alternativa más de empleo; donde para el presupuesto estatal significa un aporte, por la vía del cobro de los tributos.

Hasta aquí se aprecia que cada normativa, ha concebido el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia desde una óptica diferente, en su gran mayoría se provistas de limitaciones y prohibiciones, lo cual no les han permitido el desarrollo pleno en la práctica social como una forma de empleo vinculada al grupo etéreo analizado, observándose que desde el ámbito jurídico-laboral ninguna hace referencia a que los jóvenes se motiven por esta opción de empleo.

Otros estudios realizados desde el 2010, arrojaron la necesidad para el Estado de dejar de tutelar algunos renglones de la economía, y así descentralizar la carga que este tenía, para ello con la implementación de los Lineamientos se avizora la modificación de la estructura empleadora, la reducción de plantillas infladas, así como el fomento del trabajo en las formas de gestión no estatal. En este sentido FEITÓ señaló que casi se ha triplicado el número de personas dedicadas a esta actividad no estatal. Actualmente, 444 mil cubanos ejercen esta forma de empleo no estatal en una o más de las 201 modalidades existentes, de ellos, el 26 por ciento son mujeres y solo el 32 por ciento son jóvenes, para esto informes del Centro de Estudios sobre la Juventud significan que La Habana, Matanzas y Santiago de Cuba son las provincias con mayor cantidad de jóvenes que ejercitan el Trabajo por Cuenta Propia.²² Estadísticas recientes en Cuba registran cerca de 126 000 jóvenes en esta modalidad de empleo, y predomina el sexo masculino.

Así las cosas, a partir del proceso de disponibilidad laboral que se ejecutó en el 2011, con la implementación transitoria de la Resolución No. 34 del MTSS, la que estableció el tratamiento laboral y salarial para aquellas personas a las cuales se amortizaron los cargos o plazas que ocupaban o resultaron ser (no Idóneos) para continuar desempeñando los mismos, el Trabajo Autónomo constituyó una alternativa de empleo. Es también una realidad, que las Resoluciones No 41 y 42 del MTSS de 2013 establecen en esencia que esta modalidad de empleo en las relaciones laborales y económicas se ha ido atemperando a su momento histórico, ha permitido continuar los cambios en materia legislativa en pos del pleno desarrollo como una opción de empleo no estatal.

IV. EL TRABAJO AUTÓNOMO EN LA DOCTRINA JURÍDICA CUBANA DESDE LA ARISTA LABORAL Y MERCANTIL

Para la OIT²³, el empleo informal no ofrece estabilidad contractual e impide al trabajador poder acceder a las ventajas de pertenecer a un régimen de seguridad social, excluyendo

²¹ ONAT, Intendencia del Ministerio de Finanzas y Precios, Ley No 113, Ley Tributaria, 2012.

²² M. E. FEITÓ, “*Jóvenes cuentapropistas y protección laboral*”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, La Habana, 2013.

²³ Panorama Laboral 2009 para América Latina y el Caribe, Organización Internacional del Trabajo

obviamente a aquellos que su profesión se lo permite. Esta definición abarca dos componentes básicos que habían sido excluidos por años por las pocas pruebas significativas que se tenían: empleadores, empleados y miembros de familiares no remunerados pertenecientes a pequeñas empresas informales y empleados remunerados en trabajos informales como empleados temporales contratados por días, el servicio doméstico y otros; ambos tipos de empleos están asociados a la carencia de contratos fijos, beneficios laborales y protección social.

FERRIOL MOLINA, expresó que la actividad por cuenta propia es entendida como “*aquella actividad productiva o de servicios no ligada a contrato de trabajo y realizada por el propio empresario que asume los riesgos*”. En este nuevo escenario participan variados actores o sujetos, que ejercen alguna forma de labor: aquellos que ejercitan modalidades de empleo en el sector estatal; aquellos que laboran en formas no estatales de modo específico dentro del sector no estatal; aquellos que laboran por cuenta propia dentro del trabajo por cuenta propia; aquellos que laboran por cuenta ajena o dependientes económicamente de otros trabajadores dentro del sector por cuenta propia.²⁴

Al respecto, GUEVARA RAMÍREZ²⁵, señaló: *el trabajo por cuenta propia, más conocido en la actualidad en nuestro continente por el nombre de cuentapropismo, garantiza ingresos provenientes del trabajo y el que lo ejerce es sujeto de relaciones financieras a través del sistema impositivo y no de la norma de derecho laboral*, pues aun siendo una alternativa de empleo para la población no existe en el que lo ejerce el elemento de la subordinación a un orden laboral interno; no hay vínculo laboral a través de un contrato de trabajo como forma típica de establecer la relación laboral individual, no se emita la jornada de trabajo ni se establecen pausas; no se norman las vacaciones anuales pagadas ni, al presente, es sujeto del régimen de seguridad social. No obstante, se emiten regulaciones sobre los tipos de trabajo que se pueden realizar por cuenta propia y las personas que pueden ejercerlo.

En la doctrina económica, autores como RODRÍGUEZ²⁶ mantiene un análisis sistemático y riguroso las transformaciones que agitan la nación da respuesta a las interrogantes ¿Cuál es exactamente el modelo Económico elegido? ¿Hacia dónde va Cuba? Señala que el modelo del socialismo cubano supone el perfeccionamiento de la sociedad que se ha construido hasta aquí y tiene varios rasgos fundamentales que reiteran su matriz socialista. En primer lugar se mantiene la propiedad social sobre los medios de producción fundamentales -es decir- los que resultan determinantes para el desarrollo del país. Se establecen límites al desenvolvimiento de la propiedad no estatal al reducir su capacidad de acumulación y se asegura la prestación de servicios sociales básicos universal y gratuitamente.

Al mismo tiempo, se abren espacios a la pequeña propiedad privada -como autoempleo o trabajo por cuenta propia-, la propiedad cooperativa agropecuaria y no agropecuaria y las empresas mixtas con capital extranjero. Se parte así del concepto que ras formas de propiedad no estatal pueden contribuir al desarrollo del país, sin ser predominantes y si se les encausa adecuadamente, es decir sin que se conviertan en preponderantes. Este es un cambio significativo, pero a él se ha llegado partiendo de que -por un lado- una propiedad estatal únicamente no asegura el éxito del socialismo en la fase de construcción socialista en que nos encontramos; por otro lado, durante años se trató de seguir ese camino y el balance no ha sido favorable. Continúa refiriendo que hace ya tiempo que la teoría marxista llegó a la conclusión de que la existencia de relaciones de mercado en el socialismo obedece a un determinado grado

²⁴ G. FERRIOL MOLINA, Los actores en las relaciones laborales en Cuba ante el nuevo escenario económico, UNJC, La Habana, [hptt://www.unjc.cu](http://www.unjc.cu)

²⁵ L. GUEVARA RAMÍREZ, “El TCP en Cuba”, Revista Cubana de Derecho, Numero 10, La Habana.

