

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

Número 18 y 19 , Época II, 2021

ISSN: 2340-4647



REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad
(REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de
Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista
en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA

EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Doctor Internacional en Derecho Penal

Profesor contratado doctor ANECA

Abogado

**(Responsable del Departamento Compliance IURE LICET
ABOGADOS)**

COORDINACIÓN TÉCNICA EDITORIAL

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

Posgraduada en Derecho (LLM)

Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

**Profesora Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho
Constitucional**

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

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

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS - TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

Universidad de Sevilla

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho
Internacional Privado**

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

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

Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Coruña

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA

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

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

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

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

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

Universidad de Granada

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

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

CAMILO CELA CONDE

Director del Laboratorio de Sistemática humana

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

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

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

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

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

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

Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

GUILLERMO OLIVEIRA

**Catedrático de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y
Medicina**

Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA

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

EDUARDO VERACRUZ PINTO

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

Universidad de Lisboa

RAÚL CERVINI

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

ARNEL MEDINA CUENCA

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

Universidad de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE

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

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

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

Universidad de La Habana

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO

**Decano Académico de la
Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de
Bogotá.**

Universidad Javeriana de Bogotá

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

AGUSTÍN LUNA SERRANO

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

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

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

Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

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

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

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

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

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

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

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

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

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

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

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

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

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

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

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

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

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

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

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

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

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

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

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho

Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

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

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

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

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

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

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

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

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

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

ASTOLFO DI AMATO

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

LLORENÇ HUGUET ROTGER

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

Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

Universidad de Deusto

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN

Doctor en Derecho

ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Derecho Civil

Universidad de Valencia

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO

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

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA

Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada
Universidad de Córdoba

M^a JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Profesora titular de Derecho Procesal

Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL A. GÓMEZ

Professor of Law and Associate Dean of International & Graduate Studies

Florida International University College of
Law

ÍNDICE

1. LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN EL CON-CURSO DE ACREEDORES: MOMENTO PARA SU EJERCICIO Y SU POSIBLE ALEGACIÓN FRENTE A UNA DEMANDA INICIADA POR LA CONCUR-SADA ANTE UN JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.....	15
--	----

Enrique Gadea Soler

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Deusto

2. LEGÍTIMAS Y LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.....	27
--	----

Jesús Sánchez Vigil de la Villa

Notario

3. AUTONOMÍA, CAPACIDAD Y JUECES QUE VACUNAN EN TIEMPO DE PANDEMIA.....	37
---	----

Cristina Gil Membrado

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de las Islas Baleares

4. LA CERTEZA Y SIMBOLIZACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. TOKENS Y CONTRATOS INTELIGENTES.....	57
--	----

Miguel Ángel Moreno Navarrete

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Granada

5.LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA.....	73
---	----

Teresa López Tur

Profesora Asociada de Derecho Civil. Universidad de las Islas Baleares

6. UNA RELECTURA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL APLICADA DESDE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.....	95
--	----

José Ricardo Pardo Gato

Abogado. Académico de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Diplomado en Estudios de la Defensa.

7. LA AMBIGÜEDAD E INAPLICABILIDAD DEL TIPO PENAL DE LEGITIMACIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS. BOLIVIA, 25 AÑOS DE LUCHA IMPERFECTA.....133

Ramiro Rivas Montealegre

Abogado y Auditor Financiero. Bolivia

8. LA SUSPENSIÓN DE CUENTAS DE POLÍTICOS POR TWITTER Y LOS BLOQUEOS DE USUARIOS POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES Y CARGOS PÚBLICOS....151

Ramón Herrera de las Heras

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Almería

9.LA PUNIBILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO.....169

Edgar Iván Colina Ramírez

Profesor Contratado Dr. (int.). Universidad de Sevilla

10. LA EXONERACIÓN DEL CRÉDITO PÚBLICO CON LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.....183

Pedro Rebollo Díaz

Abogado y Economista

11.FAMILIA ENSAMBLADA.....195

Aníbal Guzmán-Ávalos y Brenda Rodríguez Ortiz

Universidad Veracruzana. México

LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: MOMENTO PARA SU EJERCICIO Y SU POSIBLE ALEGACIÓN FRENTE A UNA DEMANDA INICIADA POR LA CONCURSADA ANTE UN JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

Enrique Gadea Soler
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 8 de junio de 2021
Fecha de aceptación: 30 de junio de 2021

RESUMEN: Previo análisis del fundamento de la prohibición de compensación y de sus requisitos, el objetivo que se persigue con este trabajo es, por una parte, abordar desde una perspectiva práctica las excepciones a la prohibición de compensación de créditos concursales; y, en especial, la que se refiere a los créditos y deudas que nacen de una misma relación jurídica. Y, por otra, dar respuesta, sobre la base de los pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo, a cuestiones controvertidas como son: el momento para su ejercicio y su posible alegación frente a una demanda iniciada por la concursada ante un juez de primera instancia.

ABSTRACT: After analyzing the basis of the prohibition of set-off and its requirements, the aim of this paper is, on the one hand, to address from a practical perspective the exceptions to the prohibition of set-off of bankruptcy claims; and that which refers to claims and debts arising from the same legal relationship. And, on the other hand, to respond, based on the pronouncements made by the Supreme Court, to controversial questions such as: the moment for its exercise and its possible allegation against a claim initiated by the insolvent party before a judge of first instance.

PALABRAS CLAVE: La prohibición de compensación, sus excepciones, momento para su ejercicio y la forma de alegación en juicio.

KEYWORDS: The prohibition of set-off, its exceptions, the time for its exercised the form of pleading in court.

SUMARIO: 1. Objeto del presente trabajo 2. La prohibición de la compensación en el concurso de acreedores: Los requisitos para su admisión y sus excepciones 3. Momento para la alegación de la compensación en el concurso 4. La alegación de compensación frente a una demanda iniciada por la concursada ante un juez de primera instancia: juzgado competente para conocerla y forma de alegación en el proceso 5. Bibliografía.

1. OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO

En este trabajo no nos proponemos realizar un estudio exhaustivo de la compensación de créditos, sino únicamente contextualizar el tema de la prohibición de la compensación en el ámbito concursal, considerando su alcance, contenido y sus excepciones, para, posteriormente, analizar dos cuestiones controvertidas, como son: el momento para su ejercicio en el concurso y su posible alegación frente a una demanda iniciada por la concursada ante un juez de primera instancia, y todo ello, con finalidad práctica, sobre la base de los pronunciamientos realizados sobre cada cuestión por el Tribunal Supremo.

2. LA PROHIBICIÓN DE COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: LOS REQUISITOS PARA SU ADMISIÓN Y SUS EXCEPCIONES

La compensación, regulada de manera general en los artículos 1195 a 1202 del Código Civil (en adelante, CC)¹, aparece configurada en nuestro Derecho (concretamente, en el artículo 1156 del CC) como un modo de extinción (de pago) de dos deudas homogéneas de aquellas personas que sean recíprocamente deudoras y acreedores la una de la otra².

Esta circunstancia explica la regla de la prohibición de compensación en el ámbito concursal. En nuestro ordenamiento, el legislador se ha decantado por la concepción latina de compensación, que la considera como un medio de pago, lo que no permite admitir su operatividad a partir de la declaración de concurso, dado que, lo contrario, atentaría contra el principio de igualdad de trato (*par conditio creditorum*), en virtud del cual los acreedores del concursado solo pueden cobrar dentro del procedimiento sometidos a la “ley del dividendo”³. Con ello, se ignora la dimensión de garantía de la compensación, seguida por la concepción germánica y por recientes reformas concursales, que permite invocar también la compensación en el procedimiento cuando sus requisitos concurren con posterioridad a la declaración de concurso.

En la actualidad, la cuestión de la compensación de créditos en el concurso se encuentra regulada en el artículo 153 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), que se corresponde con el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC). Del precepto se desprende que la compensación producirá efectos en aquellos supuestos en que los requisitos necesarios para que opere (los requisitos legales o los fijados en un convenio de compensación⁴) hubieran existido antes de la declaración de concurso, aunque se haga uso de esa facultad después de la misma, descartando la posibilidad de compensación en los casos en que los requisitos referidos concurriesen una vez declarado el concurso. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del TRLC, para que la prohibición de compensación pueda ser superada en el concurso deben darse las dos condiciones siguientes: el cumplimiento de ciertos requisitos y que dichos requisitos concurren antes de la declaración de concurso.

¹ Para un comentario detallado de los artículos del Código Civil se remite a VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Comentario de los artículos 1195 a 1202” en PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 279-294.

² El fundamento último de la compensación se encuentra en la deslealtad del comportamiento de quien reclama un crédito siendo al mismo tiempo deudor del demandado, pues es contrario a la buena fe pedir aquello mismo que luego ha de ser restituido: así, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 2 (Las relaciones obligatorias), Ed. Thomson-Cívitas, Madrid, 2008, pp. 536 y ss.

³ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., *Efectos del concurso sobre los créditos: compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción*, 1ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 15 y ss.

⁴ Como señalan ARROYO, I. y MORRAL, R., (*Teoría y Práctica del Derecho Concursal*, Tecnos, Madrid, 2012, p.86): La prohibición alcanza tanto a la compensación legal como a la convencional, pues la LC no hace distinciones.

Los requisitos para que pueda invocarse la compensación legal en el concurso no son otros que los previstos en los artículos 1195 y 1196 CC, de los que, en resumen, se desprende que es necesario que se trate de créditos recíprocos, homogéneos, vencidos, líquidos y exigibles:

1. El requisito de la reciprocidad (artículos 1195 y 1196.1º del CC) exige que cada uno de los obligados lo esté principalmente y que sea a la vez acreedor principal del otro. Por ello, como regla general, solo podrán beneficiarse de la compensación dichos sujetos y no los terceros⁵.

2. La homogeneidad (artículo 1196.2º) se refiere a que las obligaciones objeto de compensación consistan en una cantidad de dinero o, siendo fungibles las obligaciones debidas, sean de la misma especie y de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. Como se indica en la STS 315/2021, de 13 de mayo, en el F.J. 2º, las prestaciones debidas de cada una de las obligaciones deben ser de la misma naturaleza, homogéneas y fungibles. En el ámbito concursal, no es obstáculo para la compensación que los créditos tengan distinta calificación: por ejemplo, que uno sea calificado como ordinario y otro como subordinado.

3. El vencimiento de las dos deudas, (artículo 1196.3º del CC), como se apunta en la STS 129/2019, de 5 de marzo, se produce: *“por haberse cumplido el término pactado en las deudas a plazo (artículo 1125 del CC) o por haberse purificado la obligación en las obligaciones sujetas a condición (artículos 1113 y 1114 del CC)”*.

4. Los requisitos de la liquidez y el de la exigibilidad (artículo 1196.4º del CC) se concretan en lo siguiente: el primero se refiere a que la cuantía de la deuda esté determinada o, si no lo estuviese, que pueda determinarse mediante operaciones aritméticas sencillas. Si se ignora el qué o el cuánto de lo debido, no cabe la compensación, ya que se desconoce el montante de la deuda. El segundo requisito, el de la exigibilidad, hace referencia a que los respectivos acreedores puedan reclamar el cumplimiento de la obligación con eficacia jurídica (en ese sentido, la STS 315/2021, de 13 de mayo).

5. Se exige, por último, que sobre ninguna de las deudas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor (artículo 1196. 5º), dado que la intervención judicial impide el pago liberatorio y, por tanto, la compensación.

Según la STS 1860/2021, de 13 de mayo: *“Los requisitos exigidos por el Código civil para que pudiera existir una compensación legal son los siguientes: i) (Que) las prestaciones debidas en virtud de cada una de las obligaciones sean de la misma naturaleza, homogéneas y fungibles, así se desprende del apartado 2.º del artículo 1196 CC, cuando exige que “ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado”; ii) las deudas sean líquidas (artículo 1196.4º CC), en cuanto que exista una certeza sobre su cuantía o pueda conocerse mediante sencillas operaciones aritméticas; iii) estén vencidas (artículo 1196.3º CC) por haberse cumplido el término pactado en las deudas a plazo (artículo 1125CC) o por haberse purificado la obligación en las obligaciones sujetas a condición (arts. 1113 y 1114 CC); y iv) resulten exigibles (artículo 1196.4º CC), esto es, pueda ser reclamado su cumplimiento con eficacia jurídica, por sus respectivos acreedores”*.

⁵ Como señala BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Comentario al artículo 58”, en ROJO/ BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Vol. 1, Cívitas, Madrid, 2004, pp.1084-1102: “Los terceros únicamente podrán sólo podrán beneficiarse de ella cuando el derecho material así lo contemple. Los ejemplos más significativos en este punto son, por una parte, el caso del fiador (artículos. 1853 y 1197 CC) y, por otra, el del deudor cedido (artículo 1198 CC) En el caso del fiador, éste podrá invocar frente al concursado la situación objetiva de compensación producida antes de la declaración de concurso entre el acreedor y el deudor insolvente.... También el fiador podrá compensar su obligación frente al acreedor con su propio derecho de crédito, pues una vez perdido el beneficio de excusión, responde a título principal frente al acreedor. En los supuestos de *cesión*, el deudor cedido podrá invocar la compensación frente al cesionario cuando haya adquirido su expectativa de compensación antes de que tuviera conocimiento de la cesión, o habiéndole sido ésta notificada, si la cesión se produjo sin su consentimiento (artículo 1198-II y III CC). En esencia, esto significa que Cayo podrá invocar en el concurso de Ticio la situación objetiva compensación anteriormente producida, cuando Cayo concedió crédito a Ticio sobre la expectativa de poder compensar con una deuda anterior e ignorando que Ticio había cedido su crédito a Sempronio”.

Dejando al margen supuestos de concurrencia menos frecuente en la práctica, como son los del artículo 727 del TRLC, como excepción a la prohibición de compensación de créditos concursales, cabe destacar los previstos en el artículo 153.2 del TRLC, que se refieren a los créditos y deudas que nacen de una misma relación jurídica. Además, la prohibición tampoco se aplica a los créditos contra la masa, que no se integran en la masa pasiva del concurso y no se sujetan a las reglas de la *par conditio creditorum*, por lo que pueden ser pagados al margen de la solución concursal, ya sea el convenio o la liquidación, ni después de la aprobación del convenio, mientras no haya declaración de cumplimiento ni incumplimiento, respecto de las cantidades novadas (por la quita) y vencidas. A continuación, nos referiremos de forma específica a cada una de esas situaciones:

1. Compensación de créditos y deudas que nacen de una misma relación jurídica. En este caso, la prohibición no afecta a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual de la que han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración del concurso de una de las partes. Como ejemplos más significativos de esta situación, cabe destacar los contenidos en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

a) En la STS 188/2014, de 15 de abril, la cuestión que se plantea es la de determinar si procede la aplicación de la fianza arrendaticia contra el crédito que la parte in bonis ostentaba contra la concursada. La demandada, que es la concursada, estima que no procede la compensación porque los requisitos para que opere ésta no son anteriores a la declaración del concurso. Por ello, entiende que el importe de la fianza debe figurar en el activo de la concursada e incrementarse el crédito del arrendador en esa cantidad en la lista de acreedores. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que la no concurrencia de los requisitos antes de la declaración del concurso no hubiese impedido que operara la compensación, dado que, en este caso, no se aplica la compensación como forma de extinción de obligaciones sino como mecanismo de liquidación del contrato, resuelto por una sentencia firme.

b) En la STS 428/2014, de 24 de julio, se aborda el caso de un contrato de obra concertado por la concursada (contratista), en el que se pactó que la propiedad realizaría una serie de retenciones en garantía de las penalizaciones en que pudiese incurrir la contratista por el incumplimiento del plazo convenido para la terminación y entrega de las obras. En el incidente concursal, y en el posterior recurso de apelación, planteado por la propiedad, se declara que la contratista concursada ha incumplido las obligaciones dimanantes del contrato en lo que respecta a plazo de ejecución, calidad y terminación de las obras, si bien ni el juzgado mercantil ni la audiencia acceden a la compensación de las cantidades adeudadas por una y otra parte (en concreto: de retenciones y adeudo por penalización), por entender que contrariaba la prohibición del artículo 58 LC.

No obstante, presentado recurso de casación por la propiedad, el Tribunal Supremo estima el recurso, al considerar que señala: *“... este régimen no se aplica a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes. En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 188/2014, de 15 de abril, al afirmar que más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto”*.

Y a continuación añade: *“Es lógico que si la parte del crédito que el comitente adeuda al contratista por la ejecución de la obra ha sido retenida, de acuerdo con lo pactado, en garantía del cumplimiento puntual de la obligación asumida por el contratista de ejecución y entrega de la obra, y, por ende, de la satisfacción de la pena pactada en caso de retraso, aunque su importe se determine después de la declaración de concurso del contratista, el dueño de la obra puede aplicar aquellas cantidades retenidas al pago de la indemnización por retraso”*.

c) En la STS 473/2017, de 20 de julio, en el marco de un contrato de concesión de venta de vehículos y de servicios de preventa y postventa, se plantea, tras la quiebra de la concesionaria, si la compensación de las deudas y obligaciones operadas en su relación negocial responde a una propia compensación legal (artículo 1196 del Código Civil), o más bien a una compensación contable del sistema de cuenta corriente establecido entre las partes.

La operativa práctica observada durante la ejecución del contrato muestra que las ventas de vehículos y piezas no eran pagadas en el momento de la entrega, ni tampoco las facturas que emitía concesionaria concursada a la marca, sino que se giraban para el pago a 90 días. Es más, en la gran mayoría de las facturas aportadas con la demanda de la Sindicatura consta «modo de pago: compensación».

Por eso, se declara en la sentencia que: *“En el presente caso, en realidad, no nos encontramos ante una compensación propiamente dicha, esto es, un subrogado del pago en el que una deuda se extingue hasta donde concurre con otra distinta, cuando cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro, cumpliéndose los demás requisitos previstos en el artículo 1196 del Código Civil.*

Por el contrario, ... se está ante un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte. En las sentencias 188/2014, de 15 de abril, y 428/2014, de 24 de julio, hemos declarado que en estos supuestos, incluso en el caso de que se tratara de una relación contractual de la que surjan créditos de carácter concursal, nos encontramos ante un mecanismo de liquidación del contrato y no ante compensaciones, propiamente dichas, a las que le sea aplicable el artículo 58 LC.

A mayor abundamiento, además esta liquidación se realiza a través del sistema de compensación de una cuenta corriente establecida por las partes En este sentido, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda excluida de la prohibición legal porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto.

Compensación contable, derivada de la cuenta corriente, que queda excluida de la quiebra ..., por lo que no se infringe el principio de par condicio creditorum”.

d) En la STS 175/2019, de 21 de marzo, se trata otro caso de contrato de ejecución de obra, en el que encontrándose en curso una demanda planteada por el contratista por impago de la ejecución de la obra y una reconvencción interpuesta por el comitente por penalizaciones por retraso e indemnizaciones por vicios y defectos de construcción, el contratista es declarado en concurso. Lo que se discute es si cabe la compensación del crédito que respecto a la ejecución de las obras se reconoce al contratista con los créditos que respecto de la misma obra se reconoce a la propietaria por penalización por retraso y por partidas no ejecutadas, facturas duplicadas o erróneas. La Audiencia niega la procedencia de esta compensación por la prohibición del artículo 58 LC. Pero, como se señala nuevamente en la sentencia del Tribunal Supremo *“... esta prohibición de compensación no opera en supuestos, como el presente, de liquidación de una relación contractual. Así, esta sala expresamente ha excluido del régimen de prohibición de compensación del artículo 58 LC los casos en que la compensación se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes (sentencia 428/2014, de 24 de julio). En realidad, más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto (sentencia 188/2014, de 15 de abril)”.*

2. Compensación de créditos contra la masa. La prohibición de compensación solo alcanza a los créditos concursales (artículo 49 LC/ artículo 251.1 TRLC), pero no a los créditos contra la masa, que, por su

propia naturaleza, no forman parte de la masa pasiva y por ello no les alcanzan los efectos que respecto a los créditos concursales genera la declaración de concurso⁶. En esa línea, se pronuncia la STS 181/2017, de 13 de marzo, cuando dice: *“Debemos recordar lo que afirmamos en la sentencia 428/2014, de 24 julio, con cita de la 46/2013, de 18 de febrero .En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos anteriores frente al deudor común formen parte de la masa pasiva (artículo 49 de la Ley Concursal) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impiden, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Esa es la razón por la que el artículo 58 de la Ley Concursal prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.*

Pero si el crédito no es concursal, sino contra la masa, no se integra en la masa pasiva del concurso, no está sujeto a las reglas de la par condicio creditorum, y puede ser pagado al margen de la solución concursal alcanzada, sea la de convenio o la de liquidación”.

Por ello, en el caso específico de la resolución de un contrato en interés del concurso, la STS 431/2019, de 17 de julio, declara que: *“Si en un incidente concursal de resolución de un contrato en interés del concurso, la sentencia de apelación reconoce un crédito contra la masa a la parte in bonis frente a la concursada y otro de la concursada frente a la parte in bonis, la Audiencia puede, en la propia sentencia, aplicar la compensación de uno y otro crédito hasta la cantidad concurrente”.*

3. La Prohibición de compensación tampoco se aplica después de la aprobación del convenio, mientras no haya declaración de cumplimiento ni incumplimiento, respecto de las cantidades novadas (por la quita) y vencidas. Se refiere a este supuesto la STS 229/2016, de 8 de abril, en el que, en síntesis, se plantea lo siguiente: La concursada interpone frente a un acreedor una acción de reclamación de las rentas debidas. La demandada no niega la deuda, pero alega su extinción por compensación de créditos, dado que tiene un crédito a su favor, por cuantía superior, que le fue reconocido en el concurso de la actora, en el que se había aprobado el convenio. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y admite la compensación del crédito que la demandada tenía frente a la actora y que estaba ya vencido e impagado conforme al propio calendario de pago contenido en el convenio, por lo que declara extinguidos ambos créditos en la cantidad concurrente. La concursada recurre en casación ante el Tribunal Supremo, que desestima el recurso sobre la base de la siguiente argumentación: *“Conforme al artículo 133.2 LC, el principal efecto derivado de la aprobación del convenio previamente aceptado por los acreedores consiste en el cese de los efectos del concurso; salvo los deberes de colaboración e información del artículo 42 LC, y excepto los efectos que se puedan establecer en el propio convenio en cada caso específico. Conforme al artículo 134.1 LC, el deudor queda obligado al cumplimiento del convenio; y en cuanto a los acreedores concursales, se ven vinculados por el convenio los ordinarios y subordinados...*

La quita concursal no produce la extinción de la obligación, y no puede considerarse la remisión que se acuerde en un convenio como una condonación, ni como una novación extintiva. Es una novación modificativa, basada en la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor (pacto de non petendo). Como consecuencia de ello, si el convenio se incumple y se abre la fase de liquidación, desaparecen estos efectos sobre los créditos (artículo 140.4LC). Si el convenio se cumple parcialmente, en la liquidación se tendrán por legítimos los pagos parciales efectuados, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención del convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores (artículo 162.1 LC). Mientras que si el convenio se cumple íntegramente, y así se declara conforme al artículo 139 LC, los créditos quedarán definitivamente extinguidos.

⁶ Así, BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos y los contratos”, en URÍAMENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, Tomo II, 2ª ed., Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, p. 994.

Aun cuando desde la eficacia del convenio cesan los efectos derivados de la declaración de concurso, éste no ha concluido como procedimiento, sino que subsiste en un estado que la doctrina denomina concurso yacente ; entendido como la situación en que se encuentra provisionalmente el procedimiento entre la fecha de la aprobación judicial del convenio y el auto firme que lo declara cumplido o caducadas las acciones de incumplimiento (provisionalidad que puede extenderse en el tiempo en conexión con los plazos de espera acordados).

Es en dicha situación de concurso yacente en la que, según lo declarado probado por la sentencia recurrida, se encontraba el concurso de Gymcol, S.A. cuando se dictó la sentencia de primera instancia. Y la competencia objetiva para declarar el cumplimiento o incumplimiento del convenio, correspondía en exclusiva al juez del concurso, conforme a los artículos 8,139.2,140 y 141LC.

Por ello, es cierto, como se sostiene en el recurso, que en el procedimiento judicial de reclamación de rentas, el tribunal que conocía del mismo -distinto del juez del concurso- carecía de competencia objetiva para declarar cumplido o incumplido el convenio. La sentencia recurrida no se pronunció en los términos previstos en los citados artículos 139.2,140 y 141LC, y por tanto nada resolvió sobre el cumplimiento del convenio, sino que se limitó a constatar que las cantidades debidas estaban ya vencidas respecto de los propios plazos de pago estipulados en el convenio, por lo que, atendidos los mismos términos de éste, los créditos estaban compensados.

Mientras no haya declaración de cumplimiento o incumplimiento del convenio, lo único que puede declararse es la compensación de las cantidades novadas (por aplicación de la quita) y vencidas. Y eso es lo que correctamente ha resuelto la Audiencia Provincial, al aplicar no solo las normas concursales citadas, sino también los artículos 1.156, 1.195, 1.196 y 1.202CC. Sin que ello afecte a la par conditio creditorum, porque cesados los efectos del concurso (artículo 133.2 LC) y, por tanto no aplicable ya la prohibición general del artículo 58 LC, los créditos compensables estaban comprendidos dentro de las sumas novadas y de los plazos vencidos, conforme a lo previsto en el convenio, y reunían los requisitos para ser extinguidos en la parte concurrente”.

3. MOMENTO PARA LA ALEGACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EN EL CONCURSO

El artículo 1202 del CC establece que: *“El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores”.* Del tenor literal de precepto podría deducirse que la compensación se produce de forma automática o *ipso iure*, sin necesidad siquiera de la voluntad de las partes. Sin embargo, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia considera que la compensación constituye una facultad jurídica y no un efecto extintivo, desencadenado de forma automática por ministerio de la Ley. Por eso, para que la compensación sea eficaz es necesario una voluntad de actuarla por una de las partes, como lo demuestra que cabe su renuncia, que no es apreciable de oficio por los tribunales y que el pago de la deuda susceptible de compensación no es pago indebido. Lo que es cierto es que, a partir del momento en que concurren todos los requisitos de la compensación (artículos 1196 y 1196 del CC), su alegación, por vía de acción o de excepción, por el acreedor que es a su vez deudor de su deudor, que lo es por derecho propio y a título principal, genera el resultado extintivo previstos en el artículo 1156 del CC, con efectos retroactivos a la fecha en que aquellos requisitos concurren.

Como señala, entre otras, la STS 46/2013, de 18 de febrero, para interpretar el efecto automático de la compensación: *“Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, aunque los efectos de la compensación se producen de forma automática o ipso iure, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia extunc, este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno*

de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después”.

De lo expuesto se deduce que la alegación de la compensación por alguna de las partes es necesaria para que ésta pueda producirse, aunque ni en la LC ni en el TRLC se determina un momento concreto para interponerla. En este punto, existe discrepancia de criterio entre las Audiencias Provinciales. En algunos pronunciamientos se dice que es el trámite de comunicación de créditos cuando el acreedor deberá comunicarla y que si no lo hace en ese momento ese derecho precluye. En esa línea cabe destacar la Sentencia 89/2015, de 4 de marzo de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), que declara: *“De esta forma, cabría preguntarse, en qué momento del procedimiento concursal resulta oportuno realizar esa invocación. Pues bien, parece que la respuesta más acertada a esta cuestión se encuentra en la propia Ley Concursal, la cual regula en el Capítulo III, del Título IV, a partir del artículo 84, en qué forma debe procederse a la determinación de la masa pasiva del concurso y en este particular, no cabe duda de que, habiendo concurrido o no los requisitos de la compensación con carácter previo a la declaración de concurso, en tanto en cuanto el acreedor-deudor no haga valer los efectos de esa compensación, de lo que es titular es de un crédito que en principio, siendo anterior a la declaración de concurso, es susceptible de ser integrado en la masa pasiva del concurso. Por tanto, será en el trámite de la comunicación de créditos regulado en el artículo 85, donde el acreedor deberá procurar el reconocimiento de los efectos de la compensación ante la Administración concursal. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal (artículo 58 in fine LC).*

Aplicando esta doctrina a nuestro caso, tenemos que, en efecto, los presupuestos de la compensación legal se dan (artículo 1.196 CC) pero el efecto extintivo no (artículo 1.202 CC). Y ello es así por cuanto si bien el demandando acreedor, ..., notificó a la actora-deudora-ape-lante su interés en la compensación (doc. 28 contestación, f. 107), sin embargo, no hizo valer su derecho en el concurso, más bien lo contrario. Comunicó el crédito íntegro que ahora quiere compensar a la Administración concursal, que lo incluyó en el listado de acreedores y paso como firme a la lista de acreedores comunes (artículo 97 LC).

En consecuencia, el recurso y la demanda se estiman y no ha lugar a la pretendida compensación de créditos”.

Por el contrario, en otros pronunciamientos se indica que la excepción de compensación puede ser opuesta por el deudor en cualquier momento en que le sea reclamado el pago por el concursado, con el único condicionante de que sus requisitos existan con anterioridad a la declaración de concurso. En ese sentido, la Sentencia 527/2012, de 10 de julio de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), que dispone lo siguiente: *“Téngase en cuenta que la excepción de compensación puede ser opuesta por el acreedor del concursado en cualquier momento que le sea reclamado el pago por el concursado, con el único condicionante de que sus requisitos existan con anterioridad a la declaración de concurso. Y es que la Ley Concursal no establece límite temporal alguno a la oposición de la excepción de compensación, ni exige que la compensación sea opuesta por el acreedor al comunicar su crédito. La compensación es un modo de extinción de la obligación que precisa de una reclamación previa del titular del crédito compensable para su eficacia como medio de extinción de la deuda. Además, la excepción de compensación no modifica la lista de acreedores ni el inventario, y, por último, figurando en el informe de la administración concursal la demandada como acreedor y deudor de la concursada, es la administración concursal la que debe dar virtualidad a la misma y aplicar en su informe lo dispuesto en el artículo 58 de la LC.*

El artículo 58 de la LC no establece límite temporal alguno para que el acreedor del concursado oponga la excepción de compensación, ni regula la forma procesal en que debe hacerlo.

... Por otro lado, la utilización de la compensación como medio de extinción de la obligación es una facultad del deudor. Por ello no tiene obligación alguna de aplicar la compensación cuando él, por su parte, reclame el crédito que tiene contra quien es, a su vez, acreedor suyo. Por esta razón el artículo 58 de la LC obliga a los acreedores a comunicar sus créditos a la administración concursal, pero en absoluto se refiere a que comuniquen también las deudas a efectos de su compensación. Es la reclamación del crédito por el acreedor la que activa los mecanismos de defensa del deudor frente a tal reclamación, siendo ese el momento en el que, si le interesa, puede oponer la excepción de compensación, justificando la concurrencia de los requisitos legales con anterioridad a la declaración del concurso. De ahí que no tenga que articularla ni en el momento de la comunicación de créditos, ni al tiempo de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. Otra cosa sería si cuestionase la cuantía, vencimiento, liquidez o exigibilidad del crédito, en cuyo caso sí que tendría que impugnar el inventario de la masa activa”.

Esta postura ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en la STS 129/2019, de 5 de marzo, cuando aclara que: *“Propiamente no existe ningún momento en el que necesariamente haya de optarse por la compensación, pero resulta lógico que si ya se cumplían los requisitos para la compensación al tiempo de la declaración de concurso, se solicite pronto, dentro de un periodo razonable. Esto no excluye que mientras no se verifique la compensación, por las razones que sean, el acreedor concursal pueda comunicar su crédito y este llegue a ser reconocido, sin que con ello pueda entenderse precluido el derecho a compensar”.*

4. LA ALEGACIÓN DE COMPENSACIÓN FRENTE A UNA DEMANDA INICIADA POR LA CONCURSADA ANTE UN JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO COMPETENTE PARA CONOCERLA Y FORMA DE ALEGACIÓN EN EL PROCESO

En este apartado vamos a abordar dos cuestiones muy relacionadas y polémicas en torno a la compensación en el concurso de acreedores: por una parte, el juzgado competente para conocerla y, por otra, si puede alegarse, bien mediante reconvencción o bien vía excepción, frente a una demanda del concursado interpuesta ante un juez de primera instancia.

El artículo 153. 3 del TRLC establece que: *“La controversia sobre el importe de los créditos y deudas a compensar y la concurrencia de los presupuestos de la compensación se resolverá por el juez del concurso por los cauces del incidente concursal”.*

Dado el tenor del precepto se ha llegado a señalar que el juez de primera instancia que ha conocido la reclamación de un crédito formulada por la concursada frente a su deudora no es competente para conocer de la compensación de créditos opuesta por la demandada, por tratarse de una competencia del juez del concurso (artículos 52 y 153.3 del TRLC y 86 ter LOPJ).

La STS 315/2021, de 13 de mayo, ha declarado que. *“No hay duda de que, al prescribir la norma un cauce procesal expreso para conocer de esa controversia, el incidente concursal, del que sólo puede conocer el juez del concurso, la pretensión de compensación que se haga valer a través de una acción debía solicitarse ante el juez del concurso y por el incidente concursal”.*

Sobre esa base debemos tratar de forma separada la alegación de compensación por medio de reconvencción o por vía de excepción:

1. Para analizar el caso de la alegación de compensación mediante reconvencción, debemos tener en cuenta que la reconvencción constituye una acción nueva que ejercita el demandado frente al actor dentro del proceso instado por éste, interesando que se dicte sentencia en la que no sólo se desestime la solicitud del demandante, sino que, además, se acojan

sus propias pretensiones solicitadas en la demanda reconvenzional⁷. Como ha señalado la STS de 2 de julio de 1946 (citada, entre otras, por la SAP de Tarragona 123/2005, de 28 de febrero, Sección 1ª), sólo puede hablarse de reconvección “cuando en contraposición a las peticiones de la súplica de la demanda se oponga no la mera aspiración del demandado de ser absuelto de la misma ni la declaración contradictoria del mismo derecho que aquella invoca y por cuyo reconocimiento propende, sino una cuestión nueva derivada de un derecho privativo susceptible de ser reconocido con independencia del originario del litigio y con fuerza bastante para influir en él anulando o modificando los efectos posibles de la acción ejercitada”.

Ante lo expuesto cabe concluir que, como lo que se estaría ejercitando, ante el juzgado de primera instancia que hubiese conocido la demanda principal, no sería más que una acción civil con trascendencia patrimonial contra la concursada, el órgano competente para conocerla sería el juzgado de lo mercantil, con lo que el juzgado de instancia debería inadmitirla por carecer de competencia objetiva por razón de la materia, conforme a lo previsto en el artículo 406.2 de la LEC.

2. Respecto a la alegación de compensación por vía de excepción, cabe comenzar precisando que la excepción es un simple medio de defensa que no amplía el objeto del proceso fijado por el actor, sino que tiene por finalidad obtener una sentencia desestimatoria, por lo que no incide, a diferencia de lo que ocurre en la reconvección (artículo 406.2 LEC), en la competencia objetiva del tribunal, que queda determinada desde la admisión de la demanda en virtud del principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, ni tampoco en el procedimiento⁸.

En este punto, existen criterios judiciales discrepantes sobre la posibilidad de oponer o no la compensación por vía de excepción, sin que sea necesaria la formulación de reconvección, en función de las diferentes clases de compensación que existen (legal, judicial o convencional). En efecto, la posibilidad puede diferir, según la resolución judicial, en función de si se trata de una u otra:

Para que pueda operar la compensación legal se exige, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, la reciprocidad de los créditos, la homogeneidad de las prestaciones, la exigibilidad de las deudas, la liquidez de estas y la ausencia de retención o contienda judicial respecto de las deudas compensables. Por su parte, la compensación judicial se produce en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos necesarios para que opere la compensación legal. En este caso, corresponderá al juez, por medio del proceso, subsanar la falta de alguno de ellos, que normalmente será el de la liquidez.

La jurisprudencia ha entendido de manera reiterada que la compensación legal puede alegarse tanto por vía de excepción, cuando lo único que se pretenda es la desestimación total o parcial de la demanda con base en la estimación de un crédito compensable (absolución o reducción de la cuantía reclamada en la demanda), como por vía de reconvección, si siendo su crédito superior al del actor, además de solicitar *la desestimación de la demanda, pretende que se condene a la otra parte al pago del exceso de su crédito*. Por el contrario, respecto a la posibilidad de alegar la compensación judicial por vía de excepción, existen resoluciones contradictorias en los tribunales, pues mientras algunas la admiten (con el límite de que la cantidad que se *compensa no puede originar un crédito en favor del demandado*), citando las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1983, 31 de mayo de 1985, 7 de marzo de 1988 y 16 de noviembre de 1993), otras entienden que debe formularse siempre por vía reconvenzional, ya que requiere una actuación y pronunciamiento expreso del juez, independientemente de la cuantía inferior o superior de su crédito en relación con el del actor.

⁷ Así, GUASP, J., en GUASP/ ARAGONESES, Derecho Procesal Civil, Introducción y parte general, Tomo I, 7ª Edición, Civitas, Madrid, 2004, p. 264.

⁸ Sobre el concepto de excepción procesal puede verse TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al artículo 405”, en ARMENTA DEU/ CORDÓN MORENO/TAPIA FERNÁNDEZ/ MUERZA ESPARZA (Coords.), *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 630 y ss.

No obstante, sin perjuicio de lo señalado, entendemos que esta polémica carece de sentido en la actualidad, por haber sido resuelta esta cuestión por el artículo 408.1 LEC, que establece: *“Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar”*.

De ese modo, el precepto establece un nuevo trámite de alegaciones para el demandante cuando el demandado alegare un crédito compensable por vía de excepción. Es decir, la invocación o alegación por el demandado de un crédito compensable siempre puede ser controvertida por el actor con el consiguiente tratamiento de reconvencción, y ello aunque el importe del mismo sea de cuantía igual o inferior al del actor y, en consecuencia, el demandado se haya limitado a excepcionar la compensación, solicitando solo la absolución, o aun cuando siendo el importe superior, solicite la absolución de la demanda sin pedir la condena al saldo que a su favor pudiera resultar⁹.

Como ha declarado la STS 427/2013, de 13 de junio: *“El legislador con la LEC 2000 ha introducido una novedosa redacción en el tratamiento procesal de las excepciones de compensación y nulidad absoluta, para impedir que su alegación vía excepción pudiera provocar indefensión en el actor, que, hasta ahora, carecía de trámite y fija plazo para contestar por escrito a dicha defensa argüida al contestar a la demanda.*

Por ello, la doctrina suele hablar de excepciones reconvenccionales y la propia exposición de Motivos de la LEC establece que son criterios que la inspiran "por un lado, la necesidad de seguridad jurídica, y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente pueden zanjarse en uno solo". Añade, además, que "la Ley evita la indebida dualidad de controversias sobre nulidad de los negocios jurídicos -una, por vía de excepción; otra, por vía de demanda o acción-" y "trata diferencialmente la alegación de compensación " (Antecedente VIII).

La excepción de compensación introduce un hecho nuevo que debe ser objeto de pronunciamiento autónomo con fuerza de cosa juzgada (artículo 408.3 de la LEC).

Con anterioridad a la Nueva LEC, la jurisprudencia era rigurosa en materia de compensación, impidiendo su planteamiento como excepción, cuando de compensación judicial se trataba, pues en ésta todo quedaba por determinar, por lo que exigía su formulación como reconvencción para preservar la defensa del demandante.

Pese a ello hubo sentencias de esta Sala de 12 de abril, 31 de mayo de 1985 y 16 de noviembre de 1993, que permitían el planteamiento como excepción, cuando las bases quedaran determinadas de forma clara.

Sin embargo, en la Nueva LEC se puede plantear la existencia de "crédito compensable", sin discriminar entre compensación legal o judicial, postura razonable, pues el actor podrá oponerse por los trámites de la contestación a la reconvencción, gozando la resolución recaída de los efectos de la cosa juzgada (art. 222.2 LEC).

En suma, la excepción de compensación goza de un tratamiento procesal autónomo, pues pese a su "nomen" de excepción goza de naturaleza sustantiva, sirviendo de cauce para introducir acciones y hechos nuevos, por lo que tiene sustanciación procesal como si de reconvencción se tratase, por lo que carece de sentido exigir, como en la sentencia recurrida que se formule reconvencción expresa, pues la parte actora supo desde el primer momento que se articuló expresa y destacadamente la "compensación" y contestó a ella, en virtud de traslado que se le confirió (STS26-12-2006. Rec. 468/2000).

⁹ En ese sentido, CORDÓN MORENO, F., “Cuestiones polémicas sobre la reconvencción”, en Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 9, 2017, p. 82.

Por tanto, la compensación judicial puede ser opuesta al contestar la demanda como excepción, al amparo del art. 408 LEC, tramitándose como contestación a la reconvencción, siendo inaplicable la doctrina jurisprudencial invocada por la parte recurrida, pues se dictó en interpretación de las normas procesales de la anterior LEC”.

Asimismo, la STS 315/2021, de 13 de mayo, anteriormente mencionada, se refiere de forma específica a si el juez de primera instancia, que tiene competencia para conocer de una reclamación formulada por el concursado frente a un acreedor, la tiene también para decidir sobre la compensación hecha valer por éste. La sentencia después de incidir en que: *“No hay duda de que, al prescribir la norma un cauce procesal expreso para conocer de esa controversia, el incidente concursal, del que sólo puede conocer el juez del concurso, la pretensión de compensación que se haga valer a través de una acción debía solicitarse ante el juez del concurso y por el incidente concursal”*, añade que: *“Lo que no está tan claro es que esta previsión legal prive a un acreedor de la concursada de poder oponer la excepción de compensación prevista en el artículo 408 LEC frente a una demanda de reclamación de un crédito interpuesta contra él por la concursada. El artículo 408.1 LEC, aunque conceda a la excepción de compensación un trámite singular, en cierto modo similar a la reconvencción en cuanto que permite al demandante oponerse a la compensación, no contiene una norma equivalente a la prevista en el apartado 2 del artículo 406 LEC para la reconvencción (que impide que pueda formularse cuando el juzgado carezca de competencia objetiva)”*.

En resumen, en un caso como el que nos ocupa, la demandada no podrá formular una reconvencción para reclamar el crédito que tiene frente a la concursada, pues para eso es competente el juzgado mercantil que conoce del concurso, pero no existirá ningún impedimento para que, a los meros efectos de la compensación, pueda oponer su crédito frente a la concursada, ya para eso sí es competente el juez que conoce de la demanda inicial planteada por la entidad insolvente.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, I. y MORRAL, R., Teoría y Práctica del Derecho Concursal, Tecnos, Madrid, 2012.

BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos y los contratos”, en URÍA/MENÉNDEZ, Curso de Derecho mercantil, Tomo II, 2ª ed., Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, pp. 985 y ss.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Comentario al artículo 58”, en ROJO/ BELTRÁN, Comentario de la Ley Concursal, Vol. 1, Cívitas, Madrid, 2004, pp.1084-1102.

CORDÓN MORENO, F., “Cuestiones polémicas sobre la reconvencción”, en Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 9, 2017, pp. 73-102.

DÍEZ PICAZO, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Vol. 2 (Las relaciones obligatorias, Ed. Thomson-Cívitas, Madrid, 2008.

GUASP, J., en GUASP/ ARAGONESES, Derecho Procesal Civil, Introducción y parte general, Tomo I, 7ª Edición, Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., Efectos del concurso sobre los créditos: compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción, 1ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al artículo 405”, en ARMENTA DEU/ CORDÓN MORENO/TAPIA FERNÁNDEZ/ MUERZA ESPARZA (Coords.), Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 630 y ss.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Comentario de los artículos 1195 a 1202” en PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ SALVADOR CODERCH (dirs.), Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 279-294.

LEGÍTIMAS Y LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

Jesús Sánchez Vigil de la Villa
Notario

Fecha de recepción: 10 de junio de 2021
Fecha de aceptación: 30 de junio de 2021

RESUMEN: La regulación de la sucesión forzosa en el derecho civil común responde a modelos familiares, económicos y sociales que no se ajustan a las necesidades actuales y requiere por tanto de una urgente revisión o actualización. Dicha labor se ha ido desarrollando en las Comunidades Autónomas con derecho civil propio contando estas en líneas generales con una regulación mucho más ajustada a los parámetros sociales actuales. La ley 8/2021 trae consigo una reforma íntegra de la regulación de la capacidad en el Código Civil afectando igualmente al derecho de sucesiones, pero sin que dicha reforma haya supuesto una revisión o actualización de la regulación de la sucesión forzosa en el derecho civil común, perdiendo con ello el legislador la oportunidad de abordar la urgente e inaplazable reforma del sistema.

ABSTRACT: Forced heirship regulation in common civil law requires an urgent revision as it relies on economic, social and family models that do not meet the current needs. The required updates have been developed on some of the Autonomous Community that counts with its own civil law resulting on a more adjusted regulation according to the present social parameters. Law 8/2021 entails a complete renovation of the civil capacity affecting also the inheritance regulation but this reform hasn't affect the forced heirship regulation in common civil law, missing the opportunity given to deal with the pressing reform of the current system.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, sucesión forzosa, legítima foral.

KEYWORDS: Disability, forced heirship, foral forced heirship.

SUMARIO: 1. Ley 8/2021 de 2 de junio, planteamiento general; 2. La revisión del sistema legitimario en el Derecho Foral; 3. La revisión del sistema legitimario en el Derecho Civil Común; 4. Incidencia de la ley 8/2021 de 2 de junio en el sistema sucesorio y en particular en la regulación de la legítima; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

1. LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO, PLANTEAMIENTO GENERAL.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 3/6/2021), constituye la reforma más ambiciosa que en materia civil se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años. Dicha Ley tiene por objeto fundamental la adaptación a los principios fundamentales derivados de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 que implican, resumiendo de una forma muy básica, el establecimiento de un nuevo paradigma o enfoque desde el que el mundo jurídico se aproxima a la discapacidad y a la situación de las personas afectadas por la misma. Este nuevo enfoque trae consigo la supresión de la tradicional distinción entre capacidad jurídica (personalidad o aptitud para la titularidad de derechos-obligaciones) y capacidad de obrar (aptitud para su ejercicio); el reconocimiento de la plena capacidad de las personas con discapacidad para actuar en el tráfico jurídico, por sí solas o debidamente asistidas de aquellas medidas de apoyo que les auxilien en el ejercicio o desarrollo autónomo de su capacidad, y por último el desplazamiento de las tradicionales instituciones protectoras de carácter sustitutivo (patria potestad prorrogada, tutela) por otras de carácter asistencial no representativo salvo casos excepcionales (curatela).¹

Dicha ley supone en definitiva una reforma integral de la regulación de la capacidad en nuestro ordenamiento jurídico modificando el Código Civil en distintos ámbitos (capacidad, patria potestad, tutela, curatela, guarda de hecho, poderes preventivos...) y afectando también a la regulación de las sucesiones mortis causa, en la forma que posteriormente veremos. Es precisamente en este ámbito sucesorio y más concretamente en sede de sucesión forzosa donde se ha venido reclamando intensamente y con carácter urgente desde hace ya muchos años la implementación de una serie de reformas que permitan una actualización o puesta al día de la regulación legal al no responder el esquema del Código Civil a los modelos familiares, económicos y sociales actuales.² El objetivo fundamental que se perseguiría con dicha modificación sería lograr un sistema legitimario más flexible, ajustado a la realidad social y económica actual de forma que se permita al testador una mayor libertad para ordenar su sucesión en la forma que estime más conveniente conforme a sus circunstancias personales y familiares.

2. LA REVISIÓN DEL SISTEMA LEGITIMARIO EN EL DERECHO FORAL.

Este objetivo de revisión y actualización de las legítimas ya había sido abordado por alguna de las comunidades autónomas con derecho civil propio tras la entrada en vigor de la Constitución Española mediante la revisión o actualización de sus distintas compilaciones de derecho civil. Dicha revisión ha conseguido que, en líneas generales, la sucesión forzosa cuente a día de hoy con una regulación mucho más flexible y acorde con la realidad social y económica actual en el derecho foral. Para conseguir esta puesta al día del régimen de la legítima se ha optado en ocasiones por rebajar la extensión de la cuota reservada, modificar el círculo de parientes llamados excluyendo o limitando el llamamiento supletorio de los ascendientes al mismo tiempo que se reconocen derechos legitimarios a la pareja de hecho, o incluso por alterar su naturaleza jurídica asumiendo concepciones más flexibles de la legítima y del derecho de los legitimarios llamados a la misma. La opción de cada uno de los distintos legisladores forales por alguna de estas opciones traerá consigo importantes consecuencias jurídicas y configurará diferentes sistemas de sucesión forzosa tal y como veremos a continuación.

La reducción del importe de la cuota reservada o la del círculo de parientes llamados a la legítima trae consigo un correlativo aumento de la parte libre de que el testador podrá disponer a su

¹ I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre: 1ª edición, Madrid 2.021.

² M. FERNÁNDEZ MALDONADO, “La sombra de la legítima es alargada”, en EL Notario del siglo XXI, nº 98, año 2.021, páginas 124-128.

voluntad cuando concurra con descendientes, o incluso la consideración de la totalidad del caudal como parte de libre disposición en defecto de los mismos y de aquellos ascendientes considerados por la ley como legitimarios.

Las modificaciones en la configuración de la naturaleza jurídica de la legítima suponen, por su parte, un cambio mucho más profundo en la regulación legal ya que traen consigo importantes consecuencias prácticas a la hora de afrontar cuestiones tan relevantes en el fenómeno sucesorio como son la entrega de legados, la intervención de los legitimarios en la partición o la posibilidad de pago en metálico de la legítima, ya que cada una de estas cuestiones tendrá un tratamiento diferente en función de la naturaleza jurídica que la ley atribuya en cada caso a la misma. Así la consideración de la legítima como una cuota o parte del caudal hereditario (*pars bonorum*) atribuye a los legitimarios la consideración de cotitulares de los bienes e impone la necesaria intervención de los mismos en la partición y en la entrega de legados impidiendo además que su derecho sea satisfecho con bienes extrahereditarios. Por el contrario, la consideración de la legítima como un derecho personal o de crédito (*pars valoris*), esto es, su configuración como un mero derecho a percibir el valor de la cuota reservada³, permitirá una actuación mucho más autónoma del resto de interesados en la sucesión, tanto en la partición de la herencia como en la entrega de legados. La configuración de la legítima como derecho personal o de crédito que hemos apuntado admite a su vez distintas variantes en función de que para la satisfacción del derecho de los legitimarios la ley imponga la afección real de los bienes del caudal relicto (*pars valoris bonorum*), lo que afectará al distinto tratamiento jurídico que en cada caso tendrán algunos de los problemas expuestos⁴.