²⁶ J.L. RODRIGUEZ, La economía cubana y la América Latina: oportunidades y desafíos, Centro de Investigaciones de la Economía Mundial, La Habana, 2014, [hptt://www.ciem.cu](http://www.ciem.cu)

de desarrollo en el cual no puede socializarse directamente el trabajo individual de los productores, y se requiere de las categorías mercantiles para hacerlo. Se impone la necesidad de reconocer esa realidad si queremos avanzar a un desarrollo más racional. Eso no significa que la presencia de las relaciones de mercado -en el grado en que las mismas se reconocen- no tenga que ser monitoreadas y sometidas a control social para compensar sus efectos socialmente negativos.

Lo que permite justipreciar que al Trabajo Cuenta Propia se puede ver en dos aristas: una mercantil, fundamentándose con los criterios expuestos y otra la laboral, estableciendo la necesidad de que vaya de conjunto a la actualización del modelo económico y las nuevas formas de empleo la preparación de la población, sobre todo de los jóvenes para enfrentar todos los cambios. En el ordenamiento jurídico, la edad y el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia, son analizados los criterios emitidos por JUSTAFRÉ Y HERRERA ²⁷, MONDELO TAMAYO²⁸ plantean que el ordenamiento jurídico dentro de un Estado constituye uno de los elementos trascendentales de su desarrollo, pues permite regular el funcionamiento del mismo, así como la relación entre sus órganos y de estos con los ciudadanos.

CARRILLO GARCÍA²⁹, señala que el reconocimiento del Derecho como parte de la realidad social, se encuentra destinado a regular la conducta de los seres humanos que viven en una sociedad y en un contexto determinado, conduce a la realización de un tipo de investigaciones en las que ya el objetivo primordial no es determinar las cualidades de un específico ordenamiento jurídico y las normas que lo integran, ni siquiera la adecuación de este ordenamiento a determinadas pautas de valores más o menos evanescentes; su objetivo principal es de muy otra índole: se trata ahora de ver sí, y en qué medida, las conductas prescritas en el ordenamiento jurídico se corresponden con las efectivas conductas verificables de la realidad social y si los fines previstos son alcanzados y en qué medida .

En correspondencia MÉNDEZ LÓPEZ ³⁰ expresa que las funciones a desarrollar por el Estado, ocupan un lugar preferente la actividad encaminada a la creación del Derecho, y en especial de las leyes, esto es la función legislativa por medio de la cual se establecen por vía general y obligatoria las normas a que ha de ajustarse la conducta de los miembros de la comunidad y la organización misma de dicha comunidad. PRIETO VALDEZ³¹, refiere que el Derecho como vía e instrumento para declaración e imposición de los valores que predominan en la sociedad en un momento determinado, brinda armonía al sistema normativo que ha resultado de la acción reguladora de aquellos que han sido reconocidos jurídicamente como rectores de la sociedad.

Por su parte CAÑIZARES ABELEDO ³² aprecia que sin la existencia de la conciencia jurídica no pueden establecerse determinadas relaciones jurídicas por cuanto las ideas, conceptos y teorías jurídicas correspondientes a una etapa social determinada, sirven de guía para la acción y de orientación para los hombres en el campo de la regulación normativa de la vida social, es decir, en el campo del derecho. Las reflexiones de FERNÁNDEZ BULTÉ ³³ se inclina a explicar el carácter superestructural de las relaciones jurídicas sobre la base de que, no son más que relaciones sociales,

²⁷Y. JUSTAFRÉ GARCÍA, *"El ordenamiento jurídico: una mirada desde la perspectiva cubana"*, en Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, España, 2012, <http://www.eumed.net/rev/cccss/21/>

²⁸O. MONDELO TAMAYO, *"La constitución cubana y el trabajo por cuenta propia. A propósito de la actualización del modelo económico"* en, Revista electrónica Derecho y Cambio Social, Perú, 2015, <http://www.derechoycambiosocial.com>

²⁹Y. CARRILLO GARCÍA, Tesis doctoral. *"La calidad de las Leyes en Cuba"* Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2011.

³⁰J. MÉNDEZ LÓPEZ, Tesis doctoral. *"El modelo de creación de leyes en Cuba"*.Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

³¹M. PRIETO VALDEZ, Tesis doctoral, *"El derecho, la Constitución y su interpretación"* Universidad de la Habana, 2002.

³²F. CAÑIZARES ABELEDO, Teoría del Estado. Editorial Universitaria, La Habana, 1970.

³³J. FERNÁNDEZ BULTÉ, Teoría del Derecho, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

que suelen asentarse en la base material de la sociedad y que se convierten en jurídicas cuando premisamente son reguladas por el derecho., es decir, cuando son normadas por un elemento principal de la superestructura social, de lo cual se deriva, ese carácter superestructural, más que de su adscripción o tránsito por la conciencia de los hombres.

Así las cosas, se pondera que con la reapertura del Trabajo por Cuenta Propia, ocurrido en la década de los 90, al analizar el tratamiento que la legislación cubana le ofrece al ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia -dentro del ámbito del derecho laboral- y la protección que le ofrece en este plano a la sociedad a quienes lo ejercen, sobre todo a la población juvenil. Con la derogación del Código de Trabajo -Ley No 49 de 1984 y la Ley No. 13 de 1977, las que establecían un conjunto de garantías para la salud de adolescentes y jóvenes hoy no se contemplan de manera adecuada.

Por otra parte, la Ley No. 59 de 1987, Código Civil establece que la plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere por arribar a la mayoría de edad a los 18 años. El nuevo Código de Trabajo, Ley No. 116 de 2013, condiciona dicha capacidad a los 17 años de edad. Excepcionalmente, los empleadores podrán concertar contratos de trabajo con los jóvenes de 15 a 16 años, con el consentimiento de los padres o tutores, en las circunstancias y condiciones establecidas en este código; la protección especial en el trabajo a los jóvenes de 15 a 18 años y como complemento aparece su Reglamento el cual dispone el procedimiento a seguir para la realización de la autorización de éstos jóvenes al empleo, facultad otorgada al MTSS.

Por último esta norma también recoge las relaciones de trabajo especiales entre personas naturales, donde se especifica lo referente a las relaciones de trabajo entre trabajadores y personas naturales autorizadas a actuar como empleadores, donde media el contrato de trabajo o documento equivalente, así como las cláusulas y condiciones a las cuales se debe referir dicho contrato, los derechos mínimos que debe garantizar el empleador, condicionándose la terminación de la relación laboral.

La edad reconocida en el Código de Comercio, recogida como capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que reúnan las condiciones de haber cumplido la edad de 21 años, la que difiere a lo preceptuado en el Código Civil y el Código de Familia; ambos establecen que la mayoría de edad comienza a los 18 años, se contraponen a la Ley No. 62, Código Penal, la que establece que la responsabilidad penal es exigible a las personas naturales y jurídicas a partir de los 16 años de edad cumplidos en el momento de cometer el acto punible. Lo analizado hasta aquí, permite valorar que en Cuba, no existe una definición uniforme de edades donde instituir a los jóvenes, además de diferir con la doctrina mercantil analizada en relación con lo que se regula para el empresario individual y el pequeño empresario en el Código de Comercio, no hay una coherencia en delimitar un índice etéreo uniforme en el sistema de leyes desde la arista laboral, civil, mercantil y penal dentro del ordenamiento jurídico, donde son definidos los jóvenes por grupos de edades de muy distintas maneras, partiendo del principio del tutelaje, es por ello que se justiprecia la necesidad de adecuar las normas existentes encaminadas a uniformar la edad en Cuba.

POLÍTICAS PÚBLICAS EN CUBA CON RELACIÓN A LA POBLACIÓN JUVENIL PARA EL ACCESO AL EMPLEO COMO TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Las políticas públicas establecidas para la población juvenil, se ha podido constatar que la dirigida a los niños y los jóvenes nace en 1959 con la aprobación del Código de la niñez y la juventud, referente para la protección de los niños y los jóvenes preparándolos para la construcción de una nueva sociedad. Con posterioridad, las Políticas públicas y las Estrategias de inclusión establecidas a partir de la década de los 90 han sido la Universalización en la enseñanza media y superior -diferenciación- focalización de las políticas de juventud, la inversión pública en la juventud y la institucionalidad de las políticas de juventud. Las principales políticas sectoriales de juventud han sido Educación, oportunidad para todos; la atención y prevención de salud y promoción de hábitos de vida saludables; el Empleo, como espacio de tensión entre educación -realización profesional -ingresos; la Seguridad social

también para la juventud; la Cultura y Arte para la socialización; la práctica del deporte y el fomento de la recreación; la vivienda, como necesidad para la emancipación juvenil y el protagonismo juvenil, con participación social y política.

Como aspecto significativo podemos citar la experiencia de algunos programas y proyectos culturales dirigidos a la juventud en el diseño de la política cultural cubana con la Asociación Hermanos Saiz. En todo este contexto el Programa de formación y utilización de Trabajadores Sociales iba encaminado a evaluar las particularidades familiares e individuales. Representó un cambio significativo en la concepción de las políticas públicas, en el sentido de favorecer la diferenciación de las acciones a partir de las formulaciones universales para potenciar sus efectos, particularizar los grupos sociales a los cuales éstas iban dirigidas.

Sí bien es cierto, que la sociedad con sus políticas de alcance universal crea igualdad de oportunidades para el acceso a espacios educativos, laborales y de participación social, existen barreras socioeconómicas y socioestructurales que inciden en las posibilidades de un máximo aprovechamiento de estas oportunidades. Es verdad, que a pesar de que en Cuba no han existido impedimentos desde el triunfo de la Revolución para la atención de la población juvenil, sobre todo en el sector de la educación, se debe continuar con la iniciativa de acoger en todas los centros de Educación Superior la inserción de programas encaminados a la preparación de la población que decide ejercer como Trabajador Autónomo, por lo que se valora que deberá quedar establecido en un cuerpo legal su regulación. A la vez, son compartidas algunas ideas en torno a la presencia de los jóvenes en el Trabajo por Cuenta Propia y la necesidad de asegurar su protección. La voluntad política de proteger a las nuevas generaciones es una verdad irrefutable en Cuba, la legislación laboral no solo proscribió el trabajo infantil, sino que ha sido explícita en materia de protección a los adolescentes y jóvenes.

Se vive en un momento crucial en el orden de la legislación laboral, llamado a ser profundo y precisos para no arriesgar la protección y seguridad laboral de la juventud cubana. CARRILLO GARCÍA³⁴ señaló que la política legislativa implica dos aspectos distinguibles con cierta nitidez: de un lado, la decisión de realizar una intervención legislativa sobre determinado conjunto de relaciones sociales después de haber ponderado otros posibles medios de acción (tomando como fundamentos los principios, orientaciones y directivas políticas en que se manifiestan los impulsos legislativos que llegan al -o que salen del- Gobierno) o sobre el propio ordenamiento jurídico (consolidación, codificación, simplificación, desregulación...) y, de otro, los principios, orientaciones y directivas políticas acerca del modo de aplicación del Derecho vigente (como la suspensión de aplicación de disposiciones jurídicas vigentes o parte de ellas, la prórroga de vigencia de leyes temporales o la no derogación de otras que han perdido su *ratio legis* pero se mantienen en vigor) que, aunque se predique con bastante insistencia la "independencia" de los jueces, y aun cuando ésta fuera aceptada en los términos tradicionales en que se ha expresado, influyen en el proceso de aplicación del Derecho, singularmente en su aplicación administrativa que, en el Estado contemporáneo, tiene una importancia fundamental y cada vez más creciente. Así, detrás de las distinciones, clasificaciones, diagnósticos y propuestas de solución teórica con vocación de aplicación práctica está la política legislativa del Gobierno mediatizada por muy diversos factores, la cual determina en una importante medida, por un lado, la oportunidad de una intervención legislativa sobre las relaciones sociales y sobre el propio ordenamiento jurídico y, por otro, la determinación de directivas políticas generales en cuanto a la aplicación del Derecho vigente.

³⁴ Y. CARRILLO GARCÍA, "Calidad de las leyes, algunos puntos críticos", Revista Ratio Juris, número 14, Bogotá, 2012.

IV.- A MANERA DE CONCLUSIONES

Las insuficiencias de las normas jurídicas que rigen el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia en el ordenamiento jurídico nacional, no permiten un pleno desarrollo en la práctica social, para el desempeño de la población juvenil, toda vez que los empleos aprobados no resultan ser acogedores para esta población juvenil, no se encuentran determinadas las fuentes de abastecimiento para el desarrollo de los mismos, y existen actividades aprobadas para la provincia de La Habana a las cuales no tienen acceso el resto de las provincias la nación.

El concepto de juventud y el rango de edades de los jóvenes dado por varias instituciones, se observa en el derecho comparado que los países se han guiado por el rango dado por la OIT desde los 15 a los 24 años, en correspondencia con la edad y capacidad para el acceso al empleo, demuestran que en Cuba no existe una definición de juventud, ni se han establecido los rango de edades en todo el ordenamiento jurídico cubano, que incluya esta parte etárea de la población.

Las iniciativas establecidas en programas implementados a nivel de políticas públicas en los países de Iberoamérica estudiados con los fines de preparar a los jóvenes para la vida laboral. Es factible la modificación e implementación de nuevos modelos de políticas públicas dirigidas a la juventud planteadas por la OIT, las cuales de ser acogidas e implementadas en Cuba permitirían consolidar los resultados del desarrollo laboral, empresarial, social y económico de los jóvenes para prepararlos a comenzar su vida como empresarios, todo ello teniendo en cuenta que en nuestro país el acceso a la educación no resulta ser el problema como en otros países.