Analizadas estas cuestiones previas pasamos a exponer a continuación cual ha sido la opción seguida por cada una de las legislaciones forales a la hora de afrontar la revisión de la regulación de la sucesión forzosa, apuntando que en este punto la actualización de esta materia ha sido afrontada con distinta intensidad en cada uno de los casos atendiendo a las características tradicionales de sus respectivos sistemas sucesorios.

En algunos de los derechos forales, como es el caso de Aragón en el que rige un sistema de legítima colectiva, la regulación no ha experimentado grandes cambios en este sentido. Desde el Apéndice al Código Civil de 7 de diciembre de 1.925⁵, la ley considera parientes llamados a la legítima de forma exclusiva a los descendientes del causante y no se incluyen en el círculo de legitimarios ni a los ascendientes ni al cónyuge viudo⁶, criterio que se mantiene inalterado en los sucesivos cuerpos legales⁷. La regulación actual se encuentra recogida en el Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. Dicho cuerpo legal mantiene el sistema de legítima colectiva que rige tradicionalmente en Aragón y que permite al causante, dentro del círculo de parientes llamados, una libertad de disposición total y si bien es cierto que el sistema sucesorio aragonés mantiene la consideración de la legítima como una *pars bonorum* flexibiliza su tratamiento jurídico en algunos puntos concretos. Así ocurre por ejemplo en sede de entrega de legados, en el que se permite que el legatario de cosa cierta y determinada pueda tomar posesión por sí mismo de la cosa legada e inscribir su derecho sin intervención de los legitimarios (Art. 479) o en la regulación de la disposición de bienes inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos que realice el fiduciario, en los que bastará para su eficacia la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar o la autorización de la Junta de Parientes o del Juez en caso de que todos ellos fueran menores de edad o incapaces (Art. 454).

³ Que no el derecho a una cuota concreta del caudal hereditario o de los bienes que lo componen.

⁴ M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, "Compendio de derecho sucesorio". Wolters Kluwer, 3ª edición, Madrid, marzo 2.011, página 192.

⁵ Que deroga los Fueros y Observancias del Reino de Aragón y establece el sistema legitimario en favor de los descendientes. J. RIVAS MARTÍNEZ, "Derecho de sucesiones, común y foral". Dykinson, 3ª edición, Madrid 2004. Tomo II, vol. 1, páginas 633 y ss.

⁶ Al que sin embargo se le reconoce el derecho de viudedad con independencia de su régimen económico matrimonial. M. GARCÍA GOLDAR, "Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil". Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 67.

⁷ Compilación de Derecho Civil de 8 de abril de 1.967 y Ley de Sucesiones por causa de muerte de 24 de febrero de 1.999. J. RIVAS MARTÍNEZ, "Derecho de sucesiones, común y foral". Dykinson, 3ª edición, Madrid 2004. Tomo II, vol. 1, página 634.

La regulación de la sucesión forzosa en Cataluña, contenida en la antigua Compilación de derecho civil de 1984, fue reformada en esta materia ya con la ley 8/1990, de 9 de abril, de modificación de la regulación de la legítima, tanto en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la misma, pasando de configurarse como una *pars valoris bonorum* a *pars valoris*, como en el círculo de parientes llamados, limitando el llamamiento supletorio en favor de los ascendientes de forma exclusiva a los progenitores del causante⁸. El cónyuge viudo, al igual que ocurre en Aragón, no tiene la consideración de legitimario sin perjuicio de los derechos de carácter familiar⁹ o sucesorio¹⁰ que se le reconocen legalmente. La regulación posterior, constituida por la ley 40/1991, de 30 de diciembre por la que se aprueba el Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, ha sido superada con la ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña y la posterior aprobación de su libro IV relativo a sucesiones en la Ley 10/2008. La regulación actualmente en vigor mantiene el modelo anteriormente expuesto, pero de la misma destacamos, por la novedad que supone, la modificación de la regulación del instituto de la desheredación incorporando la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario como justa causa para la privación de la legítima siempre que la misma sea por una causa exclusivamente imputable al legitimario¹¹, así como la restricción de las donaciones computables para el cálculo de la legítima a las realizadas en los diez años anteriores al fallecimiento del causante.¹²

En el País vasco, la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco ha traído consigo importantes novedades en ámbito de la sucesión forzosa. En primer lugar, se ha unificado el régimen legal aplicable a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, por lo que el régimen de sucesión forzosa del Código Civil deja de aplicarse en aquellos territorios donde venía haciéndolo (Guipúzcoa, Álava, con la excepción del Fuero de Ayala, y zona no aforada de Bizkaia). Como consecuencia de lo anterior resulta en la actualidad aplicable, con la excepción del Fuero de Ayala, un único régimen basado en el derecho de Bizkaia, a la sucesión de las personas que cuenten con la vecindad civil vasca y sin perjuicio de las especialidades propias de la vecindad local de cada territorio histórico (sucesión del caserío en Guipúzcoa y la troncalidad en Bizkaia Llodio y Aramaio). La ley reduce además el círculo de parientes llamados a los descendientes, excluyendo a los ascendientes del causante y reduce además la cuantía de la cuota reservada¹³. Al igual que ocurre en caso de Aragón, la legítima vasca es de carácter colectivo de forma que el testador podrá disponer libremente de la cuota reservada entre los descendientes pudiendo apartar, de forma expresa o tácita y sin que ello implique desheredación, a los legitimarios no favorecidos que conservarán no obstante su condición de tal y podrán en su caso ejercitar las acciones que corresponda para la protección de la legítima colectiva.¹⁴ Se ha planteado igualmente la duda de si la nueva ley ha modificado además la tradicional consideración de la legítima de los descendientes como *pars bonorum*, adoptando un sistema de *pars valoris*, cuestión resuelta por la DGRN en resolución 4 de julio de 2.019 en sentido negativo. Destacamos por último, frente a lo ambicioso que tiene la ley en lo que a la revisión o actualización del sistema legitimario se refiere, el mantenimiento de la troncalidad en el territorio

⁸ J. RIVAS MARTÍNEZ, “Derecho de sucesiones, común y foral”. Dykinson, 3ª edición, Madrid 2004. Tomo II, vol. 1, página 665.

⁹ Ajuar de la vivienda común, año de viudedad, uso de la vivienda conyugal y alimentos con cargo al patrimonio del premuerto. M. GARCÍA GOLDAR, “Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil”. Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 65.

¹⁰ Cuarta vidual. M. GARCÍA GOLDAR, “Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil”. Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 66.

¹¹ M. ORDÁS ALONSO, “La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales”. Wolters Kluwert, 1º edición, Madrid, 2021, página 373.

¹² Que deben, como indica el propio preámbulo de la ley “percibirse como una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad social contemporánea” M. GARCÍA GOLDAR, “Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil”. Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 43.

¹³ Se reconoce igualmente el carácter de legitimario al cónyuge viudo o pareja de hecho siempre que no estuviese separado judicialmente, por acuerdo fehaciente o conviva maritalmente o ligado por relación análoga con otra persona. M. GARCÍA GOLDAR, “Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil”. Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 69.

¹⁴ G. GALICIA AIZPURÚA, “La sucesión forzosa: planteamiento general” en El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Parlamento Vasco, Bilbao 2015, páginas 388-421

de la Tierra llana de Bizkaia y los municipios Ayaleses de Llodio y Aramaio como freno a la libertad de disposición de los bienes raíces a que la misma se refiere en línea con el histórico carácter familiar de la propiedad de la tierra propio de dichas zonas.

La regulación de la legítima en el derecho civil de Galicia ha sufrido igualmente un cambio radical con la entrada en vigor de la ley 14 de junio de 2006 de Derecho Civil¹⁵. En este caso la ley ha afectado tanto a la extensión de la cuota, como al círculo de parientes llamados con la absoluta exclusión de los ascendientes¹⁶ y a la propia naturaleza jurídica de la institución pasando a configurarse como un mero derecho de crédito.

La regulación de la sucesión forzosa en Baleares se encuentra contenida en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares, modificada posteriormente por la ley 7/2017, 3 agosto. El distinto régimen jurídico aplicable a cada una de las islas determina la existencia de dos sistemas de sucesión forzosa diferentes basados en distintas concepciones de la naturaleza jurídica de la legítima (*pars bonorum* Mallorca y Menorca; *pars valoris bonorum* Ibiza y Formentera)¹⁷ entre los que existen además otras diferencias, como por ejemplo el carácter de legitimario del viudo en Mallorca y Menorca que no se reconoce en Ibiza y Formentera¹⁸. Ambos sistemas presentan no obstante algunos rasgos comunes, así por ejemplo, la cuantía variable de la legítima de los descendientes en función del número de herederos forzosos concurrentes o la limitación del llamamiento en favor de los ascendientes a los padres del causante.

Vemos en definitiva que la revisión del régimen legal no ha sido abordado de manera uniforme por cada uno de los derechos forales sino que ha experimentado una modificación más profunda en aquellas legislaciones que contaban con sistemas más restrictivos para la voluntad del testador, como País Vasco o Galicia y menor en aquellas otras que ya contaban con un régimen más favorable, como el caso de Cataluña. En líneas generales podemos decir que las modificaciones introducidas en los distintos derechos forales han tendido a rebajar los límites a la voluntad del testador siempre dentro del respeto a la tradición histórica de cada uno de estos territorios y que se han complementado además, en algunos casos, con una revisión de las causas de desheredación. Destacamos por último como en los sistemas sucesorios basados en la absoluta libertad de testar, como el Fuero de Ayala o en aquellos otros en los que la legítima tiene un carácter meramente formal o simbólico como Navarra, no se plantea lógicamente la problemática apuntada anteriormente ya que en ellos se permite la libre disposición por el causante sin las limitaciones materiales que un régimen de sucesión forzosa supone.

3. LA REVISIÓN DEL SISTEMA LEGITIMARIO EN EL DERECHO CIVIL COMÚN.

Las posibilidades y propuestas para la actualización del Código Civil, vistas y analizadas las opciones por las que han optado las distintas legislaciones forales, son en este punto variadas y van desde la introducción de algunos de los cambios previamente apuntados hasta la supresión de la figura y su sustitución por otras que puedan desempeñar una función asistencial para aquellos herederos forzosos especialmente necesitados o que se encuentren en una situación más vulnerable (derecho de alimentos). Cuál de estas opciones resulta la más conveniente valorando los intereses jurídicos afectados y la propia naturaleza jurídica o idiosincrasia de la institución supone entrar en un debate en el que no nos detendremos aquí; simplemente interesa destacar que en todo caso

¹⁵ J. GOMÁ SALCEDO, "Instituciones de derecho civil común y foral". Bosch, 2ª edición, Barcelona 2010, página 3032.

¹⁶ Si tendrá la consideración de legitimario el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho. J. GOMÁ SALCEDO, "Instituciones de derecho civil común y foral". Bosch, 2ª edición, Barcelona 2010, página 3032.

¹⁷ J. RIVAS MARTÍNEZ, "Derecho de sucesiones, común y foral". Dykinson, 3ª edición, Madrid 2004. Tomo II, vol. 1, páginas 644 y ss.

¹⁸ M. GARCÍA GOLDAR, "Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil". Andavira editora: 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020, página 64.

parece asumido, como punto común de encuentro a todas las posturas apuntadas, la necesidad de revisar y actualizar el sistema para su adaptación a las necesidades sociales actuales y entre ellas, de forma especial, a la protección de las personas con discapacidad.

El legislador ya abordó la revisión o modificación del sistema de sucesión forzosa con esta exclusiva finalidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. La reforma introducida por dicha ley tenía por objeto incrementar la protección patrimonial de las personas con discapacidad, aumentando con ello tal y como indica su Exposición de Motivos “las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas”. Dicha ley supuso un paso importante en la protección de las personas con discapacidad al introducir en el ámbito sucesorio mecanismos que sirven a dicha finalidad como por ejemplo la posibilidad de gravar con sustitución fideicomisaria el tercio de legítima estricta en favor de un descendiente con discapacidad (782, 808 y 813) y el legado de derecho de habitación en favor del descendiente discapacitado que conviviere con el causante del artículo 822. En otras ocasiones la ley ampliaba las facultades de actuación propias de figuras ya existentes, así ocurre con la nueva redacción del artículo 831 del Código Civil de forma que el testador puede atribuir al progenitor sobreviviente facultades que le permiten diferir la adjudicación y distribución de los bienes entre los descendientes comunes en atención a lo que estime más conveniente según las circunstancias familiares o personales de cada caso, lo que indirectamente serviría para la protección de los descendientes con discapacidad.

Sin duda, la ley 18/2003 supuso una modificación importante de la regulación legal y trajo consigo nuevas posibilidades de actuación a la hora de afrontar el otorgamiento del testamento, particularmente en caso de que existiera algún descendiente discapacitado interesado en la sucesión. Pero desde entonces, y a pesar de las numerosas modificaciones introducidas en el Código Civil, la cuestión de la revisión o actualización del régimen de las legítimas no ha sido todavía abordada quedando en este punto la regulación del derecho común “atrasada” respecto a la actualización y revisión llevada a cabo en la legislación foral. Las nuevas necesidades sociales y modelos familiares requieren una urgente puesta al día de la institución, extremo que incluso ya había sido reconocido por la Orden del Ministerio de Justicia de 4 de febrero de 2.019, en la que se encomienda a la sección de derecho civil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un informe sobre esta cuestión en concreto y en la que se instaba a abordar la reforma del sistema en línea con los cambios legislativos producidos en el derecho comparado, tanto desde el punto de vista internacional, como en el ámbito del derecho foral.

Llegados a este punto, el siguiente paso en la presumible evolución de la regulación legal de la sucesión forzosa en el derecho civil común debiera ser su reforma o actualización a través de alguna de las leyes modificativas del Código Civil aprobadas con posterioridad a la promulgación de dicha Orden y así llegamos a la entrada en vigor de la ley 8/2021 de 2 de Junio.

4. INCIDENCIA DE LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO EN EL SISTEMA SUCESORIO Y EN PARTICULAR EN LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA.

Como ya apuntábamos anteriormente, la ley 8/2021 de 2 de Junio, supone una de las reformas más importantes que en sede de derecho civil ha sufrido nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años. Dicha ley supone una mejora sustancial respecto a los mecanismos de protección jurídica con que cuentan las personas con discapacidad, pero merece ser igualmente objeto de crítica en determinados aspectos concretos en lo que a la regulación del derecho de sucesiones se refiere. La reforma afecta con distinta intensidad a diversos puntos de la regulación legal de manera que no resulta posible aplicar un esquema unitario al estudio de los cambios introducidos, sino que habrá que analizar de forma individualizada su distinto alcance, repercusión y eficacia en cada caso.

En algunas ocasiones la ley se limita a adaptar la terminología empleada en el Código civil a los nuevos enfoques que en sede de capacidad introduce la convención de Nueva York del año 2006. Así ocurre por ejemplo en sede del legado del derecho de habitación legalmente reconocido en el

artículo 822, sustituyendo las antiguas expresiones “legitimario persona con discapacidad” por “legitimario que se encuentre en situación de discapacidad”¹⁹. Existe otro grupo de modificaciones legales que no son sino una consecuencia lógica de la aplicación de principios generales²⁰ que se derivan de la nueva concepción de la incapacidad que impone la Convención de Nueva York. Así ocurre con la reforma del Código en lo que a la capacidad para otorgar testamento se refiere, reconocida de forma implícita en el artículo 663 y expresa en el artículo 665 para todas aquellas personas que puedan, por si mismas o con los apoyos necesarios, conformar, comprender y expresar su voluntad. De igual manera ocurre con la regulación de las formalidades legales del otorgamiento, suprimiendo la intervención de facultativos cuando del testamento de una persona discapacitada se tratare (artículo 665), suprimiendo igualmente la necesidad de testigos cuando el otorgante sea ciego o sordo (artículo 697) y permitiendo, por último (artículo 695) la utilización de medios técnicos que ayuden al testador a expresar su voluntad, leer u oír el testamento y la explicación de su contenido por el notario en caso de discapacidad física o sensorial. Consecuentemente con dichas previsiones legales, la ley modifica igualmente la redacción del artículo 25 de la Ley Orgánica del Notariado de forma que se permite al notario la utilización de mecanismos que posibiliten la efectiva comunicación con el testador tales como pictogramas, braille, lenguaje de signos etc.²¹

Consecuencia lógica de la aplicación de los principios de no discriminación y accesibilidad de la Convención de Nueva York es igualmente tanto el reconocimiento a las personas ciegas del derecho a otorgar testamento cerrado (artículo 708) valiéndose de aquellos medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, como la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda otorgar testamento en forma ológrafa, reconocida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico con dicha reforma.²²

En esta línea igualmente encontramos otros preceptos afectados por la ley que reconocen expresamente a la persona con discapacidad la posibilidad de realizar determinadas actuaciones por si sola o en su caso con las medidas de apoyo que se hubiesen establecido. Así ocurre por ejemplo con la regulación de la aptitud de la persona con discapacidad para aceptar la herencia a la que fuese llamado, que según la nueva redacción del artículo 996 podrá realizar por si solo, salvo que de las medidas de apoyo establecidas resulte otra cosa y que la doctrina (LORA TAMAYO) entiende igualmente aplicable para la repudiación de la herencia a pesar de no contar con una disposición legal expresa en este sentido.²³ En la misma línea se mueve la regulación legal en lo que a la capacidad para solicitar y realizar la partición de la herencia se refiere (artículos 1052 y 1060), donde que habrá que estar en primer lugar a lo dispuesto en las medidas de apoyo existentes.

Existen por último otras modificaciones introducidas por la ley que amplían el alcance de determinadas previsiones legales ya contempladas en nuestro ordenamiento jurídico para la especial protección de las personas con discapacidad; así por ejemplo la dispensa de colación de los gastos realizados para atender necesidades especiales de los descendientes con discapacidad que establece el artículo 1041 del Código Civil, abarcando ahora todos aquellos “requeridos por su situación de discapacidad” o el alcance de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta del artículo 808 permitiendo la nueva redacción legal el establecimiento de un fideicomiso de residuo sobre la misma.

Destacamos por último que el artículo 3.2 de la ley 8/2021 ha suprimido la excepción que el artículo 28 de la ley Hipotecaria suponía para la protección del tercero hipotecario de buena fe cuando de la inscripción de bienes a favor de un heredero no forzoso se trataba. El precepto, que en realidad no tenía una gran aplicación práctica, resultaba altamente perturbador para el tráfico jurídico por

¹⁹ I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre; 1ª edición, Madrid 2.021, página 179.

²⁰ Como el pleno reconocimiento de la capacidad o la eliminación de barreras que impidan su ejercicio.

²¹ I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre; 1ª edición, Madrid 2.021, página 155 y ss.

²² I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre; 1ª edición, Madrid 2.021, página 159.

²³ I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre; 1ª edición, Madrid 2.021, página 182.

lo que, en virtud de la nueva regulación legal, deja de aplicarse a las sucesiones abiertas a partir de la entrada en vigor de la norma²⁴. Cuestión no resuelta expresamente por las disposiciones transitorias de la ley es su posible aplicación a las sucesiones abiertas con anterioridad a dicha fecha, si bien la doctrina mayoritaria (MARTORELL)²⁵ se inclina por entender que dicha excepción dejaría igualmente de aplicarse a las mismas.

5. CONCLUSIONES.

Todas las modificaciones anteriormente apuntadas merecen ser objeto de una crítica positiva ya que en línea con los principios de la Convención de Nueva York suponen el reconocimiento expreso de la capacidad de todas las personas y permiten el desarrollo y ejercicio autónomo de la misma en todo caso, aunque la persona se encuentre afectada por algún tipo de discapacidad. La nueva concepción de la capacidad que la ley supone, impone para todos los operadores jurídicos, y en particular para los jueces y notarios, una inexcusable labor de adaptación para acomodar en todo caso su actuación a los nuevos principios y parámetros legales. En particular, la consideración del notario como apoyo institucional refuerza su carácter de autoridad pública e impone una nueva forma de aproximarse al otorgamiento notarial cuando de una persona con discapacidad se tratare, adoptando aquellas medidas necesarias para auxiliarle en la comprensión, formación y expresión de su voluntad de forma autónoma y evitando interferencias e injerencias e indebidas por parte de terceras personas en dicho proceso. Esto no obstante y sin perjuicio del valor y significado de la reforma no podemos dejar de mencionar determinados puntos negativos de la misma en lo que a su incidencia en el derecho de sucesiones y en particular a la revisión del sistema de sucesión forzosa se refiere.

En primer lugar, resulta criticable y así lo ha apuntado la doctrina (LORA TAMAYO) la supresión de la sustitución ejemplar (Artículo 776) como mecanismo válido para evitar la sucesión intestada de la persona con discapacidad²⁶. La posibilidad de que los ascendientes pudieran ordenar dicha sustitución evitaba la sucesión intestada del descendiente discapacitado y permitía, dentro de los límites legales, ordenar la sucesión del mismo de la forma que se estimara más conveniente y acorde con su voluntad. La ley, en línea con el reconocimiento de la capacidad general para otorgar testamento, suprime este recurso partiendo quizás de la premisa errónea de que en todo caso podrá la persona discapacitada, por si solo o servido de los apoyos necesarios en su caso, otorgar testamento, pero olvida aquellos supuestos en que por razón de la discapacidad que le afecte ello no sea posible.

En segundo lugar, resulta igualmente criticable el escaso calado de la reforma legal en sede de sucesión forzosa, o si se prefiere, el hecho de que con esta ley y sin perjuicio de los aspectos positivos que trae consigo, se ha desaprovechado la oportunidad de abordar una reforma o puesta al día de la regulación de la misma. La ley se limita a aportar como principal novedad en este punto la reforma o ampliación de figuras ya existentes en nuestro derecho²⁷ pero no dispone de nuevos recursos o mecanismos que permitan una mayor flexibilidad a la hora de disponer por testamento, ni se aborda una revisión o actualización de la regulación de la legítima en el derecho civil común. Hablamos de oportunidad perdida puesto que si bien es cierto que la persona con discapacidad, por si sola o debidamente asistida, puede otorgar testamento, se encontrará en todo caso limitado por el freno a la libertad de disposición que la legítima supone, por lo que tendrá que dejar necesariamente a sus herederos forzosos la cuota que les reserva la ley aunque sea otra su voluntad o sus preferencias. Este freno impide al testador, se encuentre o no afectado por discapacidad,

²⁴ 3 de septiembre de 2.021.

²⁵ V. MARTORELL, “La supresión del artículo 28 de la Ley Hipotecaria por la Ley 8/2021: de la obsolescencia a la modernidad, pasando por la contradicción.” en *Notarios y Registradores*. Consultado el 10/09/2021 en: <https://notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/supresion-articulo-28-ley-hipotecaria/>.

²⁶ I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre: 1ª edición, Madrid 2.021, página 177.

²⁷ Como la posibilidad de gravar con sustitución fideicomisaria el tercio de legítima estricta en favor de un descendiente con discapacidad, permitiendo ahora un fideicomiso de residuo.

disponer de sus bienes libremente, limitando aquellas disposiciones que favorezcan a personas que no sean herederos forzosos tales como cuidadores, asistentes u otras personas que convivan con el testador o con las que este tenga una mejor relación personal o familiar y obligando a favorecer en testamento a personas con las que puede que el testador no tenga relación alguna, o que directamente se hayan desentendido de su situación o cuidado; lo que resulta especialmente grave en caso de personas con discapacidad. Es cierto que existen mecanismos para evitar que esta situación ocurra, así la desheredación o la indignidad por falta de atención al causante cuando de la sucesión de una persona con discapacidad se tratare, pero ¿resulta esto suficiente? ¿Se evita con estos mecanismos que estos parientes que no se han implicado en el cuidado de la persona con discapacidad perciban bienes de su herencia? Pensemos que es perfectamente posible que el sucesor “indigno” haya prestado al causante discapacitado las atenciones debidas sin incurrir por tanto en causa de indignidad sucesoria o que el comportamiento del descendiente “desheredado” no se ajuste en sentido estricto a alguna de las causas de desheredación legalmente previstas, máxime cuando la falta de desapego o relación personal no se puede considerar comprendida en el concepto de maltrato psicológico (sentencias 140/2021 Audiencia Provincial de Salamanca, 11562/2020 Audiencia Provincial de Madrid, 1125/2019 Audiencia Provincial de Murcia) que el TS si reconoció como justa causa de desheredación por su equiparación al maltrato físico en las Sentencias 3 de Junio de 2014 y de 30 de Enero de 2015.

Resulta igualmente criticable de la reforma el hecho de que si bien ha traído consigo la superación de la limitación que para el correcto funcionamiento del tráfico jurídico suponía el artículo 28 de la ley hipotecaria, haya desaprovechado la oportunidad de derogar la obsoleta previsión del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, que sigue vigente y que impone el consentimiento de los legitimarios del cónyuge fallecido para la inscripción de los actos de disposición efectuados por el titular registral, cuando la inscripción del bien a que se refiere se hubiera efectuado a su favor con carácter privativo por mera confesión de su cónyuge premuerto. Supone, amén de una clara extralimitación reglamentaria, una injustificada limitación o freno a las facultades de disposición del titular registral.²⁸

Vemos, en definitiva, que los recursos de que en este sentido dota la ley a nuestro ordenamiento jurídico, resultan insuficientes o escasos; si el objetivo de la ley era reforzar la protección en el ámbito sucesorio de las personas discapacitadas, merece ello a mi entender una reforma más ambiciosa de la regulación legal en el ámbito de la sucesión mortis causa y en concreto en sede de legítimas, causas de desheredación e indignidad. Urge en este sentido abordar una revisión legal que permita al testador acomodar la sucesión a sus deseos, preferencias y circunstancias familiares y personales. Es cierto que el objetivo último de la ley no es la reformulación del sistema de sucesión forzosa ni la revisión o actualización del mismo, pero no podemos dejar de destacar el hecho de que siendo una de las reformas más ambiciosas que en todo el ámbito del derecho privado ha sufrido nuestro ordenamiento jurídico, parece haber pasado de puntillas precisamente sobre la institución más necesitada de revisión, perdiendo con ello la oportunidad de abordar una reforma profunda del sistema legitimario en el derecho civil común que alcance a la cuantía de la legítima, personas favorecidas o causas legales de privación de la misma, al igual que ya se ha hecho en el derecho foral.

6. BIBLIOGRAFÍA.

I. LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, “Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad”. Francis Lefebvre; 1ª edición, Madrid 2.021.

M. FERNÁNDEZ MALDONADO, “La sombra de la legítima es alargada”, en EL Notario del siglo XXI, nº 98, año 2.021, páginas 124-128.

²⁸ A. MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, “El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad” en El Notario del siglo XXI, nº 97, año 2.021, páginas 70-76.

- M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Compendio de derecho sucesorio”. Wolters Kluwer, 3ª edición, Madrid, marzo 2.011.
- J. RIVAS MARTÍNEZ, “Derecho de sucesiones, común y foral”. Dykinson, 3ª edición, Madrid 2004.
- M. GARCÍA GOLDAR, “Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil”. Andavira editora; 1ª edición, Santiago de Compostela, 2.020.
- M. ORDÁS ALONSO, “La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales”. Wolters Kluwert, 1º edición, Madrid, 2021.
- G. GALICIA AIZPURÚA, “La sucesión forzosa: planteamiento general” en El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI; de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Parlamento Vasco, Bilbao 2015, páginas 388-421
- J. GOMÁ SALCEDO, “Instituciones de derecho civil común y foral”. Bosch, 2ª edición, Barcelona 2010.
- A. MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, “El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad” en El Notario del siglo XXI, nº 97, año 2.021, páginas 70-76.
- V. MARTORELL, “La supresión del artículo 28 de la Ley Hipotecaria por la Ley 8/2021: de la obsolescencia a la modernidad, pasando por la contradicción.” en Notarios y Registradores. Consultado el 10/09/2021 en: <https://notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/supresion-articulo-28-ley-hipotecaria/>.

AUTONOMÍA, CAPACIDAD Y JUECES QUE VACUNAN EN TIEMPO DE PANDEMIA¹

Cristina Gil Membrado
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

Fecha de recepción: 8 de junio de 2021
Fecha de aceptación: 30 de junio de 2021

RESUMEN: La libre autonomía de la voluntad ante una intervención sanitaria como la vacunación es un derecho que despliega sus efectos aun en el caso de menores y de mayores con capacidad modificada o disminuida de hecho. Sin embargo, en tiempo de pandemia la voluntariedad *versus* la obligatoriedad de la vacuna se plantea con la misma intensidad que la pugna entre el derecho individual y el colectivo. En el caso de las residencias de mayores la autonomía se reduce a la mínima expresión. Son los jueces los que sustituyen la voluntad de la persona, de su representante o del familiar o allegado, abusando de un mecanismo previsto excepcionalmente para la protección del vulnerable. Conviene reflexionar sobre si la función del juez es la de vacunar o si algo falla cuando los jueces se ven obligados a vacunar.

ABSTRACT: The free autonomy of the will before a health intervention such as vaccination is a right that unfolds its effects even in the case of minors and adults with modified or diminished capacity in fact. However, in times of pandemic, voluntariness *versus* the obligatory nature of the vaccine arises with the same intensity as the struggle between individual and collective rights. In the case of nursing homes, autonomy is reduced to the minimum expression. It is the judges who substitute the will of the person, his representative or the family member or relative, abusing a mechanism exceptionally provided for the protection of the vulnerable. It is worth reflecting on whether the function of the judge is to vaccinate or if something fails when judges are forced to vaccinate.

PALABRAS CLAVE: Covid-19, vacuna, salud pública, autonomía, consentimiento, menor de edad, capacidad, discapacidad.

KEYWORDS: Covid-19, vaccine, public health, autonomy, consent, minor, capacity, disability.

SUMARIO: 1. LA VACUNACIÓN GENERALIDADES. 2. MENORES, VACUNA COVID Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 2.1 Vacunación de menores y escolarización. 2.2. Vacunación de menores y salud pública. 2.3. La postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.4. Vacuna Covid y discrepancias en la representación del menor. 3. LA VACUNACIÓN “JUDICIAL” EN LAS RESIDENCIAS DE MAYORES. 3.1. Vacunación,

¹ Proyecto DERECHO Y MEDICINA: DESAFIOS TECNOLOGICOS Y CIENTIFICOS (DEMETYC) PID2019104868RA-I00 financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033

consentimiento y falta de capacidad. 3.2. La vacunación “judicial” y su difícil ajuste en la Convención de las Personas con Discapacidad. 3.3. Jueces que vacunan. 4. ¿HACIA LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA? 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA VACUNACIÓN: GENERALIDADES

La vacunación es uno de los mayores éxitos en materia de salud pública y se ha erigido como una herramienta fundamental para la reducción de la mortalidad y de la morbilidad en el siglo XX. La Comisión Central de Deontología de la Organización Médico Colegial en la Declaración sobre la vacunación pediátrica² sostiene que “Es la acción sanitaria que con menor coste, produce más beneficio y llega a mayor número de personas”.

El calendario de vacunación se recoge en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud conforme prevé el Real Decreto 1030/2006³, en concreto, en su artículo 3.1.a incluye las vacunaciones de todos los grupos de edad y, en su caso, de los grupos de riesgo, según el calendario de vacunación vigente aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y las administraciones sanitarias competentes, así como aquellas que se indiquen por motivos epidemiológicos.

En España la vacunación es voluntaria⁴, aunque podría establecerse de modo forzoso en el caso de epidemia, con fundamento en los artículos 4 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981⁵, en tanto en cuanto el gobierno, por las atribuciones previstas en el artículo 116.2 de la CE, podría establecer medidas para hacer frente a las enfermedades infecciosas. En este sentido, también la Ley Orgánica 3/1986⁶ establece en el artículo 2 la posibilidad de adoptar medidas ante indicios racionales de existencia de peligro para la salud de la población a consecuencia de una situación sanitaria concreta. Por su parte, en el artículo 3, se establece, en concreto, la facultad de determinar medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, todo ello con la finalidad de controlar las enfermedades transmisibles.

No obstante, como apuntábamos, la normativa sanitaria parte del principio general de voluntariedad en materia de vacunas. Así se establece por la Ley 33/2011⁷ y por la Ley 41/2002⁸, si bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2.a, el facultativo puede llevar a cabo las intervenciones indispensables en favor de la salud del paciente sin contar con su

² Comisión Central de Deontología de la Organización Médico Colegial en la Declaración sobre la vacunación pediátrica, de 8 de febrero de 2016.

https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/declaracion_ccd_vacunacion_pediatica_08_02_16.pdf

³ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE núm. 222, de 16.9.2006).

⁴ No obstante, el debate sobre la obligatoriedad de la vacuna, está servido. De hecho, ya son varios los países europeos que han establecido la obligatoriedad de la vacuna. Austria, la impone a toda la población, mientras que otros países como Alemania, Bélgica, Reino Unido y Grecia ponen el foco en sectores profesionales sensibles como el sanitario o los trabajadores en centros de mayores.

⁵ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio (BOE núm. 134, de 5.6.1981).

⁶ Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29.4.1986).

⁷ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE núm. 240, de 5.10.2011).

⁸ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15.11.2002). Además, existe normativa autonómica en la materia, que no será objeto de análisis.

consentimiento cuando exista riesgo para la salud pública, sin perjuicio de la comunicación a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas si supusieran el internamiento obligatorio de personas, de conformidad a la Ley Orgánica 3/1986. También cabría limitar la autonomía de la voluntad en el supuesto previsto por el artículo 9.2.b, es decir, en los casos de existencia de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica individual cuando no sea posible conseguir su autorización, en cuyo caso, habrá que consultar, si las circunstancias lo permiten, a los familiares o personas vinculadas de hecho. En atención a ello, la vacuna frente al Covid-19 en España, por el momento, es voluntaria⁹.

No obstante, cabe plantearse, si mediando una pandemia, resulta conveniente su obligatoriedad, teniendo en cuenta el mecanismo de actuación de la vacuna. En relación a ello, las enfermedades infecciosas se propagan en la población de modo complejo sin presentar un comportamiento lineal, ya que cada agente infeccioso presenta unos patrones distintos dependiendo del periodo de latencia¹⁰, de la infección, de la tasa de transmisión y de las características sociales y demográficas de la población.

La vacuna actúa como un mecanismo de prevención, y al introducir un programa de vacunación, la infección cambia conforme a la interacción entre esta y el huésped¹¹ y en función de otros factores como la efectividad de la vacuna, la duración de la inmunidad y de la población vacunada. Por lo tanto, además de prevenir que el individuo contraiga la enfermedad, es inherente a la vacunación la reducción de la circulación del microorganismo, lo que conlleva -respecto a personas no vacunadas en poblaciones vacunadas- referirnos a la ansiada, en estos momentos, inmunidad de grupo o de rebaño.

No obstante, si bien es indudable que la vacunación es uno de los mayores éxitos en materia de salud pública, es cierto que, aun partiendo de su seguridad, no son totalmente inocuas, ya que pueden llevar asociados efectos adversos¹², más allá de las molestias leves como rojece, inflamación del área o febrícula. En relación a los efectos adversos de las vacunas, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León¹³ aborda un supuesto de efecto adverso muy grave de tetraparesia espástica¹⁴ secundaria a encefalopatía subaguda¹⁵ manifestada a los quince meses de edad tras el suministro, días antes, de la vacuna triple vírica.

⁹ No obstante, el debate sobre la obligatoriedad de la vacuna, está servido. De hecho, ya son varios los países europeos que han establecido la obligatoriedad de la vacuna. Austria, la impone a toda la población, mientras que otros países como Alemania, Bélgica, Reino Unido y Grecia ponen el foco en sectores profesionales sensibles como el sanitario o los trabajadores en centros de mayores.

¹⁰ Período de inactividad aparente que se produce entre un estímulo y la reacción que posteriormente provoca.
<http://www.doctissimo.com/es/salud/diccionario-medico/latencia>

¹¹ Organismo que alberga a otro en su interior o lo porta sobre sí, ya sea un parásito, un comensal o un mutualista. Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico. Universidad de Salamanca.
<http://dicciomed.eusal.es/palabra/huesped>

¹² En relación a las vacunas frente al Covid-19 pueden consultarse los efectos adversos descritos en
<https://www.vacunacovid.gob.es/preguntas-y-respuestas/tiene-efectos-secundarios-la-vacuna-del-coronavirus>

¹³ STSJ Castilla y León, 2.1.2012 (JUR\2012\77775).

¹⁴ Tetraparesia significa disminución de la movilidad (paresia) en las cuatro (tetra) extremidades, es decir de brazos y piernas. Cuando se produce antes de los 3 años de edad se considera un tipo de parálisis cerebral infantil (PCI) y supone el 30% del total de casos. Es debida a una lesión extensa de la corteza cerebral que provoca una alteración del tono muscular y que puede tener múltiples causas, las más frecuentes la prematuridad, las alteraciones vasculares, traumáticas o infecciosas. La espasticidad causa mayor afectación en los músculos que se contraen para vencer la gravedad (antigravitatorios) por lo que la postura suele ser en flexión de los brazos y las piernas.
<https://neuropediatria.org/2016/03/28/tetraparesia-espastica-paralisis-cerebral-infantil/>

¹⁵ La encefalitis es un proceso inflamatorio del sistema nervioso central, asociado a una evidencia clínica de una disfunción neurológica, debido a múltiples agentes etiológicos, fundamentalmente virus. VVAA, Encefalitis, Sección de Enfermedades Infecciosas Pediátricas. Hospital General Universitario Gregorio Marañón. Madrid. <http://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/encefalitis.pdf>

En lo que a vacunas frente al Covid se refiere, según los datos disponibles¹⁶, hasta el 5 de septiembre de 2021, se han registrado en la base de datos FEDRA¹⁷ un total de 41.751 notificaciones de acontecimientos adversos, lo que correspondería a 62 notificaciones por cada 100.000 dosis administradas. De los acontecimientos adversos notificados, 8.515 fueron considerados graves y 300 presentaron un desenlace mortal –si bien en la mayoría de los casos el fallecimiento traería causa de una situación clínica previa o de otros tratamientos que estuviera tomando el paciente–.

Por todo ello, no resulta sencillo establecer la obligatoriedad de una vacuna, que si bien, se ha revelado fundamental para frenar la pandemia, no está exenta de efectos adversos –aunque el beneficio supere el riesgo–. La contraposición –en ocasiones– entre el interés individual y el colectivo junto al juego de la autonomía de la voluntad y su posible limitación en circunstancias excepcionales, está forzando el recurso a la vacunación impuesta bajo una voluntad ficticia o bajo el abuso del recurso a la autorización judicial.

Nos referiremos, en lo sucesivo, a la vacunación frente al Covid-19 de colectivos vulnerables y al mal uso que se hace de su “autonomía” mientras los tribunales, a su vez, intentan sortear unas normas que, por el momento, siguen garantizando la voluntariedad en la vacunación, aun en circunstancias de pandemia.

2. MENORES, VACUNA COVID Y AUTONOMÍA DE VOLUNTAD

La Comisión Central de Deontología de la Organización Médico Colegial en la Declaración sobre la vacunación pediátrica¹⁸ afirma que la vacunación es un procedimiento médico que protege a la persona frente a enfermedades ocasionadas por microorganismos, frente a los que se ha conseguido la disminución de enfermedades.

En 1975 se estableció el primer calendario vacunal en España¹⁹ y las altas coberturas logradas con los programas de vacunación infantil han sido la herramienta clave para conseguir la erradicación de enfermedades como la viruela y lo siguen siendo para eliminar la poliomielitis y el sarampión.

La vacunación de los menores es una pieza fundamental del derecho a la protección de la salud, por lo que, en ocasiones, la autonomía de la voluntad cederá ante intereses de la colectividad para promover la salud y prevenir la enfermedad. Si bien, los tribunales españoles ya se habían pronunciado en este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰, recientemente, ha venido a avalar esta postura. Nos detendremos en ello con posterioridad.

¹⁶ 8º Informe de Farmacovigilancia sobre Vacunas Covid.

<https://www.aemps.gob.es/informa/boletines-aemps/boletin-fv/2021-boletin-fv/8o-informe-de-farmacovigilancia-sobre-vacunas-covid-19/>

¹⁷ Farmacovigilancia Española Datos de las sospechas de reacciones adversas.

¹⁸ Comisión Central de Deontología de la Organización Médico Colegial en la Declaración sobre la vacunación pediátrica, de 8 de febrero de 2016.

https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/declaracion_ced_vacunacion_pediatrica_08_02_16.pdf

¹⁹ La Ley 33/2011, General de Salud Pública, en su artículo 19.3.a determina que el Consejo Interterritorial del SNS acordará el calendario único de vacunas en España, si bien las CCAA y Ceuta y Melilla podrán modificarlo por motivos epidemiológicos.

²⁰ TEDH. Caso Vavříčka y otros contra la República Checa (47621/13 y otros 5). 8.4.2021.

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-209039%22>

2.1. VACUNACIÓN DE MENORES Y ESCOLARIZACIÓN

El Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría publica cada año el calendario de vacunas que considera idóneo para los niños que residen en España teniendo en cuenta la evidencia disponible²¹. Se trata de una intervención voluntaria, si bien algunas normas autonómicas establecen la obligatoriedad en algunos casos²².

El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja²³, en esta línea, ha considerado que la norma autonómica que obliga a cumplir con el calendario de vacunación a los menores que vayan a acceder a un centro de guardería²⁴ no conculca el derecho a la educación ya que la cobertura de guarderías infantiles tiene carácter voluntario, no constituyendo parte de la educación obligatoria. Además, ratifica la potestad de la Administración para imponer esta exigencia previa al acceso a los servicios de guardería, pudiendo negar la admisión a los niños no vacunados “dado que la medida profiláctica aplicada a cada niño resulta sanitariamente recomendable para la salud de todos los componentes del grupo”²⁵.

Esta resolución es fruto de una línea que pone énfasis en el respeto no solo de los derechos individuales, sino en los del resto de la sociedad, como fundamento de un Estado social y democrático de Derecho. No se considera, en estos casos, que se produzca una vulneración del derecho a la educación, sino el incumplimiento de obligaciones en atención a la prevención de enfermedades, lo que se logra mediante la vacunación con el objeto de conseguir la inmunidad de grupo, lo cual protege a las personas no vacunadas y contribuye a la erradicación de la enfermedad en un área geográfica, e incluso, en el mundo.

2.2. VACUNACIÓN DE MENORES Y SALUD PÚBLICA

Otro de los casos en los que ha cedido la libertad individual dando preeminencia a los derechos de la colectividad es la decisión judicial por la que se estableció la vacunación obligatoria contra el sarampión de treinta y cinco niños a consecuencia de la producción de un brote de enfermedad de sarampión en Granada, con treinta y seis casos confirmados en un breve espacio temporal en el barrio del Albaycín que se propagó a consecuencia de la baja cobertura de los niños allí residentes²⁶.

²¹ El “calendario de vacunaciones [...] indica las edades en las que se han de administrar las vacunas consideradas por el CAV-AEP con perfil de sistemáticas, es decir, las que todos los niños en España han de recibir de forma universal. Se incluyen las vacunas sistemáticas financiadas oficiales, que son ofrecidas gratuitamente en cada una de las comunidades autónomas y las sistemáticas no financiadas, que el CAV-AEP considera deseable que todos los niños reciban, pero que por el momento no están incluidas en la financiación pública”. Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría (CAV-AEP). Calendario de Vacunaciones de la Asociación Española de Pediatría. Razones y bases de las recomendaciones 2017. [Internet]. Madrid: AEP; 2017 <http://vacunasaep.org/sites/vacunasaep.org/files/calvacaep2017-razones-y-bases.pdf>

²² Decreto 49/2004, de 30 de junio, de guarderías infantiles de La Rioja (BO La Rioja núm. 99, de 7.8.2004) “Para la admisión de los niños en cualquiera de las guarderías reguladas por este Decreto, se deberá acreditar, por facultativo competente, su correcto estado de salud, así como que ha sido sometido a las vacunaciones oficiales que correspondan en cada momento” y en atención a ello, “la Dirección del Centro anotará en la ficha de registro de vacunaciones los datos correspondientes al estado vacunal del niño que ingresa por primera vez. Cualquier anomalía detectada, se pondrá en conocimiento de los padres para que procedan a la corrección de la misma, con objeto de proteger la salud individual y colectiva”. Anexo punto 3.

²³ STSJ La Rioja, 2.4.2002 (JUR\2002\197129).

²⁴ Se refiere al derogado Decreto 2/1991, de 21 de febrero, regulador de las condiciones higiénico-sanitarias y administrativas de las guarderías infantiles (BO La Rioja núm. 26, de 28.2.1991). Esta norma es sustituida por el citado Decreto 49/2004, que se pronuncia en términos similares en relación a lo que nos ocupa.

²⁵ En estos términos se ha pronunciado el TSJ de Cataluña en STSJ Cataluña, 28.3.2000 (JUR\2000\204924).

²⁶ Jdo. Contencioso Administrativo de Granada, 24.11.2010 (RJCA\2010\841). La Sentencia resulta confirmada por STSJ Granada, 22.7.2013 (JUR\2013\302906).

La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirma la Sentencia recaída en la instancia, que pone de manifiesto que se trata de una medida amparada por una norma de rango legal, proporcional en cuanto idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden y que no implica un sacrificio desmedido²⁷.

En este caso, entre el conflicto en el que el Estado entiende que todos los menores deben ser vacunados –contra el sarampión por medio de la inoculación de la vacuna triple vírica- para evitar que los niños no vacunados contraigan la enfermedad, que los niños que no estando sometidos a la vacuna por no alcanzar la edad conforme al calendario la contraigan igualmente y que los adultos no vacunados o no inmunes puedan también contraerla, y la postura contraria de los padres que consideran que se protege mejor la salud de sus hijos si no son vacunados se da preeminencia a los derechos protegidos por la administración sanitaria, poniéndose en duda la pretendida protección de la salud de sus hijos por parte de los padres²⁸.

2.3. LA POSTURA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²⁹ ha avalado la postura de establecer la obligatoriedad de determinadas vacunas infantiles en la línea en la que acabamos de comprobar que ya apuntaban los tribunales españoles.

Los hechos se remiten a que en la República Checa existe legalmente la obligación de vacunar contra una serie de enfermedades a los niños. En caso de incumplimiento, además de no poder escolarizarlos, los padres son multados. Únicamente queda fuera de esta obligación el menor que, por motivos de salud, no pudiera ser vacunado.

Al TEDH llegan seis recursos –con fechas entre 2013 y 2015- con supuestos de hecho similares cuyo origen estriba en que los menores, por distintas consideraciones de sus progenitores, no habían recibido, o bien ninguna, o bien una parte de las vacunas obligatorias.

Los recurrentes fundaron sus alegaciones en la vulneración por parte del gobierno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). En concreto, consideraban que se había atentado contra el respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), frente a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH) y frente al artículo 2 del Protocolo 1, en lo relativo al derecho a la educación.

La Corte Europea concluye con que efectivamente a consecuencia de la vacunación obligatoria, se había producido una injerencia en la vida privada y en cinco casos los menores habían sido rechazados por los centros educativos –hasta el momento de la escolarización

²⁷ Según se deriva del informe del Jefe de Sección de Epidemiología de la Delegación Provincial de Granada de la Consejería de Salud “mientras con la administración de la vacuna antisarampionosa un 10% de los vacunados presentan malestar general y fiebre entre 5 y 12 días después de la vacunación, síntomas que duran de uno a dos días y causan pocas limitaciones a la actividad del niño, acreciendo en contadas ocasiones convulsiones por la fiebre, que no deán secuela alguna, sin que se asocian enfermedades de mayor gravedad con la vacunación; las complicaciones del sarampión ocurren entre un 5- 15% de los casos, e incluyen otitis media, laringotraqueobronquitis, neumonía, diarrea, crisis convulsivas febriles, encefalitis y ceguera, siendo los menores de 5 años que viven en malas condiciones o están mal nutridos, los adultos y los pacientes con indeficiencias los que presentan un mayor riesgo de complicaciones graves, conllevando la gravedad del cuadro clínico el Ingreso en Hospital de un elevado número de casos, siendo la tasa de letalidad del sarampión, en los países desarrollados, en torno al 1 por mil”. Jdo. Contencioso Administrativo de Granada, 24.11.2010 (R/JCA\2010\841).

²⁸ STSJ Andalucía, de 22.7.2013 (JUR\2013\302906).

²⁹ TEDH. Caso Vavříčka y otros contra la República Checa (47621/13 y otros 5). 8.4.2021. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-209039%22>

obligatoria- a consecuencia de la no vacunación. Cosa distinta, es que esta injerencia estaba justificada de acuerdo al derecho interno y al orden constitucional checo. Ello fue el motivo por el que el Tribunal concluyó que no concurrió vulneración de la CEDH.

En efecto, el artículo 8 de la CEDH, si bien garantiza la no interferencia en la vida familiar y privada de las personas, prevé que, en algunas ocasiones es admisible. Para ello, la medida concreta debe estar prevista legalmente y ser una medida democráticamente necesaria para asegurar, entre otros derechos y libertades, el relativo a la salud.

En cuanto a la previsión legal, el Tribunal ha adoptado un criterio amplio en el sentido de entender que la vacunación obligatoria estaba prevista legalmente –aunque fuera en normas que no tuvieran estrictamente rango de ley-. En lo relativo a la necesidad de la medida, el Tribunal apela a una situación social en que el índice de vacunación estaba disminuyendo y en el beneficio de la salud pública, que se vería seriamente amenazada si las enfermedades aumentaran. El Tribunal se hace eco de que diversos Estados están yendo hacia una mayor intervención en esta materia al disminuir la vacunación voluntaria y, por lo tanto, la inmunidad colectiva. Se pone de relieve la importancia de la solidaridad social en beneficio de las personas más vulnerables para lo que resulta justa la exigencia de asumir un riesgo mínimo por el resto de la sociedad, todavía en mayor medida cuando es la propia Convención la que establece a los Estados la obligación de establecer medidas para la protección de la vida y de la salud.

La proporcionalidad de la medida se garantiza, a juicio del Tribunal, por el claro beneficio para el resto de los menores escolarizados y por la seguridad probada científicamente al ser raros los efectos secundarios. Hay que tener en cuenta –y así lo aprecia el Tribunal- que en las decisiones que atañen al menor en general y, en particular, las que afectan a su salud y a su desarrollo su interés es el factor primordial a considerar. Resulta necesario garantizar la cobertura de vacunación en la comunidad y para ello es imprescindible que los menores se vacunen –solo así resultan protegidos aquellos no vacunados-. Si el Estado considera que es necesario implantar medidas al efecto para garantizar el efecto rebaño es razonable establecer una política de vacunación obligatoria, ya que la voluntaria no era suficiente para garantizar la inmunidad colectiva, y, con ello, el interés superior de los menores.

Tampoco ha encontrado el Tribunal en el artículo 9 de la CEDH fundamento para reconocer vulneración de la libertad de pensamiento y conciencia, ya que ello requeriría que dicho pensamiento y conciencia fueran coherentes y tuvieran credibilidad, sin estar amparadas por el precepto las dudas que manifestaban los recurrentes sobre la seguridad de las vacunas.