Las leyes que establecen la implementación del ejercicio del Trabajo Autónomo desde la arista laboral y de la sociología jurídica, ha quedado demostrado que las mismas se encuentran provistas de limitaciones y prohibiciones, lo cual no les ha permitido un desarrollo pleno en la práctica social, así como la necesidad de modificaciones legislativas a futuro. Cambios que deben ser atemperados a la parte joven de la población en cuanto a los tipos de empleos aprobados y los pagos de tributos, con el objetivo de que estos se inclinen a ejercer la modalidad, como principio en la actualización del modelo económico cubano.

V.- BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. “*Real Decreto-Ley 8/2014: Garantía Juvenil y nuevo marco territorial de las políticas de empleo*” en, Relaciones Laborales, número 9, España, 2014.
- A.ANTUNEZ SANCHEZ, “*Un análisis a partir de la Constitución Cubana sobre el ejercicio del autoempleo, incidencias en el relanzamiento en el modelo económico del siglo XXI*” en, *Revista Foro*, número 1, España, 2013.
- A.ANTUNEZ SANCHEZ, “*El trabajo por cuenta propia. Incidencias en el nuevo relanzamiento en la aplicación del modelo económico cubano en el siglo XXI*” en, *Revista Nómadas*, España, 2013.
- L. AMOR ACEDO, “*Trabajo autónomo: esta es nuestra filosofía*” en, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, número 52, Valencia, 2005.
- M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6^{ta} edición, Editorial Civitas, Madrid, 2002.
- M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1991.
- E. CAAMAÑO ROJO, “*La parasubordinación o trabajo autónomo conómicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo*” en, *Revista Laboral Chilena*, 2004.
- G. CABANELLAS, *Tratado de Derecho Laboral*, tomo II, 3^{era} edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1989.

- A. CAMARA BOTIA, “*Trabajo dependiente y trabajo autónomo en la mediación mercantil*” en, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, España, 2007.
- D. CAÑIZARES ABELEDO, Derecho Comercial, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2012.
- D. CAÑIZARES ABELEDO, Teoría del Estado y el Derecho, Editorial Universitaria, La Habana, 1970.
- Y. CARRILLO GARCÍA, “*Calidad de las leyes, algunos puntos críticos*” en, Revista Ratio Juris, número 14, Colombia.
- Y. CARRILLO GARCÍA, Tesis doctoral. La calidad de las Leyes en Cuba, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2011.
- Y. CARRILLO GARCÍA, “*Un punto de vista en las investigaciones jurídicas en Cuba*” en, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, número 107, Medellín, 2007.
- CUADRADO ROURA, Juan, “*Empleo autónomo y empleo asalariado*” en, Colección de Estudios Laborales de Madrid, 2002.
- A. CERVILLA GARZÓN, Técnicas jurídicas privadas de autoempleo, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, 2010.
- J. CARRERAS, Historia del Estado y el Derecho en Cuba, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1982.
- J. CANTÓN NAVARRO, Historia de Cuba, tomos I y II, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2009.
- R.M. CHACON, “*Capitales urbanos para el desarrollo, sustentabilidad urbana y políticas públicas*” en, Revista Quivera, número 1, UNAM, México, 2009.
- J. D’LUCAS, Introducción a la teoría del Derecho, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- J. DIAZ VAZQUEZ, “*Cuba: actualización del modelo económico social*” en, Revista de Análisis Internacional, número 6, La Habana, 2012.
- N. DE BUEN LOZANO, El nacimiento del Derecho del Trabajo, tomo I, 5^{ta} edición, Editorial Porrúa, México, 1980.
- J. FERNÁNDEZ BULTÉ, Historia del Estado y del Derecho, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- G. FERRIOL MOLINA, Los actores en las relaciones laborales en Cuba ante el nuevo escenario económico, UNJC, La Habana, 2014, <http://www.unjc.cu>
- G. FERRIOL MOLINA, Introducción al estudio del nuevo Código de Trabajo, UNJC, La Habana, 2015, <http://www.unjc.co.cu>
- M. E. FEITÓ María, “*Jóvenes cuentapropistas y protección laboral*”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, La Habana, 2013.
- L. GUEVARA RAMÍREZ, “*El Trabajo por Cuenta Propia en Cuba*” en, Revista Cubana de Derecho, número 10, La Habana, <http://www.unjc.co.cu>
- E. GUERRERO VIZUETE, Tesis Doctoral: La regulación jurídica del trabajo autónomo dependiente: concepto, fuentes, relación individual y colectiva de la prestación de servicios, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2011.
- A. MONTOYA MELGAR, “*Trabajo autónomo y contrato de trabajo en las profesiones sanitarias*” en, Revista del Trabajo y la Inmigración, España, 2011.
- J. MÉNDEZ LÓPEZ, Tesis doctoral El modelo de creación de leyes en Cuba. Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.
- M. MURILLO JORGE, implementación de los Lineamientos del 6^{to} Congreso del Partido Comunista de Cuba, VIII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, 1^{er} período de sesiones, La Habana, 2013.
- J. O. MONDELO TAMAYO, “*La constitución cubana y el trabajo por cuenta propia. A propósito de la actualización del modelo económico*” en, Revista electrónica Derecho y Cambio Social, Perú, 2015, <http://www.derechoycambiosocial.com>
- J. LUJAN ALCARAZ, La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

- M. LOBATO DE PAVIA, “*Derecho del Trabajo Mínimo*” en, Revista de la Unión Internacional de Abogados, Francia, 2000.
- LINEAMIENTOS ECONÓMICOS, Editorial Política, La Habana, 2011.
- Y. LAFITA COBAS, “*La relación jurídica laboral del trabajador por cuenta propia en Cuba. Una aproximación*” en, Revista Letras Jurídicas, número 18, México, 2014.
- M. REYES SALIA, Derecho Laboral, Universidad de La Habana, 1979.
- J. L. RODRÍGUEZ, La economía cubana y la América Latina: oportunidades y desafíos, Centro de Investigaciones de la Economía Mundial, La Habana, 2014, [hptt//www.ciem.cu](http://www.ciem.cu)
- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, El Empleador en el derecho del trabajo, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- RODRIGO URÍA, Curso de Derecho Mercantil, tomo I, Editorial Civitas S.L, Madrid, 2001.
- E. RODRIGUEZ, Políticas públicas de Juventud, hacia el reconocimiento de los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo, Centro Latinoamericano de la Juventud, OEI, 2014.
- E. RODRIGUEZ, Políticas de juventud y desarrollo social en América Latina: bases para la construcción de respuestas integradas, ONU, 2011.
- A. RUIZ DE VELASCO, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Deusto S.A., Bilbao, 1992.
- E. TORRES CUEVAS, 1492-1898. Historia de Cuba, formación y liberación de la nación, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- R. TORRES PEREZ, “*La actualización del modelo económico cubano, reconfiguración del sistema económico cubano*” en, Revista Temas, La Habana, 2011, [hptt//www.temas.cult.cu](http://www.temas.cult.cu)
- C. TERRY BERRO, “*Impacto ambiental del Trabajo por Cuenta Propia y su prevención en Cuba*” en, Revista electrónica de la Agencia del Medio Ambiente, La Habana, 2013.
- M. PALOMEQUE LÓPEZ, “*La prevención de riesgos en el trabajo por cuenta propia. Autónomos y seguridad laboral*” en, Revista Seguridad y Medio Ambiente, número 109, España, 2009.
- PANORAMA LABORAL, América Latina y el Caribe, 1^{era} edición, Oficina Regional de la OIT, 2014.
- F. PÉREZ AMORÓS, Trabajador autónomo económicamente dependiente en el ordenamiento español: una figura controvertida y contradictoria, Universidad de Barcelona, España, 2009.
- M. PRIETO VALDEZ, Tesis doctoral El derecho, la Constitución y su interpretación, Universidad de la Habana, 2002.
- L. VILA NOYA, Tesis de Maestría en Derecho Mercantil: El trabajo por cuenta propia en Cuba, Universidad de Barcelona, 2005.
- E. VIAMONTES GUILBEAUX, Derecho Laboral Cubano. Teoría y Legislación, 2^{da} edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