El hecho de la exclusión de los menores no vacunados de los jardines de infancia, es visto por el Tribunal como una pérdida de oportunidad en el aprendizaje y en la adquisición de habilidades sociales imputable a la decisión de los padres, al negarse a cumplir el deber de proteger la salud. El hecho de que en el momento de la escolarización obligatoria –aun sin las vacunas establecidas- los menores fueron admitidos implica que su admisión en la escuela primaria no fue afectada por el hecho de la no vacunación, lo que ahonda en la proporcionalidad de la medida.

2.4. VACUNA COVID Y DISCREPANCIAS EN LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR

La mayoría de edad sanitaria está estrechamente ligada a la madurez, de ahí que el artículo 9.3.c de la Ley 41/2002 limite el consentimiento por representación cuando el menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En esta línea incide el artículo 162.1.1º CC, al exceptuar la representación legal por parte de los padres que ostenten la patria potestad en relación a los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, que, conforme a su madurez, pueda ejercitar por sí mismo –al

margen de la intervención de los responsables parentales en virtud de sus deberes de cuidado y de asistencia.

La “mayoría de edad sanitaria”, imbuida de esta postura, está en estrecha relación con la “minoría de edad madura”, que tiene su razón de ser en que las fases por las que discurre la minoría de edad no están definidas y transcurren a través de un proceso gradual en el que el menor va adquiriendo progresivamente capacidad como un lento fluir que difiere entre individuos de conformidad a la línea establecida por la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor³⁰. La tendencia, en definitiva, ha sido conceder al menor más participación en las decisiones que atañen a su persona cuanto mayor sea su edad y su capacidad de discernimiento³¹.

Si bien, con carácter general el menor de dieciséis años cumplidos se presume maduro para decidir acerca de las intervenciones sanitarias con carácter general, a consecuencia de la reforma operada por la Ley 26/2015³², el menor maduro pierde parte de su autonomía, al establecer el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 que en caso de “actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor” la representación interviene.

No consideramos que la vacuna frente al Covid-19 entrañe una actuación de grave riesgo³³ por lo que en circunstancias normales –sin tener disminuida su capacidad- el menor maduro decidirá inocularse o no la vacuna.

Por lo tanto, presumiendo que el menor con dieciséis años es maduro, por debajo de esa edad, si bien se presume que no lo es, habrá que estar al caso concreto –teniendo en cuenta que la madurez se alcanza a través de un tránsito que no transcurre del mismo modo para todas las personas-. Si el menor de dieciséis años tuviera madurez suficiente consentiría o rechazaría la inoculación de la vacuna. Si no tuviera madurez suficiente, atendiendo al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 habría que escuchar su opinión y de conformidad al artículo 9.7 de la Ley 41/2002, con independencia de la prestación del consentimiento por representación, el paciente participará –en la medida de lo posible- en la toma de decisiones.

Es en los casos de menores sin madurez suficiente para decidir la intervención concreta –en este caso la inoculación de la vacuna Covid-19- en los que se puede producir discrepancias en cuanto a la prestación o no de consentimiento por representación³⁴.

³⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm.15, de 17.1.1996).

³¹ “El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección”. Exposición de Motivos Ley Orgánica 1/1996.

³² Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29.7.2015).

³³ A modo de ejemplo, véase la evaluación por el *Advisory Committee on Immunization Practices (ACIP)* acerca del beneficio-riesgo de las vacunas de la Covid de ARNM en relación al riesgo de miocarditis en población pediátrica. <https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/el-acip-evalua-el-beneficio-riesgo-de-las-vacunas-de-la-covid-de-arnm-en-relacion-al-riesgo-de>

³⁴ Véase para un tratamiento más extenso de estas cuestiones GIL MEMBRADO, C., “El complicado equilibrio en la toma de decisiones sobre vacunación. Especial referencia al menor”, *Revista de Derecho Privado*, Año 102, mes 3, 2018, págs. 33-66.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 162 CC los padres ostentan la patria potestad y tienen la representación de sus hijos, aunque tal y como precisa el artículo 156 CC puede ejercerse por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro. Además “Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

En cuanto a la inoculación de la vacuna Covid nos planteamos si la intervención sería un acto calificable de uso social o un acto extraordinario –en cuyo caso sería necesario el consentimiento de ambos progenitores para vacunar al menor no maduro-. Los tribunales, sobre este particular y en relación a otras vacunas han considerado que “La guarda y custodia exclusiva o convivencia individual ostentada por la madre custodia o conviviente comporta estar en compañía y al cuidado de las menores en la atención diaria e incluye la potestad de tomar decisiones habituales y rutinarias tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias”³⁵.

Ello implicaría concluir que la administración de las vacunas que constan en el calendario vacunal³⁶ sería un acto que recibiría el tratamiento de uso social, pudiendo consentir uno de los progenitores, y, en el caso de vacunas no previstas en el calendario deberían consentir ambos³⁷, y en defecto de acuerdo, se atendería a la decisión a la autoridad judicial³⁸.

Nos planteamos si la inoculación de la vacuna frente al Covid tendría o no la consideración de una actuación inherente a la esfera del uso social. La respuesta acorde a las manifestaciones de las autoridades competentes es que «debe considerarse a estos efectos como una “vacunación de calendario oficial”, pues su indicación ha sido establecida por las autoridades sanitarias»³⁹.

Por lo tanto, en el caso de la administración de esta vacuna a menores no maduros, tras oír al menor, sería suficiente el consentimiento verbal de uno de los progenitores si no hay constancia de la oposición del otro. En caso de que la hubiera, se atenderá a la decisión judicial, al igual que en el caso de que ambos progenitores se negaran y se considerase a instancias del profesional sanitario que por las circunstancias concretas –por ejemplo, el grado de exposición o la situación personal de previa patología-.

³⁵ SAP Alicante, 5.11.2015 (JUR 2016\128491).

³⁶<https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/calendario-y-coberturas/home.htm>

<https://vacunasaep.org/profesionales/calendario-de-vacunaciones-de-la-aep-2021>

³⁷ Sucede así en relación con otras actuaciones. Así, “Ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo (público, concertado o privado) o contratación de actividades extraescolares a realizar (deportivas, formativas o lúdicas y en general todas aquellas que constituyen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores); en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia, etc tanto si entrañan algún gasto como si están cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento del menor; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión(bautismo, comunión, confirmación y similares en otras religiones) así como en la decisión sobre la realización o no de un acto social relevante y el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontrara el menor en el momento de ser realizado; en la fijación y posteriores traslados de domicilio fuera de la provincia o al extranjero(salvo viajes vacacionales), siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas o relaciones vigente y/ o apartarlo de su entorno habitual; y en la autorización para la salida del territorio nacional”. SAP Alicante, 11.11.2014 (JUR 2015\75477).

³⁸ Art. 156 CC.

³⁹ Así se manifiesta el Ministerio de Sanidad en el documento “Vacunación Covid en adolescentes: preguntas y respuestas”, pg. 14.

https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/docs/Vacuna_COVID_adolescentes_PreguntasYRespuestas.pdf

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, a través de Auto de 28 de julio de 2021⁴⁰, se pronuncia en relación al desacuerdo entre los progenitores en orden a la inoculación de la vacuna frente al Covid-19. Tras la negativa del progenitor a la vacunación de sus hijos menores y a cualquier prueba de detección del Covid-19, el órgano juzgador considera que la solución más beneficiosa para los hijos es atribuir a la madre la facultad de decidir en relación a las visitas pediátricas y a la vacunación de los menores. No constituye, según consta en la resolución judicial, la administración de las vacunas ningún ataque a la integridad física de los menores, y sus beneficios son tanto individuales como para la sociedad al evitar futuros contagios. Los riesgos, teniendo en cuenta la aprobación de la vacuna por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, son muy inferiores a los beneficios, al estar también probada su calidad, su seguridad y su eficacia. El juzgador reprende al progenitor que se opone por obstaculizar la vacunación, desatendiendo el riesgo que supone la infección por Covid-19 “y más cuando durante las últimas semanas se ha incrementado de manera exponencial el contagio entre los menores de 30 años”.

3. LA VACUNACIÓN “JUDICIAL” EN LAS RESIDENCIAS DE MAYORES

Como se ha expuesto, en relación a la capacidad del menor, se tiende a dar relevancia a la mínima madurez para que la participación en la decisión por parte del menor maduro se produzca. No sucede así en la mayoría de edad, puesto que nos encontramos habitualmente con remisiones a la resolución judicial que modifica la capacidad y ante el silencio se tiende a considerar que la incapacidad se extiende a todo lo no expresamente previsto, por lo que la autonomía del mayor de edad discapacitado queda en la mínima expresión que, a menudo, resulta inexistente⁴¹. Ello va a afectar a las decisiones en materia de inoculación de la vacuna Covid.

Se presta, así, escasa o nula atención a la capacidad natural o de hecho, como la aptitud para tomar en un momento determinado una decisión o para manifestar la voluntad al respecto⁴². Pero, si cabe, en estas circunstancias, esta afirmación se lleva al último extremo, que implica que ni siquiera la persona o entidad que ostenta la tutela o la representación de la persona con capacidad modificada decidirá acerca de la administración o del rechazo de la vacuna.

En el contexto de la pandemia Covid-19, a los efectos de la vacunación, constituye una población diana la de los internos en las residencias de mayores, en los que, en no pocas ocasiones, concurre un déficit cognitivo, lo que implica una capacidad de decisión limitada pudiendo llegar a ser nula, por lo que de conformidad a lo establecido en la Ley 41/2002, en aquellos casos en los que la representación legal no esté establecida judicialmente se acude “a las personas vinculadas [...] por razones familiares o de hecho”⁴³.

⁴⁰ AJPI Barcelona, 28.7.2021 ECLI: ES:JPI:2021:295A

⁴¹ En relación a ello véase GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, Aranzadi, 2018 (BIB 2018\13987), pg. 5.

⁴² En relación a todo ello, véase GIL MEMBRADO, C., “El paciente mayor de edad con discapacidad mental o intelectual: consentimiento informado y toma de decisiones en el ámbito sanitario”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G., Pérez Gallardo, L.B. (dirs.), García Mayo, M. (coord.), *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, págs. 253-273.

⁴³ Art. 9.3.a Ley 41/2002.

Respecto a este colectivo vulnerable, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴⁴, recoge principios como el respeto a su dignidad, la autonomía individual, la independencia y la participación e inclusión plena en la sociedad. En el ámbito sanitario, la persona con discapacidad debe recibir el servicio con idéntica calidad y especialmente sobre la base del consentimiento libre e informado. Ello se traduce en la participación en el proceso de adopción de decisiones en el ámbito sanitario, de modo que para que la voluntad sea libre, la persona deberá gozar de apoyos atendiendo a su situación particular. La realidad es bien distinta, al estar imbuida de un paradigma que no es acorde a los principios de la Convención. Muestra de ello es que en los casos en los que la persona tiene disminuida su capacidad para decidir, procede el consentimiento por representación o por sustitución⁴⁵.

En lo sucesivo, abordaremos los últimos pronunciamientos judiciales que nos llevan a concluir que la autonomía en estos casos es poco más que un espejismo. De hecho, la tan protegida autonomía en la letra de los textos parece no conciliable con la actual situación de pandemia y los esfuerzos por hacer coexistir la autonomía, el interés individual y el colectivo da lugar a resoluciones forzadas que obvian la voluntad de la representación legal y en ocasiones, incluso la del propio paciente. Hablar de autonomía y vacunación en tiempos de pandemia, todavía más cuando se trata de determinados colectivos, resulta harto complicado.

3.1. VACUNACIÓN, CONSENTIMIENTO Y FALTA DE CAPACIDAD

Tanto el Tribunal Constitucional⁴⁶ como el Tribunal Supremo consideran el consentimiento informado en el ámbito médico como un derecho fundamental que encuentra encaje en el derecho a la integridad física, en el sentido de que “El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”⁴⁷.

La Ley 41/2002, en el artículo 9.6 establece que cuando el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o, de hecho, prevalecerá el mayor beneficio para la vida o para la salud del paciente y si la decisión fuera contraria a su interés, debe ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o bien a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución que corresponda. Ante una situación de urgencia, en los casos en los que no fuera posible acudir a recabar la autorización judicial, el profesional sanitario adoptará las medidas necesarias para salvaguardar la vida o la salud del paciente, en cuyo caso, resultarían amparados por el cumplimiento del deber y por el estado de necesidad.

⁴⁴ La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea de las Naciones Unidas. Este texto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York y entró en vigor al ser ratificado por veinte países –el 3 de mayo de 2008-. La Convención se supervisa por el Comité de Expertos de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21.4.2008. Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21.4.2008).

⁴⁵ Un análisis detallado de las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad a España lo encontramos en TORRES COSTAS, M.E., “La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales. *Diario La Ley*, núm. 9797, 23 de febrero de 2021.

⁴⁶ STC, 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37).

⁴⁷ STS, 3/2001, de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3).

Además, la prestación del consentimiento, en estos casos, debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades, en favor del paciente y con respecto a su dignidad personal, conforme determina el artículo 9.7 de la Ley 41/2002. En atención a ello, prosigue el precepto, el paciente debe participar, en la medida de las posibilidades, en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, proporcionándole, si tiene discapacidad, las medidas de apoyo pertinentes para favorecer que pueda prestar por sí mismo o con la mayor participación posible el consentimiento⁴⁸.

Todo ello está en línea con lo ya dispuesto en el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 relativo a los derechos humanos y a la biomedicina⁴⁹, que, si bien establece la necesidad de representación en los casos de mayores que carezcan de capacidad para consentir, también recoge en el artículo 6.3 que la persona mayor deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento y en todo caso, deberán ser tomados en consideración sus deseos expresados con anterioridad a la intervención, en los casos en los que en ese mismo momento no pueda expresar su voluntad.

3.2. LA VACUNACIÓN “JUDICIAL” Y SU DIFÍCIL AJUSTE EN LA CONVENCION DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En las residencias de mayores, ante un interno sin capacidad para la emisión de consentimiento válido, en beneficio de su interés individual –en ocasiones se alude también al colectivo– se considera por las resoluciones recaídas en vía judicial que la vacunación garantiza el derecho a la salud y, por lo tanto, debe administrarse con independencia de la voluntad del representante o sustituto –e incluso del paciente–. Llama la atención –y de ahí que la vacunación adquiera tintes de obligatoriedad– que en ninguno de los casos que han llegado a los juzgados se haya valorado apenas la posibilidad de participar del paciente en la toma de decisión, si bien es cierto que, en todos ellos, sin referirse a medidas de apoyo o a esfuerzos para que de modo accesible el interno pudiera de algún modo participar en la decisión, por los hechos descritos, sí que se deduce que la capacidad era escasa o inexistente. Con todo, tampoco queda constancia de la existencia o no de instrucciones previas⁵⁰, ni se ha considerado relevante la que hubiera podido ser la voluntad expresada con anterioridad a la pérdida de capacidad de uno de los internos.⁵¹ En definitiva, parece que se pasa de puntillas por la posibilidad de que, con el apoyo necesario, la autonomía se considere a la hora de administrar la vacuna Covid.

⁴⁸ Incluyendo la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

⁴⁹ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (BOE núm. 251, de 20.10.1999).

⁵⁰ En el artículo 11 de la Ley 41/2002 se regulan las instrucciones previas que posibilitan que una persona mayor de edad, capaz y libre, pueda manifestar de manera anticipada su voluntad, con el objeto de que esta sea cumplida si se llegara a circunstancias en las que la persona no sea capaz de expresar el cuidado y el tratamiento de salud que desearía o, llegado su fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo u órganos. Además, es posible –y muy conveniente– la designación de un representante para que, llegado el momento, sea el interlocutor con el equipo médico en cuanto al cumplimiento de las voluntades anticipadas. Esta voluntad puede revocarse libremente en cualquier momento y no se aplicaría si fueran contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, o en los casos en los que el supuesto de hecho que el interesado a previsto en el momento de manifestarlas no sea correspondiente al real en las circunstancias en las que haya que aplicarlas.

Las instrucciones previas tienen su mayor virtualidad en servir de criterio interpretativo y orientativo a la hora de tomar decisiones cuando el paciente carece de capacidad para ello. En el caso de que se manifestaran de modo expreso sobre la vacunación o intervenciones similares, habría que valorarlas.

⁵¹ En este sentido, TORRES COSTAS, M.E., “La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores...*op.cit.*”

Ello choca frontalmente con la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad⁵². Su propósito es la promoción, protección y aseguramiento del goce con plenitud y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por parte de las personas con discapacidad, así como la promoción del respeto de su dignidad.

El artículo 12 de la Convención establece que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, pero lejos de la letra de la norma, es a este colectivo al que en los más variados ámbitos se le niega dicha capacidad, por lo que las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, son sustituidas para tomar las decisiones vitales que les afectan. En atención a ello, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se pronuncia acerca de que “el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica”⁵³. En estrecha relación el apartado 2 del citado artículo 12 determina que “las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En el artículo 25 y, en relación a los derechos de las personas discapacitadas en lo que se refiere a la salud, además de reconocer su “derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad”, se recoge la exigencia de la prestación de los servicios con la misma calidad a las personas discapacitadas y, en lo que nos interesa, “sobre la base de un consentimiento libre e informado”, “mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado”.

Lo anterior implica que de manera previa a cualquier intervención sanitaria es preceptivo requerir el consentimiento libre e informado de la persona discapacitada, y para garantizar sus derechos es necesario proporcionarles mecanismos de representación o de sustitución en la adopción de decisiones, así como la posibilidad de consultar de modo directo con el profesional sanitario, que no debe sustituir ni influir en su decisión⁵⁴.

3.3. JUECES QUE VACUNAN

El Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela, a través de Auto de 9 de enero de 2021⁵⁵, resolvió una situación relativa a la vacunación de una anciana interna en un centro geriátrico, teniendo en cuenta la situación pandémica y la afectación y malignidad del Covid-19 en el grupo de edad de referencia. Ordenó la vacunación de la anciana, incapaz de decidir por sí misma, pese a la oposición de su hija.

El Juzgado señala la evidencia de que, al igual que sucede con el resto de vacunas, la administración de la vacuna iba a disminuir el peligro de contraer la enfermedad. En el caso concreto, el grado de deterioro cognitivo impedía participar –ni siquiera mínimamente– en la decisión sobre la vacunación. Nos encontramos, por lo tanto, ante un caso en que es preciso –conforme a la normativa sanitaria– suplir o complementar el consentimiento, pero se

⁵² Sobre la materia, véase JIMÉNEZ PARÍS, J.M., “Vacunas Covid-19 y autorización judicial”, *Diario La Ley*, núm. 9808, 11 de marzo de 2021.

⁵³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹ período de sesiones 30 de marzo a 11 de abril de 2014. Tema 10 del programa provisional. Observaciones generales y días de debate general Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley, pg. 3. https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/crpd/gc/dgcarticle12_sp.doc

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ AJPI Santiago de Compostela, 9.1.2021. ECLI:ECLI:ES:JI:2021:4A

considera que la decisión adoptada por el llamado a decidir en sustitución, no es acorde al mayor beneficio para la vida o para la salud del interesado o afectado, por lo que correspondería al juez competente adoptar la resolución correspondiente.

El juzgador atiende para la toma de decisión al respecto a “la existencia de decenas de víctimas mortales” y al incremento del riesgo “a medida que la administración de la vacuna se demora y el número de contagios aumenta”. Frente a los temores manifestados por la hija de la interna en relación a la vacunación, el tribunal considera que “Vacunarse y no hacerlo, por tanto, conllevan un riesgo que forzosamente ha de asumirse pues no caben opciones intermedias. En tal tesitura, la cuestión se reduce a una pura ponderación de cuál sea el riesgo menor (y, por ende y a la inversa, el mayor beneficio traducido en la adopción del más liviano)”.

Ahonda como fundamento de la decisión el órgano juzgador en las evidencias científicas del momento y en las afirmaciones de la Organización Mundial de la Salud que dan muestra de la seguridad de las vacunas y del sometimiento de las mismas a rigurosas pruebas durante los ensayos clínicos y con posterioridad a su comercialización. Por otro lado, la mayoría de reacciones a las vacunas son leves y temporales, por lo que es mucho más fácil sufrir lesiones graves por una enfermedad que si bien puede tener graves consecuencias, puede ser prevenida mediante la vacunación. Ello implica que el beneficio supera en una gran medida los riesgos.

Nada sucedería hasta aquí si los jueces estuvieran llamados en aquellos casos -que deberían ser excepcionales- en los que los intereses del tutor o del sustituto van en contra del interés de la persona con capacidad modificada o con falta de capacidad de hecho para consentir. Anómala resulta la situación cuando es el juez quien en una y en otra ocasión tiene que sustituir a través de este mecanismo legal a la representación o sustituto. En realidad, cada vez que la decisión es la de no administrar la vacuna.

Un supuesto similar se presenta de nuevo ante el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela, que, por medio de Auto de 20 de enero de 2021⁵⁶ aborda –a través de la jurisdicción voluntaria-, la adopción de medidas de protección para el caso de posible ejercicio inadecuado de potestad de guarda de personas con capacidad modificada judicialmente. En concreto dicha modificación trajo causa de una Sentencia que constató que, a consecuencia de un accidente cerebro vascular, la persona era carente de capacidad en todos los ámbitos – a excepción del manejo del dinero de bolsillo en pequeñas cantidades-. Se estableció la ausencia de capacidad de obrar de modo total en el ámbito de la salud, lo cual abarcaba la posibilidad de tomar decisiones sobre el manejo de medicamentos, sobre pautas de alimentación, sobre autocuidado y sobre prestación de consentimiento informado en el ámbito médico, necesitando la prestación de apoyos externos para la toma de decisiones sobre su salud. Su tutela la asumió una Fundación ante la falta de parientes idóneos.

El paciente se niega a la inoculación de la vacuna frente al Covid-19. De la exploración judicial se deduce que el paciente no está en condiciones de valorar ni las ventajas ni los eventuales riesgos ni contraindicaciones derivados de la vacuna ni los riesgos a consecuencia de su negativa a vacunarse, entre los que destaca el riesgo de contraer la infección.

La Fundación tutelar considera conveniente la administración de la vacuna, si bien es cierto que el paciente se había negado en los años anteriores a inocularse la vacuna de la gripe, sin que se recabara consentimiento por sustitución de la entidad de tutela. Sin embargo, se concluye con que el riesgo de la decisión pasada no es comparable a los graves riesgos que

⁵⁶ AJPI Santiago de Compostela, 20.1.2021. ECLI:ECLI:ES:JPI:2021:1^a En el mismo sentido, AJPI Santiago de Compostela, 19.1.2021 ECLI:ECLI:ES:JPI:2021:21A

implicaría contraer el Covid-19 en un paciente con los antecedentes que presenta, ya que tanto por edad como por patología previa se encuentra en el grupo más vulnerable.

En el caso concreto, el paciente pertenecía al grupo más vulnerable por edad y por patología y, además, la situación se agravaba a consecuencia de su ingreso en una residencia. Se toma en consideración que la vacuna es la única alternativa para la superación de la pandemia y que su inoculación corresponde en primer lugar a los grupos vulnerables. La seguridad de la vacuna queda salvada por la autorización dada por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios que implica que, pese a la celeridad del proceso, este se ha producido con las garantías de calidad, seguridad y eficacia y, que, por ello los beneficios superan ampliamente los riesgos, y el Sistema Español de Farmacovigilancia de Medicamentos de Uso Humano coordinado por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios analiza los acontecimientos adversos comunicados.

En la resolución se alude a la Declaración del Comité de Bioética de España sobre la Estrategia de Vacunación frente al Covid-19 y, en especial sobre la priorización de vacunación⁵⁷ establece la vacunación como la máxima y más eficiente estrategia contra el Covid-19 y sostiene la necesidad de priorizar a los colectivos vulnerables.

Todas estas consideraciones llevan al juzgador a considerar que el consentimiento informado prestado por sustitución para la inoculación de la vacuna implica salvaguardar la protección y el mayor beneficio para la salud del residente que carece de capacidad natural para comprender el alcance de la intervención médica.

En este caso, quizá sí que podía intuirse un atisbo de cuál hubiera sido la voluntad del paciente en caso de gozar de la capacidad necesaria para decidir, dado que venía mostrando un rechazo continuado a la inoculación de la vacuna antigripal. Quizá por ello, el juzgador deja claro que para adoptar la decisión se tiene en cuenta la ponderación del beneficio individual del paciente, quedando al margen las consideraciones de salud pública, al tratarse de una intervención voluntaria, incluso se deja constancia de que en esta decisión no deben pesar circunstancias tales como la salud de otros residentes o de los trabajadores.

Un supuesto más evidente que el anterior si atendemos a las manifestaciones de voluntad realizadas por el interno, es el abordado por el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Alicante, de 25 de enero de 2021⁵⁸, en el que al supuesto de hecho se añade el matiz relativo a que una de las representantes -sobrina del incapaz- había informado de que su tío siempre había mostrado una oposición clara a las vacunas, lo que no obsta para que finalmente la decisión judicial sea la de administrar la vacuna.

En alguna ocasión el balance riesgo-beneficio en el caso concreto es más dudoso. El Juzgado de Primera Instancia de Granada, en Auto de 4 de febrero de 2021⁵⁹ aborda la negativa del hijo de un interno ingresado en una residencia con un deterioro cognitivo grave y sin facultades mentales para prestar consentimiento informado. En este caso el afectado había ya contraído el Covid-19 y el hijo manifestó que su padre tenía un deterioro físico muy grande, Alzheimer, padecimiento de los bronquios, estado de desnutrición y su voluntad como sustituto era no exponerlo a una nueva carga viral, considerando que la administración de la

⁵⁷ Declaración del Comité de Bioética de España sobre la estrategia de vacunación frente a la Covid-19 y, en especial, sobre la priorización de la vacunación. 14.12.2020.

<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Declaracion%20del%20CBE%20-%20Estrategia%20priorizacion%20vacunacion%20frente%20COVID19.pdf>

⁵⁸ En referencia a esta resolución, TORRES COSTAS, M.E., “La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores...*op.cit.*”, pg. 3.

⁵⁹ AJPI Granada, 4.2.2021, JUR\2021\40231. Un supuesto muy similar lo encontramos en el AJPI Sevilla, 15.1.2021, JUR\2021\22147.

vacuna, a consecuencia de los anticuerpos generados por la enfermedad, no era imprescindible.

El juzgador afronta para la resolución la cuestión jurídica de determinar si existen razones para negarse a la prestación de consentimiento a la vacuna, para lo que hay que atender al mayor beneficio para la vida o para la salud del paciente, prevaleciendo este sobre la voluntad del familiar.

Si bien, estima que la postura del hijo es comprensible desde un punto de vista humano, el hecho de haber pasado la enfermedad y presentar anticuerpos al virus en el momento de realizar las pruebas serológicas, no implica conforme al estado actual de la ciencia, saber con precisión el tiempo de inmunidad al virus, dada además su variabilidad y las condiciones específicas del afectado y que en muchas ocasiones se ha producido un nuevo contagio o reinfección.

Atendiendo a todo ello, se considera que el riesgo de no vacunarse es mucho mayor que el de hacerlo, por lo que el mayor beneficio estriba en la vacunación y lo contrario sería arriesgado y menos beneficioso para una persona que, además, es muy vulnerable.

En definitiva, dadas las circunstancias y el contexto que nos envuelve, los jueces, en atención a sus legítimas funciones, y para proteger, en unas ocasiones, la salud de la persona que no tiene capacidad para consentir la administración de la vacuna, y en otras, el interés de la colectividad, pero en detrimento de la tan ensalzada autonomía en materia de intervenciones sanitarias, deciden una y otra vez, ante la falta de una norma que establezca la vacunación obligatoria, inocular la dosis frente al Covid, al margen de la voluntad manifestada por representación o sustitución, e incluso, en ocasiones, la que el interno hubiera podido expresar con anterioridad.

Por lo tanto, en esta situación, salvo que hubiera previsión clara en instrucciones previas, la línea que se mantiene queda expuesta claramente por el Juzgado de I Instancia de Santiago de Compostela⁶⁰, que remite a la doctrina científica⁶¹ apostando por un enfoque funcional de la capacidad/competencia para la prestación del consentimiento informado, lo que implica valorar, en primer lugar, la capacidad intelectual y emocional específica para adoptar una concreta decisión médica, es decir, atender a la capacidad natural. Ello implica que la existencia de una sentencia de modificación judicial de la capacidad no tiene por qué implicar la falta de capacidad del paciente para prestar consentimiento informado válido previamente a una intervención médica.

A la hora de adoptar una decisión por representación o sustitución sin instrucciones previas se atenderá a alguno de los criterios manifestados por la doctrina. DOPICO GÓMEZ-ALLER rechaza atender a las valoraciones subjetivas del sustituto en la esfera médica por el riesgo de imposición de criterios particulares, pudiendo estos ser dispares con la opción médica indicada e incluso con la verdadera voluntad del paciente, dado que el sustituto no es titular de los derechos a la salud y a la vida –sobre los que se decide-. Otra de las opciones que el autor tampoco considera como la más adecuada es ponderar la decisión que el paciente habría adoptado –según testimonio del sustituto de la voluntad anticipada del paciente- y la voluntad hipotética del paciente –reconstruida por el sustituto conforme a los valores, religión, opiniones en supuestos similares-. Si bien el autor considera que esta opción puede ser más respetuosa con los valores del paciente, no está exenta de riesgos y de cambios de criterio que puedan escapar al conocimiento por parte del sustituto. Por último, el autor

⁶⁰ AJPI Santiago de Compostela. 2.1.2021. ECLI:ECLI:ES:JPI:2021:1A

⁶¹ Se basa para ello en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Problemas del consentimiento informado «por representación»”, en *Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols y Lucas*, 22, 2010. <http://www.acpgerontologia.com/documentacion/consentimientorepresentacion.pdf>

considera como adecuado acudir al mejor interés del paciente tomando en cuenta consideraciones objetivables y ponderando el bienestar, la salud y la vida, en beneficio del paciente y conforme a la *lex artis*.

Ello implicaría que un paciente capaz de decidir pueda adoptar decisiones en contra de indicaciones médicas, lo que no sucedería cuando el representante o el sustituto actúen, ni cuando el paciente con capacidad disminuida gozando del apoyo necesario pudiera emitir su voluntad. Por lo tanto, según esta doctrina la opción más respetuosa con el paciente será aquella que objetivamente y corresponda a su interés.

En esta línea, se sitúa el Juzgado de Primera Instancia de Lugo, de 11 de febrero de 2021⁶², que, ante la oposición por parte de la tutora de administrar la vacuna Covid-19 a su tutelado, sostiene que si bien la aplicación de la vacuna es voluntaria y se puede renunciar a su dispensación, la renuncia solo puede ser realizada por quien puede prestar consentimiento válido.

Se establece así un complejo equilibrio entre el artículo 9.3 que eleva a criterio decisor el mayor beneficio para la vida o la salud del paciente, y el artículo 9.7 que introduce la adecuación a las circunstancias en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Estos casos analizados tienen en común la escasa atención prestada a la voluntad del paciente, a su entorno y a la existencia o no de instrucciones previas, y que finalmente, ante la negativa, es el juez el que vacuna.

4. ¿HACIA LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA?

Por Ley 8/2021, de 25 de febrero se modifica la Ley 8/2008, de 10 de julio de salud de Galicia⁶³. En concreto, en el artículo 38.2.b.5º con apoyo en lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, con el objeto de protegerla y de evitar su pérdida o deterioro, se da la posibilidad a las autoridades sanitarias autonómicas en el ámbito de sus competencias, si así lo exigieran razones sanitarias de urgencia o necesidad, de someter a medidas profilácticas de prevención, incluyendo la vacunación o inmunización. Además, se establece como infracción leve en materia de salud pública, en el artículo 41 BIS, “La negativa injustificada al sometimiento a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias, de acuerdo con lo establecido en la presente ley, con la finalidad de prevención y control de una enfermedad infectocontagiosa transmisible, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población”. Todavía más, esta negativa puede convertirse en infracción grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 bis c. cuando pudiera “producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población”, e incluso de conformidad al artículo 43 bis d. como infracción muy grave si ese riesgo o daño grave se considera muy grave.

El Tribunal Constitucional en Auto de 20 de julio de 2021⁶⁴ acuerda mantener la suspensión de lo dispuesto en el citado artículo de la Ley 8/2008, en la redacción dada por la Ley 8/2021. Se acepta la postura del abogado del Estado, en el sentido de que al imponer la vacunación obligatoria se interfiere en el derecho garantizado en el artículo 15 CE. Además, aduce que

⁶² AJPI Lugo, 11.2.2021 JUR\2021\45250

⁶³ Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia (BOE núm. 79, de 2.4.2021).

⁶⁴ ATC, 20.7.2021 ECLI:ECLI:ES:TC:2021:74A

se trata de una medida irreversible y que se aparta de la actual Estrategia Nacional de Vacunación contra el Covid-19 que establece la voluntariedad de la vacuna.

La Sala precisa que la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que esté establecida en la Ley Orgánica 3/1986, suponiendo una intervención corporal coactiva que se realiza al margen de la voluntad, y que en caso de que el ciudadano no se someta puede ser sancionado. El Tribunal estima que el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado al que nos referimos podría producir perjuicios ciertos y efectivos que podrían ser irreparables ya que de la aplicación del precepto resultaría la imposición de la vacunación en contra de la voluntad del ciudadano.

En cuanto a las decisiones judiciales, partiendo de la STEDH y de las últimas resoluciones en materia de conflictos entre los derechos individuales y la vacunación, con la presencia de la pandemia como telón de fondo, la férrea defensa de la autonomía de la voluntad ante intervenciones médicas como la vacunación va cediendo en beneficio de la protección de los derechos y de la salud individual⁶⁵, pero también colectiva. Si bien una intervención médica involuntaria implica una injerencia en el derecho, esta puede ser necesaria en una sociedad democrática.

La jurisprudencia, como se ha expuesto, es constante en sostener que la vacunación, en estos casos, representa el interés tanto individual como el colectivo, dejando escaso margen a la autonomía de la voluntad en los casos en los que la capacidad de obrar está minorada o es inexistente. Una excepción a los pronunciamientos en general constituye el Auto del Juzgado de I Instancia de Telde, de fecha 5 de octubre de 2021⁶⁶. En este caso, ante la negativa del guardador de hecho a la vacunación a persona sin capacidad para decidir, se realiza una ponderación con el riesgo individual. Se concluye con que no resultan acreditadas razones médicas y concretas que justifiquen la necesidad, al no pertenecer la persona a un grupo de riesgo ni ser vulnerable. El órgano juzgador atiende en esta ocasión al criterio del guardador que es considerado un buen cuidador de su esposa y se preocupa por la medicación que se le suministra y los efectos que se le pueden causar. En este caso, a diferencia de los expuestos, se concluye con la no concesión de la autorización para la administración de la vacuna frente al Covid-19 respetando la voluntad del guardador de hecho.

En este supuesto, se parte –como en todos los casos anteriormente analizados– de la ponderación prioritaria del bienestar, la salud y la vida del paciente, adoptando un criterio objetivo, tanto socialmente consensuado, como médico de conformidad a la *lex artis*. Ello implica que el consentimiento por sustitución se debe otorgar siempre en favor del paciente, de modo que este voluntariamente puede adoptar una decisión contraria a la indicación médica, a diferencia del sustituto o representante legal. Esta postura ha llevado a que las resoluciones judiciales en esta materia una vez acreditada y objetivada la opción más adecuada, en este caso la vacunación frente al Covid, esta es vinculante para el sustituto o representante, de modo que cualquier otra opción se entiende contraria al interés superior del menor o del carente total o parcialmente de capacidad para prestar consentimiento válido. En la resolución del Juzgado de Telde, se pondera el interés individual del paciente, pero también la voluntad del guardador de hecho, al margen de consideraciones de salud pública –al ser voluntaria la vacunación–. La ponderación del bienestar, la salud y la vida del paciente –art. 9.3 Ley 41/2002– junto al respeto a su dignidad –art. 9.7 Ley 41/2002– materializado en el consentimiento informado adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades

⁶⁵ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA se refiere a “La inoperatividad de tal posición negacionista y contraria a la vacunación de personas dependientes por su discapacidad o por su minoridad” en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “La vacunación contra el Covid: ¿derecho u obligación?”, *Diario La Ley*, núm. 9922, de 28 de septiembre de 2021.

⁶⁶ Auto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Telde, de 5 de octubre de 2021.
https://beta.publishwall.si/uploaded/temp/pdfs/2021/10/11/226753/Sodba_panija.pdf

a atender, implica que no en todo caso debe primar el criterio objetivo determinado por la *lex artis*, lo cual lleva a matizar la vacunación judicial obligatoria en estos casos.

En cuanto a la doctrina, una particular postura es la de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, que sostiene, que, en estas circunstancias, “no solo tenemos el derecho a vacunarnos (en coherencia con el derecho a la vida y a la salud [...]), sino también –simultáneamente– el deber de vacunarnos, pues en juego están la vida y la salud de los demás”. Deriva el citado autor esta afirmación de la moral con trascendencia jurídica, que no legal, fruto de una obligación natural, que si bien no es exigible coactivamente, sí puede generar otro tipo de consecuencias, como por ejemplo las ocasionadas por los daños causados por el contagio por persona no vacunada que no lo esté pudiendo estarlo, es decir, por no vacunarse de modo voluntario⁶⁷.

Con todo, la vacuna frente al Covid sigue siendo voluntaria y, por lo tanto, su inoculación depende de la decisión en el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁸ señala que la capacidad jurídica y la mental son conceptos distintos. Así, mientras la capacidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos y de obligaciones y de ejercer esos derechos y obligaciones, la capacidad mental estriba en la aptitud de la persona para tomar decisiones, variando esta de una a otra persona.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención, la falta de capacidad mental no debe utilizarse para justificar la falta de capacidad jurídica⁶⁹, produciéndose en estos casos una “vacunación judicial” que chirría con el sistema de representación previsto en el ordenamiento jurídico, convirtiéndose en regla general, lo que debería ser una excepción: que el juez decida en el caso de que el representante o sustituto no vele por el interés o mayor beneficio del incapaz.

Algo está fallando en el tratamiento de estas cuestiones cuando norma y realidad transitan hacia puntos divergentes, y son los jueces los que, finalmente, vacunan.

5. BIBLIOGRAFÍA

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “La vacunación contra el Covid: ¿derecho u obligación?”, *Diario La Ley*, núm. 9922, de 28 de septiembre de 2021.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Problemas del consentimiento informado «por representación»”, en *Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols y Lucas*, 22, 2010.
<http://www.acpgerontologia.com/documentacion/consentimientorepresentacion.pdf>

GIL MEMBRADO, C., “El complicado equilibrio en la toma de decisiones sobre vacunación. Especial referencia al menor”, *Revista de Derecho Privado*, Año 102, mes 3, 2018.

GIL MEMBRADO, C., “El paciente mayor de edad con discapacidad mental o intelectual: consentimiento informado y toma de decisiones en el ámbito sanitario”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, G., Pérez Gallardo, L.B. (dirs.), García Mayo, M. (coord.), *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021.

⁶⁷ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “La vacunación contra el Covid: ¿derecho u obligación?”, *Diario La Ley*, núm. 9922, 28 de septiembre de 2021.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ En relación a todo ello, véase GIL MEMBRADO, C., “El paciente mayor de edad... *op.cit.*”, págs. 253-273.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, Aranzadi, 2018.

JIMÉNEZ PARÍS, J.M., “Vacunas Covid-19 y autorización judicial”, *Diario La Ley*, núm. 9808, 11 de marzo de 2021.

TORRES COSTAS, M.E., “La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales. *Diario La Ley*, núm. 9797, 23 de febrero de 2021.

LA CERTEZA Y SIMBOLIZACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. TOKENS Y CONTRATOS INTELIGENTES

Miguel Ángel Moreno Navarrete
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 15 de abril de 2021
Fecha de aceptación: 15 de mayo de 2021

RESUMEN: Esta investigación trata de realizar una revisión de blockchain, los contratos inteligentes y los tokens desde el punto de vista técnico-jurídico, para evidenciar la importancia que para el Derecho supone, tan solo comparable, en nuestra opinión, con la propia invención de la escritura o el nacimiento y desarrollo del Derecho notarial en la Escuela de Bolonia, que infirieron, en muy diferentes épocas, la seguridad de las relaciones jurídicas. Tratamos de explicar la tecnología blockchain aplicada al Derecho privado. Pero también, es nuestra intención mostrar que los contratos inteligentes y los tokens sustentados en la tecnología blockchain producen dos efectos que nos parecen fundamentales: certeza y simbolización.

ABSTRACTS: This research aims to review blockchain, smart contracts and tokens from a technical-legal point of view, in order to highlight the importance of blockchain for the Law, comparable, in our opinion, only to the invention of writing itself or the birth and development of notarial Law in the Bologna School, which, in very different periods, have made legal relations more secure. Nevertheless, it is also our intention to show that smart contracts and tokens based on blockchain technology produce two effects that we consider fundamental: certainty and tokenisation.

PALABRAS CLAVE: blockchain, contratos inteligentes, fichas o tokens, fungible, no fungible, certeza, simbolización.

KEYWORDS: blockchain, smart contracts, tokens, fungible, non-fungible, certainty, tokenisation.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las tecnologías de registro distribuido (DLT): blockchain y smart contracts. 2.1. La cadena de bloques. 2.2. Los nodos. 2.3. Los mineros. 2.4. Consensus y descentralización. 3. Los contratos inteligentes. 3.1. Smart contracts deterministas. 3.2. Smart contracts probabilísticos. 4. El objeto del contrato inteligente: los tokens. 5. La simbolización de los derechos subjetivos: la tokenización de las cosas y los servicios. 6. Blockchain y la transmisión del derecho subjetivo. 6.1. Tokens fungibles (ERC-20). 6.2. Tokens no fungibles (NFTs). 7. Certeza y simbolización.

1. INTRODUCCIÓN

Desde los años 90 del siglo pasado Internet cambió nuestras vidas, se convirtió en la plataforma habitual de libre circulación de información. Desde ese tiempo, en la Red operan personas, datos y modelos de negocio; y su gobierno se basa más en la confianza que en la propia protección que dispensan las normas jurídicas, muy generalistas, según mi opinión, y contrarias a la globalización y al efecto de control total que la Red produce en el usuario. En definitiva, compartimos información, compramos, etc., por que las empresas nos producen confianza, también, pero en menor medida, por las normas que nos protegen, pero sobre todo, interactuamos por hábitos, negocios o necesidad. Hoy en día, a partir de la criptografía de clave pública y de las tecnologías de registro distribuido, estamos asistiendo a una nueva época, donde el valor y la patrimonialización de Internet es un hecho; pues vamos a pasar de la confianza como motor de la circulación de la información a la seguridad. De esta forma, asistimos al denominado “Internet del valor” (Internet of Value), pues es posible realizar actos y negocios jurídicos de forma segura a partir de técnicas criptográficas y redes descentralizadas.

En este sentido, el Internet del valor se convierte en un instrumento al servicio del mercado, del intercambio de bienes y de prestación de servicios, pero, a diferencia con el comercio electrónico “tradicional”, que actuaba como medio (“electrónico”) de formalización de las relaciones y negocios jurídicos habituales, este se posiciona en un plano paralelo a la realidad, donde personas, cosas y conductas son representadas mediante identificaciones electrónicas y tokens o fichas que simbolizan el objeto de las relaciones jurídicas. Y todo ello, a partir de técnicas criptográficas seguras y redes descentralizadas, donde se prefiere el consenso en la Red, o acuerdo de todos, frente a la centralidad y jerarquía normativa propia de los Estados.

El Internet del valor supone, desde el punto de vista jurídico, la seudonimización de las personas y la tokenización de las cosas y servicios. Se trata de un salto cualitativo de lo real a lo simbólico.

El Internet del valor se ha desarrollado a partir de las tecnologías blockchain, denominadas de registro distribuido (DLT), y su posterior evolución, a partir de los criptocontratos, mal denominados “contratos inteligentes”. Dichas plataformas blockchain proporcionan seguridad de las transacciones, lo cual supone la clave de su desarrollo y su evolución exponencial. De esta forma, la seguridad es condición para la confianza en las transacciones entre partes distantes entre sí, pues blockchain proporciona fiabilidad y prueba de las transacciones, en definitiva, certeza. Mucho más que el comercio electrónico tradicional, fundamentado en la confianza en las empresas, más que en pruebas materiales. Es un gran paso, pues el comercio electrónico se convierte en fiable, y podrá desarrollarse en otros ámbitos del Derecho patrimonial, como los negocios inmobiliarios, en el derecho registral, de sucesiones, etc.

La cuestión es si los sistemas de Derecho, tan arraigados en la Historia, se van a adaptar sobre las bases y fundamentos actuales o, por el contrario, se va a ir adoptando sistemas jurídicos disruptivos. En este sentido, el uso del blockchain debe acompañarse con el establecimiento de un marco jurídico apropiado. Es fundamental que se realice una intervención proporcional en el sector y con criterios claros para identificar las aplicaciones basadas en blockchain de “riesgo elevado”, que son aquellas que suponen riesgos significativos, en especial, en materia de derechos de los consumidores.

Pero las bondades de las tecnologías blockchain son contrarrestadas con los riesgos que se pueden producir, pues pueden afectar muy especialmente a la libertad, en este caso, a la libertad de decidir de manera consciente, en definitiva, a la libertad de contratar y contractual, más si cabe, en el ámbito del consumo.

En efecto, frente a lo que supone la digitalización de lo cotidiano, la libertad de contratar que se consagró en la vieja Europa con la implantación de las ideas de la Revolución francesa y que se plasmó en la codificación del Derecho civil, puede desaparecer, para convertir la voluntad humana en inconsciente y predecible. La igualdad de las partes en la contratación puede no existir, ni tan siquiera, con la aplicación de la normativa protectora de los consumidores, pues este “salto tecnológico” menoscaba los derechos y libertades. El Internet del valor y el tratamiento de datos, en cuanto a su aplicación al consumo, pueden afectar fundamentalmente a la libertad individual, pues convierte nuestra conciencia en colectiva. En este sentido, la digitalización de lo cotidiano restringe la libertad y mercantiliza nuestra vida privada. El problema es que el consumidor lo asume como algo habitual y normal, pues, hemos aprendido a convivir con ello.

En la actualidad, las normas jurídicas no nos dan repuestas a este problema, pues un mayor control estatal o una mayor información, control de la publicidad, etc., no es suficiente. Es necesario que el uso de blockchain y los contratos inteligentes esté asociado a un marco normativo específico, ya que los smart contracts van a tener una repercusión jurídica amplia, al permitir la formalización de cualquier tipo de relación jurídica.

Por su parte, respecto a los avances legislativos, en el ámbito de la Unión Europea se ha publicado la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de criptoactivos (COM(2020) 593 final), de 24.09.2020 (en adelante, MiCA, “Markets in Crypto-Assets”), cuya finalidad principal es la regulación de las finanzas digitales en las plataformas basadas en tecnologías de registro descentralizado.

Esta investigación trata de realizar una revisión de blockchain, los contratos inteligentes y los tokens desde el punto de vista técnico-jurídico, para evidenciar la importancia que para el Derecho supone, tan solo comparable, en nuestra opinión, con la propia invención de la escritura o el nacimiento y desarrollo del Derecho notarial en la Escuela de Bolonia, que infirieron, en muy diferentes épocas, la seguridad y certeza de las relaciones jurídicas.

2. LAS TECNOLOGÍAS DE REGISTRO DISTRIBUIDO (DLT): BLOCKCHAIN Y SMART CONTRACTS

En este tiempo, no puede abordarse un estudio jurídico sobre el tráfico jurídico digital sin acercarnos a las ciencias criptográficas y computacionales, pues, se hace indispensable la comprensión de los sistemas técnicos para su tratamiento jurídico. En general, las técnicas criptográficas tienen como fin que el tráfico de datos cumpla con las reglas de autoría, integridad o autenticidad y no repudio. De tal manera que los datos puedan acreditar, por lo que nos interesa, cualquier tipo de relación o negocio jurídico.

Blockchain es una tecnología que se engloba en la denominada “de registro distribuido” (Distributed Ledger Technology, DLT) con una serie de especificaciones técnicas, muy resumidamente: una base de datos segura copiada y sincronizada en tantos ordenadores como componen la red descentralizada, que es su esencia.

Fue en 2008, uno o varios autores —no se sabe— anónimos, bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto, aseguraron que existía la posibilidad de existencia de una red descentralizada de efectivo electrónico de “igual a igual¹” (Peer-to-Peer). En general, es una tecnología de estructura

¹ Nakamoto, S. (Seudónimo). “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”. Oct. (2008),

de bloques de datos en cadena, donde la unión o eslabón de un bloque con otro se realiza a través de metainformaciones del bloque anterior. Es como un gran libro contable de registro de transacciones, con un “Debe” y un “Haber”, donde cada página se representa con un bloque y, además, muestra información de la página anterior. A su vez, el libro contable está almacenado en todos y cada uno de los ordenadores de la red (nodos). Los contables se denominan “mineros” y son los encargados de apuntar en el “Debe” y en el “Haber” del libro y de verificar la realidad del apunte (transacción). Cuando un minero cierra una página, esta ya no puede modificarse sin que entre en conflicto con la página posterior. Por ello, cada una de las páginas de este “libro contable virtual” están encadenadas y son inmutables, es decir, dan prueba cierta del contrato o transacción concreta del que trae causa cada uno de los apuntes (transacciones).

La razón de ser o su utilidad se encuentra en la confiabilidad e integridad de los datos, lo que supone un avance significativo en la seguridad y, por tanto, un instrumento al servicio del Derecho que, históricamente, ha arbitrado sistemas de permanencia de los hechos a través del tiempo o prueba. De esta forma, la blockchain se coloca como una de las técnicas más fiables de constatación de las relaciones en el tráfico jurídico digital. Por tanto, la certeza es una de sus características esenciales.

La inmutabilidad de los datos hace que la utilidad de blockchain en el tráfico jurídico digital sea evidente. Puede utilizarse para innumerables actos y negocios jurídicos, pues es una forma de asegurar, de preconstituir la prueba; ya que la información está en la comunidad (muchos testigos) de forma inmutable y transparente no dependiendo de terceros, además de que casi no es hackeable.

Con esta propuesta técnica, se pasa de un sistema basado en la “confianza”, a un sistema mediante el cual se prescinde de prestadores de servicios y terceras partes de confianza a partir de técnicas de seguridad criptográfica. Se pasa de la confianza a la certeza.

En efecto, hoy en día es enorme la cantidad de datos que necesitamos almacenar, algunos con especial relevancia jurídica. Las técnicas informáticas son diversas, desde las más sofisticadas, con la necesaria colaboración de terceros certificadores hasta las más rudimentarias que se podrían resumir en el típico “pantallazo”. En cualquier caso, siempre se está bajo amenaza de hackers o de modificaciones no deseadas y, por tanto, de inseguridad. En blockchain esto no casi imposible, la modificación maliciosa de datos se hace casi inviable gracias a su estructura y concepto.

De esta forma, la información contenida en los bloques, la cual puede de muy diferente índole, como partes (sujetos, emisor y receptor), fecha, cuantía, objeto (tokens), transacciones, etc., no es modificable. ¿Por qué? Para contestar a esta cuestión, es necesario abordar más profundamente la cadena de bloques, los nodos y los prestadores de servicios, además de las reglas de actuación.

2.1. LA CADENA DE BLOQUES

¿Cuál es el contenido de un bloque en blockchain?

- A) El “hash”. Fundamentalmente, un bloque contiene el denominado “hash” o número de identificación del bloque, el cual es único. Igualmente, el bloque tiene el hash del bloque anterior, lo que constituye el eslabón de la cadena. Y así, sucesivamente, se conectan los bloques. El “hash” es una función matemática mediante algoritmos que cifra y resume alfanuméricamente cualquier contenido, ya sea la identidad de los sujetos como los propios bloques de la cadena. Como hemos expuesto, el número hash de cada bloque es único, además, depende de la información que contiene, de tal forma que, si se modifica la información, cambia el hash. Al cambiar el número único no sería

(<https://nakamotoinstitute.org/bitcoin/>).

identificado por el bloque posterior, por lo que se rompería la cadena y ésta se invalidaría en el nodo concreto que ha sido modificado maliciosamente, no en todos los nodos, de ahí la seguridad que proporciona.

- B) El encabezado del bloque. En general, el encabezado contiene la data (Time); el nivel de dificultad de averiguación por parte de los mineros de la función hash del bloque (Difficulty Level); datos técnicos (Technical Data); el Merkle Root; el hash del bloque anterior, lo que hace posible la cadena de bloques; y, por último, el “nonce”².

La característica principal del nonce, desde el punto de vista jurídico, es que es unidireccional (“de ida”), es decir, con la información contenida en el bloque se puede averiguar su función hash, que es pública, pero no al contrario. No se puede averiguar el contenido del bloque desde el resumen. Y este hash del bloque se modifica si alguien, maliciosamente, modificara o manipulara el bloque (prueba de las transacciones). Como quiera que el bloque siguiente contiene el hash del bloque anterior, ambos hashes no coincidirían. Por ello los bloques son inmutables. Además, para mayor seguridad, el nonce debe ser aceptado por otros mineros mediante consenso.

- C) Las transacciones. Son las que se realizan entre cedente y cesionario. Tienen por objeto la transmisión de criptomoneda (su origen), activos digitales (tokens) o cumplir contratos inteligentes. Cada transacción se basa en una dirección que representa una clave pública (identificación digital) y, para poder realizarla, el cedente deberá conocer su clave privada, que usará para firmarla digitalmente, además deberá tener un activo digital (BTC, Ethereum, etc.). Del mismo modo, el cesionario tiene una dirección que representa su clave pública asociada a su clave privada (identificación digital). Del mismo modo, se pueden generar activos digitales *ex novo* (son la recompensa de los mineros y los programadores en los supuestos de bitcoin o la creación digital en el criptoarte, por ejemplo).

Finalmente, cuando se han realizado (n) transacciones dentro del bloque (generalmente unas 2000), éstas se agrupan en un “Árbol de Merkle”³ (árbol hash binario, Merkle Tree) que proporciona un método de simplificación y verificación seguro (prueba) de los contenidos de grandes cadenas de datos.

2.2. LOS NODOS

Los nodos, desde el punto de vista jurídico son prestadores de servicios. Desde un punto de vista técnico, resumidamente, son ordenadores sostenidos por los mineros, conectados a una red blockchain con un software que almacena una copia en tiempo real de toda la cadena de bloques. Cuando un bloque se confirma y se cierra por un minero, se comunica a todos los nodos y se almacena copia en los ordenadores (nodos) de cada uno de ellos. Esta es la grandeza del blockchain ya que el libro contable que representa la cadena de bloques se encuentra en todos y cada uno de los nodos, ¿existe mayor prueba de las transacciones? No, pues reiteramos que cada nodo tiene una copia de los datos, no hay una sola base de datos, ya que está replicada en todos (registro distribuido). De tal manera que si un usuario altera los datos, su base de datos no coincidirá con los del resto de nodos, por lo que quedaría, de igual modo, invalidada y la cadena permanece en el

² El nonce es una función hash que resume el bloque y debe ser averiguada, en competencias por los incentivos, unos con otros, por los mineros a partir de un problema matemático (Proof-of-Work) que no tiene solución y depende de un nivel de dificultad, el cual se determina por un número que corresponde con el número de ceros iniciales en una cadena alfanumérica (e.g., Dificultad: 19, “0000000000000000000a7f06105cae52513ccffedcb017e9fd5458863b3c79e9”). Al no tener solución se realiza mediante pruebas por los mineros.

³ Merkle, R. “A Certified Digital Signature”. *Advances in cryptology - CRYPTO '89*. Proceedings of a conference held at the University of California, Aug. 20-24 (1989), pp. 218-238
(https://www.researchgate.net/publication/221355342_A_Certified_Digital_Signature).

resto inalterable. Como consecuencia de la anterior, la fiabilidad de los datos la proporcionan los propios nodos no dependiendo de terceros, como prestadores de servicios de certificación, web, de correo, de pago, etc.

2.3. LOS MINEROS

Blockchain es utilizado por dos tipos de sujetos: los usuarios que utilizan el servicio y los denominados “mineros” o aquellos que minan transacciones, cierran o crean nuevos bloques. ¿Qué son los mineros? Son sujetos (prestadores de servicios, empresas) con ordenadores dedicados (nodos) de gran poder computacional conectados a una red blockchain, los cuales verifican la realidad de las transacciones que se ejecutan en la red o “acción de minar” (mining, Proof-of-Work); del mismo modo, confirman que un usuario no realice dos transacciones con el mismo objeto (doble transmisión), es decir, que la cesión del derecho subjetivo es única; además de la falsedad de la transacción. También tienen la función de minar los bloques⁴.

En efecto, la razón de éstos últimos es que conforme se realizan transacciones, contratos, etc., la ingente masa de datos debe de ser ubicada en nuevos bloques. Los mineros son los encargados de su creación a partir de técnicas muy complejas. Pero, no basta con su creación, sino que, el nuevo bloque, debe de ser autorizado por el resto de la comunidad (consenso), uniéndose a la cadena.

¿Por qué el interés de los mineros? Los mineros cuando cierran un bloque, dónde se encuentran (n) número de transacciones, obtienen un incentivo o recompensa (en los casos de bitcoins, en esta moneda, por lo que se crean, de esta forma, nuevos bitcoins); además de la comisión por cada una de las transacciones del bloque (transaction fees). Por ello, compiten por conseguir un bloque⁵. Pero, para llegar a esto, es necesario un proceso previo, es el registro de la información, de los datos.

Los mineros, en general, tienen la obligación, en términos informáticos, de ser honestos y se controlan en la propia red por el resto de mineros a través de técnicas criptográficas.

2.4. CONSENSUS Y DESCENTRALIZACIÓN

Los nodos han de seguir las mismas reglas, protocolos, actualizaciones, etc. Los mineros validan las transacciones y los bloques mediante acuerdo entre ellos. Es el denominado “consensus” y se basa en normas propias y en el historial. Las reglas son los parámetros acordados para que una transacción sea válida. El historial es la secuencia de las transacciones del sistema y la actuación de los mineros⁶.

Del mismo modo, fruto del consensus es la descentralización, aunque dicha característica no es sinónimo de “sin estructura⁷”. La red blockchain no tiene titular, dueño, intermediarios, ni gobiernos que la regule. No está jerarquizada en las típicas relaciones informáticas cliente-servidor,

⁴ En ocasiones, dada que su participación depende de la capacidad de computación, se unen con otros mineros creando una cooperativa de minería (pool), para así aunar más capacidad computacional.

⁵ Se ha de exponer que el incentivo por cierre de cada bloque se va reduciendo progresivamente con el tiempo, de esta forma, en el caso de bitcoins, el aumento de estos es cada vez menor, fenómeno que se conoce como “halving”; de esta manera, el valor del bitcoin debe aumentar para que sea rentable el minado.

⁶ Si no es así, pueden producirse problemas de consenso. Son:

- Bifurcación dura (Hard Fork). Cuando hay un cambio de reglas y no hay consensus, la cadena de bloques se divide.

- Bifurcación blanda Soft fork. Es una falta de consenso de carácter temporal causada por algunos nodos que no siguen las reglas.

⁷ Raina S. *et al.* “Blockchain Development and Fiduciary Duty”. *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, Vol. 2, N° 2 (2019).

sino que la red es distribuida ya que todos los nodos actúan en plano de igualdad y están conectados unos con otros (pares iguales, Peer to Peer).

3. LOS CONTRATOS INTELIGENTES

Fue Szabo, quien en 1995 habló por primera vez del concepto de contrato inteligente y lo definió como: “Un conjunto de promesas, incluyendo protocolos dentro de los cuales las partes cumplen con las otras promesas. Los protocolos suelen ser implementados con programas en una red de computadoras, o en otras formas de electrónica digital, por lo que estos contratos son ‘más inteligentes’ que sus antecesores en papel. No se implica el uso de inteligencia artificial⁸”. En la visión de Szabo, el contrato inteligente se configura como un instrumento técnico de formalizar las relaciones jurídicas a través de redes informáticas, sin que ello implique el uso de la inteligencia artificial. La idea es que muchas de las cláusulas contractuales pueden integrarse en un hardware y software concreto, de tal manera que se facilitan los remedios frente al incumplimiento o, como dice el autor, el incumplimiento del contrato resulte costoso⁹.

En nuestra opinión, los conceptos de contratos inteligentes que se han expuesto a lo largo del tiempo describen lo que hace un programa informático o más bien las líneas sucesivas de código, que se basan en acciones y eventos ante estímulos o sucesos, con la particularidad de su almacenamiento. En general, se trata de una denominación común de las cadenas de programación (generalmente, en lenguaje Solidity) que se contienen en diversas plataformas, como Ethereum (la más importante), a las que los programadores le han denominado así. Es más, dichas plataformas, sobre la base del blockchain, realizarán en un futuro muchos más trabajos o acciones que contratos.

En definitiva, con el término «smart contracts» se designan aquellas cadenas de código de programación que ejecutan los propios pactos o prestaciones del contrato de forma automática, sin la intervención de posterior consentimiento o actividad por ninguna de las partes. El contrato legal inteligente se configura como un instrumento técnico de formalizar las relaciones jurídicas a través de redes descentralizadas (DLT). Pero, de todas las ideas innovadoras que aportó Szabo, hemos de detenernos en aquella que nos dice que los contratos inteligentes no usan la inteligencia artificial, aunque son “más inteligentes” que el contrato tradicional. En este sentido, en nuestra opinión, los contratos inteligentes utilizan la programación informática para automatizar la ejecución de un contrato y aportar mecanismos de solución proactivos, pero nada más. Por ello, tendríamos que cuestionarnos el mismo concepto de “smart contracts”, más bien, deberíamos hablar de “criptocontratos”, por que, como software, utilizan técnicas criptográficas. No obstante, en la actualidad existen proyectos que desarrollan el uso de la inteligencia artificial en las transacciones electrónicas. Por ello, incidimos en la idea que, dado que la aplicación de técnicas criptográficas es su fundamento, sería más conveniente de hablar de criptocontratos, pues la autoejecución no es la propiedad esencial que los distingue.

En este sentido, podemos definir los criptocontratos o contratos legales inteligentes como aquellos contratos que, mediante técnicas criptográficas e interpretados en código informático, determinan las partes, autoejecutan las obligaciones, crean derechos, tokenizan o simbolizan cosas,

⁸ Szabo, N. “Smart contracts glossary” (1995). En <https://nakamotoinstitute.org/smart-contracts-glossary/> (Consultado el 8 de abril de 2020).

⁹ Szabo, N. “Formalizing and Securing Relationships on Public Networks”. *First Monday, Peer-reviewed journals on the Internet*, Vol. 2-9, 1997. <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/548/469> (Consultado el 12 de enero de 2020).

derechos y obligaciones, tanto de la realidad exterior como digitales, y se registran de forma segura en redes de registro distribuido.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de contratos digitales de adhesión destinados a la contratación en masa cuyos pactos o cláusulas generales son impuestas por un tercero, ajeno a la relación contractual entre las partes.

Respecto a las clases de contratos inteligentes, debemos proponer una readaptación de la tradicional teoría del contrato a las teorías de la computación.

En este sentido, en la teoría general de la contratación, los contratos onerosos en función de la determinación de las prestaciones se clasifican en conmutativos y aleatorios. Los contratos conmutativos, son aquellos en que las prestaciones están determinadas, de tal forma, que las obligaciones, en la fase de creación o perfección y cumplimiento o ejecución, coinciden. Por su parte, los contratos aleatorios, la determinación de las prestaciones en la ejecución depende de un hecho posterior —incierto— a la propia creación o perfección del contrato.

La distinción de unos y otros es muy importante para la codificación y programación de los contratos inteligentes y, por tanto, para su propia evolución técnica en el tiempo. Por tanto, en función de la determinación de las prestaciones, los contratos inteligentes pueden clasificarse en deterministas o probabilísticos.

3.1. SMART CONTRACTS DETERMINISTAS

Los contratos conmutativos pueden explicarse a partir del modelo matemático denominado “determinista”, aplicado, entre otros, al mundo de la economía de la empresa, según el cual, las mismas entradas o condiciones iniciales producen, sin variación, las mismas salidas y resultados; sin existencia de incertidumbre o azar.

A su vez, el modelo determinista puede ser simple, complejo o hipercomplejo:

- El modelo determinista puede ser simple. Si se aplica a los contratos, nos podemos referir a la prestación periódica del pago de un préstamo (desde el inicio se fijaron y son conocidas las prestaciones dinerarias a plazo).

- El modelo determinista complejo parte del conocimiento del resultado, pero con la interacción de elementos o hechos que, por el conocimiento que se tiene de ellos, pueden determinarse. En este caso, podríamos hablar del contrato de préstamo hipotecario. En el ejemplo, el contrato está determinado en cuanto a sus prestaciones, pero existen toda una serie de hechos que pueden variar las obligaciones, como el índice que modifica el interés variable sometido a la decisión de un órgano externo a la propia relación contractual. Las prestaciones periódicas son conocidas a partir de la experiencia y conocimiento de las fluctuaciones posibles de dicho índice.

- Del mismo modo, existen los modelos deterministas hipercomplejos. Los matemáticos hablan del universo como modelo hipercomplejo. En el ámbito jurídico, nos podríamos referir a un simple contrato de servicios de un abogado para entablar una acción ante los tribunales.

En este caso, la prestación de servicios por parte del abogado está determinada: entrevista, negociación, demanda, juicio oral, recursos, etc. Es verdad que es una obligación de medios y no de resultado, pues el abogado no puede comprometerse a “ganar” el juicio. Pero, en la propia obligación de medios, puede actuarse de muy diferentes maneras: ¿Cuántas entrevistas con el cliente? ¿cuántos folios de demanda? ¿cuántas horas de estudio, o normativa y jurisprudencia a citar? ¿cuánto tiempo de preparación del juicio?, ¿cómo se interpretará el Derecho?, etc. Además, existen otros factores que condicionan la obligación de medios, como son la actuación del procurador, el

sistema judicial, la actuación en juicio, interpretación jurídica y decisiones del juez y, en su caso, el fiscal, la actitud del cliente, etc.

El modelo determinista se predica, desde el punto de vista del código informático, en la red blockchain cuyo objeto es el intercambio de criptomonedas o tokens pues, los nodos por igual, deben de predecir ciertamente el resultado a partir de las funciones que modifican estados. Es por lo que se rechazan, en la propia cadena de bloques (on-chain), los contratos inteligentes aleatorios¹⁰.

Pero ello no obsta para que la incertidumbre se determine en fuentes externas a través de oráculos (off-chain), o terceros, prestadores de servicios, necesarios para el cumplimiento.

3.2. SMART CONTRACTS PROBABILÍSTICOS

Por su parte, los modelos denominados “estocásticos” o probabilísticos, existe algún hecho que no se conoce por lo que no se puede anticipar el resultado.

El modelo probabilístico puede ser simple, complejo o hipercomplejo:

- El modelo probabilístico simple. En este caso, podríamos referirnos a los contratos de juego y apuesta. La prestación se determinará a partir de un hecho futuro pero cierto. Existe incertidumbre temporal, pero en un entorno controlado.

- El modelo probabilístico complejo. Nos podemos referir, por ejemplo, a un contrato de suministro entre empresas, el cual, la determinación de las prestaciones está prefijadas, pero su determinación última dependerán de muchos factores, como el precio de mercado, abastecimiento, transporte, impuestos directos, decisiones gubernamentales, etc. En este caso, el espacio muestral es más amplio, pues existen diferentes resultados posibles.

- Los modelos probabilísticos hipercomplejos se relacionan con el cerebro humano, con la inteligencia. La determinación es muy ardua y concreta a partir del conocimiento previo, experiencia y numerosos estímulos del medio. Se nos ocurre la prestación de servicios que realiza un controlador aéreo. Existen modelos de contratos probabilísticos en la propia blockchain. Así, Chatterjee *et al.*, presentan enfoques aleatorios a partir de la teoría de juegos¹¹.

4. EL OBJETO DEL CONTRATO INTELIGENTE: LOS TOKENS

El objeto de todo contrato inteligente es el intercambio de bienes y derechos, y los servicios. Como en general, el objeto de todo derecho subjetivo son las cosas y las conductas.

Por “cosa” dice Díez-Picazo, “se suele entender toda realidad del mundo exterior que posee una existencia material”; si bien, también existen “aquellas realidades, que, careciendo de existencia corporal y siendo producto o creación intelectual del espíritu humano, el ordenamiento jurídico valora como posible objeto de derechos subjetivos¹²”.

¹⁰ Vogelsteller, F., Buterin V. "Ethereum whitepaper". *Ethereum Foundation*, 2014; Chatterjee, K. *et al.* "Probabilistic smart contracts: Secure randomness on the blockchain". *1st IEEE International Conference on Blockchain and Cryptocurrency*, ICBC 2019, South Korea, 14 May 2019. DOI: 10.1109/BLOC.2019.8751326.

¹¹ Chatterjee, K. *et al.* "Probabilistic smart contracts: Secure randomness on the blockchain". *Loc. cit.*, DOI: 10.1109/BLOC.2019.8751326.

¹² Díez-Picazo, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. III, 5ª Ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 184 y 186.

Pero, la tradicional distinción entre bienes muebles e inmuebles, basada fundamentalmente en la movilidad material de la cosa ha de superarse en la realidad actual. Hoy es más preciso centrarse en el concepto de “tangibilidad” de las cosas o posibilidad o no de apropiación. Pues la clasificación de los bienes muebles e inmuebles ha de referirse a las cosas materiales.

En general, la propia existencia de cosas inmateriales que, con el tiempo, han adquirido una importancia vital en la sociedad digital actual y sobre todo en el Internet del valor, hace necesario un replanteamiento de la propia clasificación de las cosas como objeto de las relaciones jurídicas. Las cosas incorpóreas o derechos son intangibles, inmateriales, y se configuran como susceptibles de apropiación; al igual que las cosas tangibles¹³. De entre las cosas inmateriales, a partir de las tecnologías de la información y de las comunicaciones surgieron los bienes digitales; o aquellos producidos y suministrados en formato digital¹⁴.

Por otra parte, en el ámbito digital, hay que distinguir entre datos¹⁵, código y servicios. Solo aquellos datos y servicios que representan derechos u obligaciones son el verdadero objeto de los derechos subjetivos digitales. Lo “digital” es la expresión de la realidad en valores numéricos discretos, unos y ceros (forma binaria o bits). En este sentido, los datos digitales son bienes intangibles, abstractos; y expresan la realidad a partir del procesamiento o tratamiento automático de información utilizando sistemas computacionales.

En cuanto a los servicios, de acuerdo con el artículo 2.7 de la Directiva (UE) 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, es “servicio digital”:

- a) Un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital.

- b) O un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos.

Pero los bienes y servicios digitales no son, en exclusiva, el objeto mediato de los contratos inteligentes, sino que son, en general, toda clase de bienes, incluidos los tangibles, muebles e inmuebles; además de las prestaciones de dar, hacer y no hacer.

Es por lo que, tanto por razones técnicas como jurídicas, se hace necesario la representación de todas las clases de bienes y derechos, así como las obligaciones, en su forma digital. El resultado son los activos digitales y su proceso técnico: la tokenización o simbolización del derecho subjetivo.

¹³ El jurisconsulto Gayo distinguió entre cosas corporales o aquellas que por su naturaleza pueden tocarse (*corporales eae sunt quae sui natura tangi possunt*); e incorpóreas, las cuales consisten en un derecho (*quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae*). GAIUS, libro II.1-2, *institutionum*; D. I.8.1.1. GAIUS, libro II.1-2, *institutionum*; D. I.8.1.1.

¹⁴ Artículo 2.6 Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) N° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. Según el cual: son bienes digitales aquellos datos producidos y suministrados en formato digital. Así se dispone también en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, Considerando 11.

Así se dispone también en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, Considerando 11.

¹⁵ Artículo 2.2.b) DCSD, “(...) datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios (...)”.

5. LA SIMBOLIZACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS: LA TOKENIZACIÓN DE LAS COSAS Y LOS SERVICIOS

Como hemos expuesto, sobre la base de los bienes materiales e inmateriales y los servicios se ha de construir, a modo de escalón superior, su representación en el tráfico jurídico digital, en torno a blockchain, como objeto del contrato inteligente.

De ahí, surge un concepto: el token; y la acción o proceso de transformación de las cosas en tokens: tokenización o simbolización (token modelling). Esto produce fundamentalmente el efecto de accesibilidad y la acreditación, en caso de conflicto, de la titularidad jurídica del derecho a partir de la constatación en la cadena de bloques.

Un “token” es una “utilidad”, un activo (digital assets). Es la representación digital de los bienes corporales, muebles e inmuebles, o incorporeales como los derechos o los créditos y las conductas; y su proceso se denomina “tokenización”. Se configuran como la solución técnica digital (criptográfica) de intercambio de bienes y prestación de servicios en las tecnologías de bases de datos distribuidas, pues traen causa de un contrato inteligente. Como hemos expuesto, el proceso de tokenización parte de técnicas criptográficas que dotan al token de las características propias de los bienes materiales o inmateriales, así como los derechos de crédito, objeto del tráfico jurídico, en definitiva, su creación se corresponde con un contrato inteligente.

En general, los tokens se encuentran en la cadena de bloques de forma nativa (native tokens), como las criptomonedas; o por encima de ésta, a nivel de aplicación (application tokens), en este caso, los tokens operan en la cadena siempre que se asignen primero a un contrato inteligente. Como consecuencia, éstos pueden ser individualizados a través de los balances personales o mediante la identificación única cuando se traten de no fungibles (NFT). En definitiva, “puedo llevar mis tokens (derechos subjetivos) en mi bolsillo” (wallet).

Dicho proceso puede resumirse en esta sentencia referida al criptoarte: “Los tokens son los criptoactivos nativos de una aplicación blockchain. Están impulsados por contratos inteligentes (acuerdos financieros basados en códigos) que están programados en Ethereum. Cuando un artista tokeniza, está convirtiendo su propiedad intelectual en un activo financiero, por lo que la ficha de un artista refleja el valor de su producción creativa¹⁶”.

Pero, ¿qué relación tienen los tokens con las criptomonedas? A diferencia de las criptomonedas, que son una unidad de valor, los tokens representan cualquier bien, derecho u obligación, además de ser también una unidad de valor. En definitiva, solo la obligación pecuniaria se realiza con criptomonedas.

6. BLOCKCHAIN Y LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO

Para la transmisión del derecho subjetivo, se parte de la transferencia de una “criptomoneda” o token como una cadena de firmas digitales. De tal forma que la criptomoneda (fungible) o token (no fungible) pasa de un propietario a otro mediante el sistema de clave pública y privada, cifrado (hash) y verificación de firmas. Pero este sistema tiene un problema, el propietario de la criptomoneda o token puede haberla transmitido (n) veces, por lo que es necesario la existencia de una autoridad monetaria confiable (MINT) que verifique que la doble (como mínimo) transacción

¹⁶ EEUU. Sentence 9.07.2018, Court: United States District Courts, 9th Circuit, Southern District of California.

no se produzca. En definitiva, dependemos de la centralización que se produce en la entidad de dinero electrónico.

Para solucionar dicho problema, es necesario conocer públicamente todas las transacciones anteriores (historial) para saber si el cedente es el verdadero propietario del token; todo ello, en una agrupación de usuarios y nodos, los cuales acuerden (consenso) que la transacción se hace por el cedente es por una única vez, asegurándose el cesionario que el token se le traspasa desde el verdadero titular. Del mismo modo, es necesario establecer un “sellado de tiempos” (timestamp) que asegure la fecha en que la transacción se efectúa por aquello de “*prior tempore, potior in iure*”. Dicha marca de tiempo es una función de cifrado segura (hash) que contiene la marca anterior de tiempo y, así, sucesivamente, formando una cadena.

De esta forma, se configura una red que deberá seguir los siguientes pasos (reglas del blockchain):

A) Los bloques, los cuales contienen las transacciones se transmiten a todos los nodos cuando el minero resuelve el nonce.

B) Los nodos aceptan el bloque minado si todas las transacciones son válidas.

C) Los nodos comparan el hash del bloque minado con el hash del anterior bloque.

D) La primera transacción es especial, pues se emite “*ex novo*” por primera vez la criptomoneda o el token.

E) Los usuarios deben registrarse creando así el denominado “monedero” (wallet). Ellos pueden solicitar o enviar dinero o ejecutar un contrato que se contiene en líneas de código.

F) La transacción es iniciada, pero, mientras no es minada, se encuentra en la fase de “unspent output transaction” (UTXO); y se anota en el “mempool”, es decir, un espacio de almacenamiento temporal mientras la transacción es procesada por los mineros. Cuantas más transacciones se realicen en la red, mayor será el tiempo de proceso por parte de los mineros.

Respecto de los usuarios, como hemos expuesto, el primer paso es asegurar que la persona cedente es el verdadero titular del activo. Para ello se requiere de una firma digital del usuario a partir de la clave privada asociada a una clave pública¹⁷. La clave privada solo es conocida por su titular y se utiliza para la firma de la transacción, y el resto de los usuarios puede verificar la identidad y titularidad a partir de la clave pública. Por tanto, cada transacción tiene una firma digital distinta. Todas, excepto la primera que se produce en un bloque (coinbase transaction), tienen entradas (inputs) y salidas (outputs).

¿Qué condiciones debe tener un usuario para realizar una transacción?

A) Lista de inputs necesarios:

- Acceso mediante clave privada.

- La suma en criptomoneda de mis inputs es superior a los de mis outputs. Por tanto, puedo enviar valor. En caso contrario, los nodos no aceptarían la transacción.

- Se ha de referenciar de dónde procede este activo, ya que todas las transacciones son públicas, es decir, el propietario anterior mediante su clave pública.

B) Lista de outputs necesarios:

¹⁷ Ejemplo de clave pública extendida:
“xpub6CCQBjujFFz1Z6uhhu27xs2DVKZvK1sAT2E9TtAbMsV7qzxvbDgMNI9a3cTaZCTe2UXs1FMfEzPQ4msE7D34Lf2AaQWRBTd2yFVYohuJXs4”.

- El cesionario debe cumplir con ciertas condiciones para recibir el activo monetario. Por tanto, debe de ser titular de una clave pública conocida por el cedente que, a su vez, está asociada a una privada del cesionario.

- El input tiene que ser mayor que el output y se transfiere por entero; y su diferencia, parte se considera “transaction fees” y es la compensación económica para los mineros, y otra parte, se reenvía a la public key del cedente de nuevo o a otra pública key que este quiera.

Cada transacción (contrato) tiene un nombre (ID), que es un mensaje y se representa mediante un hash (resumen criptográfico, generalmente: SHA256) de dicho mensaje.

La transacción, por último, debe ser verificada y confirmada por los mineros en el menor tiempo posible (de ello depende el incentivo).

Pero, para una descripción más minuciosa del sistema, hemos de referirnos a las clases de tokens, los estándares tokens. Al delimitar las clases de tokens es necesario partir de la tradicional distinción de las cosas en fungibles y no fungibles.

Los tokens fungibles son aquellos que pueden ser sustituidos unos por otros, como las criptomonedas. No fungibles son aquellos que, por su naturaleza, no pueden ser sustituidos, pues representan cosas y derechos únicos, además de obligaciones *intuitu personae*. Pueden ser activos físicos, como toda clase de bienes muebles e inmuebles; activos o bienes digitales; y activos de obligación (derechos de crédito).

Desde el punto de vista técnico, para el correcto funcionamiento del sistema, se hace necesario el acuerdo o consenso de todos sobre qué clase de tokens deben existir. Por ello, surgen los estándares tokens o propuestas consensuadas por la comunidad de usuarios, programadores, empresas, etc., a modo de *traditio* simbólica por consensus.

En general, existen dos tipos de tokens: los “utility tokens” y “security tokens”. Los utility tokens son aquellos que, cuya posesión, da derecho a un bien o servicio. Por su parte, los security tokens son aquellos que representan la propiedad de un bien o derecho. Si bien, entre los estándares tokens o protocolos consensuados se encuentran varios asentados y otros que se están desarrollando. Lo importante es que, como forman parte de la programación, se ha de conocer sus funciones en el entorno de los smart contracts.

Desde el punto de vista jurídico, toma bastante importancia la distinción entre tokens fungibles y no fungibles.

6.1. TOKENS FUNGIBLES (ERC-20)

Los tokens fungibles (ERC-20) representan cosas fungibles, es decir, aquellos bienes y derechos que pueden sustituirse unos por otros y se caracterizan por ser divisibles en cuanto a su valor. En general, se crearon para el mercado de las criptomonedas y otros negocios como la financiación de las empresas mediante creación de tokens (ICOS, initial coin offering). La creación (mint) y su extinción (burn) se produce a través de un contrato inteligente, por lo que operan encima de la blockchain, con una serie de especificaciones¹⁸.

¹⁸ Por todo, <https://github.com/ethereum/EIPs/blob/master/EIPS/eip-20.md>. En cuanto a sus especificaciones:

- Método Name. Nombre del token [function name() public view returns (string)].
- Método Symbol. Símbolo del token [function symbol() public view returns (string)].
- Método Decimals. Número de decimales, si se utilizan [function decimals() public view returns (uint8)].
- Método TotalSupply. Número total de tokens que existen [function totalSupply() public view returns (uint256)].
- Método BalanceOf. Saldo de la cuenta del propietario, es decir, tokens en propiedad de un sujeto [function balanceOf(address _owner) public view returns (uint256 balance)].

Sobre la base de la cadena de bloques, el sistema se fundamenta básicamente en el almacenamiento de direcciones (sujetos de derecho, titulares de cuenta) y balance de saldos en blockchain. Generalmente, el proceso de transferencia entre cedente y cesionario se realiza de la siguiente forma:

- Consulta de balance actual de tokens (balanceOf), es decir, número de total de tokens disponibles (totalSupply), del cedente.
- Transferencia de tokens (Transfer) a otro titular, cesionario —dirección Ethereum— (transferFrom).
- Aprobación del uso de tokens (Approval).
- El token se guarda en el balance del cesionario (wallet).

Este es el estándar actual, si bien, ya existen mejoras sobre el mismo, como el token ERC-223 o ERC-777. O el ERC-948 para los servicios de suscripción.

6.2. TOKENS NO FUNGIBLES (NFTs, Non Fungible Tokens, ERC-721, ERC-1155)

Pueden ser objeto mediato de los contratos inteligentes bienes no fungibles, ya sean muebles o inmuebles, así como los derechos subjetivos; y las obligaciones (“Negative value” assets). Su tokenización se produce mediante el token estándar ERC-721 y más modernamente el ERC-1155. También existe, el ERC-989, el cual permite que un token pueda ser titular a su vez de otro token a modo de “child tokens” o “parent tokens” respectivamente; o el ERC-994 diseñado para el registro de bienes inmuebles.

Hoy en día, se está generalizando el uso del token ERC-1155. Este se nos presenta, en nuestra opinión, como fundamental desde el punto de vista jurídico, pues es capaz de aglutinar la utilidad de un token fungible y no fungible a la vez, es decir, es capaz de simbolizar varios derechos u obligaciones de diferente naturaleza. Su importancia se verá en un futuro próximo, pero sin duda, es el germen del desarrollo efectivo de los contratos inteligentes a toda clase de contratos tradicionales y de desarrollo digital de la libertad contractual.

Nos interesa desarrollar el funcionamiento de un contrato inteligente referido a un token no fungible (ERC-721), para comprender la transmisión de los derechos subjetivos¹⁹.

La mayoría de las operaciones se relacionan con la verificación de la realidad del token y de la titularidad mediante la comprobación de la dirección (ownerOf) u otra dirección autorizada (takeOwnership).

A) Operaciones relativas a la verificación del titular y del token:

-
- Método Transfer. Transferencia del token al cesionario [function transfer(address _to, uint256 _value) public returns (bool success)].
 - Método TransferFrom. Transferencia del token desde el cedente [function transferFrom(address _from, address _to, uint256 _value) public returns (bool success)].
 - Método Approve. Se permite la transferencia al cesionario [function approve(address _spender, uint256 _value) public returns (bool success)].
 - Método Allowance. Nos informa sobre la cantidad de tokens que pueden transferirse [function allowance(address _owner, address _spender) public view returns (uint256 remaining)].
 - Evento Transfer. Se activa cuando se transfieren los tokens [event Transfer(address indexed _from, address indexed _to, uint256 _value)].
 - Evento Approval. Aprobación de la transferencia [event Approval(address indexed _owner, address indexed _spender, uint256 _value)].

¹⁹ Todo el código de programación en el lenguaje solidity, es tomado del repositorio <https://github.com/>.

- Cada token no fungible se identifica con un ID único no modificable (uint256) (e.g., 0x150b7a02²⁰).

- Asignación del token a un titular, es decir, a una dirección de Ethereum²¹.

- Verificación de la titularidad del token (dirección aprobada²²).

- Verificación del ID único del token a la titularidad asignada²³.

- Verificación de la aprobación del operador²⁴.

B) Operaciones relativas al contrato:

- Comprobación de saldo del titular cedente²⁵.

- Y retorno del identificador único del token y de la dirección (titularidad del propietario²⁶).

- Aprobación de la dirección del cesionario para transferencia del ID único del token²⁷.

- El sistema devuelve la dirección aprobada (titularidad del cesionario) para un token único²⁸.

- Aprobación o no de la transacción por el operador, el cual transfiere el token²⁹.

- Aprobación del operador por el propietario³⁰.

B) Operaciones relativas al cumplimiento del contrato.

El cumplimiento del contrato se realiza mediante la transferencia del token con ID único, esta puede realizarse a otro titular o a un contrato inteligente, el cual formará su objeto.

- Transferencia del token. Partes (address from, address to) y objeto (uint256 tokenId³¹).

- Si bien, la transferencia habrá de realizarse de forma segura, tanto a un nuevo titular como a otro contrato inteligente³².

²⁰ bytes4 private constant _ERC721_RECEIVED = 0x150b7a02;

²¹ mapping (uint256 => address) private _tokenOwner

²² mapping (uint256 => address) private _tokenApprovals

²³ mapping (address => Counters.Counter) private _ownedTokensCount

²⁴ mapping (address => mapping (address => bool)) private _operatorApprovals

²⁵ function balanceOf(address owner) public view returns (uint256)
 require(owner != address(0), "ERC721: balance query for the zero address")
 return _ownedTokensCount[owner].current

²⁶ function ownerOf(uint256 tokenId) public view returns (address)
 address owner = _tokenOwner[tokenId]
 require(owner != address(0), "ERC721: owner query for nonexistent token")
 return owner

²⁷ function approve(address to, uint256 tokenId) public
 address owner = ownerOf(tokenId)
 require(to != owner, "ERC721: approval to current owner")
 require(_msgSender() == owner || isApprovedForAll(owner, _msgSender),
 "ERC721: approve caller is not owner nor approved for all")
 _tokenApprovals[tokenId] = to
 emit Approval(owner, to, tokenId)

²⁸ function getApproved(uint256 tokenId) public view returns (address)
 require(_exists(tokenId), "ERC721: approved query for nonexistent token")
 return _tokenApprovals[tokenId]

²⁹ function setApprovalForAll(address to, bool approved) public
 require(to != _msgSender(), "ERC721: approve to caller")
 _operatorApprovals[_msgSender()][to] = approved
 emit ApprovalForAll(_msgSender(), to, approved)

³⁰ function isApprovedForAll(address owner, address operator) public view returns (bool)
 return _operatorApprovals[owner][operator]

³¹ function transferFrom(address from, address to, uint256 tokenId) public
 //solhint-disable-next-line max-line-length
 require(_isApprovedOrOwner(_msgSender(), tokenId), "ERC721: transfer caller is not owner nor approved")
 _transferFrom(from, to, tokenId)

³² function safeTransferFrom(address from, address to, uint256 tokenId) public

- Verificación de la realidad y existencia del token³³.
- Verificación de que el titular puede transferir el token³⁴.

C) Proceso de transferencia con creación de un nuevo token:

Se crea un nuevo token y se verifica que no exista con anterioridad. El destino puede ser otra dirección (sujeto) o un contrato inteligente³⁵.

7. CERTEZA Y SIMBOLIZACIÓN

A lo largo de esta investigación hemos tratado de describir la tecnología blockchain aplicada al Derecho privado. Si bien, es nuestra intención mostrar que, más allá de lo anecdótico que puede suponer la auto-ejecución de las prestaciones en la Red, desde el punto de vista jurídico, supone un avance que puede desembocar en disrupción jurídica, como ya se habla, respecto de las técnicas computacionales, de disrupción tecnológica.

Las técnicas criptográficas dan certeza a las transacciones y producen el efecto que, en la Historia, desde la Baja Edad Media ha supuesto la institución notarial y el sistema de registros públicos, además de la documentación privada de las relaciones jurídicas. Blockchain es una tecnología que manifiesta, si no más, la certeza y, por tanto, la confianza y seguridad.

Pero, en nuestra opinión, lo más importante es que es una tecnología que puede simbolizar las relaciones jurídicas, desarrollar una realidad digital paralela a la realidad, al tráfico jurídico tradicional; pues sujetos de derecho, bienes, derechos y obligaciones son representados. Esta es la verdadera esencia para el Derecho.

Si a ello se le une la inteligencia artificial, la neurociencia teórica, la realidad virtual, la computación en la nube, etc., tenemos los ingredientes esenciales para el nacimiento de proyectos como “metaverso”. Aún es pronto para ver los resultados de la aplicación de esta realidad paralela digital, pero no se tardará mucho en que se hable de un cambio de paradigma jurídico.

```

    safeTransferFrom(from, to, tokenId, "")
function safeTransferFrom(address from, address to, uint256 tokenId, bytes memory _data) public
    require(_isApprovedOrOwner(_msgSender(), tokenId), "ERC721: transfer caller is not owner nor approved")
    _safeTransferFrom(from, to, tokenId, _data);
function _safeTransferFrom(address from, address to, uint256 tokenId, bytes memory _data) internal
    _transferFrom(from, to, tokenId);
    require(_checkOnERC721Received(from, to, tokenId, _data), "ERC721: transfer to non ERC721Receiver
implementer")
33 function _exists(uint256 tokenId) internal view returns (bool)
    address owner = _tokenOwner[tokenId]
    return owner != address(0)
34 function _isApprovedOrOwner(address spender, uint256 tokenId) internal view returns (bool)
    require(_exists(tokenId), "ERC721: operator query for nonexistent token")
    address owner = ownerOf(tokenId)
    return (spender == owner || getApproved(tokenId) == spender || isApprovedForAll(owner, spender))
35 function _safeMint(address to, uint256 tokenId, bytes memory _data) internal
    _mint(to, tokenId)
    require(_checkOnERC721Received(address(0), to, tokenId, _data), "ERC721: transfer to non ERC721Receiver
implementer")
function _mint(address to, uint256 tokenId) internal
    require(to != address(0), "ERC721: mint to the zero address")
    require(!_exists(tokenId), "ERC721: token already minted")
    _tokenOwner[tokenId] = to;
    _ownedTokensCount[to].increment
    emit Transfer(address(0), to, tokenId)

```

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA

Teresa López Tur
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

Fecha de recepción: 15 de octubre 2021
Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2021

RESUMEN: Se analiza la jurisprudencia sobre la atribución de la guarda y custodia de animales de compañía en los casos de cese de la convivencia antes de la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de Diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales y los recientes cambios que se han producido en nuestro ordenamiento jurídico tras ella, abordando posibles problemas que plantea la reforma.

ABSTRACT: The jurisprudence on the attribution of the guardianship and custody of companion animals (pets) is analyzed in cases of cessation of cohabitation before the entry into force of Law 17/2021, of December 15, modifying the Civil Code, the Law Mortgage and the Civil Procedure Law, on the legal regime of animals and the recent changes that have occurred in our legal system after it, addressing possible problems posed by the reform.

PALABRAS CLAVE: animales de compañía, guarda y custodia, familia.

KEYWORDS: pets, guardianship and custody, family.

SUMARIO: 1. Consideraciones generales 2. La anterior regulación en el Código Civil. Los animales de compañía como semovientes 2.1 Régimen Jurídico de los animales de compañía. 2.2. Régimen de propiedad y copropiedad de los animales de compañía. Las acciones ejercitadas por los propietarios 2.3. El presupuesto de la copropiedad para la atribución de la guarda y custodia de los animales de compañía según la jurisprudencia más reciente. 2.4. Inclusión de los animales de compañía en convenios reguladores en caso de separación o divorcio. 2.5. Estado de la cuestión: La situación de la guarda y custodia de los animales de compañía antes de la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de Diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley De Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. 3. La Ley 17/2021, De 15 De Diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley De Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Breve análisis de la reforma. La guarda y custodia de animales de compañía tras la reforma. 3.1 Modificación respecto de la calificación jurídica de los animales.3.2 Modificación de la Ley Hipotecaria y la Ley De Enjuiciamiento Civil. 3.3. Modificaciones en el ámbito de la separación y divorcio. 3.4 La guarda y custodia de los animales de compañía. 4. Otros problemas de la Ley 17/2021, De 15 De Diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley De Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los

animales. 4.1 La ausencia del concepto de “Animal de Compañía”. 4.2 Diversidad de procedimientos. 4.3 Carácter inembargable de los animales de compañía. 5. Conclusiones 6. Bibliografía 7. Jurisprudencia.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Recientemente nuestro país han proliferado noticias y titulares en los que se hace referencia a la guarda y custodia de los animales de compañía. En el año 2019, el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid¹ admitió por primera vez la posibilidad de establecer una guarda y custodia compartida en el caso de separación conyugal y desde entonces, se han venido sucediendo sentencias en las que se discutía sobre esta posibilidad cuando se ponía fin a la vida en común de la pareja.

Sin embargo, ¿Podíamos hablar realmente de un régimen de guarda y custodia con el régimen jurídico que contemplaba nuestro ordenamiento jurídico de los animales de compañía? ¿O realmente los medios acuñaron el término de la “guarda y custodia” cuando los juzgados en realidad razonaban jurídicamente de otra manera?

Pues bien, efectivamente, la anterior regulación de los animales de compañía en nuestro Código Civil hacía totalmente imposible la posibilidad de establecer una guarda y custodia de los mismos. Y es que, ¿Acaso era posible establecer la guarda y custodia de los animales cuando estos estaban considerados a todos los efectos como bienes muebles en nuestro Código Civil? La respuesta no puede ser más que negativa.

Pero el panorama se ha visto alterado con la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de Diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales² (en adelante la Ley 17/2021), especialmente por la modificación del art. 333 del Cc y la inclusión de un nuevo artículo 333 bis. Que ha dejado de considerar a los animales como semovientes para calificarlos como seres vivos dotados de especial sensibilidad.

En el presente trabajo analizaremos la problemática que se genera respecto de los animales de compañía en caso de separación o divorcio de una pareja, y los cambios que se van a plantear en este sentido con la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de Diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

Para ello, comenzaremos analizando el régimen jurídico de los animales de compañía en la anterior regulación del Código Civil, así como la jurisprudencia que abordaba la cuestión del “régimen de custodia de los animales de compañía”, y, posteriormente, estudiaremos la reforma introducida por la Ley 17/2021, comprobando cuáles son los cambios que efectivamente se producen con su entrada en vigor sobre la guarda y custodia.

¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº9 de Valladolid, núm. 88/2019 de 27 de Mayo (ECLI:ES:JPI:2019:88).

² Desde el año 2017 se han venido sucediendo diversas propuestas de Ley planteadas por grupos parlamentarios diferentes para reformar el estatuto jurídico de los animales. Ha sido sin embargo, el pasado jueves 16 de diciembre de 2021 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la citada Ley. Cuando se inició el presente trabajo, La Ley 17/2021, de 15 de Diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales era un Anteproyecto de Ley que se encontraba en tramitación parlamentaria. El objeto inicial de este trabajo era analizar el régimen anterior a la reforma y plantear los posibles problema del anteproyecto, en caso de que este, finalmente, se aprobara. La reciente entrada en vigor de la Ley, ha modificado la finalidad de este artículo, en el que si bien seguiremos analizando la regulación anterior por considerar necesario tener claros ciertos aspectos que podrían seguir aplicándose a pesar de la reforma, nos centraremos también en las nuevas previsiones de nuestro Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, y los problemas que plantean.

2. LA ANTERIOR REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA COMO SEMOVIENTES

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el animal es un ser orgánico que vive, siente y se mueve por su propio impulso. Asimismo, hace mención específica al animal de compañía, como aquel animal que se cría en compañía del hombre, a diferencia del que se cría salvaje. Por lo tanto, debemos distinguir entre el animal doméstico, es decir, aquel que se cría en compañía del hombre y el animal salvaje, que es aquel que se encuentra libre, por tierra, aire o agua y es susceptible de apropiación, caza o pesca.

En el presente apartado, abordaremos la regulación anterior a la entrada en vigor de la Ley 17/2021, y como se ha venido tratando, el supuesto régimen de “guarda y custodia compartida” por nuestros órganos jurisdiccionales hasta el momento.

2.1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN EL CÓDIGO CIVIL.

El Código Civil en su regulación previa a la entrada en vigor de la Ley 17/2021 menciona en diversas ocasiones, y con motivo de diversas materias, a los animales. En primer lugar, el art. 357 Cc los consideraba frutos pendientes desde el momento que estaban en el vientre de su madre (criterio extensible para los animales no mamíferos); asimismo, eran considerados objetos de posesión conforme a lo dispuesto en el art. 465 del Cc y podían ser objeto de ocupación según lo señalado en los arts. 610 y ss. Por otro lado, eran materia de regulación en cuanto a los vicios ocultos en su venta en los artículos 1491 ss Cc y podían dar origen a responsabilidad civil en el caso de que causaren daños tal y como señalan los artículos 1905 y 1906 Cc; en el artículo 499 se regulaba el usufructo de animales, y acerca de la compraventa de animales se pronunciaba el art. 1491 Cc. En definitiva, el Código civil tenía una amplia regulación en materia de animales, tratando la cuestión en diversos capítulos del mismo, y sin embargo, como podremos observar, en ningún caso se refería a la guarda y custodia compartida.

Desde un punto de vista jurídico, los animales se han venido considerando como cosas muebles³. Parece pues, que de la lectura de nuestro Código civil podíamos concluir, que los animales no podían ser considerados personas, por lo que carecían de derechos y responsabilidades.

Así, los animales eran considerados bienes semovientes incluidos en la categoría de cosas que, además, podían ser objeto de apropiación de conformidad con el art. 333⁴ del Cc, y por tanto, se trataba de bienes muebles.

Partiendo de la premisa de que los animales debían ser considerados como cosas, hay que hacer expresa referencia al anterior art. 333 Cc ya mencionado, que establecía que:

Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles.

Así pues, los animales de compañía eran considerados como bienes muebles, dentro de la categoría de semovientes, y por tanto susceptibles de apropiación, y esto se ve reflejado en la Sentencia 108/2019, de 21 de junio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Murcia⁵, cuando afirma que “*Se debe tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico califica a los animales domésticos, entre los que se incluyen las mascotas, como semovientes y como tales pueden ser objeto de propiedad exclusiva de una persona o también copropiedad*

³ RAMOS MAETRE, A., “La responsabilidad civil por los daños causados por los animales; consideración particular de los sujetos responsables”, *Revista de Derecho Privado*, año núm. 81, mes 10, 1997 y, en el mismo sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Ed. Bosch, Barcelona 1997.

⁴ Es precisamente sobre dicho precepto en torno al cual gira toda la modificación del Código Civil en la Proposición de Ley de Modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales.

⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia núm. 93/2019 de 21 de Junio (ECLI:ES:JPI:2019:93).

de dos o mas personas.” Es precisamente esta cuestión la que vamos a ir analizando en el siguiente apartado de este artículo.

2.2. RÉGIMEN DE PROPIEDAD Y COPROPIEDAD DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA. LAS ACCIONES EJERCITADAS POR LOS PROPIETARIOS

La propiedad puede ser definida, como el poder jurídico pleno sobre una cosa, poder en cuya virtud ésta cosa queda sometida directa y totalmente (es decir, en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo (art. 348 del Cc).⁶

El derecho de propiedad puede pertenecer a una o varias personas conjuntamente, que son cotitulares del mismo, de esta forma la cosa pertenece no solo a una persona sino a varios conjuntamente (art. 392 del Cc), se dice que por tanto la cosa esta en condominio o copropiedad y que sus titulares son condueños o copropietarios⁷.

Los animales de compañía son bienes muebles (semovientes) susceptibles de apropiación⁸ por una persona o varias, en cuyo caso estaría en régimen de copropiedad, gozando el o los propietarios de un derecho de propiedad o señorío sobre el animal, que si bien no es ilimitado, es el más pleno que se puede tener sobre una cosa.

Así pues, el o los propietarios del animal tienen derecho a ejercitar en su favor la acción reivindicatoria de la propiedad contra cualquier tercero que tenga o posea el animal, y en caso de copropiedad todos los condueños tienen derecho a solicitar el goce y disfrute de la cosa común, en este caso el animal. Son precisamente estas dos facultades de el/los propietarios, las que generan confusión respecto de la existencia de la guarda y custodia compartida.

Son dos los preceptos y las acciones en ellos incluidas que se deben tener en cuenta para entender y analizar correctamente la discusión que se plantea por los convivientes que posean un animal de compañía en caso de separación o divorcio.

a) La acción reivindicatoria.