LA INTERVENCIÓN COMPARADA CON MENORES EN DESPROTECCIÓN Y EN CONFLICTO CON LA LEY EN DIFERENTES PAÍSES.

Prof. Dr. Pablo Abascal Monedero.
Universidad Pablo de Olavide. Sevilla
Coordinador del Turno de Protección Social
del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.

NIETO-MORALES, C. (Coord.) (2016) **La intervención comparada con menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países**. Dykinson. Madrid

El libro se encuentra publicado en español y también en versión inglesa. El título del libro indica los conceptos básicos sobre los que va a tratar esta interesante obra colectiva. La situación del menor desprotegido y la situación del menor en conflicto con la Ley y como se aborda la intervención pública en distintos países con sistemas legales muy diferentes y niveles de desarrollo social y económico muy dispares.

El tema central es el tratamiento legal que en diferentes Estados se da al menor, tanto en la esfera de la protección, como en el de la responsabilidad penal por comisión de delitos.

La obra sobre este eje temático se estructura en dieciséis capítulos donde se aborda el tema en diferentes países. De Europa: Alemania, España, Italia, Portugal y Reino Unido; de América: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, México y Uruguay; de África: Marruecos.

Los distintos capítulos abordan de manera libre las diversas cuestiones donde se interviene con menores. Esta distribución libre permite determinar que asuntos o temas tienen mayor importancia o incidencia en cada país.

Gran parte de los trabajos contienen un breve resumen inicial y una introducción de las cuestiones lo que facilita su lectura al servir como guía. Es muy valiosa la bibliografía que se incorpora al final de cada trabajo que puede permitir al investigador una profundización mayor en alguna temática concreta que este investigando y que dota a este trabajo de valor científico y no solo divulgativo.

La lectura de sus páginas permite conocer el procedimiento penal seguido para menores en conflicto con la Ley, el tramo de edad a partir del cual se exige responsabilidad penal, la especialización de todos los profesionales que intervienen desde Jueces, Fiscales, Abogados, Policías, etc., que intervienen en el área del menor, sobre el principio acusatorio o las garantías procesales previstas para el menor infractor en diferentes países.

En cuanto a la Ejecución de medidas Judiciales, el eje central es la educación y socialización del adolescente. Sin embargo, cada país tiene su singularidad propia, así en las medidas privativas de libertad es importante la edad y la tipología de delito en algunos países. Tema especialmente interesante es el estudio de las soluciones extrajudiciales existentes en diferentes países especialmente del Instituto de la mediación, en el que la participación de la víctima es fundamental.

La obra presenta una rica visión en cuanto al estudio la solución legal comparada que se ve enriquecida más por varios motivos el primero es que no se circunscribe a una sola zona geográfica como podía ser la zona europea, sino que desarrolla las experiencias también desde América del Norte y del Sur y también en África. El segundo motivo para valorar todavía más el presente trabajo viene referido al hecho de incorporar visiones profesionales de especialistas de diversos países que trabajan con menores desde diversos ámbitos profesionales desde fiscales, abogados, trabajadores sociales y de investigación, y que muchos además del ámbito Jurídico son profesores e investigadores que en el mismo intervienen

Los estudios comparados tienen como objeto la confrontación de los sistemas jurídicos y de intervención social de diversos países, para determinar lo que hay de común y diferencial entre ellos y determinar sus causas y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma.

Como puede comprenderse fácilmente, es difícil conseguir una unificación internacional en materias como la que aborda esta obra. De hecho, los avances en favor de conseguir una uniformidad son lentos y no exentos de complicaciones. Obra como esta responden a un principio subyacente el del universalismo que ojalá fuera el faro en las actuaciones sobre menores en todos los países máxime como indica el profesor Rene David en su obra *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos las nuevas condiciones de vida en el mundo han multiplicado las relaciones internacionales entre individuos y han modificado por completo las relaciones entre las naciones.*

Terminar esta breve reseña elogiando y felicitando a la coordinadora y coautora la Dra. Concepción Nieto-Morales que ha sabido compaginar perfectamente desde hace muchos años actividad profesional y actividad investigadora y crear una importante colección de libros electrónicos del ámbito socio jurídicos y que entre sus publicaciones se encuentran desde guías a trabajos de investigación que son un referente en materia de menores, mayores, familias violencia intrafamiliar...y que seguro se irán incrementando en los próximos años.

ESPAÑA. DE PAÍS DE EMIGRACIÓN A PAÍS DE INMIGRACIÓN.

Testimonios y relatos de vida de personas inmigrantes que residen en España. Una mirada desde la perspectiva de los sentimientos vividos

Dra. Nuria Cordero Ramos.
Pfra. Titular de Trabajo Social
Universidad Pablo de Olavide.
Sevilla.

NIETO-MORALES, C; VAZQUEZ FERNANDEZ, M.J. DAHIRI, M. (2016). *ESPAÑA. DE PAÍS DE EMIGRACIÓN A PAÍS DE INMIGRACIÓN. Testimonios y relatos de vida de personas inmigrantes que residen en España. Una mirada desde la perspectiva de los sentimientos vividos.* Dykinson. Madrid.

Los movimientos de población han sido una constante desde los orígenes de la historia hasta el momento actual. Será a partir de finales del siglo XX cuando las migraciones internacionales se conviertan en un fenómeno social de gran interés, dando lugar a políticas migratorias cada vez más restrictivas en los países de nuestro entorno europeo. El caso concreto de España, tal como se muestra en la obra, pasa de ser un país de emigrantes, para convertir, a finales de los 80, en foco de destino para personas procedentes de Latinoamérica y de África. Los autores, profesionales y docentes expertos en extranjería, se hacen eco de las repercusiones de este fenómeno en nuestro país presentándonos un serio y riguroso estudio sobre la evolución que ha sufrido la movilidad de personas.

El libro se encuentra estructurado en dos partes bien diferenciadas; la primera que comprende el marco teórico: España. De país de emigración a país de inmigración. La segunda parte dedicada al estudio de los testimonios profesionales y relatos de vida de extranjeros residentes en España. Los autores, docentes y expertos en extranjería se alejan de las investigaciones basadas en datos cuantitativos sobre inmigración para centrar su análisis en los testimonios y percepciones de las personas que emigran y que llegan a España de forma regular y también irregular. El libro sirve para que los lectores podamos conocer, a través de las voces de los protagonistas lo que ha supuesto para estas personas el periplo migratorio.