El art. 348 inciso segundo del Cc “*El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”. La acción reivindicatoria, como es sabido, es una acción de naturaleza real, por la que el propietario no poseedor solicita la restitución de la cosa al poseedor no propietario. Este tipo de acción se ejercita en los casos en que el supuesto propietario del animal de compañía se ve privado de la posesión del mismo en favor del otro supuesto propietario (la expareja, por ejemplo, en caso de separación o divorcio).

Clara muestra del ejercicio de esta acción para recuperar animales de compañía lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de noviembre de 2016⁹, en la que se plantea recuso de apelación alegando errónea valoración de la prueba en primera instancia. Del texto de la sentencia se extrae que el procedimiento se inicia por la presentación de la demanda por D. Hernán, ejercitando acción reivindicatoria frente a D. Feliciano y Dña. Modesta para recobrar la posesión de la perra “Picarona”, un Golden retriever que supuestamente había sido donado inicialmente por el demandante a uno de los codemandados, realizándose a continuación una donación en sentido inverso de los codemandados al demandante. Si bien, el Juzgado de Primera Instancia nº3 de Móstoles estimó la demanda y condenó a los demandados a entregar a Picarona a D. Hernán, la Audiencia Provincial consideró que no existió prueba suficiente que acreditase la segunda donación, y estimó que el hecho de que los demandados se hayan hubieran hecho cargo del animal los últimos años, ponía de manifiesto quién ostentaba la propiedad de la mascota.

⁶ ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho Civil* Ed. José María Bosch, Barcelona 1991. Pág. 320.

⁷ ALBALADEJO, M., *Compendio... Ob cit.* Pág. 338.

⁸ Sobre las formas de adquirir la propiedad de los animales véase GIL MEMBRADO, C., *Régimen jurídico de los animales de compañía*, Ed. Dykinson, Madrid 2014, págs.. 29 y ss.

⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13) núm. 582/2016 de 17 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:14624).

En esta misma línea se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de febrero de 2016¹⁰, que resuelve el recurso de apelación planteado por el demandante y demandado reconvenional, frente a la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Collado Villalba que desestimaba la demanda y, estimando la demanda reconvenional, condenaba al actor al retorno de la posesión del perro Topo, propiedad de la contraparte. En este caso, el demandante ejercitaba acción reivindicatoria del art.348 Cc sobre el perro Topo, quien había resultado de la cría de Bicha (propiedad de la demandada y demandante reconvenional) y de Zanganollas (propiedad del actor y demandado reconvenional). Se señalaba que el acuerdo entre ambas partes había sido que de la cría de los animales, la camada resultante se dividía por mitades entre ellos, ostentando cada uno de ellos la propiedad única de cada animal. Sin embargo, aunque se trata de acreditar el referido pacto y se aportan justificantes de la propiedad de Topo por el demandante, tanto el Juzgado como la Audiencia, no solo desestiman la acción reivindicatoria planteada por el demandante, sino que estiman la demanda reconvenional en la que se ejercitaba la misma acción de forma invertida, declarando que la verdadera propietaria de Topo era en realidad la demandada y demandante reconvenional.

Pero esta vía, la de la acción reivindicatoria, que resultaba la adecuada para reclamar la devolución del animal al propietario o copropietarios cuando un tercero lo posea indebidamente, no es la pertinente cuando uno de los copropietarios se haya quedado con el animal tras la separación de la pareja. Habrá que recurrir en este caso a la vía que se explica a continuación (el uso y disfrute alterno del animal). Sin embargo, a nuestro juicio, quedaría abierta esta posibilidad cuando la propiedad del animal fuera exclusiva de uno de los convivientes y, tras la separación, éste fuere privado de la posesión de la mascota por el otro.

b) Uso y disfrute alterno del animal.

La otra acción que se plantea ante nuestros órganos jurisdiccionales, la más común y en la que nos vamos a centrar, dado que es la que genera la verdadera problemática de la supuesta “guarda y custodia” que se ha venido discutiendo por nuestros tribunales, es la prevista en el art. 398 del Cc¹¹ que afirma que para la administración y mejor disfrute de la cosa común es necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes en la comunidad de bienes. A continuación señala los regímenes de mayorías que deben ser tenidos en cuenta para la adopción de esos acuerdos de uso y disfrute, y añade la posibilidad de que el Juez adopte este tipo de medidas cuando no existiera mayoría por parte de los comuneros o en caso de que las medidas que se pretendan adoptar puedan ser perjudiciales para los interesados en la cosa común. Esta intervención judicial, añade el precepto, solo puede producirse a instancia de parte.

El precepto establece la regla general para la administración de la cosa común, en este caso del animal de compañía y señala que el Juez proveerá únicamente en caso de falta de acuerdo de los propietarios respecto del disfrute de la cosa común.

Nos encontramos ante una comunidad de bienes y, por lo tanto, podría plantearse la división de la cosa común prevista en el art. 400 del Cc. Sin embargo opera directamente en este caso lo dispuesto en el art. 401 Cc, que señala que *Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina*. Es evidente, que no puede solicitarse la división de un animal de compañía, es algo que resulta obvio, así lo indicaba LASARTE¹² que

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13) núm. 54/2016 de 19 de febrero (ECLI:ES:APM:2016/1827).

¹¹ Art. 398 Cc: *Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes.*

No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.

Si no resultare mayoría, o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador.

Cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos y otra fuere común, sólo a ésta será aplicable la disposición anterior.

¹² LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid 1997, pág. 193 y ss.

afirma categóricamente que “*El mandato del Código es enormemente claro y los supuestos prácticos son relativamente frecuentes. No se puede ejercitar la división de un caballo, ni sobre una barca*”. Descartada esta vía, a los copropietarios solo les resultan posibles las acciones del art.398 Cc y optar por el uso y disfrute alterno del animal, o bien, recurrir a la acción del art. 404 Cc, que implicaría la venta de la mascota y el reparto del precio entre los copropietarios. Sobre este último supuesto no vamos a extendernos en demasía y es que, para el caso de que ninguno de los dos copropietarios deseara asumir el uso exclusivo del animal, se procedería a la venta del mismo y el reparto del precio; y en aquel caso en que uno de los dos deseara obtener el precio del mismo y el otro asumir la propiedad a título individual de la mascota, simplemente debería procederse a pagar la parte proporcional al primero.

Así pues, y ya descartadas las otras acciones disponibles para los copropietarios, nos centramos en la prevista en el art. 398 Cc. Es común encontrar en nuestra jurisprudencia que los jueces reorientan demandas solicitando “guarda y custodia” del animal en cuestión, hacia la acción de uso y disfrute alterno. Claro ejemplo de esta modificación que están realizando los jueces sobre la acción verdaderamente ejercitada lo encontramos en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, de 21 de junio de 2019¹³, en un caso en el que se solicitaba por el actor que se declarara la atribución de la guarda y custodia compartida de Indie, el perro de ambos, de los contendientes y en su fundamento de derecho tercero señalaba:

“En el supuesto que se analiza y de cara a la resolución del proceso, se debe tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico califica a los animales doméstico, entre los que se incluyen las mascotas, como semovientes y como tales pueden ser objeto de propiedad exclusiva de una persona o también copropiedad de dos o mas personas. En este ultimo caso, los copropietarios pueden llegar y ponerse de acuerdo sobre el uso y disfrute del bien común, para que todos ellos, de forma alterna, vayan disfrutando de dicho bien, sin impedir el uso y disfrute a los demás copropietarios. Pero si no llegan a ese acuerdo, será el Juez, a instancia de cualquier a de ellos, quien fije el régimen de uso u disfrute alternativo del bien común, para cada uno de los dueños o comuneros, (ex. Art. 398 del Cc). Es decir, se trata de solventar si procede acordar un uso y disfrute alterno, no un régimen de custodia exclusiva o compartida, al venir referida esta terminología a los hijos menores de edad, implicados en un proceso de familia, entablado por cualquiera de los progenitores.

Ello sentado, la cuestión que procede tratar es si la mascota Indie es copropiedad de ambos litigantes, como mantiene el actor o es propiedad exclusiva de D^a Silvia como sostiene la demandada.”

Así pues la acción correcta para determinar el régimen visitas al animal, es la del 398 Cc, es decir, la que determina el goce y disfrute compartido de la cosa y no la que permite solicitar la guarda y custodia, como se pretende por las partes habitualmente.

2.3. EL PRESUPUESTO DE LA COPROPIEDAD PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE.

Hasta el momento hemos visto que los animales de compañía han venido considerándose como bienes muebles susceptibles de apropiación por una o varias personas, y que la acción que habitualmente se ejercitaba en caso de separación de la pareja y que ha generado la confusión respecto de la guarda y custodia de los animales, era la acción prevista en el artículo 398 Cc, esto es, la solicitud a instancia de parte de que se establezca un uso y disfrute compartido (o no compartido) de la cosa de la que las partes son copropietarias. Pero, ¿Cuándo se establecía este uso y disfrute compartido del animal? El presupuesto necesario para ello, era acreditar la copropiedad del animal. A continuación examinaremos que criterios se han venido siguiendo por parte de nuestros órganos jurisdiccionales para determinar la existencia de una copropiedad sobre el animal de compañía.

¹³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, núm. 108/2019 de 21 de junio (ECLI:ES:JPI:2019:93).

a) La adquisición.

La primera cuestión fundamental para decidir si existe un único propietario o copropietarios es la adquisición del animal, y se distinguen dos supuestos: las adquisiciones por compraventa y las adquisiciones por adopción del animal.

En el caso de la adquisición por compraventa se examina por el juzgador quién suscribe el contrato y la titularidad de la cuenta desde la que efectivamente se realiza el pago. Éste es el supuesto de la Sentencia de 27 de mayo de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº9 de Valladolid¹⁴, que analiza que el perro Cachas, que fue adquirido el doce de enero de 2015 durante la relación sentimental de los litigantes, constando el pago desde una cuenta titularidad de la mujer, Dña. Lidia. En los casos de adquisición por compra del animal, pueden ser ambos convivientes los que abonen el importe a pagar pero necesariamente, tendrá que acreditarse dicho pago por cada uno de ellos.

Tratándose de adopción de la mascota no existe importe a pagar por el animal, por lo que se tiene en cuenta la práctica de la prueba referida a quién de los convivientes se interesó en primer lugar por el animal o quien lo recogió, en su caso, de la perrera. Así se expresa la Sentencia dictada por el por Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, en su Sentencia de 21 de Junio de 2019¹⁵ que afirma que la idea de adoptar el perro fue de la Sra. Silvia, aunque su pareja la acompaña y por ello el formulario de adopción contempla ambos nombres.

Es importante poner de manifiesto, que al margen del modo de adquirir la propiedad, también es fundamental determinar el momento de la adquisición, puesto que para que exista copropiedad, es relevante que la adquisición se haya llevado a cabo en el transcurso de la relación sentimental.

b) Los Registros Administrativos.

El Registro de Animales de Compañía es un registro administrativo creado para censar a los animales de compañía existentes en una zona concreta. Cada Comunidad Autónoma tiene su propio registro administrativo y cada uno se rige por la normativa propia de cada Comunidad Autónoma, pero lo que parece común a todos ellos es que (este tipo de registros) solo permiten la inscripción de un propietario del animal. Es precisamente por ello, que la jurisprudencia es unánime al entender que el nombre que figure en el correspondiente registro administrativo no es una cuestión determinante para esclarecer si existe propiedad de uno u otro conviviente o copropiedad de ambos. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 24 de noviembre de 2016¹⁶ señalaba en el fundamento de derecho segundo, que resultaba intrascendente la titularidad administrativa del animal, y en el mismo sentido, la Sentencia de 27 de mayo de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº9 de Valladolid¹⁷, indicaba que la titularidad administrativa la ostenta únicamente una persona y que es un hecho conocido y no discutido que no se admite reflejar la cotitularidad en este tipo de registros, por lo que carece de valor probatorio esta cuestión.

c) El pago de las facturas del animal.

La jurisprudencia considera que este es uno de los puntos clave para determinar la propiedad única o copropiedad del animal de compañía. Hay unanimidad al dotar de especial importancia este aspecto, fundamentalmente por considerar que la acreditación del pago de las facturas relativas a alimentación, cuidados, servicios veterinarios, etc., pone de manifiesto que uno de los litigantes es, en realidad, el que verdaderamente se responsabiliza de la mascota. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 21 de

¹⁴ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº9 de Valladolid núm. 88/2019 de 27 de Mayo de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:88).

¹⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, núm. 108/2019 de 21 de junio (ECLI:ES:JPI:2019:93).

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6) núm.818/2016 de 24 de Junio (ECLI:ES:AP:MA:2016:2937).

¹⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº9 de Valladolid, nº 88/2019 de 27 de Mayo (ECLI:ES:JPI:2019:88).

Junio de 2017¹⁸ señalaba que había quedado acreditado que D. Hector era quien había abonado todos los gastos de la mascota (Monja), ya que su nombre constaba en las facturas y albaranes, y finalmente atribuía la propiedad exclusiva de D. Hector sobre el animal, al no haberse acreditado por Dña. Gema haber realizado ningún pago de los gastos generados por Monja.

En la misma línea, el Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, en su Sentencia de 21 de Junio de 2019¹⁹ señalaba que la demandada había sido la única propietaria y cuidadora del can, al haber costado desde el primer momento los gastos del veterinario.

Así pues para determinar la propiedad del animal hay que tener en cuenta, no solo quien realmente esta al cuidado del animal y velando por sus intereses, sino quien realiza los gastos e inversiones sobre el animal. Y este es para algunas sentencias el presupuesto de mayor peso para concluir si estamos ante propiedad o copropiedad.

d) La convivencia con el animal de compañía.

Otra cuestión que es tratada por algunas sentencias es la convivencia del animal de compañía con la pareja separada. Consideran ciertos órganos jurisdiccionales que la convivencia debe tenerse en cuenta y, aunque no pueda acreditar la condición de propietario o copropietario de algunos integrantes de la pareja, la convivencia puede permitirle un régimen de visitas. Siendo así, que lo que verdaderamente determina el régimen de visitas a la mascota, sea probar la efectiva convivencia del mismo con una de las partes litigantes, aunque ésta no sea su verdadera propietaria. De esta manera, ciertas sentencias se alejan de la cuestión del uso y disfrute compartido por el mero hecho de ser copropietarios y abre la puerta a un régimen de visitas en aquellos casos en los que, aunque no exista una verdadera copropiedad, las partes sientan apego a la mascota por haberse acreditado la convivencia con la misma durante un periodo determinado de tiempo.

En este sentido, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, de 21 de junio de 2017²⁰ señalaba que *“Debemos atender que la base de la decisión judicial de atribuir la custodia del animal debe ser, no para quien acredite la propiedad, sino que acreditada la convivencia, y en su caso, la propiedad de uno de ellos con exclusión del otro, al menos este, el no propietario, debería tener un régimen de visitas si así lo esta reclamando, habida cuenta que ello evidencia su relación con el animal y su pretensión razonable de que quiere seguir relacionándose con él, lo que no puede rechazarse sin más por la referencia del tribunal de que no acredita ser propietario, debiendo admitirse al menos, régimen de visitas.”*

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 21 de junio de 2017²¹ señalaba que debe precisarse que en estos casos, la convivencia con el animal es la que determina derechos post ruptura a estar con ellos, habida cuenta que muy posiblemente esa prueba de la titularidad se atribuya a uno de ellos atendiendo al dato registral. En definitiva más que sobre una titularidad registra se basa en la convivencia durante el tiempo con la pareja.

e) Práctica de pruebas. El reconocimiento judicial y la prueba testifical.

Los presupuestos analizados hasta el momento suelen acreditarse ante los Tribunales mediante prueba documental. Sin embargo, merece la pena hacer una breve referencia a otras pruebas que se practican en este tipo de procedimientos, según se desprende de la jurisprudencia que hemos analizado.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4) núm. 244/2017 de 21 de Junio (ECLI:ES:APO:2017:1845).

¹⁹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, núm. 108/2019 de 21 de junio (ECLI:ES:JPI:2019:93).

²⁰ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, núm. 108/2019 de 21 de junio (ECLI:ES:JPI:2019:93).

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4) núm. 244/2017 de 21 de Junio (ECLI:ES:APO:2017:1845).

En primer lugar, la prueba de reconocimiento judicial, consistente en que el Juez estará presente mientras el animal se relaciona con cada uno de los litigantes. La finalidad de la prueba es observar el comportamiento del animal con los supuestos copropietarios y que el Juez pueda crearse una opinión al respecto valorando, no realmente con quien debe quedarse el animal (algo que efectivamente debería valorarse en caso de estar estableciéndose un régimen de custodia), sino que, efectivamente, es uno o ambos litigantes los que realmente tienen una vinculación con el animal, de cara a crearse una opinión en sobre la propiedad o copropiedad del mismo. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 24 de Noviembre de 2016²² señala que no es un hecho controvertido los lazos emocionales existentes entre el perro y sus dueños..

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, en su Sentencia de 21 de Junio de 2019 manifestaba lo siguiente respecto de la práctica del reconocimiento judicial” Del reconocimiento practicado en el acto de la vista no consta que Indie tenga afecto alguna hacia D. Roberto, habiéndose mostrado nervioso y temeroso cuando trataba de acariciarlo.”, y finalmente concede la propiedad única y exclusiva del animal a Dña. Gema.

Otra prueba a practicar en este tipo de procedimientos es la prueba testifical, orientada a acreditar ante el juez la dedicación de cada una de las partes al cuidado del animal, con cual de los miembros de la pareja convive o se lleva mejor, etc. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 21 de Junio de 2017²³ atiende a una testigo declaró que la relación de Dña. Gema con el animal no era buena y que incluso en una ocasión había visto a esta golpear a la perra. También en ciertas ocasiones se incluye prueba de testigo-perito del veterinario del animal, a fin de que informe de la situación de éste con cada uno de los litigantes o de quien es el que habitualmente comparece en la consulta, a efectos de demostrar su cuidado.

2.4. INCLUSIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN CONVENIOS REGULADORES EN CASO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO.

Si bien hemos afirmado que no existe una guarda y custodia de los animales de compañía como tal, parece necesario hacer una precisión, pues es cierto, que, en ocasiones, en los convenios reguladores de medidas en caso de separación y divorcio, se incluyen menciones específicas respecto de los animales de compañía.

Es lógico que esto pueda inducir a errores respecto a la atribución de la guarda y custodia, sin embargo, lo que realmente se incluye en los convenios reguladores y en las sentencias de separación o divorcio es la liquidación del régimen económico matrimonial, y los animales de compañía pueden incluirse como un bien común de los cónyuges o de la sociedad conyugal sobre el que se toma la decisión de atribuir el goce y disfrute compartido o simplemente la atribución de la propiedad individual a uno solo de los cónyuges²⁴.

En ocasiones, por la equiparaciones de los afectos hacia las mascotas con la relación que los padres mantienen con sus hijos encontramos en los procedimientos de familia pactos que nos recuerdan a los reguladores del ejercicio de responsabilidades parentales respecto de los hijos menores de edad. Es por ello que encontramos convenios reguladores en los que, una vez acaecida la crisis familiar, se establecen acuerdos acerca de los animales de compañía teniendo en cuenta que estos son indivisibles y por lo tanto conforme al artículo 401 Cc.²⁵

La jurisprudencia tampoco trata la cuestión como “guarda y custodia” de animales de compañía. Encontramos algunas como la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 25

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6) núm. 818/2016 de 24 de Noviembre (ECLI:ES:AP:MA:2016:2937)

²³Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4) núm.244/2017 de 21 de Junio (ECLI:ES:APO:2017:1845)

²⁴ En este sentido, debemos recordar que *son de aplicación las normas de la comunidad ordinaria a la administración y disposición del patrimonio ganancial sobre el que surge la denominada comunidad postmatrimonial una vez disuelta*. Véase, en este sentido, PEREZ CONESA, C., “Comentario al artículo 392”, en *Comentarios al Código Civil*. (Dir. Rodrigo Bercovitz), Ed.Tirant lo Blanch, Valencia 2013, Tomo III, pág. 3238.

²⁵ GIL MEMBRADO, C., *Régimen jurídico de los animales de compañía*, Ed. Dykinson, Madrid 2014, pág.60 y ss.

de Noviembre de 2011²⁶ que desestima que un juzgado de familia pueda resolver sobre la tenencia de animales y la fijación de una distribución temporal entre los divorciados del animal que compartían. Señala la sentencia que *“Los pactos relativos a mascotas pueden ser obviamente incluidos en un convenio regulador, pero lo razonable jurídicamente es que tales acuerdos, igual que los alcanzados en este supuesto en el momento del juicio, tengan trascendencia entre las partes pero sin la cualidad de ejecutables en los procesos de familia(...)”* En definitiva considera inapropiada su adopción en un proceso de separación matrimonial tal y como se propone en línea similar a las medidas relativas previstas en la ley para con los hijos comunes. En este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de abril de 2012²⁷, señalaba que *“Por lo que respecta a la tenencia de las dos perras propiedad del matrimonio litigante, este tribunal considera acertada la decisión judicial de primera instancia (...) no siendo de recibo pretender la inmediata equiparación de los afectos hacia estos seres con los que los padres y madres tienen hacia los hijos, sin ser factible imponer similitud de algunos de estos pactos con los que regulan el ejercicio de las responsabilidades parentales respecto de los hijos menores de edad.”*

Por su parte, las Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 9 de Diciembre de 2014²⁸, y de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de Octubre de 2013²⁹ argumentan que *“La medida que se solicita sobre el animal ha de ser reconducida al ámbito de los acuerdos que puedan alcanzar las partes sobre el mismo, en cuyo limite tendrá trascendencia pero sin la cualidad de medida judicial, susceptible de ejecución. En el proceso de familia, por cuanto la pretensión sobre las estancias del animal como tal acuerdo o medidas sobre unas visitas del animal, no implica derecho alguno que pueda ser ejecutado y en consecuencia nada cabe acordar sobre ello.”*

En contraposición a las anteriores la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 24 de Marzo de 2015³⁰ admite la posibilidad de incluir a los animales de compañía como resultado de la disolución de la sociedad de gananciales. En este sentido, considera que *“los animales son bienes semovientes, integrantes del patrimonio ganancial, y cuyo reparto o destino habrá de decidirse en el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial existente entre los cónyuges”*. Sin embargo, posteriormente añade *“Quedando incluidos los animales domésticos dentro del activo de la disuelta sociedad conyugal, no será hasta un momento posterior cuando proceda la adopción de medidas concretas de administración respecto de los bienes que componen dicho activo, medidas que estarán vigentes hasta el momento del reparto definitivo de aquellos, derivado de la liquidación de la sociedad de gananciales.”*

Podemos concluir, que lo que se incluía en los convenios o sentencias de nulidad, separación o divorcio hasta la entrada en vigor de la Ley 17/2021, eran medidas relativas a la administración de los bienes comunes de los cónyuges, y entre esos bienes se encontraban los animales de compañía. No se trataba de una suerte de guarda y custodia, sino de un régimen de uso y disfrute de los animales, que se dilucidaba como resultado de un proceso por el que se disolvía el matrimonio.

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1) núm. 430/2011 de 25 de Noviembre (ECLI:ES:AP:LE:2011:1373).

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6) núm. 182/2012 de 12 de Abril (ECLI:ES:APMA:2012:1077).

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6), núm 703/2014, de 9 de Diciembre (ECLI:ES:APPO:2014:2475).

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22) núm 841/2013 de 29 de Octubre (ECLI:ES:APM:2013:15112).

³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1) núm. 36/2015 de 24 de Marzo (ECLI:ES:APSG:2015:64).

2.5. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA SITUACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, LA LEY HIPOTECARIA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES.

Después de todo lo anteriormente analizado y antes de entrar a analizar los cambios introducidos por la entrada en vigor de la Ley 17/2021, creemos necesario hacer una recapitulación de cuál ha sido la situación en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la guarda y custodia de los animales de compañía:

- los animales de compañía, debían ser considerados como bienes muebles, dentro de la categoría de semovientes, y por tanto susceptibles de apropiación por una persona o varias (en este último caso, estarían en régimen de copropiedad), gozando el o los propietarios de un derecho de propiedad o señorío sobre el animal, que si bien no es ilimitado, es el más pleno que se puede tener sobre una cosa
- los supuestos propietarios o copropietarios del animal de compañía tenían a su disposición dos acciones previstas en el Código civil para ejercer sus derechos como legítimos propietarios. Estas son:
 - a acción reivindicatoria, por la que el propietario no poseedor solicita la restitución de la cosa al poseedor no propietario. Este tipo de acción se ejercita en los casos en que el propietario del animal de compañía se ve privado de la posesión del mismo por un no propietario.
 - La otra acción que se ejercitaba ante nuestros órganos jurisdiccionales, la más común y la que planteaba la verdadera problemática de la supuesta “guarda y custodia” es la prevista en el art. 398 del Cc, esto es, la solicitud de goce y disfrute compartido del bien.
- ¿Cuándo se establecía este uso y disfrute compartido del animal? En primer lugar es necesario averiguar si estamos ante un único propietario del animal o ante una copropiedad sobre el mismo y es en este segundo caso, cuando procede atribuir el uso y disfrute compartido del animal de compañía. Los criterios que se han seguido por la jurisprudencia hasta ahora para ello son los siguientes:
 - La primera cuestión fundamental para decidir si existía un único propietario o copropietarios, es la adquisición del animal, y en este caso debíamos distinguir dos supuestos: las adquisiciones por compraventa y las adquisiciones por adopción del animal. Es importante poner de manifiesto, que al margen del modo de adquirir la propiedad, también era fundamental determinar el momento de la adquisición, puesto que para que exista copropiedad, era relevante que la adquisición se hubiera llevado a cabo en el transcurso de la relación sentimental.
 - La jurisprudencia ha sido unánime al entender que el nombre que figure en el correspondiente registro administrativo no es una cuestión determinante para esclarecer si existe propiedad de uno u otro conviviente o copropiedad de ambos.
 - El eje sobre el que giran las resoluciones que atribuían la propiedad exclusiva del animal a una de las partes en el seno de un procedimiento judicial, es determinar quién fuera el verdadero responsable de la mascota y había venido haciéndose cargo de la misma desde su adquisición. Para ello se analizaban pagos de facturas de veterinario o alimentación y se proponían testificales al respecto. Este era uno de los puntos clave para determinar la propiedad única o copropiedad del animal de compañía.

- En ocasiones, aunque no se considere que existe un régimen de copropiedad sobre el animal, la acreditación de la convivencia con el mismo por parte del conviviente no propietario, puede permitir establecer un régimen de visitas a la mascota.
- Lo que se ha incluido en los convenios reguladores y en las sentencias de nulidad separación y divorcio hasta ahora, no es más que una división de la comunidad de bienes y los animales de compañía podían incluirse como un bien común de la sociedad conyugal sobre el que se toma la decisión del goce y disfrute compartido o simplemente la atribución de la propiedad individual a uno solo de los cónyuges.

3. LA LEY 17/2021 DE 15 DE DICIEMBRE DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, LA LEY HIPOTECARIA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES. BREVE ANÁLISIS DE LA REFORMA. LA GUARDA Y CUSTODIA DE ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA REFORMA.

Como señalábamos al inicio del presente artículo, la reciente entrada en vigor de la *Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* ha provocado importantes cambios respecto a la guarda y custodia de los animales de compañía.

Desde el pasado 16 de diciembre, fecha de la publicación de la mencionada Ley en el Boletín Oficial del Estado, se ha producido una serie de modificaciones en nuestro Código civil, la ley hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La novedad fundamental, es el cambio en la calificación jurídica de los animales, la Ley 17/2021 introduce el art.333 bis que, en su apartado primero establece lo siguiente:

1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.

Con la introducción de este precepto, los animales dejan de tener la calificación de semovientes que como hemos visto anteriormente, y pasan a ser seres dotados de especial sensibilidad. A pesar de esta nueva calificación jurídica, sigue siendo aplicable a los animales el régimen jurídico de los bienes y las cosas en la medida en que sea compatible con la naturaleza del propio animal y se respeten las disposiciones que protegen al mismo, cuestión que será analizada posteriormente con detenimiento.

Pero el art. 333 bis, no es la única modificación que entra en vigor con la Ley 17/2021, y es que se modifican también los arts. 90, 91, 92, 94 bis y 103 Cc. Las modificaciones introducidas, van encaminadas a permitir que, en el seno de los procesos matrimoniales, ya sea por nulidad, separación o divorcio, se adopten medidas concretas para establecer el bienestar de los animales de compañía y, ahora sí, lo que ya podría entenderse como una guarda y custodia de los mismos. Ya no se consideran los animales como parte de los bienes comunes al matrimonio que han de atribuirse a una de las partes en la disolución de la comunidad conyugal, sino que se incluye una mención expresa, específica, de adoptar medidas relativas al destino de los animales de compañía.

En el presente apartado del trabajo analizaremos, cuáles han sido las reformas introducidas por la Ley 17/2021, en esta materia. Comenzando con los cambios que se producen en la calificación jurídica de los animales, dando noticia tras las reformas que se han producido tanto en el Código Civil como en la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, para acabar analizando las modificaciones que se producen en el ámbito de la separación y divorcio y en la guarda y custodia de los animales de compañía.

3.1. MODIFICACIÓN RESPECTO DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES.

Las modificaciones introducidas en el Libro Segundo y su Título I son realmente el objeto principal de la reforma, esto es, modificar la calificación jurídica de la que gozaban los animales hasta ahora que, como ya hemos señalado, era la de bienes muebles, para considerar desde la entrada en vigor de la reforma, que los animales son seres vivos dotados de especial sensibilidad. El nuevo artículo 333 bis del Cc queda redactado como sigue:

“1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.

2. El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes.

3. Los gastos destinados a la curación y al cuidado de un animal herido o abandonado son recuperables por quien los haya pagado mediante el ejercicio de acción de repetición contra el propietario del animal o, en su caso, contra la persona a la que se le hubiera atribuido su cuidado en la medida en que hayan sido proporcionados y aun cuando hayan sido superiores al valor económico de éste.

4. En el caso de que la lesión a un animal de compañía haya provocado su muerte o un menoscabo grave de su salud física o psíquica, tanto su propietario como quienes convivan con el animal tienen derecho a que la indemnización comprenda la reparación del daño moral causado.»”

Se introduce así en España, por primera vez, la idea de que los animales tienen una naturaleza distinta que las cosas o bienes; un principio, que en adelante deberá presidir la interpretación de todo el ordenamiento. Señala acertadamente el legislador en el preámbulo de la Ley 17/2021, que el ordenamiento jurídico español se situaba a la cola de Europa en lo que se refiere a la regulación del estatuto jurídico de los animales. Así, países como Austria y Alemania introducían modificaciones para la protección de los animales en 1986 y 1990, respectivamente, corrientes que fueron seguidas por Suiza en el 2002, o Francia ya en 2015, y más recientemente en 2017 por Portugal. No sorprenden estas reformas, tendentes a dotar de una mayor protección jurídica a los animales, dado que el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, exige a los Estados respetar las exigencias en materia de bienestar de los animales como “seres sensibles”.

Pues bien, la reforma de nuestro Código Civil, supone una asimilación o equiparación de la normativa española (de hecho, bastante tardía), a los estatutos jurídicos de los animales que nuestros vecinos europeos tienen ya prevista desde años atrás. En este sentido, señala, CERDEIRA BRAVO³¹ el retraso en la promulgación de esta Ley pues, *“el contraste no solo se muestra entre nuestro Código Civil y el de otros países, sino también dentro de nuestras propias fronteras. Al margen de la especial protección penal a favor de los animales domésticos introducida en 2003 y reforzada en 2015 para todo el país, son legión ya las leyes autonómicas protectoras de los animales domésticos, o de compañía, que también denominan, que consideran a los animales como seres vivos dotados de especial sensibilidad, y les dota, por ello, de un especial régimen tuitivo, inspirado en la necesidad de garantizar el bienestar del animal; lo que hace, especialmente, en el ámbito administrativo, aunque con alguna ocasional referencia al Código Civil.”*

No podemos sino suscribir las anteriores palabras, pues no deja de llamar la atención el retraso en modificar el Código Civil, y más teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico ya modificó el Código Penal en 2003 y 2015, introduciendo delitos contra los animales y dotándoles de una especial protección. Sin embargo, esta reforma no había visto reflejo alguno en el ámbito la de protección civil, lo cual no dejaba de ser sorprendente, entendiéndolo

³¹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de acuerdo: algunos consejos prácticos para su redacción y homologación”, *Revista La Ley*, núm. 8274/2020, pág. 4.

el carácter restrictivo que debería tener nuestro Derecho Penal como derecho punitivo o sancionador³².

Finalmente con esta reforma, el ordenamiento jurídico español se actualiza en este aspecto. Se trata de una reforma que califica a los animales como seres vivos dotados de especial sensibilidad, pero que sin embargo, no excluye que en determinados aspectos se aplique supletoriamente el régimen jurídico de los bienes o cosas. De este modo, los animales están sometidos de forma supletoria al régimen jurídico de los bienes o las cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados los animales y siempre que, dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de seccional sensibilidad y el conjunto de disposiciones destinadas a su protección.

La introducción del art. 333 bis en el Código Civil, con la literalidad que anteriormente hemos reflejado, lleva aparejada otras modificaciones en el mismo Código, tales como el art. 334.6 ° Cc que se suprime y se añade el apartado dos, relativos a los viveros de animales, palomares, colmenas estanques de peces y criaderos análogos, el art. 346.2° Cc relativo a las caballerías, el art. 348 Cc que regula la propiedad sobre cosa o sobre animal, el art. 335. 1° Cc que se refiere a los frutos naturales, y el art. 357 Cc que se refiere a los frutos naturales o industriales, el art. 404 párrafos 2° y 3 ° que se introducen como nuevos y regulan la comunidad de bienes y los animales de compañía; el art. 430 Cc y ss, todos relativos a la posesión; el art. 465 que regula la cuestión de los animales salvajes o silvestres, domesticados o de compañía; el art. 499 Cc relativo a las obligaciones del usufructuario; el 610 y ss Cc todos ellos relativos a la propiedad y sus modos de adquisición, introduciéndose concretamente un art. 914 bis relativo a las disposiciones testamentarios relativas a los animales de compañía; el art. 1346.1° en cuanto al régimen económico matrimonial y los bienes privativos, el art. 1484.2, que regula el saneamiento por vicios ocultos, en cuanto al incumplimiento de los deberes de asistencia sanitaria, y a continuación el 1485; el art. 1492 se modifica en cuanto a los vicios redhibitorios, el art. 4193 en cuanto a la venta de animales en feria o subasta o para sacrificio o matanza y, finalmente el art. 1864 relativo a la prenda.

3.2. MODIFICACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Tal y como el propio nombre señala la Ley 17/2021 no solo modifica el Código Civil, sino que también introduce ciertas modificaciones sobre la Ley Hipotecaria y sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendentes a garantizar la protección de los animales, en virtud de su nuevo estatus jurídico.

En primer lugar, respecto de la Ley Hipotecaria se introducen cambios en el art. 111, introduciendo un nuevo apartado primero, y pasando el actual apartado primero a ser el apartado primero bis, resultando la redacción la que sigue:

Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá:

Primero. Los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo.

No cabe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía.

De esta manera, se excluye la posibilidad de que el gravamen recaiga sobre los animales que se encuentren en el inmueble sobre el que se constituye la hipoteca. Ya sea animales de explotación ganadera o animales de compañía.

³² En la Propuesta de Código Civil elaborada por la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, publicada en el año 2018, ya se incluían preceptos dotando de mayor protección a los animales de compañía, tales como el artículo 219, en el que se regulaban las medidas definitivas del convenio regulador, y donde se preveían ya medidas específicas para el “*Destino de los animales de compañía*”. Ello no deja de poner de manifiesto la necesidad de actualizar nuestra regulación en esta materia. CABEZUELO ARENAS, A.L., “Art. 219.1”, *Propuesta de Código Civil*, (Asociación de Profesores de Derecho Civil), Ed. Tecnos, Madrid, 2018, pág. 347.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ve modificada en diversos preceptos. El primero el art. 605, relativo a los bienes inembargables, que desplaza su actual 1º a 1ºbis, e introduce la siguiente redacción:

«1.º Los animales de compañía, sin perjuicio de la embargabilidad de las rentas que los mismos puedan generar.»

Así, al modificarse el estatuto jurídico de los animales, dejando de ser considerados bienes, estos se convierten en inembargables.

Por su parte, también se modifican los arts. 771 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento, en consonancia con la nueva regulación de los arts., 90 y ss. Cc, permitiendo así a los órganos jurisdiccionales adoptar las medidas de guarda y custodia que nuestro Código Civil en su nueva redacción prevé respecto de los animales de compañía.

Hasta el momento simplemente hemos comentado brevemente los preceptos del Código Civil que se han visto modificados y el sentido de la reforma que se plantea por la Ley 17/2021. En el siguiente apartado señalaremos los problemas que plantea la presente reforma y los cambios que supone en lo relativo a la guarda y custodia de los animales de compañía cuando cesa la convivencia en el matrimonio.

3.3. MODIFICACIONES EN EL ÁMBITO DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

Como señalábamos anteriormente, la modificación del Código Civil, no afecta solo a la calificación jurídica de los animales, sino que también se introducen modificaciones tendentes a regular la situación de los animales de compañía en caso de que se ponga fin al matrimonio,, ya sea por vía de nulidad matrimonial, separación o divorcio.

A tales efectos, se producen toda una serie de reformas en materia de crisis matrimoniales en las que creemos necesario detenernos por su importancia en el objeto del presente trabajo:

En primer lugar se produce una modificación del artículo 90.1 relativo a las medidas a adoptar en el convenio regulador en caso de nulidad, separación o divorcio que introduce una nueva letra b)bis que señala lo siguiente:

El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: (...)

b) bis el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal.

De esta manera, los convenios reguladores acordados por los cónyuges en caso de nulidad, separación o divorcio, deberán contener medidas expresas respecto de los animales de compañía en caso de que existieran. Sin embargo, la modificación del art. 90 Cc, no concluye con lo anteriormente mencionado, se introduce también en su apartado segundo mención expresa a la necesidad de aprobación por parte del juez de los acuerdos adoptados respecto de los animales de compañía, pues señala:

(...) Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente.

Finalmente, el apartado tercero del artículo 90 del Cc también incluye un nuevo párrafo, referente a la posibilidad de modificar el convenio o solicitar la modificación de medidas sobre los animales de compañía siempre que se hubiera alterado gravemente las circunstancias en las que estas se adoptaron. En cuanto a estas posibles modificaciones, aunque la reforma no establece en que casos concretos o bajo que criterios podrán solicitarse, creemos que deben ser de aplicación los mismos criterios a los que se atendía con anterioridad a la reforma, esto

es: 1) que haya existido y se acredite debidamente una alteración en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción, 2) que sea sustancial, relevante, no nimia, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido entonces, se hubieran adoptado otras distintas; 3) que no sea esporádica o transitoria, sino que presente con caracteres de estabilidad o permanencia; 4) que la alteración no haya sido provocada voluntariamente por el solicitante precisamente para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas y sustituirlas por otras que resulten más beneficiosas para el³³.

Por su parte, el artículo 91 añade esta previsión de adopción de medidas relativas a los animales de compañía en sede de sentencia de nulidad, separación o divorcio.

Con todas estas modificaciones, introduce el legislador una regulación específica sobre el destino de los animales de compañía y su posible introducción en cualquiera de los ámbitos de la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges. Ya no se trata de una mera disolución de la comunidad de bienes o de la comunidad ganancial en su caso, sino que existe una regulación específica que contempla la inclusión de los animales de compañía en el marco del convenio regulador o la sentencia, incluso en la adopción o modificación de medidas en cuanto a los derechos de visita de los animales de compañía. El nuevo estatuto jurídico de los animales dota a las mascotas de una especial protección en caso de que se ponga fin al matrimonio. Ahora es, no solo posible, sino necesaria, la adopción de medidas cuando en el núcleo familiar exista un animal de compañía; y parece importante señalar que estas medidas no se detienen únicamente en establecer un régimen de visitas, sino que se establecerán los términos en los que deberán sufragarse los gastos del animal también. Es decir, se trata de una guarda y custodia de los animales de compañía.

Aunque las reformas de los arts. 90 y 91 del Cc son las que merecen, a nuestro juicio, una especial atención por el cambio que producen, también hay que señalar que en el ámbito del derecho de familia se producen otras modificaciones con la entrada en vigor de la Ley 17/2021. Así, se modifica el artículo 92.7, que regula los malos tratos a animales como medio para controlar o victimizar al cónyuge o a los hijos; se introduce un nuevo artículo 94 bis, que regula la atribución del cuidado de los animales de compañía a uno o ambos cónyuges tras la ruptura; y finalmente, se introduce un nuevo artículo 103,1^a bis, que prevé medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio en lo que a los animales de compañía se refiere.

3.4. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA.

Como señalábamos al inicio del presente apartado, gran parte de la reforma se centra en incluir previsiones legales que amparen la posibilidad de establecer medidas en caso de nulidad, separación o divorcio, respecto de los animales de compañía.

Bien es cierto que no se habla en la reforma de “guarda y custodia” como tal, pero las inclusiones que se han realizado se orientan a establecer el “destino” de los animales de compañía “el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado”, autorizando incluso al órgano judicial a establecer “medidas” para garantizar el bienestar de los animales.

De esta manera, el legislador dota de autonomía propia las medidas respecto de los animales de compañía, que ya no se incluyen en el convenio regulador o en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, como resultado de la disolución de la comunidad de bienes constituida por la pareja, (que, ya hemos visto, se podía considerar como bien común y atribuir el uso y disfrute del mismo a uno o ambos cónyuges) sino que se trata de medidas autónomas, independientes de esa disolución de la comunidad.

En definitiva, la nueva regulación del Código Civil permite establecer una suerte de guarda y custodia en caso de nulidad, separación o divorcio, y que esta medida sea adoptada por convenio regulador o sentencia. En este sentido, el nuevo artículo 94 bis señala que:

³³ DIAZ MARTINEZ, A., “Comentario al artículo 91” en *Comentarios al Código Civil*, (Dir. Rodrigo Bercovitz), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, Tomo I, pág. 927.

La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales.

Esta misma posibilidad de que el juez establezca un régimen de guarda y custodia para los animales de compañía, también se prevé ante a la posibilidad de adoptar medidas provisionales, en el art. 103 1ª bis Cc, que lo hace con una redacción muy similar a la del art. 94 bis Cc. Así pues, parece evidente que en el caso de nulidad, separación o divorcio de un matrimonio, la guarda y custodia del animal de compañía es ya una realidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, hemos observado que las modificaciones se introducen para lo que comúnmente se conoce como “crisis matrimoniales”, y, como se sabe, el presupuesto básico para que exista la nulidad, separación o divorcio, es que previamente la pareja hubiese contraído matrimonio. Sin embargo, la reforma no establece esta medida para el caso de parejas de hecho o simples convivientes. ¿Qué ocurre con el animal de compañía fuera de los casos de disolución de matrimonio? ¿Existe algún un mecanismo concreto para atribuir la guarda y custodia del animal?

Este es uno de los principales problemas que se plantean con la reforma. Efectivamente de ahora en adelante, en el seno de cualquier procedimiento matrimonial podremos solicitar la guarda y custodia del animal de compañía y establecer medidas concretas que, es más, podrán verse modificadas en caso de que el bienestar del animal o las circunstancias que determinaron el régimen original se vean alteradas. Sin embargo, eso no va a ocurrir fuera de los procedimientos matrimoniales. En estos casos, no queda otra opción que por la vía del art. 333,1 bis *in fine*, del Cc que, recordemos, señala *solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección*, remitirnos al art. 398 Cc, sobre el uso y disfrute compartido del bien, que es el que se había venido aplicando antes de la reforma

De esta manera, la interpretación de la nueva regulación del Código Civil tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, plantea dos vías diferentes respecto a la guarda y custodia de los animales de compañía en los casos de cese de convivencia de la pareja:

- Por un lado ante la situación de nulidad, separación o divorcio del matrimonio por la vía del art. 90 y ss. del Cc, se podrán solicitar por cualquiera de los cónyuges medidas de reparto de convivencia y cuidado del animal de compañía, así como cualquier medida tendente a conseguir el bienestar del animal, teniendo en cuenta los intereses de la familia.
- Por otro lado, ante la situación de cese de convivencia de una pareja o pareja de hecho, o finalización de la relación sentimental, al animal de compañía se le aplica el régimen de uso y disfrute compartido e los bienes, por la remisión del art. 333.1 bis del Cc, y debe ejercitarse la acción prevista en el art. 398 Cc. Esta vía también es la que había que seguir cuando los convivientes no sean pareja de hecho, esto es, si se tratase de hermanos u otros familiares o simplemente, amigos que conviven con el animal de compañía.

Esta situación resulta problemática y contradictoria, y es que se dota de especial protección al animal de compañía en caso de matrimonio, pero para aquellos casos en que no se hubiera contraído matrimonio por la pareja, el tratamiento que recibe el animal de compañía es el mismo que hasta ahora. Se trata de acciones diferentes, esferas de protección diferentes e incluso, procedimientos diferentes, dado que en caso de matrimonio el procedimiento se tramita ante el Juzgado de Familia y, en caso de finalización de la relación de pareja, se trata de un procedimiento ordinario ante un Juzgado de Primera Instancia.

A nuestro modo de ver, la modificación realizada debería haberse extendido a las parejas o parejas de hecho o incluso a otros convivientes, otorgando la protección al animal de

compañía en todos los casos por igual. Consideramos que resulta incongruente que nuestro ordenamiento jurídico, prevea dos soluciones, procesos y acciones diferentes, para una situación de hecho, que sino es idéntica, es prácticamente igual. Resulta contradictorio con el carácter protector de la reforma hacia el animal de compañía, y creemos que puede generar confusión y problemática a nivel judicial.

4. OTROS PROBLEMAS DE LA LA LEY 17/2021 DE 15 DE DICIEMBRE DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, LA LEY HIPOTECARIOA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES.

Hemos analizado hasta el momento los cambios introducidos por la Ley 17/2021 en nuestro Código Civil, y la problemática que plantea la nueva regulación de la guarda y custodia. Sin embargo, de la lectura de la citada norma y los cambios que ella introduce, se nos plantean otras cuestiones que no han sido resueltas y que podrían plantear problemas a largo plazo. A continuación comentaremos de forma muy breve algunos de ellos.

4.1. LA AUSENCIA DEL CONCEPTO DE “ANIMAL DE COMPAÑÍA”.

La Ley 17/2021 modifica el estatuto jurídico de los animales, en general, sin embargo, omite dar un concepto de “animales de compañía”, a pesar de las diversas menciones a éstos que encontramos en el texto articulado, tanto en sede de nulidad, separación o divorcio (arts. 90 y ss Cc), como cuando determina la guarda y custodia de los animales al cesar la convivencia de la pareja (art. 94 bis Cc), y también cuando regula la división de la cosa común en sede de copropiedad (art. 404 Cc). Asimismo encontramos esta referencia a “animal de compañía” en la nueva redacción del art. 605 LEC, respecto de la embargabilidad o inembargabilidad de los mismos.

No encontramos una definición de los “animales de compañía” en toda la Ley 17/2021, y esto plantea algunos interrogantes: ¿Son animales de compañía aquellos que no han sido adquiridos por un ser humano? Es decir, ¿un perro o un gato en una tienda de mascotas es un animal de compañía o tiene que esperar a ser adquirido para convertirse en tal?. La cuestión es enormemente relevante ya que las modificaciones que introduce la Ley 17/2021 en nuestro ordenamiento jurídico en todos esos preceptos anteriormente mencionados únicamente son de aplicación a este tipo de animales.

El Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987, ratificado por España en octubre de 2015, en su artículo primero nos da un concepto de animal de compañía:

Se entenderá por animal de compañía todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía.

Esta es una definición muy abierta que da lugar a un sinnúmero de preguntas. Por ejemplo, si ¿un caballo podría ser un animal de compañía? Al establecerse por el Convenio que la tenencia del animal debe realizarse por el hombre en su propia vivienda, parece que hay animales que deberíamos excluir de la definición (como el caballo, por ejemplo). Pero sin embargo, otros, como por ejemplo, las serpientes, las gallinas, o incluso los cerdos, podrían entrar en este concepto, puesto que es posible tenerlos en un inmueble. Se trata de una definición amplia y que sigue generando confusión, por lo que se echa en falta en la Ley 17/2021 un concepto claro de “animal de compañía”.

Al no tener claro qué animales han de incluirse en la categoría de “animal de compañía” surgirán problemas en el futuro para saber si ciertos animales se ven amparados por la nueva normativa o no. Así por ejemplo, concluir que un animal es o no es un “animal de compañía”, será determinante para conocer si es posible aplicar un régimen de guarda y custodia en caso de cese de la convivencia conyugal, en estos casos, podría darse la paradoja de que, al no considerarse como “animal de compañía”, se le debiera aplicar el estatuto jurídico de los

bienes muebles. Esta cuestión, no solo afecta en sede de nulidad, separación y divorcio, donde se utiliza el concepto de “animal de compañía” en todo momento, sino que también puede generar problemas al solicitar una posible división de cosa común, o al determinar si un animal es embargable o no (problema sobre el que profundizaremos más adelante).

4.2. DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS.

Una de las cuestiones que han sido apuntadas en el apartado tercero del presente trabajo, es el hecho de que el legislador plantea dos remedios diferentes para situaciones jurídicas especialmente parecidas, esto es, admite una suerte de guarda y custodia compartida para casos de nulidad, separación o divorcio y obliga a ejercitar la acción prevista en el art. 398 Cc para aquellos casos en que la pareja se separa y tiene un animal de compañía, pero no ha contraído matrimonio. Pues bien, esta situación puede generar confusión en cuanto al cauce judicial que deberá seguir una u otra acción.

Siguiendo con lo que se exponía en el apartado tercero debemos señalar que, por lo que se refiere a la adopción de medidas en el seno del procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio, la competencia objetiva para conocer de esta cuestión la tendrán atribuida los Juzgados de Familia, en virtud de lo dispuesto en los arts. 769 y 748 Cc.

Por su parte, en lo que se refiere a la acción de uso y disfrute compartido prevista en el art. 398 Cc, serán los Juzgados de Primera Instancia los que deberán conocer de esta materia, según lo dispuesto en el art. 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, el cauce por el que se tramitarán será el del juicio verbal en virtud de lo dispuesto en el art. 250,1,3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La problemática que se observa en este caso, en que los procedimientos judiciales a los que deberá enfrentarse aquel que pretenda obtener un “régimen de visitas” sobre su mascota son totalmente diferentes si existe matrimonio o si no existe, especialmente en el caso de que la separación o el divorcio haya sido consensual y las partes hayan acordado medidas relativas a la guarda y custodia del animal en el convenio regulador. Es por ello que la duda que se nos plantea, tras analizar la reforma es, si no hubiera sido conveniente extender las medidas que se adoptan para el proceso matrimonial a los demás casos, dotando de un procedimiento autónomo a las partes para determinar el referido régimen de guarda y custodia del animal.

4.3. CARÁCTER INEMBARGABLE DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA.

Otro de los aspectos que nos plantea dudas es el carácter inembargable de estos animales conforme al art. 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A la modificación de este precepto debe añadirse, para comprender el problema que queremos poner aquí de manifiesto, la nueva redacción del art. 404 del Cc en el siguiente sentido:

En caso de animales de compañía, la división no podrá realizarse mediante su venta, salvo acuerdo unánime de todos los dueños.

La interpretación conjunta de ambos preceptos nos permite llegar a la conclusión de que los animales de compañía, no solo son inembargables, sino que la división económica de los mismos no podrá realizarse salvo que exista acuerdo entre todos los copropietarios. Especial interés puede tener esta cuestión cuando nos encontramos ante una situación de concurso de acreedores en empresas cuyo principal activo puedan ser los animales (granjas, tiendas de mascotas, clubs de hípica...).

La inembargabilidad de los animales en estos casos puede acabar generando un perjuicio a los acreedores, quienes no verán satisfechos sus derechos de crédito frente a la mercantil concursada por imposibilidad de realizar los “bienes”, en este caso, los animales. Además, la indeterminación del concepto de “animal de compañía”, contribuye a generar una mayor problemática en estos casos.

5. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la guarda y custodia de los animales de compañía antes de la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, y las novedades que ésta ha introducido, podemos concluir lo siguiente:

- La Ley 17/2021 plasma en nuestro ordenamiento la idea de que los animales tienen una naturaleza distinta que las cosas o bienes. Desde la entrada en vigor de la citada norma, los animales son seres vivos dotados de especial sensibilidad, a los que solo se les aplicará el régimen jurídico de los bienes si no existe una previsión legal concreta que los ampare.
- La Ley 17/2021 se centra, no solo en modificar el estatuto jurídico de los animales de compañía, sino en dar un amparo legal a los mismos en caso de nulidad, separación o divorcio de un matrimonio, se permite a los cónyuges adoptar medidas específicas para los animales de compañía (ya sea en sede de convenio regulador o de sentencia) tras la disolución matrimonial. Estas medidas incluyen, no solamente una guarda y custodia de las mascotas, sino que se permite establecer quien se responsabilizará de los gastos en cada caso. Asimismo, estas medidas pueden ser modificadas si se produce un cambio significativo en las circunstancias que llevaron a su adopción.
- Esta posibilidad de adoptar medidas y establecer una guarda y custodia del animal solo se permite en los casos en los que la pareja que se separa hubiese contraído matrimonio. La ley no contempla medida específica para aquellos casos de separación o cese de convivencia de parejas de hecho, o parejas convivientes, o incluso hermanos o amigos que han convivido y han cuidado al animal de forma conjunta. Para estos casos, no queda más remedio, en caso de cese de la convivencia, que seguir acudiendo a la vía del art. 398 del Cc para solicitar el uso y disfrute compartido de la cosa común, al aplicarse supletoriamente el régimen jurídico de los bienes a los animales.
- La Ley 17/2021 no da un concepto de “animal de compañía” lo que genera dudas sobre la aplicación de muchos de los nuevos preceptos reformados a algunos tipos de animales.
- Al no regularse por la Ley 17/2021 la guarda y custodia de los animales de compañía fuera del matrimonio, se pueden generar algunos problemas, ya que para reclamar la guarda y custodia del animal deberá hacerse por procedimientos diferentes si los convivientes están casados o no, de modo que unos se tramitarían ante los Juzgados de Familia y otros ante los de Primera Instancia.
- Ley 17/2021 debería haber incluido un concepto de “animal de compañía”. Esto habría limitado muchos problemas en todos los ámbitos, y en particular si se trata de un bien embargable o no.

En definitiva, la Ley 17/2021 de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales permitirá, de ahora en adelante, establecer un auténtico régimen de guarda y custodia sobre los animales de compañía, si los propietarios del animal están casados. Así, en los casos de nulidad separación o divorcio, el animal se verá protegido por medidas concretas tendentes a garantizar su bienestar, algo que no ocurrirá del mismo modo cuando la pareja o los propietarios no hubiesen contraído matrimonio, en cuyo caso, seguiremos aplicando a nuestras mascotas el régimen aplicable a cualquier bien y solicitando, en su caso, el uso y disfrute compartido de la cosa.

Todo esto nos permite concluir que la Ley 17/2021, si bien era necesaria en nuestro ordenamiento jurídico, pues necesitábamos otorgar una mayor protección en el ámbito civil a los animales, presenta algunas carencias en su regulación que pueden generar problemas en el futuro.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., Compendio de Derecho Civil Ed. José María Bosch, Barcelona 1991.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Manual de Derecho Civil. Derechos Reales, Ed. Bercal Madrid, 2015.

CABEZUELO ARENAS, A.L., “Art. 219.1”, Propuesta de Código Civil, (Asociación de Profesores de Derecho Civil), Ed. Tecnos, Madrid, 2018.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de acuerdo: algunos consejos prácticos para su redacción y homologación”, Revista La Ley, núm. 8274/2020

DIAZ MARTINEZ, A., “Comentario al artículo 91” en Comentarios al Código Civil, (Dir. Rodrigo Bercovitz), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, Tomo I.

GALLEGO DOMINGUEZ, I., Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales, Ed. Bosch, Barcelona 1997.

GIL MEMBRADO, C., Régimen jurídico de los animales de compañía, Ed. Dykinson, Madrid 2014.

LASARTE, C., Curso de Derecho Civil Patrimonial, Ed. Tecnos, Madrid 1997.

PEREZ CONESA, C., “Comentario al artículo 392”, en Comentarios al Código Civil. (Dir. Rodrigo Bercovitz), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, Tomo III

RAMOS MAETRE. A., “La responsabilidad civil por los daños causados por los animales; consideración particular de los sujetos responsables”, Revista de Derecho Privado, año núm. 81, mes 10, 1997

7. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia núm. 93/2019 de 21 de Junio (ECLI:ES:JPI:2019:93)

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº9 de Valladolid, núm. 88/2019 de 27 de Mayo (ECLI:ES:JPI:2019:88).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13), núm. 582/2016 de 17 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:14624)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13) núm. 54/2016 de 19 de febrero (ECLI:ES:APM:2016/1827)

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, núm. 108/2019 de 21 de junio (ECLI:ES:JPI:2019:93)

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Murcia, núm. 108/2019 de 21 de junio (ECLI:ES:JPI:2019:93)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6) núm.818/2016 de 24 de Junio (ECLI:ES:AP:MA:2016:2937)

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº9 de Valladolid, núm. 88/2019 de 27 de Mayo (ECLI:ES:JPI:2019:88).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4), núm.244/2017 de 21 de Junio (ECLI:ES:APO:2017:1845)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6), núm. 818/2016 de 24 de Noviembre (ECLI:ES:AP:MA:2016:2937)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4), núm.244/2017 de 21 de Junio (ECLI:ES:APO:2017:1845)

Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1), núm. 430/2011 de 25 de Noviembre (ECLI:ES:AP:LE:2011:1373)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6), núm. 182/2012 de 12 de Abril (ECLI:ES:APMA:2012:1077)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6), núm. 703/2014, de 9 de Diciembre (ECLI:ES:APPO:2014:2475)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22), núm. 841/2013 de 29 de Octubre (ECLI:ES:APM:2013:15112)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1), núm. 36/2015 de 24 de Marzo (ECLI:ES:APSG:2015:64)

UNA RELECTURA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL APLICADA DESDE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

José Ricardo Pardo Gato

Abogado.

Académico de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Diplomado en Estudios de la Defensa.

*“No one can demand that you be neutral
toward the crime of genocide.*

*If... there is a judge in the whole world
who can be neutral toward this crime,
that judge is not fit to sit in judgment”.*

*Gideon Hausner, defendiendo la legalidad
del juicio al criminal de guerra Adolf Eichmann*

Fecha de recepción: 8 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 30 de junio de 2021

RESUMEN: Hace sólo siglo y medio, la aplicación de una justicia universal era, a lo sumo, un sueño, una quimera, tanto en su perspectiva de un tribunal global, personificado en la Corte Penal Internacional, como en la aplicación de un principio de justicia universal por parte de jurisdicciones nacionales. El ingente esfuerzo colectivo realizado en el siglo XX, y en este inicio del nuevo milenio, ha ido convirtiendo ese sueño en realidad, en aras al fin de la impunidad de los crímenes internacionales.

ABSTRACT: Ensuring security and a free and peaceful cohabitation between citizens constitutes a duty for states and, in general, for all public powers. This entails the duty to fight any abuse whatsoever of the human rights enshrined in legal texts, the principles of which are irrevocable and whose ignorance is not justified under any kind of circumstance or situation whatsoever.

PALABRAS CLAVE: Justicia universal, derecho global, Corte Penal Internacional, derechos humanos, delitos de lesa humanidad.

KEYWORDS: Universal justice, global law, International Criminal Court, human rights, crimes against humanity.

SUMARIO: I. LA JUSTICIA COMO PREÁMBULO: APROXIMACIÓN DESDE LOS CLÁSICOS AL DERECHO GLOBAL.- II. PREMISA INTRODUCTORIA: LA DISYUNTIVA LIBERTAD-SEGURIDAD Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES.- III. LA POTESTAD DE JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO. LA DESEADA DOBLE INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL.- IV. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.- IV.1. Aprobación, finalidad, principios.- IV.2. Lagunas detectadas en su aplicación jurisdiccional.- a) Ausencia de ratificación general.- b) Limitación a la extensión competencial.- c) Aspectos formales y procesales.- d) Colisión entre diferentes modelos jurídicos.- V. LA JUSTICIA UNIVERSAL IRRADIADA DESDE EL ESTADO ESPAÑOL.- V.1. Sumarios y asuntos: ¿Posible solución sobre el terreno?.- a) Caso Chile (crímenes 1973-1990) y caso Argentina (crímenes 1976-1983).- b) Caso Fidel Castro.- c) Caso Guatemala.- d) Caso José Couso.- e) Caso Tibet y caso Falun Gong.- f) Caso Ruanda-R.D. Congo (crímenes 1990-2002).- g) Caso Guerra Civil española y caso Holocausto nazi.- h) Caso Gaza.- i) Caso Guantánamo.- V.2. Legislación y jurisprudencia española a modo de justicia penal universal.- a) Postulados legales y principios reconocidos.- b) Doctrina y limitaciones jurisprudenciales.- c) Limitaciones derivadas de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional.- d) La reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- VI. CORTE PENAL INTERNACIONAL VERSUS AUDIENCIA NACIONAL.- VI.1. Elementos positivos y negativos a ponderar entre ambos tribunales.- VI.2. Mejoras a introducir en el funcionamiento de la Corte Penal Internacional.- VII. EPÍLOGO: CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.- Referencias Bibliográficas.

1. LA JUSTICIA COMO PREÁMBULO: APROXIMACIÓN DESDE LOS CLÁSICOS AL DERECHO GLOBAL

De entre los más ilustres juristas y politólogos que ha dado Galicia a lo largo de la historia uno de los más señeros ha sido, sin duda, Eugenio MONTERO RÍOS, para quien, desde el sendero de la simbología,

La Justicia debe ser como la inmóvil roca en medio del mar siempre agitado, a la cual se acogen los que, combatidos por la tempestad, buscan en ella su salvación y contra cuya base se estrellan siempre las embravecidas olas sin conmovérsela.

Si bien dicho símil fue empleado por el autor el 15 de septiembre de 1870 en el *Discurso de Apertura de los Tribunales*, ya desde mucho tiempo atrás el término justicia envuelve nuestro propio ser y el quehacer que nos mueve, por lo que no es de extrañar que su significado haya estado desde siempre presente en el pensamiento humano.

En un sentido más directo, Hans KELSEN, en el acto académico de despedida como miembro activo de la Universidad de California (Berkeley, 27 de mayo de 1952) pronunció una conferencia sobre el tema *¿Qué es la justicia?*¹, disertación cuyas primeras palabras se valieron de la siguiente letanía:

Cuando Jesús de Nazaret fue conducido ante Pilatos y reconoció que era rey, dijo: “Nací para dar testimonio de la Verdad y para ello vine al mundo”. Y Pilatos preguntó: “¿Qué es la Verdad?”. El procurador romano esperaba una respuesta a esta pregunta y Jesús no se la dio, ya que dar testimonio de la Verdad no era la esencia de su misión divina como rey mesiánico. Jesús había nacido para dar testimonio de justicia, la justicia del reino de Dios, y por esta justicia murió en la

¹ KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 35-63. La cita que sigue se encuentra en la p. 35 de la obra.

cruz. Por tanto, tras la pregunta de Pilatos, “¿Qué es la Verdad?”, se plantea, a raíz de la sangre derramada por Cristo, otra pregunta de mayor importancia, la eterna pregunta de la humanidad: ¿Qué es la Justicia?”.

A esta formulación, ya de por sí compleja habida cuenta de las variantes que la misma encierra, se le une con fuerza, fundamentalmente de un tiempo a esta parte, la apelación a un Derecho global, a partir del que emerge, desde un primer momento, una nueva pregunta en torno a su propia esencia, *¿Qué es el Derecho global?*, motivo de estudio y polémica científica de distintos investigadores, entre ellos Rafael DOMINGO, quien, más recientemente, ha venido a profundizar sobre la vertiente de la justicia en su acepción de universalidad²:

Roma dio vida al Derecho de gentes; la Europa moderna e ilustrada, al Derecho internacional; el mundo globalizado en que vivimos, al Derecho global, universal, cosmopolita, de la Humanidad, o como quiera denominarse. En todo caso, se trata de un Derecho común, de un “ius commune” del tercer milenio, con ciertas semejanzas con el Derecho común medieval, que haría las veces de tío abuelo de nuestra familia jurídica.

Ante estas manifestaciones recurrentes viene a mi memoria el famoso texto de las *Instituciones* de GAYO (2.73), donde el jurista del siglo II d.C. afirmaba que

Lo que otro edifica en terreno nuestro, aunque lo edifique por su cuenta, se hace nuestro por Derecho natural, porque la construcción cede al terreno (“superficies solo cedit”).

Difícilmente esta misma autoridad se hubiera atrevido a repetir tal manifestación, multiseccularmente aceptada por los tribunales, si pudiera volver la vista a la actualidad y observar, a buen seguro desde la incredulidad más absoluta, la problemática jurídica internacional de los tiempos que corren.

En puridad, fue CICERÓN, como un vaticinio a lo que siglos más tarde acontecería, el primero en atreverse a emplear la expresión *“Derecho de gentes”*, luego asumida por los juristas romanos, los teólogos y canonistas medievales, los humanistas renacentistas y los ilustrados racionalistas, que terminarían convirtiéndolo en un derecho interestatal en sentido estricto.

En la actualidad, la latente globalización exige una reformulación de este derecho, una respuesta jurídica adecuada a los nuevos tiempos. Es hora, pues, de un derecho global, como antes lo fue el derecho de gentes y luego lo ha sido el derecho internacional, como bien se cuida en interrelacionarlos el profesor DOMINGO:

*Sin el “ius Pentium”, no se entiende el Derecho “inter naciones”, el “Internacional Law”. Y sin el desarrollo de éste, no hubiera nacido el incipiente Derecho global. Los tres Derechos -de gentes, internacional y global- son como abuelo, padre y nieto, respectivamente. Forman parte de una misma familia. Tienen, por tanto, rasgos comunes que los aproximan por basarse en principios jurídicos distintos y aplicarse en momentos históricos del todo diferentes.*³

Probablemente la convivencia superpuesta de tales derechos fue lo que llevó al gran historiador Sir Frederic POLLOCK (1845-1937), en el año 1911, durante un ciclo de conferencias sobre *“The Genios of the Common Law”* en la Columbia University de Nueva York, a pronunciar la siguiente frase lapidaria: *“Law is the sister of freedom”*. El tiempo transcurrido parece haber venido a confirmar su validez y actualidad, pues, como apunta GARRIGUES WALKER

² DOMINGO, R.: *¿Qué es el Derecho global?*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008. La reseña se toma de la p. 22.

³ Cfr. pp. 20 y 21.

Si queremos construir un nuevo orden mundial -lo que parece una exigencia del desarrollo humano alcanzado- basado en la libertad y en los demás principios que informan nuestras democracias occidentales, necesitamos un derecho nuevo que garantice la libertad en estas circunstancias históricas en las que vivimos.⁴

Situaciones que día a día se ven, si cabe, más difíciles y complejas habida cuenta de los nuevos acontecimientos acaecidos, tales como la declaración unilateral de la independencia de Kosovo o el secuestro de los atuneros españoles, primero, del Playa de Bakio⁵ y, más tarde, del Alakrana⁶, perpetrados por un grupo de piratas en el mar de Somalia, *reducto sin ley* cada vez más al servicio del abordaje, el secuestro y la piratería, a cuyo peligro no es ajeno ningún Estado ni ciudadano que se atreva a adentrarse en dichas aguas.

Ante hechos o circunstancias de este tipo u otras relacionadas con la persecución de delitos perpetrados contra la humanidad o crímenes de guerra la respuesta internacional ha venido, en último término, de la mano de organismos internacionales como la Corte Penal Internacional o a través del recurso a la justicia universal, propiamente por medio, en muchos casos, de la Audiencia Nacional española. A estas dos posibilidades de acogimiento procesal nos referiremos a lo largo del presente estudio.

2. PREMISA INTRODUCTORIA: LA DISYUNTIVA LIBERTAD-SEGURIDAD Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES

Libertad y seguridad son, sin duda, dos de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el actual Estado de Derecho. Ante ellos, la Justicia, en su concepción lata, ha de mantenerse siempre expectante en su cometido de garante de que ambos conceptos, en cuanto que consustanciales a la condición humana, coexisten pacíficamente para hacer posible un estatus de libertad garantizada por un efectivo sistema de seguridad, frente a la amenaza que siempre supone el alcanzar una situación de tales garantías a costa, en detrimento o cercenamiento de derechos fundamentales básicos de la persona.

En este sentido, el siempre difícil equilibrio entre la libertad y la seguridad por todos requerida no supone, o al menos no debe presuponer inicialmente, la contraposición de lo que por los referidos conceptos entendemos genéricamente, sin que de su íntima relación quepa inferir con carácter previo connotaciones de por sí negativas, siempre y cuando esa equidad de justas aspiraciones se mantengan, precisamente, en esa anhelada posición de racionalidad y equilibrio en que se sustenta la legitimidad de los sistemas democráticos de corte occidental.

No obstante, conocedores de que los acontecimientos de la realidad social y los intereses políticos de cada momento y de cada lugar sustentan dicha contraposición en un constante *tira y afloja*, tal situación exige a las distintas cortes y tribunales que velan por garantizar el ansiado equilibrio de voluntades el permanecer en alerta y vigilantes para que un exceso de celo en salvaguardar la seguridad no vaya acompañado de una aminoración de la libertad por debajo del umbral que configura un moderno Estado democrático de Derecho.

⁴ GARRIGUES WALKER, A.: "Prólogo" al libro colectivo *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, DOMINGO, R. (coord.), Aranzadi, Navarra, 2006, p. 9.

⁵ El secuestro del barco Playa de Bakio fue un incidente ocurrido entre el 20 y el 26 de abril del año 2008. Entre esas fechas su tripulación fue retenida por piratas en la costa de Somalia.

⁶ El secuestro del barco Alakrana, obra también de piratas somalíes, se produjo a 413 millas de las costas del sur de Somalia el 3 de octubre de 2009. En el momento del abordaje dicho pesquero se hallaba faenando en aguas internacionales, fuera de la zona protegida por la Operación Atalanta.

Convivimos, ciertamente, en permanente presencia de esa aludida *dicotomía libertad-seguridad*, la cual se antoja a todas luces presente en la cotidianidad actual del mundo globalizado, sin que, por ello, dicha tesitura deba traducirse a la postre, necesariamente, en una merma de libertad y de reconocimiento y respeto de los derechos humanos *globalmente consagrados*.

A diferencia de lo que ha venido sucediendo hasta fechas muy recientes, inviable se presenta el preservar esta polémica en el espectro internacional, dado que la movilidad social imperante, junto con los incesantes flujos migratorios, convierten los problemas transnacionales en vicisitudes concretas de los países receptores de tales flujos, junto con el hecho -no menos relevante- de que los problemas suscitados en el seno de estos estados repercuten e inciden directa o indirectamente en la realidad internacional. De ahí que, de un modo u otro, no debamos o -mejor dicho- no podamos quedarnos impasibles ante tales acontecimientos, pasados o presentes, así como respecto de aquellos que puedan aflorar o sobrevenir en el futuro.

Para ello debemos reafirmarnos en los dos principios, plenamente reconocidos⁷, que los juristas, al menos desde el prisma de la cultura instalada en el mundo considerado más avanzado, confían definitivamente adquiridos e inmutables: por un lado, en su máxima expresión, cualquier democracia que se precie, para merecer tal nomenclatura, incluso para justificar su propia razón de ser, debe venir presidida y proclamar abiertamente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, así como propiciar y crear las instituciones y procedimientos necesarios para que los mismos sean por todos respetados y puedan ejercitarse sin menoscabo alguno; por otro, el Estado, así configurado, debe garantizar a los ciudadanos un marco de seguridad viable y razonable que haga factible el desarrollo de su vida y actividades diarias en forma pacífica y que ampare con eficacia el ejercicio y disfrute de los mentados derechos y libertades.

En relación al primer principio citado, y respecto a la conformación de las instituciones y los procedimientos necesarios para que esos derechos y libertades sean por todos coherentemente respetados, susceptibles de ejercitación, se destina primordialmente este trabajo, sobre todo a los efectos de situar y clarificar, en la medida de lo posible, la oportunidad que asiste a un determinado estado de extrapolar su derecho y jurisdicción más allá de sus fronteras si lo que se entiende conculcado es, justamente, el desarrollo de tales libertades y derechos básicos de la persona, cuando no el poder apelar a organismos y tribunales internacionales que vengán a tutelar y amparar su libre y natural desarrollo⁸; para lo cual trataremos de perfilar en el camino los *pros y contras* de cada una de las dos vías jurisdiccionales articuladas en los últimos tiempos desde la base del ordenamiento nacional e internacional directamente aplicable, así como la solución finalmente adoptada al respecto por el Estado español.

3. LA POTESTAD DE JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO. LA DESEADA DOBLE INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Pero antes de adentrarnos en el cometido propuesto, cabe referirnos, aunque sea someramente, sobre una cuestión previa que no debemos perder de vista dada su evidente vinculación con el tema, al menos por lo que afecta al sistema español de defensa de los

⁷ Tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, como por la propia Convención Europea de Derechos Humanos, así como en las constituciones de todos los países democráticos, entre ellas la Constitución española.

⁸ Sobre el tema tuve ya oportunidad de referirme, si bien de un modo somero y sin poder hacerme eco de las últimas modificaciones legales operadas dentro del marco del ordenamiento jurídico español, en PARDO GATO, J.R.: "Corte Penal Internacional y/o justicia universal. ¿Las dos caras de la misma moneda?", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 92, julio-diciembre 2008, pp. 109-142.

derechos fundamentales en cuanto al necesario o, al menos, conveniente recurso a la doble instancia penal para el supuesto de su cercenamiento.

Sabido es que, en nuestro marco jurídico de actuación, la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado viene atribuida al justiciable en el artículo 117.3 de la Carta Magna (CE), del mismo modo que, símbolo de madurez política y sobre todo de respeto a la libertad de expresión, los ciudadanos puedan, hasta cierto punto, mostrar su acuerdo o desacuerdo con tales decisiones, dentro de los márgenes democráticos instaurados, de tal forma que a través del derecho fundamental de defensa el abogado y, en último término, el juzgador se conviertan en garantes de la inviolabilidad de derechos y libertades que por ser inherentes a las personas resultan de naturaleza irrenunciable.

Es en este contexto donde debe afirmarse que el recurso a la doble instancia penal tiene en nuestro país rango constitucional ‘si bien no expreso’, tras la ratificación por el Estado español, el 13 de abril de 1977, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otorgado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que expresamente así lo garantiza, a lo que cabe añadir lo proclamado a su vez por el artículo 10.2 de la CE cuando dispone que “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El sistema de recursos regulado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) excluye de la doble instancia a los delitos que llevan aparejadas penas más graves frente a aquellos otros de penalidad inferior, de tal modo que mientras para estos últimos la ley establece un régimen procesal de naturaleza ordinaria (recurso de apelación)⁹, para los primeros sólo se prevé el de casación ante el Tribunal Supremo¹⁰; procedimiento que, por su carácter extraordinario, sólo resulta viable si concurren los requisitos y presupuestos legalmente establecidos, por lo que se veda la posibilidad de llevar a cabo una nueva valoración de los hechos o indicios incriminatorios.

Fruto de todo ello se viene vulnerando, reiteradamente, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión penal a la doble instancia, lo que ha supuesto la condena a España en diversas ocasiones por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), por violación del artículo 14.5 del precitado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹, en el que se señala que “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena

⁹ El Proyecto de Ley Orgánica 121/000069 por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, si bien tiene como objetivo primordial generalizar la doble instancia en los procesos penales mediante la extensión del recurso de apelación a toda sentencia penal, no parece, en principio, que vaya a cumplir todas las expectativas expuestas, al declarar su anunciada Exposición de Motivos que: “... se puede revisar, por tanto, a través de este cauce procesal de la apelación, la aplicación del Derecho realizada por el órgano *a quo* y el control de los hechos realizado por el expresado órgano judicial únicamente cuando se trata de verificar que la conducta se sustenta sobre pruebas lícitas, que existe prueba de cargo suficiente y si la prueba practicada permite sostener la culpabilidad más allá de toda duda razonable”. En el nuevo recurso de apelación regulado se excluye, por tanto, como motivo del mismo, el *error en la valoración de la prueba*, por lo que no habilita para una nueva instancia plena. No en vano en la actualidad dicho error se contempla, si bien con carácter restringido, en el recurso de casación y, de manera amplia, en el de apelación que regula el artículo 790 de la vigente LECrim.

¹⁰ Ya demandado en su día para el proceso militar por DE QUEROL Y LOMBARDEO, J.F.: “El mando militar ante el recurso de casación”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, enero-junio 1989, pp. 27-56; “El recurso de casación en el proceso militar”, *Derecho penal y proceso militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 655-676. En este último trabajo y en el contexto temporal de la temática abordada, el autor iniciaba su reflexión con estas palabras de tanto calado: “*Salvo un paréntesis corto, cuando la Segunda República reformó la legislación castrense, pretendiendo establecer un recurso de casación contra las sentencias de los Consejos de Guerra, ha sido tradicional en el proceso militar la inexistencia de pluralidad de instancias. Inexistencia de recursos de apelación como medio ordinario de impugnar las resoluciones judiciales; imposibilidad de las partes de instar ante un Tribunal Superior cuando las sentencias infrinjan la ley; escasa posibilidad de denunciar quebrantamientos de formas, etc.*”. Motivos que, aunque por razones diferentes, avalan la doble instancia penal aquí solicitada.

¹¹ Valga de ejemplo el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 11 de agosto de 2000 por el que se ordenaba la anulación de la condena a un español por vulneración de su derecho a la doble instancia penal, salvo que fuera revisado su proceso.

que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”.

A la espera de la pertinente reforma de nuestra ley procesal penal y de cómo quede definitivamente regulada la doble instancia en el futuro texto legal, sirva aquí de expresa constancia la denuncia por la vulneración reiterada del referido Pacto internacional de Nueva York para luego poder acudir a las instancias, organismos y tribunales internacionales.

4. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Entre los organismos y tribunales creados para velar y, en su caso, castigar ciertas actuaciones alejadas a derecho en el ámbito internacional, destaca fundamentalmente - desde su conformación e inicio de facultades y consiguiente actividad jurisdiccional- la Corte Penal Internacional (CPI), cuyo favorable reconocimiento no debe impedirnos denunciar los posibles inconvenientes o aspectos negativos que su funcionamiento, después de más de media década, arrastra tras de sí.

4.1. APROBACIÓN, FINALIDAD, PRINCIPIOS

A tenor de una propuesta presentada en 1989 por Trinidad y Tobago ante la 44ª Asamblea General de la ONU, el 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de este mismo organismo aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), primer tribunal de estas características con vocación de permanencia y alcance potencialmente universal. Dicho texto legal entró en vigor el 1 de julio de 2002, una vez superadas las sesenta ratificaciones necesarias que a tal fin el propio Estatuto preveía. España, por su parte, prestó su consentimiento al mismo a través de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre.

Si su finalidad se centra, básicamente, en acabar con la impunidad y prevenir nuevos crímenes mediante la constitución de una instancia judicial independiente, vinculada con las Naciones Unidas, dos de los principios generales por los que se rige entroncan directamente con los ya recogidos en la Carta de tan alto organismo, a saber: la prohibición del uso o amenaza de la fuerza y la no injerencia en los asuntos internos¹²; postulado este último que no ha de entenderse de tenor restrictivo, pues como gran logro de la CPI figura el que los crímenes notorios cometidos en los conflictos armados internos (no internacionales) serán igualmente de su competencia.

4.2. LAGUNAS DETECTADAS EN SU APLICACIÓN JURISDICCIONAL

a) Ausencia de ratificación general

Hasta enero del año 2007, 104 países habían suscrito el Estatuto de Roma de la CPI¹³, por lo que si consideramos que son 192 en la actualidad los Estados miembros de las Naciones Unidas, el número de Estados parte de la Corte es significativo e importante, si bien claramente insuficiente, por cuanto si lo pretendido es ejercer una jurisdicción universal y una primacía institucional en la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha de estimarse como un fracaso y una radiografía ciertamente

¹² Para mayor abundamiento sobre la aprobación, finalidad y principios de la norma base de la CPI, *vid.* RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: “Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 73, enero-junio 1999, pp. 197-207.

¹³ De este número de países, 41 son europeos, 29 son Estados africanos, 22 de Iberoamérica y Caribe, y 12 de Asia.

inquietante del estado del mundo la ausencia de naciones clave en el concierto internacional.

Así, la falta de ratificación por las grandes naciones (Estados Unidos de América, Rusia, China, India, Israel y la práctica totalidad de los Estados árabes, desde Marruecos, Egipto y Arabia Saudita, hasta Irán o Pakistán), ha supuesto un serio varapalo al objetivo inicial con el que se fraguó la conformación de la CPI. Dejar fuera de su jurisdicción a una parte importante de ciudadanos no hace sino convertir para muchos de ellos en mera expectativa inviable el acceso a las reparaciones, indemnizaciones o rehabilitaciones que podrían exigir de concurrir una mayor extensión de su competencia.

b) Limitación a la extensión competencial

Como premisa, debe quedar claro antes de nada que este organismo conoce exclusivamente de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, de ahí que hasta el momento se haya concretado en la persecución de los delitos de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, previéndose su extensión en el futuro al delito de agresión (artículo 5 ECPI), cuya competencia queda deferida a una posterior concreción, tanto de los elementos del mismo como de las condiciones en que pueda ser perseguido (ex artículos 121 y 123 ECPI). Empero, carece de competencia para conocer del delito de terrorismo¹⁴, por presentar el mismo un concepto no unívoco en el ámbito internacional, habida cuenta de su falta de tipificación hasta el momento por la Asamblea General de la ONU.

A diferencia de otros tribunales de naturaleza similar creados con anterioridad (Nüremberg, Tokio, Ruanda, Yugoslavia)¹⁵, con la finalidad de atender a situaciones concretas y con carácter temporal, la CPI no se limita al conocimiento de *delitos acaecidos en el ínterin de una contienda o un determinado conflicto*, ni para situaciones definidas durante o con posterioridad a la lucha armada; no se trata, pues, de un tribunal *ad hoc* creado *ex post facto*, tras haberse cometido el delito, lo que viene a justificar la razón de porqué no retrotrae su jurisdicción, al limitar su conocimiento a los delitos y crímenes ocurridos después del 1 de julio de 2002.

c) Aspectos formales y procesales

Por otro lado, si bien el Estatuto reconoce los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla pena sine lege*, basados en la aplicación de los delitos y penas que se regulan en la propia norma, contrariamente no contempla la posibilidad de desarrollar, en su caso, el juicio en la lengua materna del acusado, sino tan solo en los idiomas de trabajo de la Corte, entre los que, sorpresivamente dada su amplia difusión, no se encuentra la lengua española.

Destacable es también, como nota diferencial respecto de los Tribunales *ad hoc* precedentes, la regulación de los derechos de las víctimas, que en relación con muchos de los

¹⁴ Al respecto, tempranamente, *vid.* GUTIÉRREZ LANZA, G.: “Notas sobre los delitos de terrorismo”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, enero-junio 1975, pp. 35-48; y, en cuanto a su íntima relación con los derechos humanos, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005.

¹⁵ Los Tribunales de Nüremberg y Tokio fueron consecuencia de una guerra de agresión y unieron la responsabilidad de los gobernantes por violaciones de derechos humanos a la responsabilidad por la guerra [BACIGALUPO, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77, enero-junio 2001, p. 251; sobre el desarrollo de los acuerdos internacionales para la penalización de la guerra de agresión -Protocolo de Ginebra, 1924, Pacto Kellogg, 1928-, *vid.* SCHMITT, C.: *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1945, ed. por QUARITSCH, H., 1994]. En cuanto a los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, *vid.* Resoluciones de la ONU 827 (1993), de 25 de mayo, y 955 (1994), de 8 de noviembre, respectivamente.

sistemas jurídicos nacionales existentes ha venido a representar una verdadera irrupción jurisdiccional novedosa.

A nivel procesal, conviene asimismo aclarar que se incorpora en este Tribunal la figura del *amicus curiae*, por la que, acorde con su espíritu, por vía de intervención adhesiva puede ser llamado al proceso bien por el propio justiciable, bien a petición propia.

En el ámbito de la exigencia a la hora de la demanda, se requiere a las víctimas para su presentación la respectiva solicitud de participación en el procedimiento y el reconocimiento de su condición, con la consiguiente posibilidad de rechazo de tales reclamaciones en caso de la no acreditación indubitada de la *categoría* de víctimas de los demandantes¹⁶. Esta circunstancia, aparentemente lógica desde el punto de vista de la *ratio* jurídica, quiebra su naturalidad ante la esencia del proceso y su fin perseguido, por cuanto las víctimas suelen encontrarse dispersas, en ocasiones en situaciones de grave riesgo y con evidentes problemas para la demostración palpable de lo que se les requiere; tengamos por caso la situación de mujeres violadas o agredidas, las más de las veces ocultas y silenciadas por el miedo. Por tanto, facilitar el acceso a la demanda y la posibilidad de intervención en el proceso sin exigencias previas, que pueden no responder a la necesidad de la aplicación de la justicia, parecería lo más razonable, ello sin desconocer que los procedimientos puedan iniciarse de oficio, lo que para nada obsta lo que acabamos de sostener.

La audiencia de confirmación de cargos que ha tenido lugar en los últimos procedimientos iniciados propiamente ante la CPI, así como las primeras sesiones celebradas al efecto¹⁷, han revelado, en este sentido, que el procedimiento establecido por los Estados parte del Tratado de Roma requiere de ajustes para garantizar un adecuado amparo del derecho a la defensa, habiendo instaurado, por otro lado, un novedoso papel encomendado a las correspondientes defensas de las víctimas, con posibilidad de intervención en las sesiones¹⁸, no equiparable totalmente en sus posibilidades procesales al fiscal y a la defensa del acusado.

Junto a estas breves pinceladas destinadas a esbozar la presencia de la CPI en el ámbito en el que nos movemos, cabe significar como rasgo también identitario de la misma en su ejercicio la concesión de privilegios e inmunidades del abogado defensor, tal como se colige del artículo 48 ECPI. Así, el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, redactado por la Comisión Preparatoria de la CPI y adoptado por la Asamblea de los Estados partes el 9 de septiembre de 2002, deviene en medio necesario para poder ejercitar la acusación y la defensa con total independencia y libertad: localización de pruebas en el propio territorio nacional del defendido, cuando probablemente los dirigentes sean reacios a proporcionar medios y facilitar las investigaciones pertinentes, o permitir la salida del país de las pruebas obtenidas, así inculpatorias como exculpatorias, puede significar una tarea ciertamente peligrosa e incluso potencialmente lesiva si el

¹⁶ En cuanto a la condición de *víctimas*, debemos tener presente lo confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), Sala Tercera, de 28 de junio de 2007 (asunto: C-467/2005), al no incluir dentro de dicho concepto (contenido en la Decisión marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo) a las personas jurídicas que hayan sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.

Además, hay que tener en cuenta que para la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a una situación de crisis referida en la pretensión de activación, los estados partes han establecido toda una serie de presupuestos materiales (*presupuestos de activación*) que deben concurrir en relación con dicha situación y que se recogen en los artículos 15, 16 y 53 ECPI y en la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

¹⁷ Sesiones que tuvieron lugar durante tres semanas en los meses de noviembre y diciembre de 2006, en el asunto del *Fiscal contra Thomas Lubanga Dilo*; causa juzgada ante la CPI en el año 2007 por hechos acaecidos en la República Democrática del Congo que afectaron al reclutamiento de niños soldados, entre otros cargos. En los últimos tiempos la CPI ha prestado su sede para acoger el juicio contra *Charles Taylor ante el Tribunal Internacional de Sierra Leona*.

¹⁸ OLÁSULO ALONSO, H.: "La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional", *Diario La Ley*, núm. 6343, 20 de octubre de 2005, p. 1, destaca que dicha posición procesal ha sido considerada como uno de los avances más significativos del Estatuto de Roma (así, también, SCHABAS, W.A.: *An Introduction to the International Criminal Court*, 2004, p. 172).

acusador o el defensor resultan ser ciudadanos -nacionales o extranjeros- carentes de la necesaria protección.

Razón de más para concluir que tanto las personas como los bienes de fiscales y abogados hayan sido dotados de la debida salvaguarda, articulada en base a los preceptos 15, 16 y 18 del mentado Acuerdo, donde se detallan las inmunidades, inviolabilidades y exenciones de que gozan tanto los principales como los integrantes de sus equipos durante el tiempo en que se prolongue su mandato. Esta protección dispensada se justifica, desde el prisma técnico, en que la CPI no es mismamente un organismo perteneciente a la ONU, por lo que quienes lo integran no gozan de los privilegios e inmunidades de que se favorecen y están facultados los funcionarios de la máxima organización internacional, a diferencia, por otro lado, de lo que sucede respecto de quienes actúan o forman parte integrante de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia o Ruanda.

Sin embargo, es de lamentar que España aun no haya procedido a la ratificación de este Acuerdo internacional, por lo que, como efecto contrario, los letrados españoles ya inscritos en la lista de abogados admitidos para actuar ante la CPI no gozarán hasta ese momento de tales privilegios esenciales para el adecuado ejercicio del derecho de defensa con todas las garantías procesales oportunas, ello sin perjuicio de la ayuda que a tal fin proporciona la figura de la Secretaría de la Corte Penal Internacional¹⁹.

d) Colisión entre diferentes modelos jurídicos

Además de lo señalado, otra cuestión merece ser contemplada en este recorrido de problemas encontrados. Cuando se trata de alcanzar un punto suficiente de conexión en medio de intereses y experiencias diversas, por lo general a los vértices de unión sólo se llega con ciertas tensiones o situando el acuerdo en espacios de difícil e incompleta conjunción.

De hecho, en el marco internacional resulta perfectamente constatable que ciertos acuerdos no resultan, a menudo, fáciles de plasmar o de llevar a la práctica -ténganse en cuenta experiencias recientes como el proceso de aprobación de una *Constitución para la Unión Europea* o las distintas contradicciones que han surgido y sobrevienen en el seno de organismos más consolidados, como la propia ONU-, por lo que avanzar a pequeños pasos es siempre aproximarse plausiblemente al objetivo propuesto, a falta de una superior concreción en menor tiempo.

En este sentido, la existencia de un modelo jurídico y judicial anglosajón y un sistema continental europeo, con tantos elementos de diversidad como se sabe, no facilita a este respecto la armonización deseada, inclinando en muchas ocasiones la balanza hacia los principios del sistema de la *common law*, lo que desde nuestra perspectiva y desarrollo legal no hace sino provocar insuficiencias, también y sobre todo en las garantías de que deben disponer las víctimas, lo que ha de convertirse en un concienzudo empeño por nuestra parte en ir corrigiendo y subsanando tales deficiencias.

¹⁹ No quedan, sin embargo, eliminadas las carencias de la defensa gracias a la contribución que proporciona la regulación de la Secretaría de la Corte, tan extraña a nuestro sistema nacional español. Pues si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 -que al referirse, en su Exposición de Motivos, a los secretarios judiciales, indicaba que su función era la de auxiliar y colaborar con los jueces y tribunales- ha sido actualizada a finales del año 2003 en lo que a la secretaria del tribunal concierne, “convirtiendo la figura del secretario judicial en una de las claves de la actual reforma”, lo que no obsta que su cometido, conforme a esta misma norma, se siga conjugando entre dos extremos esenciales: *la dación de fe y la documentación judicial*.

5. LA JUSTICIA UNIVERSAL IRRADIADA DESDE EL ESTADO ESPAÑOL

5.1. SUMARIOS Y ASUNTOS: ¿POSIBLE SOLUCIÓN SOBRE EL TERRENO?

Es precisamente, como acabamos de manifestar, en el campo de protección de las víctimas y del ejercicio de sus derechos donde estos problemas se acentúan o se hacen más palpables y manifiestos -estados al margen de la CPI, incompetencia en algunos delitos, dificultades formales y procesales en su encaje a derecho, o la colisión entre modelos jurídicos diferentes-, sobre todo si tenemos en cuenta que en el sistema penal los dos objetivos claves perseguidos son, por un lado, la condena y castigo de los culpables, pero por otro -no menos relevante-, la satisfacción a las víctimas de los daños ocasionados por aquellos.

A esta situación parece responder, sino en todo al menos en parte, la denominada como *justicia universal* o *jurisdicción universal*, que ha ido adquiriendo protagonismo en los últimos años, a la sombra -o no- de la CPI, con importantes reminiscencias y especial protagonismo de nuestro país sobre el tema -sin olvidar, como así nos lo ha confirmado nuestro Tribunal Constitucional²⁰, que España no es el único estado que reconoce el principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, citando al respecto las legislaciones de Bélgica, Dinamarca, Suecia, Italia o Alemania-²¹, al mostrarse competente, hasta hace poco sin cortapisas y en diversas ocasiones, la Audiencia Nacional española (AN), auténtico “*portaviones de la Justicia*” en palabras de MENDIZÁBAL ALLENDE²², para conocer de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad, además de la posibilidad de irradiar su influencia sobre los delitos de terrorismo o agresión, e incluso -aunque más cuestionable- sobre el de tortura, cometidos a espaldas de nuestro territorio²³.

A pesar de que -como veremos- las últimas modificaciones legislativas operadas han aminorado notablemente su capacidad de actuación, conviene en este momento dejar reflejados, con carácter objetivo, los posibles fallos recaídos y actualizar los asuntos latentes, para disponer de los suficientes elementos de juicio a la hora de ofrecer una valoración e interpretación adecuada a su justa repercusión.

a) Caso Chile (crímenes 1973-1990) y caso Argentina (crímenes 1976-1983)

Como asuntos pioneros abiertos en nuestro país por crímenes internacionales se sitúan los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas por los hechos acaecidos durante las dictaduras argentina y chilena, de tal forma que el pleno de la Sala de lo Penal

²⁰ STC de 26 de septiembre de 2005.

²¹ Bélgica, en el artículo 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999; Dinamarca, en el artículo 8.6 de su Código Penal; Suecia, en la Ley relativa a la Convención sobre el Genocidio de 1964; Italia, en el artículo 7.5 de su Código Penal; y Alemania, distintos *Länder* incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricción alguna basada en vínculos nacionales. Sobre el comentario a algunos de los asuntos abiertos en estos países, como el *caso de las monjas ruandesas* en Bélgica, *vid.* BACIGALUPO, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas...”, *cit.*, pp. 259 y ss.

Por su parte, en cuanto al derecho americano, téngase en cuenta la Ley de Reclamación de Extranjeros por Daños y Perjuicios, sancionada en 1789 (*Alien Tort Claims Act of 1789* o “*ATS*”). Dicha norma ha originado un importante auge de demandas ante la justicia norteamericana. Esta ley permite que los ciudadanos extranjeros que buscan reparación por violaciones al derecho internacional, incluyendo abusos a los derechos humanos, puedan reclamar daños y perjuicios contra el autor del daño ante un tribunal federal de los Estados Unidos, independientemente de la nacionalidad del demandado y aun cuando el acto ilícito haya tenido lugar fuera de los Estados Unidos.

²² MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: “El portaviones de la Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 7121, de 24 de febrero de 2009, pp. 3 a 5.

²³ A algunos de estos casos se refirió la profesora GIL GIL, A.: “Jurisdicción de los Tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, enero-junio de 2006, en particular pp. 55-62.

de la AN, en sendos autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, respectivamente²⁴, vino a reconocer la competencia de la jurisdicción española. En el primero, la AN interpretó que el artículo 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no excluye la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio o estado en el que se cometió el delito o de un tribunal internacional; y, en sentido similar, aunque valiéndose de menor argumentación, en el segundo se aceptó también la competencia para juzgar a *Pinochet* por las imputaciones de terrorismo y torturas, si bien el Ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar su extradición a España por encontrarse “gravemente enfermo”.

Sin embargo, el proceso, tanto en relación con la dictadura chilena como argentina, ha seguido su curso respecto de otros acusados. Así, en cuanto al *caso del general chileno Hernán Julio Brady Roche*, la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de marzo de 2004 asumió la doctrina constitucional sobre la jurisdicción española recogida en la sentencia del caso Guatemala, al que más adelante nos referiremos.

Por su parte, en el marco de la dictadura argentina se han seguido actuaciones en el *caso del ex militar de la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), Adolfo Scilingo*, y en el *caso del oficial Ricardo Miguel Cavallo*. En el primero de ellos, la STS de 15 de noviembre de 2004 vuelve a confirmar la competencia de la AN para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas imputados a Scilingo, de tal forma que el 19 de abril de 2005 la AN establece la primera sentencia condenatoria en este sumario por la que se condena a dicho ex militar a 640 años de prisión por la comisión de un delito de lesa humanidad²⁵. En este fallo la AN cambia la calificación jurídica inicial de los hechos y, en lugar de por genocidio, terrorismo y torturas, dispone la condena por aplicación del artículo 607 bis del Código Penal español (CP), precepto por el que en el año 2004 se introdujeron en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad²⁶. En su argumentación, la AN precisa que dicha decisión no implica, por el contrario, una violación del principio de legalidad, al existir tales crímenes en la costumbre internacional ya anteriormente a la comisión de los hechos.

En cuanto al *caso del oficial Ricardo Miguel Cavallo*, inicialmente México procedió al cumplimiento de las órdenes internacionales de detención del juez español Baltasar Garzón, lo que se consiguió el 24 de agosto de 2000 en Cancún, cuando intentaba regresar a Buenos Aires, para su extradición a España. La AN dictó auto de fecha 20 de diciembre de 2006 por la que apreció la *declinatoria de jurisdicción* a favor de la República Argentina, al fundamentarlo en la existencia de diligencias penales abiertas por los tribunales de este país que estima preferentes al entender que se trata de un supuesto de “*conurrencia de jurisdicciones*”, lo que permitiría hablar de un “*conflicto de jurisdicción*”, toda vez que existe *litis pendencia* por encontrarse simultáneamente en curso actuaciones en dos países; y así, estima la *declinatoria de jurisdicción* que, como artículo de previo pronunciamiento, planteó la defensa del procesado en el trámite anterior a la celebración del juicio oral, para ceder a la autoridad competente argentina el conocimiento de los hechos que motivaron el procesamiento -genocidio, terrorismo y torturas-.

Posteriormente, la STS de 18 de julio de 2007 estimó que dicha resolución de la AN debía quedar sin efecto por incurrir en varias infracciones legales: en primer lugar, por disponer materialmente la extradición de un acusado cuyo enjuiciamiento correspondía a los tribunales españoles a través de una inadecuada vía procesal -estimación de una

²⁴ Argentina: auto AN núm. R. Apel. 84/1998, de 4 de noviembre, de la Sala de lo Penal, Sección 3ª; Chile: auto AN núm. R. Apel. 173/1998, de 5 de noviembre, de la Sala de lo Penal, Sección 1ª. El ponente de ambos autos fue Carlos Cezón.

²⁵ En concreto, se trata de la SAN núm. 16/2005, de 19 de abril, de la Sala de lo Penal, Sección 3ª; ponente: José Ricardo de Prada.

²⁶ En este sentido, se había pronunciado, con anterioridad, GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, 1999, p. 183, quien comenta asimismo esta sentencia de la AN en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005, pp. 7 y ss., y cuyas observaciones críticas a la misma son contrarrestadas por CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “De Núremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-rl, noviembre 2005, pp. 3-11.

declinatoria de jurisdicción planteada de forma incorrecta-; en segundo término, por omitir la solicitud y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Tratado de Extradición suscrito con la República Argentina y sustraer al Ejecutivo su capacidad decisoria; y, en tercer lugar, por vulnerar también el contenido del Tratado suscrito con los Estados Unidos Mexicanos que prescribe el “obligado consentimiento expreso”, previo a la posibilidad de autorizar la *reextradición* a un tercer país.

Por tanto, podemos igualmente concluir que el TS, tras modificar su inicial posición al respecto para otros casos -como tendremos ocasión de comprobar-, vuelve a otorgar la competencia a los tribunales españoles para enjuiciar al imputado por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en detrimento de la jurisdicción argentina.

b) Caso Fidel Castro

Como efecto reflejo, los citados autos iniciales de la AN relativos a los casos chileno y argentino trajeron consigo la presentación de otras denuncias y querellas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, en su mayoría de ámbito latinoamericano.