La elección de una metodología cualitativa nos parece la más acertada para recabar las vivencias y sentimientos de las personas afectadas por las restricciones de las políticas migratorias. Para el estudio se realizaron cincuenta entrevistas a personas extranjeras que residen en España. Dentro de la categoría de persona extranjera la selección de los informantes muestra la diversidad de situaciones y de lugares de origen. La procedencia de las personas que participaron en la

investigación es: Argentina, Taiwán, Marruecos, Cuba, Haití, Brasil, Siria, Rusia, Senegal, Rumanía, Bolivia, Armenia, Uruguay, Perú, Bulgaria, Pakistán, Camerún, Nigeria, Turquía, Congo, Ghana, Guinea, Costa de Marfil, Mali, Sahara, Sierra Leona, Georgia, Colombia, etc.

Sobre la diversidad de situaciones que afectan a las personas extranjeras, quince de las entrevistas fueron realizadas a personas que llegaron a España como menores no acompañados, aunque en el momento de la entrevista ya eran mayores de edad; seis entrevistas han sido a personas que no se consideran inmigrantes sino expatriados. A pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce esta figura, en sus discursos ellos matizan que no se consideran inmigrantes. Tampoco son migrantes, otras cuatro personas entrevistadas pues tienen el estatuto de refugiados. Resulta de especial interés reconocer como la migración ilegal se cruza con la trata de seres humanos. En la obra se hacen entrevistas cuatro mujeres extranjeras víctimas de trata.

El libro muestra como algunas de las personas entrevistadas llevan casi cuarenta años viviendo en nuestro país y se consideran españoles a pesar de que nacieron y pasaron su primera juventud en sus países de origen. Desde hace años se encuentran nacionalizados españoles y aunque no quieren olvidar sus orígenes se consideran españoles de adopción y sentimientos, formando aquí su nueva familia. También se muestra como muchas personas que han participado en el estudio manifiesta que carecen de redes de apoyo de familia extensa que residan cerca y que les ayuden a superar obstáculos, encontrándose en muchas ocasiones con soledad e incomunicación

Una de las conclusiones más importantes que se plantean los autores es la necesidad de trabajar en los países de origen para que existan mejores condiciones de vida y una mayor información sobre los obstáculos que supone emigrar de forma irregular minimizando los riesgos de caer en redes mafias que se aprovechan de la vulnerabilidad de las personas.

Desde mi punto de vista, el valor de la obra reside en permitirnos el acercarnos a conocer las historias personales de quienes por circunstancias diversas se han visto obligados a salir de sus lugares de origen para tratar de alcanzar sus sueños. De forma especialmente dura resultan las historias de las mujeres víctimas de trata.

BULLYING, CIBERBULLYING Y ACOSO CON ELEMENTOS SEXUALES: DESDE LA PREVENCIÓN A LA REPARACIÓN DEL DAÑO. PÉREZ VALLEJO, Ana M^a y PÉREZ FERRER, Fátima (2016)

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS

Abogado en IURE LICET

Las autoras tratan con el debido rigor jurídico un problema social que remueve las entrañas del ciudadano, por la indignancia moral de aquellos sedicentes individuos racionales, que incurrir en tan miserable práctica como es el caso del acoso y máxime cuando ésta adquiere un cariz sexual.

De tal suerte, y sin pretender que esta reseña sea una simple descripción del contenido de la obra, lo cierto es que las autoras, a la sazón docentes con una relevante trayectoria investigadora, profundizan en las implicaciones de la última reforma del Código Penal del 2015 en materia de *bullying* y acoso con elementos sexuales.

El estudio, lejos de decantarse por cuestiones netamente académicas, se conjuga, con una encomiable simbiosis, con aspectos prácticos y procedimientos judiciales de rabiosa actualidad, que todo lector conoce, y que ilustran a la perfección las implicaciones teóricas que relatan de forma tan didáctica que la lectura resulta sencilla y fluida.

En definitiva, la obra camina por el articulado del Código Penal, instalando al lector en todo tipo penal conectado con el objeto del estudio, a saber, el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal; el delito de inducción al suicidio del artículo 143.1 del Código Penal; el novedoso delito revelación de información de terceros sin consentimiento de su titular (artículo 197.7 del Código Penal) o el reciente delito de acoso (artículo 172 ter del Código Penal).

Igualmente, se ocupan con especial atención por el reciente delito de *child grooming* (artículo 183.1 ter del Código Penal), que tipifica la conducta de aquel que contacta por medio de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología con un menor de 16 años y propone concertar un encuentro, con el fin de cometer actos de abuso y explotación sexual; y, en menor medida, las autoras se acercan al reciente delito de *sexting* (artículo 183.2 ter del Código Penal), que implica la conducta de aquel que por medio de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología, contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle, para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas.

En cuanto al estudio relativo al delito de *child grooming*, resultan de interés todas las apreciaciones de técnica legislativa y típica que se realizan en la obra (*v.gr.* consideraciones en torno a la conducta típica, tipo de delito, bien jurídico protegido, etc.), así como las reflexiones en torno al cumplimiento, o no, del tipo penal con las exigencias del marco europeo.

Respecto a tales reflexiones, ha resultado de interés para quien suscribe las consideraciones realizadas en torno a la punición como delito de comisión por omisión de los centros

educativos, por su situación de garante, y donde, al menos, en ocasiones, les es presumible el conocimiento de la situación de riesgo capaz de producir el resultado y les es 'irredimible' penalmente el hecho de no poner los medios para impedirlo.

En definitiva, tras la lectura de todas las reflexiones de las autoras, y sin perjuicio de los matices técnicos que trascienden del objeto de valoración de estas breves líneas, queda claro la intención y acción del legislador por adelantar las barreras de punición en el ordenamiento jurídico penal, acercándonos cada vez más a lo que la doctrina llama el «Derecho Penal del riesgo».

Por último, dedican un apartado a la responsabilidad civil con motivo de estas conductas ahora ya reprochables desde la perspectiva penal. Resta llamar la atención, en primer lugar, de las consideraciones realizadas en torno a la responsabilidad solidaria de los menores y sus progenitores, impuesta por la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores, que se separa de lo dispuesto en la consabida responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1.903 del Código Civil; en segundo lugar, de la necesaria responsabilidad puramente civil por culpa *in vigilando* de los centros educativos (artículo 1.903.5 del Código Civil); y, en tercer y último lugar, del apartado dedicado al 'precio del dolor' que, sin pasar por alto el excelente recurso metafórico, lo cierto es que entra de lleno en un terreno tan desconocido en el ordenamiento jurídico español como es el daño moral; que, en estos casos, se alza como la única forma de hacer indemnizable el ataque directo a la dignidad, a la libertad sexual y al libre desarrollo personal, que constituyen bienes jurídicos pertenecientes al círculo más sensible e impenetrable del ser humano.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PRÁCTICO. Defensa del ciudadano ante la Administración. Esquemas Nuevo Procedimiento. Formularios adaptados Ley 39/2015 PAC-AP. MARTÍN SANZ, Luis-Vidal (Dykinson, S.L.) (2016)

Soraya Peña Varela

Responsable del área de Derecho Mercantil y Compliance en IURE LICET

La obra señalada está concebida para acompañar al ciudadano en sus relaciones con la Administración, explicando los aspectos más relevantes del procedimiento administrativo, y especialmente, ofreciendo las herramientas necesarias para proporcionar una eficaz defensa frente a la misma.