Así ocurrió con los sucesivos intentos de *encausamiento de Fidel Castro*, al menos tres hasta la fecha, que la AN ha ido rechazando, incluso con posterioridad a la sentencia del caso Guatemala y pese a la convalecencia del dictador y la consiguiente cesión del mando a favor de su hermano Raúl, por razón de la inmunidad de la que gozaba, según el derecho internacional consuetudinario, al tratarse, en su momento, de un Jefe de Estado en activo (cfr. *caso Yerodia*)²⁷ y, posteriormente, por motivos de “cosa juzgada”.

c) Caso Guatemala

La denuncia presentada por la Premio Nobel de la Paz, *Rigoberta Menchú Tum*, ante el Juzgado Central de instrucción de guardia, el 2 de diciembre de 1999, por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, imputados, conjunta e indistintamente, a los generales *Efraín Ríos Montt* y *Oscar Humberto Mejías Vítores*, que ocuparon sucesivamente la jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente *Fernando Romeo Lucas García* y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército, llevó al Tribunal Constitucional español (TC) a dictar una de las más relevantes sentencias hasta el momento recaídas sobre el tema²⁸, al fijar la delimitación jurisdiccional de la justicia universal, haciéndola residir al efecto en los tribunales españoles, siguiendo el sentido de la definición aportada, sólo un mes antes, por el Instituto de Derecho Internacional, en resolución firmada en Cracovia el 26 de agosto de 2005: “La competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración o vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”²⁹.

²⁷ Esta interpretación parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia en el *caso Yerodia*, en la que este Tribunal sostiene la existencia en el derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien excepciona de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país, los casos en que el mismo Estado decide el levantamiento de la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, así como la persecución ante jurisdicciones penales internacionales. Sobre el asunto Yerodia, *vid.* PUEYO LOSA, J.: “Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83, enero-junio 2004, en particular pp. 28-33; y, en cuanto a la jurisprudencia general de este Tribunal, OMAR RAIMONDO, F.: “El valor de la jurisprudencia de la Corte internacional de Justicia como verificadora del derecho internacional humanitario y el crimen internacional de genocidio”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 81, enero-junio 2003, pp. 143-191.

²⁸ Sobre este caso y la importancia del fallo del TC, véase PARDO GATO, J.R.: “El papel de los abogados ante la jurisdicción universal. El nuevo horizonte abierto tras el *caso Guatemala*”, *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso Nacional de la Abogacía*, 26 al 28 de septiembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 187-194.

²⁹ El proyecto de 1996 de *Código de Crímenes contra la Humanidad*, promovido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, establecía que cualquier estado parte se puede encontrar facultado para ejercer su *jurisdicción respecto del presunto responsable de algunos de los crímenes de derecho internacional enunciados (genocidio, crímenes contra la humanidad, de guerra, etc.)*.

En concreto, se trata de la STC 237/2005, Sala Segunda, de 26 de septiembre, que vino a anular las dos resoluciones previas impugnadas, vertidas hasta ese momento sobre el caso en cuestión, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. Así, conforme al criterio sentado, tanto el anterior auto del pleno de la AN de 13 de diciembre de 2000³⁰, como la STS de 25 de febrero de 2003³¹, realizan, a juicio del Alto Tribunal, una interpretación excesiva e *infundadamente rigorista* del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) a partir de argumentos restrictivos de la competencia de los tribunales de nuestro país, no incluidos en la ley ni que puedan derivarse razonablemente de ésta.

Razón por la cual, una vez comunicada la decisión del Constitucional, la AN, en asunción de la misma, adoptó un acuerdo del pleno no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, conforme a la idea de unificación de criterios del artículo 264 LOPJ, según el cual en adelante examinará de oficio su propia jurisdicción, así como la inactividad de los tribunales del territorio y de los tribunales internacionales, y aceptará la jurisdicción “*salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos*”. Asimismo, en ejecución de la citada decisión constitucional, la AN dictó posterior resolución en este caso admitiendo su competencia a través del auto de 16 de febrero de 2006.

d) Caso José Couso

De gran impacto social en nuestro país, por auto del Juzgado de instrucción núm. 1 de la AN de 19 de octubre de 2005 se dicta orden internacional de busca, captura y detención a efectos de extradición contra tres militares estadounidenses (*sargento Cornelio, capitán Lázaro y teniente coronel Carlos José*) bajo la acusación de crímenes de guerra por un presunto delito de homicidio de dos periodistas, uno de ellos de nacionalidad española (José Manuel Couso, de la cadena *Telecinco*), en el ataque al *Hotel Palestina* de Bagdá (Irak) en 2003, donde se alojaba la prensa internacional.

Confirmado en reforma por auto de 28 de octubre de 2005, dicha decisión fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal ante la Sala Penal de la AN, cuya Sección Segunda dictó a su vez auto de fecha 8 de marzo de 2006 por el que confirmó el recurso y declaró la falta de jurisdicción, revocando los autos citados y decretando el archivo de las diligencias previas.

No obstante, contra la anterior resolución los querellantes interpusieron recurso de casación, que el TS, en sentencia de 11 de diciembre de 2006, haciendo suyos los fundamentos de la referida STC 237/2005, *declara haber lugar, casando y anulando el anterior auto*, bajo la declaración de que los tribunales españoles ostentan jurisdicción para conocer de los hechos denunciados en esta causa.

En mayo de 2008 la AN revocó el procesamiento de los tres militares estadounidenses implicados en la muerte del cámara José Couso, al estimar que no existían indicios “*suficientes*” para seguir con la investigación. Este auto venía a corroborar así la postura de la fiscalía, que el 21 de abril de 2008 solicitara, nuevamente, el archivo de la causa al considerar que aquella muerte se enmarcaba en un “*acto de guerra*”.

³⁰ En su apoyatura, la AN se vale del artículo 6 del Convenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948 relativo a la prevención y sanción del delito de genocidio para sostener la vigencia de una relación de subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la territorial, requiriendo además una acreditación plena de la imposibilidad legal o prolongada de inactividad judicial, hasta el extremo de exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los tribunales de Guatemala.

³¹ El TS fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en los límites de aplicación intrínsecos al principio de jurisdicción universal. Así, en su apelación a la costumbre internacional, requiere para su asunción unilateral por el derecho interno la concurrencia de “*vínculos de conexión*”, a saber: que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas tengan la nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con los intereses nacionales.

No obstante, la decisión contó con el voto en contra de uno de los magistrados del tribunal, el juez José Ricardo de Prada, que cuestionó el argumento de que tal hecho se hubiera producido en el marco de un acto de este tipo, pues, a su juicio, da a entender que en la guerra “*no hay normas que regulen las conductas de los combatientes ni protejan a las víctimas civiles y que en ella casi todo es incontrolable y posible*”, para concluir que “*cabe apreciar un ataque intencional contra objetivos civiles*”.

En todo caso, este último auto no supone el archivo de la causa, pues será el titular del Juzgado de instrucción núm. 1 el que estime finalmente el sobreseimiento del caso o continúe con la investigación.

e) Caso Tibet y caso Falun Gong

Los fundamentos de la meritada STC recaída en el caso Guatemala han servido también de base para que la AN declarara su competencia para investigar el presunto genocidio cometido por las ex autoridades chinas en el *Tíbet*³², lo que justificó la decisión del auto de 10 de enero de 2006, por el que se revocó a su vez el del Juzgado de instrucción núm. 2 de la AN de 5 de septiembre de 2005. Con independencia del proceso seguido, la represión policial china ante las revueltas acontecidas en el Tibet por tensiones políticas volvió a poner el acento en la presunta vulneración de los derechos y libertades fundamentales de la minoría tibetana en ese país, por parte, en este caso, de las actuales autoridades.

Con China también en el punto de mira y con sustento asimismo en la STC 237/2005, ha sido de nuevo el Alto Tribunal español quien ha determinado, mediante STC de 22 de octubre de 2007, que la inadmisión de la querrela interpuesta contra los ciudadanos de esa nacionalidad, *Jiang Z. y Luo G.*, por supuestos delitos de genocidio y torturas cometidos desde el año 1999 en relación con miembros del grupo *Falun Gong* vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Responde así este fallo a la impugnación, por un lado, del auto del Juzgado Central de instrucción núm. 2, de 20 de noviembre de 2003, confirmado, en reforma, por auto de 17 de diciembre; en apelación, por el del pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 11 de mayo de 2004; y, en casación, por la STS de 18 de marzo de 2005; autos que habían acordado dicha inadmisión por no ser españoles ni las víctimas ni los presuntos responsables de los delitos denunciados, no encontrándose además en territorio nacional.

Ambas decisiones, tanto la de la AN en el caso Tibet, como la del TC en el caso Falun Gong, vuelven a contradecir la doctrina del TS, desautorizada por el constitucional desde el caso Guatemala:

- En el asunto Falun Gong dicha doctrina se desestima, además de por la interpretación que se hace del artículo 23.4 LOPJ, por el hecho de que la única vía procesal a disposición de las víctimas es la aplicación del principio de jurisdicción universal, dada la imposibilidad de enjuiciar estos delitos en la CPI, pues China no reconoce su competencia y como miembro del Consejo de Seguridad de la ONU dispone de derecho de veto sobre cualquier resolución que pudiera dictarse.

- Por su parte, igualmente importante se antoja para el estudio que nos ocupa el auto de la AN acogido en el caso Tibet, ya que, además de analizar la inactividad jurisdiccional china en la persecución del delito, se detiene también en la imposibilidad de intervención de la CPI por ser los hechos acaecidos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto de Roma y no ser ni el presunto infractor ni la víctima parte en el mismo, motivo por el que la jurisdicción española manifiesta su competencia.

³² Una nota sobre este asunto, desde la perspectiva filosófica, puede consultarse en CALVO GONZÁLEZ, J.: “Jurisdicción universal y genocidios en el Tibet. La Justicia, entre los juncos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 711, 2006.

f) *Caso Ruanda-R.D. Congo (crímenes 1990-2002)*

En esta misma línea, el 6 de abril de 2005 la AN dictó un auto admitiendo a trámite la querrela interpuesta por el Forum Internacional por la Verdad y la Justicia en el África de los Grandes Lagos contra sesenta y nueve altos cargos del Estado ruandés por los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo y tortura cometidos tanto en Ruanda como en la República Democrática del Congo entre los años 1990 y 2002. En ese período perdieron violentamente la vida nueve misioneros y cooperantes españoles³³ que asistían a la población civil *hutu* en ambos países en medio de una dramática situación humana silenciada³⁴.

Uno de los aspectos relevantes de esta decisión, además de reiterar la competencia de la jurisdicción española en tales casos, es la de decantarse por la investigación de la muerte no sólo de los ciudadanos españoles sino también de algunos ruandeses y congoleños, como necesario *contrapeso* para conocer la dimensión real de lo sucedido. Aunque es evidente la imposibilidad de investigar todos los crímenes cometidos en dicho período en los dos países, el acometerla sobre determinados crímenes de contexto debe servir, según el auto referido, para confirmar o no la “*existencia de un sistemático plan de exterminio de una determinada etnia*”-la *hutu*- para imputar un delito de genocidio.

Asimismo, como elemento diferenciador respecto de los casos de Chile, Argentina o Guatemala, en los que se investigaba a responsables de crímenes que ya no se encontraban formalmente en el poder, en el asunto de Ruanda-R.D. Congo los responsables del ejército ruandés del FPR/APR ocupan hoy dicho espacio, así como puestos claves en la administración político-militar ruandesa, tanto la oficial como la secreta, y los crímenes y matanzas se siguen produciendo, con miles de desplazados y víctimas inocentes.

g) *Caso Guerra Civil española y caso Holocausto nazi*

Por auto del Juzgado Central de instrucción núm. 5 de la AN, de 16 de octubre de 2008³⁵, se afirma la competencia de este tribunal para entender de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil española y el franquismo de detención ilegal sin razón del paradero o desaparición forzosa, en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la CE y los altos organismos de la nación³⁶.

³³ Además de los varios millones de víctimas ruandesas (desde 1990 hasta la fecha) y congoleñas (desde 1996 hasta el presente), junto con otros ciudadanos europeos, canadienses y de otras nacionalidades que han perdido violentamente la vida sin haberse realizado las correspondientes investigaciones criminales, en un clima de la más absoluta impunidad, que no hace más que agudizar y acrecentar el conflicto.

³⁴ La organización internacional *International Rescue Committee* ha puesto de manifiesto que desde el año 1998 hasta 2004 cerca de cuatro millones de personas han perdido la vida a causa de este conflicto armado, después de que el ejército de Ruanda (APR/FPR) liderara la invasión, por segunda vez, de la R.D. del Congo. Asimismo, debe hacerse referencia a las resoluciones del Parlamento Europeo sobre la explotación ilegal de los recursos naturales en dicha R.D. (en especial, las de 15 de septiembre de 1999, 14 de febrero, 4 de julio y 12 de diciembre de 2001, 15, 16 y 23 de enero de 2003 y 15 de enero de 2004), así como a los cuatro informes del Grupo de Expertos de Naciones Unidas sobre la explotación ilegal allí ocurrida (en especial, los informes S/2001/357, de 12 de abril, y S/2002/1146, de 16 de octubre). En estos informes se ponía de manifiesto -junto con el listado de las personas, organizaciones y empresas halladas responsables- que estas actividades sobrepasan lo que se entiende por explotación ilegal para convertirse en pillaje sistemático, además de advertir de la existencia de un vínculo claro entre ese pillaje y la continuación del conflicto, por entender que la explotación de estos recursos contribuye a financiar los ejércitos y actúa como fuente de abastecimiento para la guerra, de tal manera que el acceso a los principales recursos minerales y no minerales y su control se presentan como una de sus causas principales, con la consiguiente violación reiterada de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Estos hechos, por sí solos, deben ser considerados a todas luces como crimen internacional de guerra de pillaje sistemático y a gran escala.

³⁵ Diligencias previas-procedimiento abreviado 399/2006 V. Esta decisión judicial se enmarcaba en un proceso iniciado a raíz de una serie de denuncias presentadas por distintas asociaciones y particulares a partir de mediados de diciembre de 2006.

³⁶ Sobre este auto, véase el trabajo de CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional. Por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad en la Guerra Civil y el franquismo”, *Diario La Ley*, núm. 7054, de 12 de noviembre de 2008, pp. 1-7.

Como singularidad, en este asunto cabe destacar que los denunciados, asociaciones y particulares, no buscaban el establecimiento de responsabilidades penales individuales por los crímenes que hubieran podido cometerse, lo que planteaba un complejo escenario al juzgador que convirtió su argumentación en un interesante y, quizás también, de algún modo, arriesgado *andamiaje jurídico*, cuyas bases fundamentales fueron dos: de una parte, el elemento de contexto de crímenes contra la humanidad³⁷, y, de otra, una amplia interpretación de las *reglas de conexividad* y de lo dispuesto en el artículo 65.1.a) de la LOPJ.

Por otro lado, iniciado el año 2009, el juez de la AN Ismael Moreno decidió acumular a su investigación una denuncia presentada por la Fundación Acción Pro Derechos Humanos (FAPDH) contra el régimen franquista, al que acusaba de haberse “*inhibido*” ante las prácticas infligidas por las autoridades nazis a ciudadanos españoles que se trasladaron a Francia tras la Guerra Civil española.

La FAPDH acudió al Juzgado de instrucción núm. 7 de Madrid, justo después de que la AN estableciese que corresponde a los juzgados penales el conocimiento respecto de los crímenes de la Guerra Civil y de la dictadura franquista, cuyo procesamiento venía realizando el juez Baltasar Garzón. No obstante, este tribunal se inhibió a favor del Juzgado Central núm. 2, que dirige Ismael Moreno, quien ya comunicara por medio de providencia la acumulación de esta denuncia a la causa.

Es de significar que, en este caso, la querrela presentada por un superviviente español del Holocausto nazi y los familiares de otras cinco víctimas de los campos de concentración contra los cuatro responsables de las SS residentes en Estados Unidos había contado en su momento con el apoyo de la Fiscalía de la AN, por ser las víctimas ciudadanos españoles.

h) Caso Gaza

En mayo de 2009 el titular del Juzgado Central de instrucción núm. 4 de la AN, Fernando Andreu, decidió seguir adelante con la causa iniciada contra siete responsables militares de Israel, entre ellos el ex Ministro de Defensa Benjamín Ben Eliécer, por un bombardeo efectuado por el ejército hebreo en la franja de Gaza el 22 de julio de 2002 en el que murieron catorce civiles.

El instructor adoptó esta decisión en contra del criterio de la Fiscalía de la AN tras valorar el escrito remitido por las autoridades de Israel, en el que justifican dicha acción militar por la pretensión de proteger a sus ciudadanos ante el terrorismo de Hamás, además de por el hecho de que el Gobierno israelí dispone de “*mecanismos independientes*” para investigar la acción de sus fuerzas armadas, tesis que en buena medida fue asumida por la fiscalía para solicitar en el mes de abril de 2009 el archivo provisional de la querrela. Entre sus argumentos, resalta el hecho de que España no puede actuar como “*una tercera instancia penal*”, además de que el ataque había sido objeto de una triple revisión, efectuada por el fiscal general militar, el fiscal general del Estado de Israel y el Tribunal Supremo³⁸.

No obstante, además de tomar como base el principio de jurisdicción universal, el juez instructor de la AN defendió, inicialmente, su capacidad de actuar, pues aunque Israel hubiera abierto una investigación al respecto de la Convención de Ginebra se desprende de la competencia “*concurrente*” de la AN.

³⁷ El auto destaca que “*los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad*”.

³⁸ Los familiares de los palestinos fallecidos en el bombardeo denunciaron el caso al Tribunal Superior israelí. Este abrió una investigación que fue cerrada en enero de 2006, al considerar que la operación militar fue “*proporcional*” al objetivo militar de asesinar a (Salah) Shehade”, líder de Hamás contra el que se dirigía el ataque y en base a que el resultado posterior no fue “*intencionado*”.

i) Caso Guantánamo

Días antes de adoptarse la decisión de continuar la causa por el caso Gaza, en concreto el 29 de abril de 2009, el juez Baltasar Garzón hizo público un auto por el que ordenó abrir diligencias previas para investigar a los posibles “*autores materiales, inductores, cooperadores necesarios y cómplices*” de los delitos de torturas cometidos en el centro de detención norteamericano de Guantánamo (Cuba) durante la Administración de George W. Bush. Igualmente, el magistrado asumió la decisión en contra de la propia Fiscalía de la AN, que consideraba que la causa debía ser investigada en Estados Unidos.

Para la resolución de la cuestión de competencia planteada por la fiscalía, el magistrado pidió al juez Ismael Moreno que le remitiera la causa que tenía abierta por los vuelos secretos de la CIA en dirección a Guantánamo que hubieran hecho escala en territorio español, por entender que se trataba de antecedentes concretos que afectaban directamente a la investigación.

La decisión de Garzón de abrir la investigación respondió a la denuncia presentada por cuatro presos que aseguraron ser torturados en Guantánamo: Hamed Abderramán Ahmed -conocido como el *talibán español*, Lahcen Ikassrien, Jamil Adullatif y Omar Deghayes, acusados en España de pertenencia a organización terrorista, pese a que ninguno de ellos fue condenado por este delito. Los cuatro declararon ante el magistrado que habían sufrido torturas durante el tiempo de su detención “*bajo la autoridad de personal del Ejército norteamericano*”.

En su auto Garzón manifiesta que decidió abrir esta causa al constatar que “*de los documentos desclasificados por la Administración norteamericana*” se desprende “*lo que antes se intuía: un plan autorizado y sistemático de tortura y malos tratos sobre personas privadas de libertad sin cargo alguno y sin los elementales derechos de todo detenido*”. Asimismo, detalla que ese plan sistemático configura “*la posible existencia de una acción concertada para la ejecución de una multiplicidad de delitos de torturas contra las personas privadas de libertad en Guantánamo y otras prisiones*”, como la de Bagram (Afganistán).

En todo caso, cabe significar que tanto la decisión del auto del juez Andreu, para el caso Gaza, como la adoptada más tarde por el juez Garzón, en el asunto Guantánamo, ambas opciones judiciales fueron acogidas al amparo del artículo 23 de la LOPJ, sin embargo tales decisiones, junto con alguna de las anteriormente referidas, reactivaron el debate sobre la necesidad de poner límites a la jurisdicción universal y, al menos en parte, podemos decir que han sido finalmente las causantes del cambio de orientación legal acontecido en España al respecto.

5.2. Legislación y jurisprudencia española a modo de justicia penal universal

A la vera de las decisiones recaídas, la cuestión se centra por tanto en determinar si para llenar las lagunas actuales detectadas en la regulación y aplicación de la CPI la respuesta ha de venir efectivamente de la mano de la justicia universal y, en su caso, si dicha aportación ha de ser complementaria o adicional a la jurisdicción dimanante de la CPI, o bien si debemos procurar salidas alternativas a la situación creada. Para ello destinaremos las siguientes observaciones a tratar de concretar, en primer término, la base y principios legales de la competencia jurisdiccional universal española sobre la que se sustentaron los procedimientos habidos, para, a continuación, contrastar la misma, virtudes y defectos, con los ya mencionados respecto de la CPI, y, a la postre, terminar clarificando las reformas ulteriores aprobadas en España con motivo del establecimiento de ciertos límites a su extensión, al hilo de tensiones, no tanto jurídicas como políticas o ideológicas, nacidas de los problemas diplomáticos sobrevenidos con los estados directa o indirectamente afectados.

a) *Postulados legales y principios reconocidos*

Como se ha podido inferir del pronunciamiento de la STC 237/2005 fallada en el caso Guatemala, no cabe duda de que el precepto principal sobre el que gravita la legislación de nuestro país al respecto es el artículo 23.4 de la LOPJ, según el cual, de acuerdo con su ya anterior redacción, “será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- Genocidio.
- Terrorismo.
- Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- Falsificación de moneda extranjera.
- Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España³⁹.
- Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

No es éste, sin embargo, el único precepto de nuestro ordenamiento que afronta la cuestión, pues, de una manera general y a la suerte de lo establecido en el artículo 8.1 del Código Civil⁴⁰, puede indicarse como regla de fondo en la materia que la jurisdicción penal española tiene atribuida, ex artículos 4 y 9.3 LOPJ, el conocimiento y ejecución de las causas y juicios criminales relativos a todas las personas y en todo el territorio nacional, sin más límites que los derivados del *principio de legalidad* y de ciertas especialidades subjetivas propias de la CE y normas internacionales suscritas por España (cfr. artículo 23.1 LOPJ).

Como norma rectora, a priori, aparece así el *principio de territorialidad (forum loci commissi)*, uno de los bastiones sobre los que, de siempre, se ha cimentado nuestro derecho, en cuanto que la jurisdicción española en el orden penal alcanzará hasta donde se irrogue su soberanía⁴¹.

Ahora bien, este principio de territorialidad, como anticipamos, no agotaba, ni limita tampoco en este momento, las posibilidades de actuación de la jurisdicción española al convivir con normas también legislativas que, en ciertos supuestos, convierten en viable la actuación de la jurisdicción española más allá de dicho límite territorial. De esta manera, junto a él, nuestro ordenamiento reconoce también como principios válidos, complementarios, el *principio de personalidad o nacionalidad activa*, regulado en el artículo

³⁹ La redacción de este delito, que se mantiene vigente en la actualidad, fue tomada del artículo único de la Ley Orgánica 3/2005, de 18 de julio, de modificación de la LOPJ.

⁴⁰ Según el artículo 8.1 del Código Civil, “[l]as leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

⁴¹ En el mismo sentido, *vid.*, por todos, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 248 y ss.; también, RODRÍGUEZ Y FERNÁNDEZ, R. y ECHARRI CASI, F.J.: “El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)”, *Diario La Ley*, núm. 6377, de 13 de diciembre de 2005, p. 1; y, anteriormente, RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Límites de la jurisdicción penal universal española”, *Diario La Ley*, núm. 5788, de 26 de mayo de 2003.

23.2 LOPJ⁴², en virtud del cual se atribuye jurisdicción a los tribunales de un estado para el enjuiciamiento de los hechos realizados por sus nacionales en el extranjero -los ciudadanos se hallan sometidos a la jurisdicción de su país de origen-; el *principio real, de defensa, o de protección de intereses*, recogido en el artículo 23.3 LOPJ⁴³ y en el artículo 7 del Código Penal Militar⁴⁴, por el que se confiere jurisdicción a las autoridades de un determinado estado para enjuiciar, con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del autor o autores, determinadas conductas que atentan contra sus intereses esenciales - extiende por ende la jurisdicción nacional a los ataques del estado que sean perpetrados desde territorios extranjeros-; y el valorado *principio de jurisdicción o de justicia universal*, o simplemente *principio universal o de universalidad*⁴⁵, regulado en el referido artículo 23.4 LOPJ, hoy reformado, según cuya significación previa posibilitaba *abiertamente* a los estados la aplicación de su ley penal respecto de cualquier hecho cometido en cualquier lugar o, al menos, en aquellos lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún otro estado⁴⁶.

Junto a estos principios, expresamente regulados, podemos referirnos a algún otro no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el *principio de*

⁴² De acuerdo con el artículo 23.2 LOPJ, la jurisdicción española “conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

b) Que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

⁴³ Conforme el artículo 23.3 LOPJ, “[c]onocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.

b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.

c) Rebelión y sedición.

d) Falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.

e) Falsificación de moneda española y su expedición.

f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.

g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.

h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española.

i) Los relativos al control de cambios”.

⁴⁴ Según el artículo 7 del Código Penal Militar, “[l]os preceptos de esta Ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión, salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales”. Para ser sujeto activo de los delitos contenidos en este Código es requisito necesario tener la condición de militar, conforme lo previsto al efecto en la definición del artículo 8.

⁴⁵ HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruylant, Bruselas, 2000.

⁴⁶ Así, BACIGALUPO, E.: “Jurisdicción penal nacional...”, cit., p. 259. Desde una concepción amplia, sería aquel por el que se atribuye competencia a las autoridades de un estado que carece de especiales vínculos o nexos de unión con los hechos de cuyo enjuiciamiento se trata, ya sea desde el punto de vista del lugar de la comisión, la nacionalidad de los autores y/o víctimas, o de los intereses o bienes jurídicos lesionados (RODRÍGUEZ Y FERNÁNDEZ, R. y ECHARRI CASI, F.J.: “El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal...”, cit., p. 2). Desde esta perspectiva, el principio de universalidad sería aquel título de jurisdicción por el que los jueces y tribunales de un determinado estado asumen competencias para enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que tal estado pueda considerarse especialmente lesionado (SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 34 y ss.). Otros fundamentan este principio desde el punto de vista ontológico, caracterizándolo como un principio operativo para la represión nacional de delitos especialmente odiosos y, por ello, atentatorios contra intereses esenciales de la humanidad y/o de la comunidad internacional (GARCÍA ARÁN, M.: “El principio de justicia universal en la LOPJ”, *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2004, p.67). En la doctrina italiana, FLORIAN: *Trattato di Diritto Penale*, 1910, p. 198, había sostenido que el principio universal “desconoce la variedad de los delitos en los diversos países y la conexión entre la forma de la delincuencia y el grado de civilización de un pueblo”, mientras que otros autores admitían que el *delincuente nato* podía ser juzgado en cualquier parte (FEDOZZI: en *Riv. Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII, pp. 240-269).

personalidad pasiva, por el que la condición de nacional de la víctima sería susceptible de conferir competencia al estado para el enjuiciamiento, como mínimo, de determinados delitos de singular gravedad, aun cuando hubieren sido cometidos fuera de su territorio y por nacionales de terceros estados⁴⁷; o el conocido como *principio de beligerancia*, por el que el estado beligerante vendría facultado, en virtud del derecho consuetudinario, para enjuiciar a los enemigos considerados responsables de violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra.

Vistos a grandes rasgos los principios susceptibles de aplicación⁴⁸, estimo debemos prestar atención a los específicamente previstos en nuestra legislación. Y así como la LOPJ no contempla limitación alguna al principio de territorialidad, no sucede lo mismo para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por nuestros tribunales; en concreto, en los principios de defensa y de justicia universal el único requisito previsto -sin perjuicio de las restricciones introducidas para este último por la jurisprudencia y por la Ley española de Cooperación con la CPI, así como ulteriormente por la modificación llevada a cabo respecto del artículo 23.4 LOPJ- se basa en que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena; mientras que en el principio de personalidad activa se exige, además, la punibilidad en el lugar de comisión, salvo que se excepcione por el derecho internacional.

No obstante, debe tenerse también presente que cada una de las conductas delictivas reseñadas en el ex artículo 23.4 LOPJ, a los efectos del principio de justicia universal, contienen límites en cuanto a su persecución y enjuiciamiento derivadas de sus propios convenios reguladores⁴⁹, además de las que por vía de reforma legislativa ha sido objeto posteriormente y sobre las cuales incidiremos a continuación, una vez expuesta la doctrina sentada en los fallos comentados y las limitaciones que tanto desde el ámbito jurisprudencial como desde la aprobación de la citada Ley de Cooperación con la CPI habían ido evidenciándose.

b) Doctrina y limitaciones jurisprudenciales

Como puede presumirse de lo expuesto, si de alguno de los sumarios reseñados debemos desentrañar la doctrina y posibles limitaciones jurisprudenciales en torno a la justicia universal este no es sino el tan traído y llevado asunto Guatemala, donde el TC critica y censura la interpretación restrictiva que del ex artículo 23.4 LOPJ realizaron, en instancias previas, tanto la AN como el TS. Así, mientras la AN había negado su competencia por entender que la misma debería recaer en los tribunales guatemaltecos en base a una infundamentada aplicación subsidiaria del principio de justicia universal⁵⁰, modalizada posteriormente en otros asuntos por el TS hacia el principio de concurrencia⁵¹, este último tribunal se decantó finalmente por rechazar dicho criterio e introducir la necesidad de conexión con intereses nacionales españoles, posicionamiento seguido a posteriori, aunque con cierta atenuación, por otros fallos del mismo tribunal⁵².

Sin embargo, ese exacerbado rigorismo de los criterios aplicados por la AN y por el TS redundaba en su palmaria incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, que

⁴⁷ Principio cuestionado por Díez SÁNCHEZ, J.L.: *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, 1990, pp. 113 y ss., y 139 y ss.

⁴⁸ Para cuyo detalle me remito, por su clarividencia al respecto, a la lectura del FJ 3º de la STS de 21 de junio de 2007, que otorga la competencia a los tribunales españoles para juzgar a los “patrones” de un cayuco descubierto en aguas internacionales por delito de tráfico de inmigrantes.

⁴⁹ Así, *ad exemplum*, en materia de terrorismo, el Convenio europeo para la represión del terrorismo (Estrasburgo, 21 de enero de 1977) y el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999); y en materia de piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970) y el Convenio sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971).

⁵⁰ Ni la legislación española ni el derecho internacional consuetudinario acogen dicha posibilidad, argumentada por la AN en la ausencia de normas en Guatemala que sancionen la impunidad.

⁵¹ Cesión de la competencia a una jurisdicción preferente cuando la misma efectivamente haya iniciado la persecución del delito [SSTS 20 mayo 2003 (caso Perú) y 15 noviembre 2004 (caso Scilingo)].

⁵² SSTS 8 marzo 2004 (caso Gral. chileno Brady Roche) y 15 noviembre 2004 (caso Scilingo).

el TC estima vulnerado en su vertiente de acceso a la jurisdicción -doctrina reiterada por la STC de 22 de octubre de 2007 en el caso Falun Gong-, por lo que anula la jurisprudencia, anterior y posterior, del TS y contraría el principio de subsidiariedad manejado por la AN en el caso Guatemala y reiterado en el caso Scilingo, oponiendo a su vez el de concurrencia, principio por el que se cede la competencia a una jurisdicción concurrente preferente como la del territorio, sin implicar por ello obligatoriedad alguna de que el denunciante acredite de forma plena la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como así se exigía desde la AN. Asimismo, el TC niega la existencia en derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral, no reconocido en convenio internacional, del principio de jurisdicción universal, como así venía justificando el TS⁵³, y rechaza sin tapujos la exigencia de conectividad o puntos de conexión, como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la presencia del inculpado en territorio español.

En palabras del propio TC, que califica los anteriores límites como requisitos establecidos *contra legem* y alejados del propio fundamento y fines del principio de universalidad, *la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva viene dada al excluir la posibilidad de interpretaciones más laxas y acordes con el principio pro actione*, entendido como *“de obligada observancia por Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida”*⁵⁴.

De esta manera, siguiendo los postulados del intérprete constitucional, y dada la inexistencia de los procesos *in absentia* en nuestra legislación⁵⁵, el que la presencia en territorio español del presunto responsable constituya un *requisito insoslayable* para el respectivo enjuiciamiento y eventual condena, no debería llevarnos, al menos por aquel entonces, a erigir dicha circunstancia en *requisito sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, habida cuenta de que se estaría sometiendo el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de profundo significado no contemplada hasta ese momento legalmente.

Otro tanto cabría inferir respecto de la nacionalidad de las víctimas, pues además de incorporar un requisito añadido no previsto de aquella por la normativa legal, tampoco podía considerarse como teleológicamente fundado, por cuanto particularmente en relación con el genocidio contradice la propia naturaleza de este delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual se presentaba así restringida, cuando no cercenada, de origen.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio jurisprudencial del interés nacional argüido en contrario, pues el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales a la concurrencia de intereses de ámbito *estrictamente* nacional no resulta *cabalmente conciliable* con el fundamento perseguido de universalidad jurisdiccional, conforme lo sentado así por el Alto Tribunal.

En la referida pugna hasta la fecha servida por nuestros jueces y magistrados, el TC parece haberse decantado, por tanto, a favor de las tesis que podemos considerar como posiciones *universalistas*, aquellas que, reivindicando una justicia universal para evitar la impunidad de los más horribles crímenes contra la humanidad y el *ius gentium*, comprueban como sus postulados se *positivizan* en el derecho y en la realidad internacional con toda la firmeza del *ius puniendi*; posicionamiento, eso sí, asumido con carácter previo a la reforma sufrida por la ley judicial española.

⁵³ Un comentario sobre la doctrina del TS vertida en el caso Guatemala lo encontramos en PARDO GATO, J.R.: “El papel de los abogados ante la jurisdicción universal...”, cit., pp. 187-194; RUEDA FERNÁNDEZ, C.: “La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el “Genocidio Maya” ante el Tribunal Supremo”, *Boletín Aranzadi Penal*, núm. 6, 2003.

⁵⁴ *Vid.* SSTC 133/2005, de 23 de mayo; 122/1999, de 28 de junio; o 168/2000, de 29 de septiembre.

⁵⁵ Esto es, no puede juzgarse a una persona que se encuentre fuera de España [*vid.* STEDH de 12 de diciembre de 2001 (*caso Bankovic v. 17 Estados miembros*)].

Salvaguardando no obstante el principio de territorialidad⁵⁶, con esta importante sentencia, de obligada traslación al resto de sumarios hasta ese momento abiertos y respecto a la toma de decisiones judiciales posteriores que fueron haciendo suyas una a una su doctrina -cfr. SSTs de 8 de marzo de 2004, caso Gral. Brady Roche; 15 de noviembre de 2004, caso Scilingo; 11 de diciembre de 2006, Caso Couso; 18 de julio de 2007, caso Cavallo; o la propia STC de 22 de octubre de 2007, caso Falun Gong; entre otras-, el TC parecía querer mostrar así, en un sentido conclusivo desde el punto de vista jurisprudencial, el concepto y extensión legal del *ex* artículo 23.4 LOPJ de la jurisdicción universal, partiendo de nuestro propio marco normativo de actuación, al considerarla como potestad jurisdiccional y atribución competencial ilimitada, material, subjetiva y territorial de los juzgados y tribunales españoles, en particular de los Juzgados Centrales de instrucción de la AN y su Sala de lo Penal⁵⁷, de conformidad con las normas sobre competencia y procedimiento del ordenamiento jurídico español contempladas hasta entonces para el conocimiento y fallo de los delitos contenidos en dicho precepto.

c) Limitaciones derivadas de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional

El acotamiento de las limitaciones del principio de justicia universal por el TC no impide, por el contrario, que la promulgación de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI, por la que se ha adaptado la normativa del Estatuto de Roma al sistema jurídico español, haya traído consigo sus propias limitaciones a este principio, en un avance parcial a lo que más tarde desembocaría en la modificación de la LOPJ; las cuales van más allá de las establecidas por el Constitucional, por cuanto el artículo 7.2 de esta ley cede a los efectos la competencia a la CPI⁵⁸, si bien es de considerar que será el juez español ante el que se interponga la denuncia correspondiente el que deberá determinar, en un primer momento, si la CPI puede o no ser competente para juzgar los hechos, teniendo en cuenta sus propias limitaciones jurisdiccionales, por lo que el juzgador nacional deberá atender no sólo a la naturaleza del delito denunciado, sino también a los criterios de competencia derivados del lugar y tiempo de comisión del delito⁵⁹.

De hecho, esta última matización fue la razón de fondo que movió al legislador a incorporar un nuevo párrafo, el tercero, en el seno de dicho precepto (“...si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes”), lo que, sin embargo, tampoco aportaba una solución definitiva al efecto, quedándose en un *mero intento* por facilitar una salida a la víctima o víctimas ante la eventualidad de que la CPI no llegase a admitir el asunto.

Así, pues, la aprobación de Ley Orgánica 18/2003 sólo sirvió para modificar indirectamente los términos de la regulación española del principio de justicia universal, al no haber trastocado, por ella misma, la redacción del artículo 23.4 de la LOPJ. Si se introdujeron, dadas las modificaciones señaladas, ciertos límites por medio de una técnica legislativa poco plausible: se pretendía que en asuntos que pudieran entrar en el ámbito de cognición de los órganos de la CPI, los propios jurisdiccionales españoles, por su parte, no

⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, II, núm. 768, 4ª ed., 1977, p. 759, considera que el principio de universal es “*inaplicable como doctrina absoluta, y sólo puede defenderse como principio complementario de la territorialidad, para aquellos delitos que lesionen la comunidad de intereses*”.

⁵⁷ En palabras de TRILLO NAVARRO, J.P.: “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4.g) LOPJ”, *Diario La Ley*, núm. 6354, 8 de noviembre de 2005, p. 10.

⁵⁸ Este precepto dispone lo siguiente: “Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio fiscal o una solicitud de un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”.

⁵⁹ Así, GIL GIL, A.: “Jurisdicción de los tribunales españoles...”, cit., p. 78; al respecto, puede consultarse igualmente su trabajo *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, pp. 67 y ss.

quedarían facultados para ejercer su particular jurisdicción, salvo que la Corte hubiera declarado inadmisibile el asunto, con lo cual -junto con el desconocimiento en ocasiones del efecto de cosa juzgada de las sentencias penales, cual es una de las causas de inadmisibilidad-, esta disposición entendía al revés la posición complementaria de la CPI⁶⁰.

Como es obvio, se encontraban fuera de estas restricciones los casos anteriores a la entrada en funcionamiento de esta ansiada institución internacional y aquellos asuntos alejados de los márgenes de la competencia definida en los artículos 5 y siguientes del ECPI.

d) La reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Tal y como hemos podido comprobar, desde 1985 la Ley jurisdiccional española, dedicada, entre otros aspectos, a la extensión y límites de dicha jurisdicción, previó que los juzgados y tribunales españoles, de acuerdo con las normas de competencia y procedimiento, guardarían facultad procesal incluso para conocer de asuntos penales en los que la comisión delictiva no hubiese tenido lugar en el territorio español, ni los imputados fueran ciudadanos españoles, ni siquiera las víctimas lo fueran y aun los bienes jurídicos susceptibles de afectación no tuvieran directa relación con España, siempre y cuando se tratara de determinadas categorías delictivas singularmente graves y de trascendencia especial para la dignidad humana. A esta concreción legal del principio de universalidad, sin mayores matizaciones, parece responder la doctrina constitucional comentada.

Sin embargo, tanto las limitaciones jurisprudenciales controvertidas, sentadas o no desde el TC, como las limitaciones indirectas de que fue objeto la justicia universal por la Ley de Cooperación con la CPI, u otras razones de índole de economía procesal o de gestión pública de recursos ilimitados -como la dificultad en la entrega del acusado que lleve a un posible sobreseimiento de la causa⁶¹-, han llevado al legislador español a replantearse la situación preexistente y a decantarse por una reforma de mayor repercusión de la justicia universal, a través de la decidida modificación del artículo 23.4 de la LOPJ.

En cualquier caso, es de reconocer que las causas aludidas, pese a tener cierto peso en esta voluntad legislativa, no fueron sin duda las definitorias de la misma, toda vez que debe buscarse en razones de presión política -al igual que lo llevara a cabo en su día el legislador belga- la modificación operada, como así lo demuestra el hecho de que no haya nacido de un anteproyecto de ley aprobado por el Gobierno, sino que obedece a una enmienda presentada por los grupos parlamentarios Socialista, Popular, Convergencia i Unió y EAJ-PNV, durante la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial⁶².

En efecto, esta transformación del principio de justicia universal surge, ni más ni menos, que al calor del debate social, pero sobre todo político, del complejo reflejo ocasionado de las relaciones internacionales encontradas, a sabiendas de que cuando nos situamos ante hechos susceptibles de ser calificados como genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo, etc., la política no deja de estar presente ante los contrapesos diplomáticos generados, en muchas ocasiones porque los principales imputados

⁶⁰ En este sentido, BUJOSA VADELL, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la jurisdicción española”, *Diario La Ley*, núm. 7289, de 4 de diciembre de 2009, pp. 8 y 9.

⁶¹ En este tipo de procesos penales las normas españolas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impiden el procesamiento sin la presencia física del acusado y no sólo de su abogado, como una manifestación especialmente reforzada del principio de contradicción y de la defensa material del sujeto pasivo del proceso. Por ello, y según señala BUJOSA VADELL, L.M. (“En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 8), “bien pudiera suceder, como realmente es frecuente que suceda, que cuando se inicia la investigación procesal con base en este fundamento jurisdiccional lo imputados ni siquiera se encuentran dentro de las fronteras españolas y, por tanto, fuera del alcance de nuestras autoridades si no es a través de mecanismos de cooperación interestatal como es principalmente la extradición. Así pues, si no se obtiene la entrega del acusado o por alguna razón éste no se encuentra en España, la tramitación procesal no podrá seguir y la solución jurídica no podrá ser otra que un sobreseimiento provisional, haciendo poco menos que vanos los esfuerzos investigadores anteriores”.

⁶² *BOCG* de 5 de junio de 2009, enmienda núm. 676.

suelen ser altos cargos políticos o líderes militares de un determinado país⁶³. Por ello, cualquier acusación proveniente de la jurisdicción de otro estado se ve como una injerencia o inmisión en los asuntos políticos internos del estado soberano afectado, directa o indirectamente, por la acusación formulada.

Sobre el papel, en el preámbulo de la Ley Orgánica complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial⁶⁴, se mencionan dos de los motivos que llevan al legislador a proponer la modificación del artículo 23.4 LOPJ:

1. Por un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban hasta el momento incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del derecho internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra.

2. Por otro, adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del TC y la jurisprudencia del TS.

En cuanto a este último extremo, en realidad el legislador debiera haber dicho que lo que pretende, en puridad, es adaptar y clarificar la norma a la doctrina de la mayoría de los magistrados del TS, que en su día dejó sin efecto la unanimidad de los magistrados del TC⁶⁵.

A mayores, no cabe perder de vista dos razones más formuladas en el seno del Congreso por los portavoces de los dos partidos mayoritarios, que vienen a confirmar los argumentos esgrimidos:

1. Que con la reforma se pretende homologar nuestra legislación con la de los países de nuestro entorno.

2. Solventar la “problemática que muchas de las sentencias (...) afectaban a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos”⁶⁶.

A todos estos motivos parece querer responder la redacción actual del artículo 23.4 LOPJ, cuyo tenor literal, en contraste con el texto anterior del precepto, es el que sigue: “Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

⁶³ Con motivo del caso Gaza y los problemas diplomáticos surgidos con el Gobierno de Israel, la propia ex Ministra de Relaciones Exteriores anunciara en los medios de comunicación que tras una llamada a su sucesor en el cargo este le manifestó que el Gobierno de España “trabaja para intentar cambiar la ley con el fin de limitar la jurisdicción de los tribunales españoles para investigar delitos de genocidio cometidos fuera de España” (“De la Vega cree que Israel entiende la independencia de la Justicia Española”, *Diario El Mundo*, elmundo.es, 30 de enero de 2009).

⁶⁴ *BOCG*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 28-5, de 28 de octubre de 2009.

⁶⁵ Así, también, DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, núm. 7307, de 21 de diciembre de 2009, p. 2.

⁶⁶ VILLARRUBIA, J. (PSOE) y MONTSERRAT, M. (PP), *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria, núm. 90, de 25 de junio de 2009.

f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior⁶⁷.

De esta nueva regulación del precepto se evidencian cuatro principales requisitos para el desarrollo de la justicia universal:

1. En primer término, el ejercicio de la jurisdicción universal queda reservado para determinados delitos.

En este sentido, téngase en cuenta que, con relación a la regulación anterior, desaparece la mención expresa a los delitos de falsificación de moneda extranjera, si bien debería entenderse que podrá seguir siendo objeto de persecución en aplicación de la cláusula contenida en la letra h) y de conformidad con lo previsto en el Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de moneda.

Se incorpora ya expresamente la persecución de los delitos de lesa humanidad, lo que sin duda es de elogiar, pero, por el contrario, no sé entiende bien por qué no se hizo lo mismo con los crímenes de guerra, mención que desapareció del texto final de la norma cuando inicialmente se había barajado su más que razonable inclusión⁶⁸.

⁶⁷ A continuación, el artículo 23.5 LOPJ dispone lo siguiente: “Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo”.

⁶⁸ Como pone de manifiesto DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 3, la respuesta a esta ausencia de regulación expresa de los crímenes de guerra parece encontrarse en las prisas de la mayoría parlamentaria en limitar el ejercicio de la jurisdicción universal: “Como adelantamos, en la enmienda presentada al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, en la que tiene su origen esta reforma, aparecía en la letra a) del art. 23.4 LOPJ los delitos de genocidio y lesa humanidad. Sin embargo, en el debate de la Comisión, el representante del grupo parlamentario socialista justificaba la propuesta de modificación del art. 23.4 LOPJ, en la incorporación de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 315, Sesión núm. 16, celebrada el jueves 18 de junio de 2009). En el informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados, aparece la aceptación de la propuesta de modificación del apartado 4, letra a), para que aparezca, junto a los delitos de genocidio y lesa humanidad, los crímenes de guerra (*BOCG*, núm. 28-1, 24 de junio de 2009, p. 2). Es así, como tanto en el Proyecto aprobado por el Pleno del Congreso el 25 de junio (*BOCG*, núm. 28-3, 6 de julio de 2009, p. 3), como en el proyecto remitido al Senado [*BOCG*, núm. 18(a), 6 de julio de 2009, p. 3], aparecen expresamente los crímenes de guerra. Sin embargo, en el debate de la Comisión de Justicia del Senado, el representante del grupo parlamentario popular argumentó que el texto remitido por el Congreso de los Diputados no se correspondía con lo aprobado por esa Cámara, en la medida que *nunca* la Comisión de Justicia del Congreso aprobó tal cosa, y *nunca* el pleno de aquella Cámara *aprobó una justicia universal que versa sobre los crímenes de guerra*. Llegados a este punto, según el senador popular, entre las distintas opciones que tenían para solucionar el problema, eligieron presentar una enmienda transaccional y *arreglar las cosas sin tanto ruido ni*

Empero, debe quedar claro que junto con los delitos enumerados en el artículo 23.4 LOPJ, el principio de justicia universal queda reservado para la persecución de los delitos que lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por la comunidad internacional, por tanto también, entre ellos, los que según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deban ser perseguidos en España, además del delito de blanqueo de bienes según establece el artículo 301.4 del Código Penal.

2. Como segundo requisito se sitúa el que los presuntos responsables de los delitos a que nos hemos referido en los párrafos anteriores se encuentren en España, “con lo que de presupuesto para la apertura del juicio oral pasa a convertirse en presupuesto para el ejercicio de la jurisdicción”⁶⁹.

A este respecto, entre los elementos problemáticos a destacar de la nueva redacción de la norma se encuentra el determinar quién debe acreditar que el sospechoso en cuestión se halla en territorio español, si bien parecería lógico pensar que han de ser precisamente las autoridades quienes deban acreditar tal circunstancia⁷⁰.

3. Que existan víctimas de nacionalidad española, con lo que se confunde el principio de jurisdicción universal con el de personalidad pasiva.

4. Y, por último, la constatación de algún vínculo relevante con España, requisito ahora legal exigido previamente por la jurisprudencia ordinaria. Sobre este aspecto el nuevo precepto cumplirá sólo de manera limitada el objetivo de evitar conflictos diplomáticos, principalmente con países de nuestro entorno cultural, pues es claro que con ellos existe un evidente vínculo de conexión relevante⁷¹.

Es importante subrayar que los tres últimos requisitos mencionados actúan alternativamente, esto es, se trata de condiciones alternativas no cumulativas, no siendo necesaria, por ende, la concurrencia de todos ellos. Es obligado, no obstante, indicar que junto con uno de esos requisitos para que sea viable la justicia universal deberemos estar ante alguno de los delitos que el artículo 23.4 LOPJ reserva para la misma.

Por último, en cuanto al principio de subsidiariedad, si existe un elemento en el que tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional están plenamente de acuerdo, es en el reconocimiento de la prioridad de los tribunales del lugar donde se cometieron los hechos. Como puso de manifiesto el Secretario General de Naciones Unidas en un informe sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos⁷²,

tanta alharaca (*Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Justicia, núm. 202, 15 de octubre de 2009). Es así como tanto en la Comisión de Justicia del Senado [*BOCG*, núm. 18(d), 7 de octubre de 2009, p. 57] como en la Sesión del Pleno del mismo, se aprueba la versión original de la propuesta de reforma en la que sólo se hacía referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad (*Diario de Sesiones del Senado*, Sesión núm. 54, 7 de octubre de 2009). El Pleno del Congreso de los Diputados, no modifica esta situación al aprobar las enmiendas del Senado en su integridad, aunque al legislador se le escapa una circunstancia. El Preámbulo de la Ley, el número III, sigue diciendo que la modificación del art. 23.4 LOPJ se realiza *para incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del derecho internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra*”.

⁶⁹ BUJOSA VADELL, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

⁷⁰ De este parecer, DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 5, *in fine*.

⁷¹ BUJOSA VADELL, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

⁷² De este informe se hacen eco SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *La práctica española en materia de jurisdicción universal* (<http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03Materiales/ART%C3%8DCULOSPYBIL.doc.>), p. 17; así como la propia DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 8.

La comunidad internacional no debe construir sustitutos internacionales de las estructuras nacionales, sino que debe ayudar a los países a consolidar sus sistemas nacionales de administración de justicia con arreglo a las normas internacionales. Si esta declaración se llevara a la práctica:

a) si la comunidad internacional contribuyese a que sean los propios tribunales del país donde se cometieron los hechos quienes procesen a los presuntos autores de los mismos, y

b) si existiese capacidad y voluntad de reprimir esos hechos por parte de los Estados donde se cometieron los hechos, no habría razones para que los tribunales de terceros países ejerzan su jurisdicción sobre hechos con los que no tienen ninguna conexión, salvo el que se trata de ataques contra bienes jurídicos esenciales para toda la comunidad internacional o la comunidad internacional decidiese el establecimiento de tribunales penales internacionales.