El libro gira en torno a la exposición práctica de tres pilares básicos que son, en primer lugar, los derechos de los ciudadanos; en segundo lugar, las causas de nulidad de los actos; y, por último, los recursos administrativos.

Se completa la obra con esquemas explicativos y formularios que la editorial ofrece remitir en formato “*Word*” para su fácil uso por el adquirente de la misma, lo cual ciertamente es de agradecer.

Con relación a los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas, éstos son explicados de una forma muy pragmática, a la luz de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que viene a sustituir, principalmente, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Además de una ligera explicación de los derechos de los ciudadanos, se hace especial hincapié en las novedades que ofrece esta nueva norma así como en el funcionamiento práctico del Punto de Acceso General, como puede observarse, de gran utilidad para el administrado.

Asimismo, los esquemas explicativos de las normas vigentes y derogadas junto con los cuadros comparativos de los principales artículos de la Ley 30/92 plasmados en la Ley 39/2015, relativos a los derechos de los ciudadanos (personas e interesados), hacen de esta obra una herramienta de gran utilidad.

En segundo lugar, se explica sucintamente el procedimiento administrativo prestando una especial atención a las causas de nulidad de los actos. Y es que este punto es de vital importancia para el ciudadano en sus relaciones con la Administración.

Desde el punto de vista de un ciudadano o un no experto en derecho administrativo, ciertamente esta es la parte más ardua de la obra, ya que, el procedimiento administrativo no se caracteriza por su sencillez precisamente. No obstante, el autor aborda de forma muy sencilla todos y cada uno de los trámites y las reglas generales del procedimiento administrativo, a los efectos de que éste pueda ser, al menos de forma general, ligeramente comprendido en sus principales trámites.

Finalmente, se trata la revisión de los actos y los recursos administrativos. En concreto, se detallan los supuestos en que cabe dicha revisión por parte de la Administración y los posibles recursos administrativos, sus requisitos, efectos y plazos.

Ésta es posiblemente la parte de más interés de la obra a efectos prácticos, ya que, un buen entendimiento de los recursos facilitará sin duda la defensa de los derechos de los ciudadanos ante la Administración.

Asimismo, al final de la obra se encuentran los esquemas, formularios y una tabla de correspondencia entre los artículos de la Ley 30/1992 y la Ley 39/2015.

A este respecto, merece la pena detenerse en los formularios que se nos presentan. Desde una solicitud de inicio, cambio de domicilio, o personación como interesado, a formularios para la recusación, representación, elección de lengua en el procedimiento, solicitud de acceso a archivos y registros, o subsanación de solicitudes.

A su vez, podemos encontrar formularios presentando alegaciones con anterioridad al trámite de audiencia, solicitud de ampliación de plazo o cambio de procedimiento, de desistimiento / renuncia, o certificación del silencio administrativo.

Aunque, desde el punto de vista del ciudadano que se ve agraviado por la Administración, los formularios más interesantes serán la solicitud de archivo por caducidad, de revocación de acto, y los recursos de revisión, reposición, y alzada, con suspensión.

Como profesional no experto en derecho administrativo he de decir que esta obra me ha sido de gran utilidad, principalmente, por su tabla de correspondencia entre los artículos de la Ley 30/1992 y la Ley 39/2015, antes citadas, y sus formularios de recursos y creo que también puede serlo para el ciudadano que se relaciona habitualmente con la Administración y quiere comprender y conocer sus derechos, trámites de los procedimientos y medios de defensa a su alcance.

No obstante, creo que es una obra un tanto ligera para un experto administrativista, aunque parece claro que no es éste el pretendido lector de esta obra, sino que está dirigida al ciudadano que se relaciona habitualmente con la Administración o el profesional no experto, a los que seguro resultará de tanta utilidad como a la firmante.

“GUADARRAMA RICO, L.A. y SUAREZ VILLEGAS, J.C. (Eds.), CUESTIONES DE ETICA DE LA COMUNICACIÓN”

Ana Isabel Herran Ortiz
Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Deusto

“GUADARRAMA RICO, L.A. y SUAREZ VILLEGAS, J.C. (2016), Cuestiones de ética de la comunicación”. Madrid. Dykinson, 2016.

La breve, pero interesante y actual, obra colectiva que editan Guadarrama Rico y Suárez Villegas gira en torno al protagonismo social actual de los profesionales del periodismo en algunos países Iberoamericanos, y su papel en la denominada sociedad de la información, así como al análisis de los riesgos que acechan a los derechos de la personalidad como consecuencia de la imparable irrupción de las redes sociales.

La obra comienza con una breve introducción en la que el autor reflexiona sobre la transcendencia de la información como medio de poder del Estado, y su transformación en una forma de dominación desde el ámbito político, económico o social. A tal efecto, alerta el autor en esta parte de la obra sobre el riesgo de que la democracia se convierta en una “sociedad teledirigida” en la que la opinión pública secunde y asuma el discurso del poder. Concluye la introducción el autor poniendo de manifiesto la necesidad de analizar y valorar la aportación de los nuevos medios de comunicación digital en la construcción de la opinión pública, y en especial, sobre realidades y fenómenos sociales que presentan una especial sensibilidad social como la violencia de género o la privacidad y la intimidad de los ciudadanos.

El primero de los capítulos “La responsabilidad ética del periodista ante el feminicidio en el Estado de México”, profundiza sobre el cometido profesional que está llamado a representar el reportero cuando se enfrenta a situaciones sociales de extrema violencia como los feminicidios, y la necesidad de que su labor permita visibilizar y denunciar públicamente este conflicto social. Inician los autores su análisis a partir de la delimitación conceptual de este fenómeno, al que califican, siguiendo la opinión de Rusell y Harmes como “crimen de odio contra las mujeres, conjunto de formas de violencia que, en ocasiones, concluyen en asesinatos e incluso suicidios de mujeres”. Ahora bien, merece especial atención la inapelable denuncia que los autores plantean, señalando explícitamente la responsabilidad del Estado cuando no es capaz de tutelar los derechos humanos fundamentales de las mujeres, entre ellos el más importante: el derecho a la vida. No obstante, vinculan en su estudio los autores el desarrollo del denominado periodismo para la paz y su discurso a importantes avances en el ámbito legal y en la conciencia social sobre la visibilidad del feminicidio como conflicto social y no como acto violento. Proponen los autores impulsar y trabajar en el desarrollo de un periodismo para la paz, vinculado a una marea ética y moral de realizar responsablemente la profesión periodística, de suerte que los medios de comunicación se erijan en factor fundamental de cambio social en la loable búsqueda de sociedades justas y democráticas.

En este mismo, el segundo capítulo “Derecho a la información y construcción del debate público en sociedades en transición a la democracia. El caso de la prensa en México” presenta un breve estudio del derecho a la información y su influencia en el periodismo político. Lamentan el autor en su estudio, que se haya extendido el fenómeno de dominio de esfera de comunicación pública por unos pocos medios de comunicación, lo que favorece a juicio del autor permite cuestionar cómo se está construyendo y apropiando el derecho a la información pública como parte del proceso de democratización actual en América Latina. Centrado el artículo en el análisis de la cobertura informativa en el Estado de Querétaro en el año 2014, concluye el estudio señalando la democratización de los medios de

comunicación como tarea pendiente y destacando el papel de las tecnologías de la comunicación como elemento de democratización de la opinión pública.

El tercer capítulo de la obra “Publicidad política y ficción televisiva en la transición a la democracia en México. Marco legal y ética de los medios de comunicación”, nos acerca al estudio del mensaje con contenido político integrado en los espacios de entretenimiento televisivo en México, y a la breve exposición de la regulación normativa de dichos fenómenos de comunicación. Este estudio pone de relieve la insuficiencia del marco regulatorio normativo en el sector de la radiodifusión y las comunicaciones en México, en especial en lo que se refiere a la regulación de los espacios con contenidos de comunicación política-electoral, por lo que se propone desde estudio abordar las reformas legales necesarias en materia político-electoral a fin de garantizar la equidad de los partidos políticos en el acceso a los medios de comunicación.

Llegados a este punto, aborda la presente obra en su capítulo 4 el “Nivel de conciencia de los jóvenes sobre los riesgos de las redes sociales para su privacidad e intimidad”, poniendo el acento especialmente en el peligro que representan actualmente las nuevas formas de comunicación digital, como blogs, foros de opinión y redes sociales para los derechos de las personas. No debemos olvidar que nunca antes el ser humano había sido tan visible y había estado tan expuesto a la indiscreción ajena como en el presente siglo. Esta visibilidad, en algunos casos deseada, en otros involuntaria, obliga a configurar e interpretar desde una nueva perspectiva los derechos fundamentales de la persona.

Y a este respecto, la autora se entrega al análisis de varios estudios que analizan el comportamiento de los jóvenes en la utilización de redes sociales como nativos digitales, para concluir destacando el ansia irrefrenable por exhibir social y públicamente su perfil personal. Parece clara entonces la necesidad de comprender dicho comportamiento, y establecer sus causas y origen, como propone la autora; si e embargo, es aún más importante, articular instrumentos que permitan a los jóvenes tomar conciencia de la trascendencia de preservar su privacidad e intimidad, mediante la educación en el uso responsable de las redes sociales.

Ciertamente no se trata de impedir o coartar la utilización de estos medios de comunicación digital, algo por otra parte, impensable e insensato en la sociedad actual, bien al contrario, se trata de ofrecer mecanismos de autoprotección, que faciliten el uso razonable y racional y permita mantener el necesario equilibrio en las relaciones personales y la intimidad y privacidad de los jóvenes.

Precisamente, el capítulo 5 “La prudencia y el uso responsable de las redes sociales digitales”, abundando en lo ya expresado, analiza las características y efectos de la interacción digital entre las personas, y sus efectos en el ámbito de lo político. Y así, admitiendo que en la actualidad todos los ámbitos de la comunicación, el político no es una excepción, se construyen o perfilan desde plataformas digitales, el ciudadano al formarse una opinión, deberá ser responsable y prudente cuando interactúa a través de las redes sociales digitales.

Desde una perspectiva internacional se detiene el capítulo 6 “Cuestiones de privacidad después el marco civil de internet” a reflexionar sobre el espionaje en la era digital y su incidencia en la vulneración de los derechos del ciudadano. Tomando como punto de partida el célebre asunto WikiLeaks, el autor avanza en el análisis del marco normativo civil en Brasil y la consagración del derecho a la privacidad como derecho fundamental. A partir de un breve pero interesante estudio legal, lamenta el autor, que la responsabilidad de garantizar la tutela de los derechos civiles en la sociedad de la información se diluya entre los diversos sectores del Estado, lo que dificulta sin duda a su juicio la posibilidad del ciudadano de exigir y reclamar sus derechos. Sin menospreciar el importante avance que dicha regulación representa en Brasil, advierte el autor sobre la necesidad de seguir progresando, no solo desde el ámbito normativo, sino especialmente en el ámbito de la educación y la cultura, reforzando y garantizando de forma adicional la seguridad personal de los profesionales de la comunicación como medio para asegurar igualmente la independencia editorial.

Por otra parte, se profundiza en el capítulo 7 en las condiciones que afectan e influyen en las rutinas periodistas, presentando un estudio comparado de la situación en Chile y en Colombia. Centra este estudio su análisis en un revelador informe de un grupo de investigadores de diversos países de Latino América, que analizó en 2014-2015 las

transformaciones de los mecanismos de trabajo de los profesionales periodísticos en el desarrollo de su labor, y la influencia que dichas transformaciones podían representar desde la perspectiva deontológica y técnica. Nos permite la lectura de este capítulo adentrarnos en las dificultades externas que condicionan la labor periodista, así como en otras realidades que internamente complican el ejercicio de esta profesión; y contrariamente a lo que pudiera pensarse, la tecnología se presenta como un obstáculo que en ocasiones acecha al periodista, con escasa formación digital. No obstante, se muestran optimistas los autores, dibujando un escenario propicio para el profesional de la comunicación, siempre que se produzca una adaptación profesional a los cambios que demanda la presente sociedad de la información.

Por último la obra acerca brevemente al lector a los retos que deben afrontarse en el periodismo como consecuencia de la irrupción de internet y las llamadas tecnologías de la información. Así, se ha producido e, en opinión de los autores una transformación en la comunicación de la información, por la cual, internet permite a los ciudadanos ser interpretes activos de la realidad. Con ello, alcanza especial significación el denominado proceso de “alfabetización mediática” del ciudadano, como aprendizaje interactivo e intercambio de contenidos que quiebra la tradicional configuración la comunicación periodística. Es por ello, que entonces el periodista debe desarrollar nuevos roles que faciliten a la sociedad la educación mediática del ciudadano, facilitando elementos y vías de comunicación que favorezcan la educación crítica y la participación activa del ciudadano en el labor de comunicación.

En definitiva, inspira la obra como principio rector fundamental la necesidad de formar y educar al ciudadano en el uso responsable de los medios digitales como herramientas de comunicación interpersonal, solo desde la propia conciencia individual, y desde la especial consideración que nuestros derechos merecen, podrá avanzarse socialmente hacia una utilización racional de las nuevas formas de comunicación digital en el siglo XXI.