Pues bien, antes estos antecedentes, la nueva redacción que ofrece el artículo 23.4 LOPJ determina un criterio de prioridad para los tribunales nacionales o internacionales donde se esté “investigando o persiguiendo” los hechos, en detrimento del ejercicio jurisdiccional que han venido asumiendo los tribunales españoles, en especial la AN. Hablamos de un criterio o principio de subsidiariedad ineludible, de obligado cumplimiento, en aras a evitar una eventual duplicidad de procesos o la vulneración del principio *ne bis in idem*, habida cuenta de que se exige a los juzgados y tribunales españoles tener siempre presente los efectos de litispendencia o cosa juzgada penal internacional, pues no es posible el ejercicio de la jurisdicción española si en algún otro “país competente o en el seno de un Tribunal internacional” se ha iniciado un proceso penal efectivo por tales hechos.

Los problemas que suscita la aplicación de este principio son variados y de difícil clarificación. En principio, la exigencia de que los hechos deban estar siendo investigados o perseguidos efectivamente en otro tribunal implica que no sea suficiente con que exista una “posibilidad” de que cualquier juzgador pueda libremente indagar, de tal modo que la investigación debe estar en curso y su persecución ha de ser efectiva. Sin embargo, no se establece cómo y quién deberá acreditar tal exigencia, pues podría darse el contrasentido de que cualquier tribunal nacional, por ejemplo, abra una investigación con la única finalidad de asegurar la impunidad de sus propios nacionales, alterando de esta manera lo que debieran ser las reglas de juego. Así, la determinación de la efectividad del proceso penal anterior bien pudiera quedar a la valoración concreta del órgano jurisdiccional competente español⁷³, ante cuya decisión puede haber implicadas, de nuevo, distintas posiciones que enturbien o afecten a las relaciones diplomáticas; o bien que la obligación de acreditar la inexistencia de una investigación o procesamiento ante un tribunal nacional o internacional corresponda de oficio al órgano jurisdiccional que deba conocer de la correspondiente denuncia o querrela, sin perjuicio de que los denunciantes o querellantes se hallen facultados para aportar alguna prueba al respecto⁷⁴.

Por otra parte, si la consecuencia inmediata del inicio de otro proceso ante otro tribunal resulta ser el sobreseimiento provisional de la causa, otros interrogantes afloran ante la nueva regulación, pues ¿qué seguridad existe de que la apertura de ese procedimiento en el mismo país donde se cometieron los hechos no se realiza para garantizar la impunidad de los mismos?; ¿podrían contentarse, por ejemplo, los tribunales españoles con la apertura formal del procedimiento para decretar el sobreseimiento?; o bien, por el contrario, ¿se deberían utilizar ciertos mecanismos para asegurarse de que dicha decisión no supone una forma de obtener cierta impunidad?⁷⁵.

⁷³ Así lo entiende BUJOSA VADELL, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

⁷⁴ En este sentido, DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 8.

⁷⁵ Preguntas que deja en el tintero DEL CARPIO DELGADO, J., ante la nueva redacción del artículo 23.4 LOPJ (cfr. “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 8).

A todo ello, ya de por sí complejo, habría que añadir las consecuencias del derecho a la tutela judicial efectiva que el TC advierte en estos supuestos, por lo que, por tanto, en caso de duda, parece que deberá primar el principio *pro actione*, “un factor más pues -como señala BUJOSA VADELL- para concluir que la reforma no es tan restrictiva como lo ha sido en otros ordenamientos”⁷⁶.

6. CORTE PENAL INTERNACIONAL VERSUS AUDIENCIA NACIONAL

6.1. ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS A PONDERAR ENTRE AMBOS TRIBUNALES

Con independencia de la solución final adoptada por el ordenamiento jurídico español respecto del principio de justicia universal y su plasmación en el nuevo artículo 23.4 LOPJ, de las limitaciones competenciales referidas a lo largo del presente trabajo, tanto de la CPI como de la justicia universal española, personalizada en la AN, se hace necesario cohonestar las mismas respecto a los delitos contra la comunidad internacional en los que puedan concurrir ambas jurisdicciones⁷⁷, a tenor del carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales (artículo 1 ECPI, que se completa con la proclamación de su preámbulo: “... es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”; ello sin perjuicio de lo establecido al respecto por la Ley 18/2003, como hemos indicado). Y es que, en relación a los aspectos negativos que se irradian de la competencia jurisdiccional de la CPI, cabría inferir *a sensu contrario* elementos positivos a favor de la jurisdicción universal española depositada en la AN, y viceversa.

Con ánimo de recapitulación, la CPI, en principio, no es competente si el delito se cometió con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto (artículo 11 ECPI), por lo que no estaría capacitada para enjuiciar los delitos cometidos previamente al 1 de julio de 2002, y para lo que, en su caso, sí estaría facultada la AN, siempre y cuando se den los condicionantes exigidos por el artículo 23.4 LOPJ.

En segundo lugar, la CPI tampoco es competente si el estado en el que se cometió el delito ni aquél cuyo nacional lo cometió son parte en el Estatuto ni otorgan su consentimiento (artículo 13 ECPI), aspecto que nada influye, de por sí, respecto de que la AN pueda mostrar, en su caso, su *vis atractiva*. En este sentido, pocas advertencias merece el hecho de que los países más poblados no hayan suscrito el Estatuto, en tanto que la relevancia de su exclusión por sí misma se define.

Escasas igualmente son las consideraciones que cabe ponderar ante la incompetencia en delitos como la agresión o el terrorismo, al que cada vez en mayor medida se hallan más expuestos los ciudadanos del mundo, delitos sobre los que la AN no deja de mostrarse competente, incluso respecto de los considerados de lesa humanidad, una vez efectivamente incorporado a la redacción del artículo 23.4 LOPJ. Aunque pudiera pensarse en la inadecuación del delito de genocidio con anterioridad al 1 de octubre de 2004 -fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003-, lo cierto es que su inserción debe relacionarse con la adhesión de España al Convenio para la prevención y la sanción del mismo, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 12 de diciembre de 1968, incorporándose al Código Penal por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre⁷⁸; razón por la que nos reafirmamos en la posibilidad que la AN ostenta de proceder por delito de lesa humanidad debido a conductas anteriores

⁷⁶ Cfr. “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

⁷⁷ Para una delimitación competencial -cronológica, orgánica y sustantiva- entre la CPI y la AN, *vid.* SALÁS DARROCHA, J.T.: “Corte Penal Internacional y Audiencia Nacional: delimitaciones competenciales”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, 2006.

⁷⁸ Sobre su modificación conceptual por la STC de 7 de noviembre de 2007, que declara la inconstitucionalidad de la expresión contenida en el primer inciso del artículo 607.2 CP, cuando castiga la difusión de ideas o doctrinas “que nieguen” un delito de genocidio, *vid.* DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional”, *Diario La Ley*, núm. 6842, 17 de diciembre de 2007.

al 1 de octubre de 2004, lo que, como sabemos, no es posible acogiendo a la jurisdicción de la CPI.

Por otro lado, puede decirse que la participación de las víctimas contemplada por la CPI, recogida en las reglas 89 a 98 del Reglamento de Procedimiento y en los artículos 68 y 75 del Estatuto -así como en otras disposiciones dispersas-, es muy inferior a la establecida por nuestra propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde sí resulta perfectamente posible ejercer la acusación penal, además de exigir la responsabilidad civil correspondiente, desde el mismo inicio del procedimiento, lo que sitúa a las víctimas en un nivel de exigencia, de protección y de demanda notablemente superior, indispensable desde cualquier punto de vista si lo que se persigue es un resarcimiento lo más pleno posible al grado de sufrimiento o pérdida padecido⁷⁹.

El hecho de que el representante de las víctimas no pueda ejercer de acusador -“acusar”- colisiona seriamente con las posibilidades que a este respecto otorga el derecho español⁸⁰, y ello pese a reconocer, sin ambages, que el Reglamento de la CPI ha supuesto un importante avance en el derecho de participación de las víctimas comparativamente hablando con el dispuesto por el sistema del *common law*, donde las limitaciones se presentan si acaso más acusadas.

Estas razones avalan que nos encontremos en un momento de la historia crucial desde el prisma del acercamiento jurídico internacional, ya sea en su caso a través de la CPI, desde la AN o desde cualquier otra jurisdicción admitida internacionalmente, como puede ser en su caso el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁸¹, en el que tanto las víctimas como los que ejercen su defensa, así como el resto de conciudadanos del mundo en general, habremos de consolidar nuestro más firme convencimiento en que la sociedad organizada actual parece haber encontrado los necesarios contrapesos a los peores desatinos.

Y es que no debemos olvidar que, hasta el día de hoy, la justicia universal ha dado, quizás, sus mayores pasos, decisivos por otra parte, en este caso no a manos de quien podría entenderse, en principio, como legítimo acreedor de sustanciación jurídica, la CPI, sino de un tribunal más cercano y proclive, al menos en los últimos tiempos, en defender los derechos allá donde se conculquen -nuestra AN⁸²-, lo que, paradójicamente, más que un rechazo hacia ese Tribunal internacional ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a su instauración.

6.2. MEJORAS A INTRODUCIR EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

A la hora de entrar a dilucidar los más horrendos y execrables crímenes internacionales no cabe por menos señalar, a título de demanda, las necesidades que el propio presente y futuro inmediato nos exige, máxime conocedores de que la AN no puede convertirse en un sucedáneo de la CPI, por muy buenas intenciones y razones que se

⁷⁹ Lo que ha llevado a algunos a manifestar que, en la práctica, la representación de las víctimas se ejerce desde las ONGs y sus abogados (BERNARDO RÓDENAS, S.: “Algunas notas en relación a la CPI y su funcionamiento en relación con el derecho de las víctimas”, *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso...*, ob. cit., p. 93; para mayor abundamiento, vid. GARCÍA RUIZ, C.R.: *ONGs y Derecho internacional: Su influencia en la elaboración de las normas internacionales*, Iustel, Madrid, 2006).

⁸⁰ Desde el punto de vista de la acusación del Ministerio Fiscal español, vid. CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: *La figura del acusador público ante el principio de justicia universal*, Madrid, 2001.

⁸¹ Vid., por ejemplo, la STJCE de 15 de febrero de 2007, ante una acción ejercitada contra un estado contratante por los derechohabientes de las víctimas de masacres de guerra causadas por sus fuerzas armadas en otro estado contratante. Un comentario a la misma puede consultarse en ANDRES SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: “Reparaciones de guerra, actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto *Lechouritou y otros c. República Federal de Alemania*”, *Diario La Ley*, núm. 6745, 29 de junio de 2007, pp. 1 y ss.

⁸² Como resalta CID CEBRIÁN, M.: “Hacia una justicia universal”, *Otrosí*, núm. 71, diciembre 2005, p.47, “*nuestra Audiencia Nacional empieza a ser tanto o más que la CPI una esperanza para tantas víctimas desprotegidas, al menos de nuestro mundo más próximo cultural y afectivamente hablando*”.

esgriman, al no gozar de la capacidad necesaria -ni material, ni jurídica, ni política- para afrontar una tarea de tal envergadura, tal y como lo ha venido a corroborar, por otra parte, la reforma de la LOPJ.

Esta Corte ha supuesto, sin duda, un paso positivo en el establecimiento de una justicia común que trasciende los límites de cada estado. Superada así la experiencia de tribunales internacionales nacidos al calor de contiendas y para delitos derivados de las mismas, con una competencia temporal y sustantiva limitada, el nacimiento de la CPI se traduce en el primer gran intento por la armonización de un derecho general y el reconocimiento de la necesidad de plantear un escenario de justicia independiente más allá de las coyunturas.

Sin embargo, todo avance que se precie -y más los que se fraguan en el concierto de naciones diversas con intereses muchas veces enfrentados e influencia dispar- suele generarse con pasmosa lentitud y exige normalmente un largo período de desarrollo, de maduración, hasta que se afinan sus engranajes y se armonizan consensuadamente los motivos iniciales de aquellos que se presentan como acreedores y partícipes.

Es por ello por lo que, en la progresiva adaptación a la realidad mundial, además de la necesaria intensificación de la cooperación en materia procesal penal a nivel europeo e internacional⁸³, parece oportuno dejar reflejadas ciertas posibles mejoras a incorporar en el funcionamiento y efectividad de la CPI⁸⁴, con afán no sólo de constancia sino, fundamentalmente, de velado manifiesto de concienciación por aquellos estados, instituciones u organismos que tengan competencias al efecto:

- Urge, así, la firma y ratificación de su Estatuto por todas las naciones y, en especial, las de nuestro entorno más cercano, lo que debe ser instado, sin cejar en ese empeño, no sólo desde los estados integrantes del Tratado, sino también desde las distintas organizaciones supranacionales e internacionales competentes⁸⁵.

- Abogamos para que la Asamblea de Naciones Unidas apruebe una definición, lo más clara y precisa posible, de los delitos de terrorismo y de agresión, en aras a su inclusión final en el elenco de los contemplados por el Estatuto de Roma y, así tipificados, puedan ser objeto de enjuiciamiento por la Corte, a sabiendas de que la lucha contra el terrorismo y contra toda forma de delincuencia es uno de los objetivos fundamentales de todas las instituciones democráticas, que sólo se legitima si respeta los derechos humanos y libertades fundamentales, el imperio de la ley y la democracia, así como la independencia judicial en todos los órdenes. Esta última afirmación no implica debilidad en la lucha antiterrorista, más al contrario, la misma sólo será eficaz si se respetan tales principios, en tanto que su derogación legal o su no aplicación de facto pueden llegar a destruir aquello por lo que se combate.

- Impulso, sin dilaciones, de una política, lo más amplia posible, de la erradicación de la tortura y los malos tratos⁸⁶, para lo que se deben implementar de manera inmediata

⁸³ Al respecto, *vid.* MONTEIRO GUEDES VALENTE, M.: “La cooperación en materia procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales” (estudio traducido por CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A.), *Diario La Ley*, núm. 6914, de 31 de marzo de 2008; en relación con otras posibles soluciones, *vid.* RAMOS MÉNDEZ, F.: *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005.

⁸⁴ En cuanto a las posibles medidas a adoptar, *vid.* las “Conclusiones aprobadas en la Primera Ponencia del IX Congreso Nacional de la Abogacía Española” (Zaragoza, 26 al 28 de septiembre de 2007), *colgadas* en la página *web* del Consejo General de la Abogacía Española (<http://www.cgae.es>), así como las comunicaciones presentadas a dicho Congreso, recogidas en el *Libro de ponencias y comunicaciones...*, *ob. cit.*, en particular las de CRESPO SALORT, F. y PÉREZ, P.J. (pp. 65-70), PARAMIO ESPINOSA, M^a.A. (pp. 70-76), BERNARDO RÓDENAS, S. (pp. 91-95), ORTIZ DE ZÁRATE ORTIZ DE ZÁRATE, J.P. (pp. 181-187), PARDO GATO, J.R. (pp. 187-194).

⁸⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, en su resolución de 8 de diciembre de 1998, ya aconseja a los distintos Estados americanos que “suscriban el Tratado de Roma del Tribunal Penal Internacional y que introduzcan en sus legislaciones el principio de jurisdicción universal en lo relativo a la persecución de crímenes contra la humanidad”.

⁸⁶ En la actualidad la tortura está jurídicamente erradicada en todos los países civilizados y rigurosamente prohibida por los tratados internacionales (*vid.* artículo 7 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y

los Mecanismos de Prevención de la Tortura previstos en el Protocolo de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, a los que ya se comprometió el ejecutivo español al momento de su ratificación.

- Perentoria es la regulación sistematizada y completa del derecho de defensa, desde el mismo inicio de las actuaciones que conciernan a la detención, así como la inclusión del español como lengua de trabajo, con motivo del análisis que proceda de la futura revisión del Estatuto de la CPI.

- Igualmente obligada es la ratificación por el Estado español del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunities de la CPI y la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las correspondientes Reglas de Procedimiento y Prueba.

En cualquier caso, se antoja cada vez más necesario desde las instancias jurídicas españolas abogar consistentemente por una ampliación del derecho de defensa de las víctimas, como es la modificación y ampliación sustancial de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI relativas a su desarrollo, garantizando suficientemente su ejercicio y procurando que las normas más progresistas y garantes de nuestro propio ordenamiento puedan, incluso, informar los procedimientos de la Corte.

A este respecto, en el ámbito del ejercicio del derecho de defensa en nuestro país, como misión de tutelar los derechos y libertades fundamentales de las personas, propugnamos la instauración, sin mayor dilación, del sistema de doble grado de jurisdicción o doble instancia plena en el proceso penal, como expresión y garantía de cumplimiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, dentro de él, como derecho a un proceso público con las debidas garantías procesales, dotado de un eficaz sistema de recursos.

Y en el marco internacional queda pendiente de desarrollo, como reto apasionante, el necesario derecho de defensa ante la CPI con todas las garantías, tanto desde el plano sustantivo como desde el procedimental, para conseguir alcanzar tan alta finalidad como con el ejercicio jurisdiccional de este Tribunal internacional se pretende, sin menoscabar para ello la competencia en su caso de la AN, sobre todo ante posibles inhibiciones competenciales del primero que puedan ser por éste asumidas, de acuerdo con lo previsto en el vigente artículo 23.4 de la LOPJ.

7. EPÍLOGO: CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Garantizar la seguridad y la libre y pacífica convivencia de los ciudadanos se configura, en definitiva, como una obligación prioritaria de los estados y, en general, de todos los poderes públicos, lo que implica la explícita obligación para todos ellos, así como para las distintas organizaciones supranacionales e internacionales competentes, de luchar contra toda clase de abusos de los derechos humanos consagrados, pero siempre, en sus justos términos, dentro del marco establecido precisamente por el *ius* propio de tales derechos y libertades fundamentales, cuyos principios son inderogables y su desconocimiento no se justifica bajo ninguna clase de circunstancia o situación.

Compete, en este sentido, a cada estado y al resto de organismos nacionales y supranacionales, a través de sus mecanismos e instituciones, mantener, en todo caso, la vigencia de que las medidas adoptadas para garantizar un sistema de seguridad latente se sitúen dentro de los márgenes y límites establecidos por los tratados, constituciones y leyes que proclaman los derechos y libertades fundamentales de las personas⁸⁷.

Políticos o el artículo 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales).

⁸⁷ No debemos olvidar cómo a lo largo de la historia se han sucedido períodos, normalmente coincidentes con procesos de *involución política* de uno u otro signo, en los que, paradójicamente, se ha pretendido justificar la

Es más, los mismos convenios internacionales parecen querer sumarse a la voluntad de que no exista posibilidad alguna de *impunidad en casos de tortura, conculcación de los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad*, no siendo más relevante el órgano o tribunal que la exija, por lo que desde este prisma la sentencia constitucional del caso Guatemala es perfectamente encuadrable en dicho acervo internacional, como doctrina más acorde con los convenios suscritos por España.

Con igual orientación, ya la citada Resolución del Instituto de Derecho Internacional configuraba el ejercicio de la jurisdicción universal como una competencia más de los estados, de cada uno por sí mismo, sin necesidad de su sometimiento a un órgano jurisdiccional supranacional como la CPI, así como, a su vez, sin el establecimiento de relaciones que podríamos calificar de subsidiariedad entre órganos internacionales de esa misma índole -sin perjuicio de lo ahora establecido al efecto por el artículo 23.4 LOPJ-, o con otro u otros estados, ni tan siquiera en relación a que resulte competente bien por consideración del *forum delicti comissi* o por anterior comienzo de actuaciones judiciales.

Ahora bien, sentado lo anterior, además de las modificaciones legales operadas, una breve cronología de lo aquí constatado puede resultarnos útil para no perder la perspectiva de la realidad imperante, cuando no persistente, sobre todo teniendo en cuenta la evolución gradual de los acontecimientos y los efectos que de los mismos se derivan:

En orden temporal, y tal y como se ha plasmado, primero fue la captura del general Augusto Pinochet a su paso por Londres, todo un hito en la puesta en práctica del principio de justicia universal, por el cual, como hemos visto, se permiten juzgar en cualquier país delitos de lesa humanidad, como los de genocidio o torturas, algo que hasta entonces existía, pero sólo sobre el papel. En aquel momento, se puede decir que todos nos congratulamos de la valentía y osadía del juez español que lo hizo posible, a través de medidas que en general se atenían a los procedimientos legalmente previstos y que rehuían por ello actuaciones que han caracterizado algunas otras aplicaciones extraterritoriales de la jurisdicción; me estoy refiriendo al famoso secuestro de Adolf Eichmann en 1960 por el *Mossad* en territorio argentino o, más recientemente, el apresamiento de Álvarez Machain en México por agentes de los Estados Unidos de América.

Tras el caso Pinochet le tocó el turno a las juntas militares argentinas que sembraron el terror durante largos años en el país austral. Casi nada que objetar porque, en la práctica, no había otra forma, jurídicamente aceptable, de participarles un mínimo de justicia a las víctimas.

A partir de ahí la justicia universal se puso de moda en España y a las puertas de la AN empezaron a llamar las víctimas de los genocidios, entre otros, de Guatemala, Ruanda, el Tíbet, el Sáhara, Gaza y unos cuantos más, como los aquí expuestos.

Posteriormente, cuando ya se hubieron apagado los ecos de la memoria histórica, y al abrigo del efecto Obama, emerge Guantánamo. En aquel momento, de nuevo, resurgen las discrepancias públicas y privadas entre la fiscalía y los jueces de la AN, hasta el punto de que voces tan autorizadas como la del presidente del Tribunal Supremo, Carlos DíVAR, con un efecto anunciador de lo que más tarde cristalizó en vía legislativa, se había ya manifestado a favor de poner nuevos límites a la jurisdicción universal, al abogar por una modificación restrictiva del artículo 23 de la LOPJ, “porque España no puede convertirse en el gendarme judicial del mundo” ni estar “en conflicto diplomático diario”, además de argumentar criterios de eficacia, ya que ninguno de los casos hasta el momento investigados “ha llegado a feliz término”⁸⁸.

supresión de derechos y libertades individuales, con ansias de preservar un mayor e hipotético estado de seguridad y libertad colectivo.

⁸⁸ Afirmaciones recogidas en prensa.

Es evidente que no debemos confundir la justicia universal con un deseo de *justicia mediática*, sobre todo si tenemos en cuenta que, por su origen y características, la AN está sometida a tensiones, también políticas, que de un modo u otro terminan por manifestarse. No se trata de discutir su eficacia, como se demostró en el juicio del 11-M y en muchas otras cuestiones, ni mucho menos su constitucionalidad, asunto ya resuelto como tribunal “ordinario”, pero sí debatir acerca de su más correcto funcionamiento y del poder *exorbitante* que parece proporcionárseles a jueces de instrucción.

Si el nacimiento de la AN, tras la desaparición del desgraciado Tribunal de Orden Público, se justificó como un instrumento para juzgar el terrorismo y otros graves delitos evitando la presión y las dificultades técnicas de los jueces “naturales”, habrá de reconocerse que no son sólo éstos los que padecen presiones y que parecen agrandarse en la Audiencia todas las *paradojas del sistema judicial*. Además, aunque la iniciativa de crear en España una jurisdicción universal que permitiese a los tribunales nacionales perseguir algunos delitos especialmente odiosos cometidos fuera de territorio español se configuró en su día como una idea razonable, “la extensión que se le dio legalmente a tal jurisdicción resultó, desde el principio, de una amplitud a todas luces excesiva”⁸⁹.

En todo caso, no debemos desconocer la capacidad de intervención de la AN tal y como se le ha dotado legislativamente en la redacción del nuevo artículo 23.4 LOPJ y la vigente aplicabilidad del principio de jurisdicción universal, si bien con las restricciones estipuladas y que, desde mi punto de vista, han resultado del todo aconsejables a tenor de los *derroteros judiciales* seguidos en los últimos tiempos, manteniendo con ello presente que en nuestro referente ha de estar siempre la Justicia, como norte, allá donde se invoque o demande.

Según se pronunciara en diciembre de 2003, en la Reunión Anual de la Abogacía, la Sra. Juez, Elisabeth Odio Benito, Vicepresidenta Segunda de la CPI:

Desde edades remotas los seres humanos nos hemos preguntado que es la Justicia. La pregunta contiene tras de sí el dolor de las víctimas postergadas, la frustración de la impotencia ante la impunidad, la humillación de los vencidos ante los vencedores. Las respuestas a esa crucial pregunta nunca han sido totalmente satisfactorias. Vengan de la filosofía, de la historia o del derecho, las respuestas han carecido de un carácter comprensivo que nos abarque a todas y a todos. Nunca hasta hoy la Justicia ha sido la misma para los miembros de una sociedad.

De ahí mi pleno convencimiento de que de la respuesta que demos hoy y en los próximos años a esa eterna formulación, tanto en el orden nacional como en el internacional, bien sea en su caso por medio de la justicia universal representada por la AN, *modalizada restrictivamente*, o bien a través de la CPI, depende el futuro de paz que todos los pueblos que integramos las Naciones Unidas nos comprometimos en 1945 a conformar para el bien de las generaciones venideras.

Debemos sino pensar que hace sólo ciento cincuenta años la aplicación de una justicia universal era, a lo sumo, un sueño, una *quimera*, tanto en su perspectiva de un *tribunal global* como en la aplicación de un “principio de justicia universal por parte de jurisdicciones nacionales”⁹⁰. El ingente esfuerzo colectivo realizado en el pasado siglo ha ido convirtiendo ese sueño en realidad, poco a poco, paulatinamente, pero sin pausa.

⁸⁹ Así opinaba al respecto BLANCO VALDÉS, R.L.: “Superman en la Audiencia Nacional”, *Diario La Voz de Galicia*, sección “El ojo público”, de 1 de mayo de 2009, p. 12, para quien “una cosa es que la jurisdicción universal sirva para perseguir a presuntos criminales que no son juzgados en sus países respectivos por gozar allí de impunidad jurídica o política (como ocurría, con toda claridad, en el caso del tirano Augusto Pinochet) y otra muy distinta que la Audiencia Nacional se arrogue la competencia para investigar todas las acciones criminales del planeta...”.

⁹⁰ Expresión utilizada por PALOU-LOVERDOS, J.: “Esperanzas para la justicia universal...”, *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 42, febrero 2007, p. 62.

A pesar de los males que aquejan a este planeta, de la percepción de conflicto global, de delitos internacionales omnipresentes, desde la pacificación y armonía entre las personas, las gentes y los pueblos que lo habitamos actualmente debemos reafirmarnos en la convicción de que existen avances sólidos, no sin dificultades, orientados al fin de la impunidad de los crímenes internacionales, sobre los cuales habremos de sustentar nuestro futuro de cara a la deseada Justicia, cuyo icono en forma de imagen femenina de ojos vendados representa su ceguera por no tener miramientos con las partes y por ser la misma para todos, pueblos y culturas, blandiendo su balanza independientemente de a quién afecte su actuación.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRES SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: “Reparaciones de guerra, actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto *Lechouritou y otros c. República Federal de Alemania*”, *Diario La Ley*, núm. 6745, 29 de junio de 2007, pp.1 y ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77, enero-junio 2001, pp. 249-268.
- BERNARDO RÓDENAS, S.: “Algunas notas en relación a la CPI y su funcionamiento en relación con el derecho de las víctimas”, *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso Nacional de la Abogacía*, 26 al 28 de septiembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 93 y ss.
- BLANCO VALDÉS, R.L.: “Superman en la Audiencia Nacional”, *Diario La Voz de Galicia*, sección “El ojo público”, de 1 de mayo de 2009, p. 12.
- BUJOSA VADELL, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la jurisdicción española”, *Diario La Ley*, núm. 7289, de 4 de diciembre de 2009, pp. 8 y 9.
- CALVO GONZÁLEZ, J.: “Jurisdicción universal y genocidios en el Tibet. La Justicia, entre los juncos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 711, 2006.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: *La figura del acusador público ante el principio de justicia universal*, Madrid, 2001.
- “De Núremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-rl, noviembre 2005, pp. 3-11.
- CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, I, 2004.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional. Por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad en la Guerra Civil y el franquismo”, *Diario La Ley*, núm. 7054, de 12 de noviembre de 2008, pp. 1-7.
- CID CEBRIÁN, M.: “Hacia una justicia universal”, *Otrosí*, núm. 71, diciembre 2005, p.47.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional”, *Diario La Ley*, núm. 6842, 17 de diciembre de 2007, pp. 1 y ss.
- DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, núm. 7307, de 21 de diciembre de 2009, pp. 1-9.
- DE QUEROL Y LOMBARDEO, J.F.: “El mando militar ante el recurso de casación”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, enero-junio 1989, pp. 27-56.
- “El recurso de casación en el proceso militar”, *Derecho penal y proceso militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 655-676.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J.L.: *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, 1990.
- DOMINGO, R.: *¿Qué es el Derecho global?*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008.
- FEDOZZI: en *Riv. Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII, pp. 240-269.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005.
- FLORIAN: *Trattato di Diritto Penale*, 1910.

- GARCÍA ARÁN, M.: “El principio de justicia universal en la LOPJ”, *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2004, pp.67 y ss.
- GARCÍA RUIZ, C.R.: *ONGs y Derecho internacional: Su influencia en la elaboración de las normas internacionales*, Iustel, Madrid, 2006.
- GARRIGUES WALKER, A.: “Prólogo” al libro colectivo *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, DOMINGO, R. (coord.), Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 9 y 10.
- GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, 1999.
- *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999.
 - “Jurisdicción de los Tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, enero-junio de 2006, en particular pp. 55-88.
- GUTIÉRREZ LANZA, G.: “Notas sobre los delitos de terrorismo”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, enero-junio 1975, pp. 35-48.
- HENZELIN, M.: *Le principe de l’universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité*, Bruylant, Bruselas, 2000.
- JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, II, núm. 768, 4ª ed., 1977.
- KELSEN, H.: *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: “El portaviones de la Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 7121, de 24 de febrero de 2009, pp. 3 a 5.
- MONTEIRO GUEDES VALENTE, M.: “La cooperación en materia procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales” (estudio traducido por CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A.), *Diario La Ley*, núm. 6914, de 31 de marzo de 2008, pp. 1 y ss.
- OLÁSULO ALONSO, H.: “La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional”, *Diario La Ley*, núm. 6343, de 20 de octubre de 2005, pp. 1 y ss.
- OMAR RAIMONDO, F.: “El valor de la jurisprudencia de la Corte internacional de Justicia como verificadora del derecho internacional humanitario y el crimen internacional de genocidio”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 81, enero-junio 2003, pp. 143-191.
- PARDO GATO, J.R.: “El papel de los abogados ante la jurisdicción universal. El nuevo horizonte abierto tras el caso Guatemala”, *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso Nacional de la Abogacía*, 26 al 28 de septiembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 187-194.
- “Corte Penal Internacional y/o justicia universal. ¿Las dos caras de la misma moneda?”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 92, julio-diciembre 2008, pp. 109-142.
- PUEYO LOSA, J.: “Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83, enero-junio 2004, en particular pp. 11-58.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Límites de la jurisdicción penal universal española”, *Diario La Ley*, núm. 5788, de 26 de mayo de 2003, pp. 1 y ss.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: “Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 73, enero-junio 1999, pp. 197-207.
- RODRÍGUEZ Y FERNÁNDEZ, R. y ECHARRI CASI, F.J.: “El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)”, *Diario La Ley*, núm. 6377, de 13 de diciembre de 2005, pp. 1 y ss.
- RUEDA FERNÁNDEZ, C.: “La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el “Genocidio Maya” ante el Tribunal Supremo”, *Boletín Aranzadi Penal*, núm. 6, 2003.
- SALÁS DARROCHA, J.T.: “Corte Penal Internacional y Audiencia Nacional: delimitaciones competenciales”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, 2006.

- SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.- *La práctica española en materia de jurisdicción universal* (<http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03Materiales/ART%C3%8DCULOS PYBIL.doc>).
- SCHABAS, W.A.: *An Introduction to the International Criminal Court*, 2004.
- SCHMITT, C.: *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1945, ed. por QUARITSCH, H., 1994.
- TRILLO NAVARRO, J.P.: “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4.g) LOPJ”, *Diario La Ley*, núm. 6354, de 8 de noviembre de 2005, p. 10.

LA AMBIGÜEDAD E INAPLICABILIDAD DEL TIPO PENAL DE LEGITIMACIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS. BOLIVIA, 25 AÑOS DE LUCHA IMPERFECTA

Ramiro Rivas Montealegre
Abogado y Auditor Financiero
Bolivia

Fecha de recepción: 8 de junio de 2021
Fecha de aceptación: 30 de junio de 2021

RESUMEN: La lucha contra el lavado de dinero, emprendida hace 25 años por Bolivia con la tipificación del delito de “*Legitimación de ganancias ilícitas*” y la creación de la “*Unidad de Investigaciones Financieras*” (UIF) por Ley 1768 de 10 de marzo de 1997, se ha convertido en un difícil problema para los gobiernos dado que, por una parte, se hace inaplicable el tipo penal de legitimación de ganancias ilícitas por el defecto de contar con dos verbos rectores que son “*procedan y vinculados*”, entendiéndose que el lavado de dinero para ser investigado y sancionado debe demostrarse el origen de un delito precedente determinado como delitos graves, generando una ambigüedad interpretativa y ejecutoria de la Ley, en consecuencia el delito no es autónomo. Asimismo, la Constitución Política del Estado de 2009, le puso tinte de retardación de justicia al incorporar el Artículo 112 referido a la imprescriptibilidad procesal y el Artículo 123 a la retroactividad investigativa, de tal manera que una investigación por corrupción jamás concluirá, así como a la vez serán investigados el pasado hasta no sabemos cuándo, tema que se hace extensible a la lucha contra el lavado de dinero cuyo delito precedente sea de corrupción pero, con la Ley 004 de Lucha Contra la Corrupción de 31 de marzo 2010, en la práctica llegó a cooptar todo lo relacionado al delito de lavado de dinero, dejando de lado el dinero proveniente de las drogas, entre otros delitos graves; de este modo un franco fracaso al tratamiento penal como delito autónomo. Estos antecedentes, llevan a que Bolivia retroceda en plantear nuevas políticas públicas para enfrentar este tipo de delitos, más aún los delitos precedentes más graves que afectan a Bolivia como el narcotráfico y la corrupción, entre otros.

ABSTRACT: The fight against money laundering, undertaken 25 years ago in Bolivia with the typification of the crime of "Legitimation of illicit profits" and the creation of the "Financial Investigations Unit" (FIU) by the Law 1768 of March 10, 1997, It has become a difficult problem for governments given that, on the one hand, the criminal type of legitimization of illicit profit sources is inapplicable due to the defect of having two guiding verbs that are "source and linked", understanding that money laundering money to be investigated and sanctioned, the origin of a predicate offense determined as serious crimes must be demonstrated, generating an interpretive and executory ambiguity of the Law, consequently the crime is not autonomous. Likewise, the Political Constitution of the State of 2009, gave it a delay of justice by incorporating Article 112 referring to procedural imprescriptibility and Article 123 to investigative retroactivity, in such a way that an investigation for corruption will never conclude, and at the same time, the past will be investigated until we do not know when, an issue that extends to the fight against money laundering whose predicate offense is corruption, but, with Law 004 on the Fight against Corruption of March 31, 2010, in practice it co-opt everything related to the crime of money laundering, leaving aside the money from drugs, among other serious crimes; in this way a frank failure to criminal treatment as an autonomous crime.

These antecedents lead Bolivia to go backwards in proposing new public policies to deal with this type of crime, even more so the most serious predicate crimes that affect Bolivia, such as drug trafficking and corruption, among others.

Palabras claves: Legitimación de ganancias ilícitas, lavado de dinero, corrupción, narcotráfico, delitos económicos - financieros, lista gris, Unidad de Investigaciones Financieras, independencia, retroactividad, justicia penal, Derecho Penal Económico, conciliación, justicia restaurativa.

Key Words: Legitimation of illicit profits, money laundering, corruption, drug trafficking, economic-financial crimes, gray list, Financial Investigations Unit, independence, retroactivity, criminal justice, Economic Criminal Law, conciliation, restorative justice.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Crisis del Derecho y del Sistema Penal. 3.- Derecho Penal económico. 4.- El Derecho Penal económico y el principio de lesividad. 5.- El lavado de dinero en Bolivia, 6.- Evolución del tipo penal de “Legitimación de ganancias ilícitas” (Artículo 185 bis) del Código Penal boliviano. 7.- El secreto bancario en Bolivia. 8.- Deficiencias del modelo boliviano. 9.- Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Estudiosos del Derecho Penal contemporáneo coinciden en afirmar que la misión esencial del Derecho Penal no es otra que la protección del bien jurídico para una convivencia humana bajo cultura de paz, aplicando la fuerza coercitiva del Estado a través de las autoridades de aplicación de Ley penal a cargo del Ministerio Público (*Fiscalía*) que, en materia de estabilidad y transparencia económica está a cargo del Derecho Penal Económico.

Esta protección del bien jurídico en materia económica y financiera, consiste en garantizar la económica y las finanzas lícitas del Estado, la que implica consecuencias de vital importancia cuando actores ilícitos introducen dinero proveniente de delitos predicados que dan origen al dinero ilícito. Para introducirlos en la económica formal del Estado para su lavado, utilizan diversas formas, modos y medios generando mercados informales, ficticios o de fachada. Entendido de este modo, que el bien jurídico se constituye en punto de partida e idea que rige el establecimiento de las distintas conductas o figuras delictivas.

La evidente crisis del sistema judicial en Bolivia, traducido en una carga procesal penal ampulosa que solo produce retardación de justicia¹, son hechos que van en contra del principio de intervención mínima del Estado, es decir, los operadores de justicia (*Fiscales y Jueces*) desconocen o no aplican el principio de subsidiaridad penal, en correlación con el principio de oportunidad, cuya herramienta básica es la conciliación penal, herramienta que aplicada a los delitos económicos - financieros, desde cualquiera fuera el punto de vista técnico, se hace necesario e imperativo recurrir a la Mediación o Arbitraje (*en materia penal, esta función recae en el Fiscal asignado al Caso*), todo con el objeto de llegar a la Justicia

¹ NA: Con la promulgación de la Ley 004 respecto a la corrupción de 31 de marzo de 2010, en mala sincronía con la Constitución Política del Estado, en sus Artículos 112 (Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad) y 123 (La Ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado), hacen que se incremente la retardación de justicia, en franca violación de la prescripción y de la duración máxima del proceso que es de tres años, traducido en una política carcelaria ineficiente que genera hacinamiento.

Restaurativa a favor del Estado, debido a que en delitos de lavado de dinero, la víctima es solo el Estado en calidad de persona jurídica representada por entidades de la administración pública que sufren el daño u ofensa, de este modo dejar al Derecho Penal sancionatorio el tratamiento y sanción de las conductas delictivas precedentes que dieron como beneficio el enriquecimiento ilícito, dinero y bienes a ser lavados.

La crisis del sistema penal está en todas las opiniones públicas en general nacional e internacional y difundidos ampliamente por los medios de comunicación escritos, orales y televisivos en particular, junto incluso las opiniones de los mismos operadores de Justicia Penal que reconocen que el sistema de Administración de Justicia Penal en Bolivia, desde siempre viene atravesando una profunda crisis con la dilatación temporal del sistema procesal penal que no tiene que ver con Leyes que establecen procedimientos y establece tiempos procesales perentorios², esto hace que el sistema se retarde o se desvíe, o finalmente tenga una tendencia al retroceso.

Lo peor de todo esto, es que esta crisis, potencializa la delincuencia y provoca su incremento, además de incrementar la corrupción de los operadores de justicia³, ya que los demandantes (*victimas*) y demandados (*autores*) lo que más demandan es ser procesados en el menor tiempo posible, entendiéndose que el denunciante (*victima*) pretende ser resarcido proporcionalmente por la ofensa que ha recibido, y el denunciado (*autor*) ser sancionado llegando a una salida alternativa que reduzca la pena con el objeto de acabar con el proceso penal; todo este proceso, tanto autor como víctima lo que menos desean es llegar a erogar altas cantidades en gastos procesales y coimas corruptas de los operadores de justicia, pretendiendo dos variables que son menor tiempo y menor gasto procesal.

Por otra parte, el principio de lesividad no es el único límite material que legitima al Estado para calificar una conducta como delictiva, o dicho con otras palabras, el Derecho Penal sólo debe existir en la medida en que proteja bienes jurídicos, no significa que toda afección a un bien jurídico pueda ser castigada como delito⁴, sino también su aplicación del Derecho Administrativo Sancionador como régimen de Regulación y Fiscalización del Estado a toda actividad económica lícita del sector empresarial privado.

El deterioro y dejadez del Poder Legislativo y de las iniciativas de los actores del área del Derecho⁵ que se descuidan de armonizar, actualizar, y/o proponer nuevas legislaciones, principalmente lo relacionado al Derecho Procesal Penal que causa retardo y corrupción en la administración de justicia, incrementado la crisis del sistema penal.

2. CRISIS DEL DERECHO Y DEL SISTEMA PENAL

En la actualidad son muchos los autores que señalan a nivel general e internacional, el Derecho Penal y el tratamiento en el Sistema Penal atraviesan una grave crisis. Entre los críticos modernos más importantes, tenemos a Eugenio Zaffaroni, el prestigioso profesor argentino, que también puntualiza sobre la necesidad de hacer que el mismo Derecho Penal supere la crisis actual. En las partes pertinentes, en las que realiza una crítica constructiva del actual Sistema Penal, señala que la pena madre del Derecho Penal, que también es la más importante, es la pena privativa de libertad, que actualmente ha fracasado en sus

² NA: A mayor exposición ver Ley 1970 del Código de Procedimiento Penal de 25 de marzo de 1999 que ingreso en vigencia plena el 01 de mayo de 2001; Ley de descongestionamiento y efectivización del sistema procesal penal de 30 de octubre de 2014; Ley 1173 de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de la Lucha Integral Contra la Violencia a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres de 08 de mayo de 2019; y la Ley 1226 1226 de modificación a la Ley 1173 de 03 mayo de 2019, de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de la Lucha Integral Contra la Violencia a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres de 23 de septiembre de 2019.

³ NA: Básicamente nos referimos a Jueces, Fiscales y Policías investigadores.

⁴ J. BUSTOS, "Manual de derecho penal. Parte general", (4.ª ed., aumentada y puesta al día por H. Hormazábal Malarée), PPU, Barcelona, 1994.

⁵ NA: Refiriéndonos a los Colegios de Abogados, Asociación de Jueces y Fiscales, Escuela de Jueces del Estado, Facultades de Derecho de las Universidades, y hasta de las víctimas de retardación de justicia.

pretensiones de reinserción social de los internos y al no rehabilitar, no cumple su finalidad específica, convirtiéndose en una de las principales causas de la crisis por la que a la fecha atraviesa el Derecho Penal⁶, incluso existen autores que plantean la abolición del Derecho Penal, entre ellos tenemos al profesor Louk Hulsman, cuya posición es la siguiente.

Sostiene que todo delincuente sustenta su posición en lo que la sociedad lo ha convertido, dado que considera que “el delito es el resultado de un largo proceso de marginación”⁷, considerando que la delincuencia tiene causas profundas y raíces en el modelo social con la desigualdad y la marginalidad, y que las clases sociales con el potenciamiento económico que poseen, controlan los medios de producción y distribución y la carencia de ellos era la fuente de todo delito en las sociedades, lo cual socialmente no es creíble, porque sería criminalizar la pobreza o afirmar que todos los delitos tuvieran un contenido patrimonial que, el Banco Mundial (BM) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) citan que la pobreza en el mundo hacia el 2015 es el 10% del total de la humanidad⁸, que de acuerdo a las tendencias del delito, sería que el 10% de cada país es delincuente, supuestos que no es aceptable a los ojos de la gran delincuencia financiera que producen los delitos más graves⁹, llegando hasta el lavado de dinero, entre otros delitos graves que afectan a los Estados y la sociedad.

Con esos criterios que la delincuencia se asienta en la pobreza, inferimos que la pobreza en Bolivia, al 2017 estaba en 34%¹⁰, es decir que 3,9 millones de 11,3 millones de habitantes de acuerdo a las estimaciones de la Comisión Económica Para América Latina (CEPAL) son pobres, lo que conduciría a plantear la teoría que la delincuencia es del 34%, datos que no reflejan la verdadera delincuencia que afecta al Estado.

Zúñiga¹¹ afirma que es erróneo pensar que la criminalidad se origina exclusivamente en la debilidad del sistema penal, sin comprender que el fenómeno criminal es ante todo un

⁶ E.R. ZAFFARONI, “Tratado de Derecho Penal”, Bogotá, Ed. Themis, 2006.

⁷ A. BERISTÁN, “Epistemología penal criminológica hacia la sanción reparadora”, México, publicación de la Universidad Autónoma de Sinaloa, 1996, pp. 167, 171 y 173. La incidencia de los factores sociales en materia de delincuencia juvenil ha sido ampliamente estudiada. Las principales conclusiones indican que el joven delincuente, lo mismo que el niño, es un producto del medio, constituyendo excepciones los delincuentes verdaderamente patológicos. Por eso su atención requiere contrarrestar las circunstancias de marginación a las cuales ha estado expuesto. Ver, J. De Las Heras, La juventud delincuente y su tratamiento reformador, Fundación Respuesta Social Siglo XXI, Madrid, 2008, p. 169.

⁸ Organización de las Naciones Unidas, “Objetivo 1: Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo”, Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, New York, 2021, p. 1. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/>, consultado el 29/03/21.

Banco Mundial, Panorama general, octubre 14 de 2021, pp. 1 y 2. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview>, consultado el 29/03/21.

⁹ Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD-OEA), “Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves”, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington 1999, p. 2. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_reglamento.pdf, consultado el 31/01/2022.

Por “delitos graves” se entiende aquellos que así sean definidos por el ordenamiento jurídico de cada Estado y, en particular, el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, que Además del tráfico ilícito de drogas y sus delitos conexos, varios países del Hemisferio han determinado que los siguientes crímenes sean delitos graves, cuyo producto da lugar al lavado de activos: tráfico ilícito de armas, tráfico de seres humanos (incluyendo inmigrantes ilegales) y tráfico de órganos, prostitución, pornografía, secuestro, extorsión, delitos contra la Administración (corrupción) terrorismo y fraude.

¹⁰ Página SIETE, Diario Nacional INDEPENDIENTE, “Bolivia, el país que menos bajó la pobreza, según CEPAL”, La Paz, 16 de enero de 2019, p. 1. Disponible en: <https://www.paginasiete.bo/economia/2019/1/16/bolivia-el-pais-que-menos-bajo-la-pobreza-segun-cepal206150.html#:~:text=Bolivia%20tiene%2011%2C3%20millones,fue%20de%200%2C3%20puntos,consultado el 3/3/2021>.

¹¹ L. ZÚÑIGA, Política Criminal, Madrid, Editorial Colex, 2001, p. 39 y ss. En el mismo sentido, P.M. Molina García, “Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del Ius Puniendi”, en Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero / coord. por Juan José González Rus, Madrid, 1996, p. 256, Young también afirma que deben construirse disuasivos del delito dentro de las políticas sociales. J. Young, “El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo

problema social. En países con diferencias abismales en la distribución de la riqueza y en los que la calidad de vida sólo está concentrada en los más privilegiados, no se podrá luchar integralmente contra los delincuentes si no se implementa una política social encaminada a hacer más equitativa la distribución de la riqueza y a mejorar las condiciones de vida de los estratos sociales más deprimidos.

La disminución de la criminalidad, a largo plazo, depende más de invertir en educación y en políticas sociales educativas que posibiliten la igualdad de oportunidades que en mecanismos de gestión del conflicto ya producido.

En países latinoamericanos, con rasgos comunes de grandes dificultades económicas y sistemas judiciales corruptos, en un marco de desigualdades sociales, los sistemas penales tienen una tendencia marcadamente represiva. La estrategia de los gobiernos contra el delito se fundamenta en crear nuevos delitos, aumentar las penas y mantener un sistema procesal de tendencia inquisitiva, políticas que en la práctica solo incrementan el volumen del Código Penal, sin ver ni plantear políticas integrales de conducta de los ciudadanos con oportunidades educativas, laborales y de producción igualitaria.

Podemos afirmar que las grandes desigualdades sociales sí tienen un efecto en la criminalidad, pero en la criminalidad doméstica como el robo común de dinero o bienes materiales. Los teóricos del “*labelin aproach*”¹² o teoría del etiquetamiento, entendieron la criminalidad no como cualidad del individuo, sino como consecuencia de un proceso de definición social y por ello producto de la sociedad, es decir, el rechazo social de la sociedad es la que genera criminalidad.

Para agravar la cuestión, el Derecho Penal en sí mismo es selectivo, porque la legislación penal crea delitos o tipos penales cuyos autores pertenecen generalmente a un determinado estatus social, las víctimas pertenecen en su mayoría a los estratos más débiles. También pueden encontrarse desigualdades en la imposición de la pena, atendiendo a razones de prevención especial, pues en el caso de los miembros de las clases acomodadas generalmente se observan menos necesidades preventivas especiales o de socialización que en las clases bajas; y aunque dos hechos sean iguales, los autores del delito no son tratados con igualdad social y procesal penal, debido a que el concepto de delincuente en el Derecho Penal clásico no es del todo aplicable a las nuevas formas de criminalidad económica – financiera como tampoco su concepto de delito, que casi exclusivamente está dirigido al delito y al delincuente común, conduciendo a la aceptación de la descriminalización legal y social de las conductas que tiene más relación con personalidades asociadas a tipos de delito que con los daños que ocasionan.

La selectividad del sistema se acentúa a través de los procesos de criminalización secundaria o selección de un individuo determinado a criminalizar, evidenciándose que la variable más importante para ser seleccionado es la posición que ocupa un individuo en la escala social. La selectividad de esta criminalización secundaria reconoce muchas causas; como el trabajo policial, que es el principal filtro del sistema penal, trabajo que se realiza bajo determinadas condicionantes, donde se pueden descubrir sólo ciertos delitos; la distancia social entre el juzgador y el acusado; la falta de asistencia técnica de los miembros de los sectores de menos

radical”, en *Criminología Crítica y Control Social*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1993, p. 14. Los problemas sociales se resuelven por medio de una política social. E. Larrauri, *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, en *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 68.

¹² Derecho a Réplica, “Teoría del etiquetamiento (labeling aproach): o cuando el estado construye al delincuente”, *Espacio crítico sobre Control social, Sociedad y conflictos sociales*, La Pampa, 30 de noviembre de 2020, pp. 2-3. Disponible en:

<http://www.derechoareplica.org/index.php/233:teoria-del-etiquetamiento-labeling-13>, consultado el: 03/04/21. Según Howard Becker, para comprender el crimen debe atenderse especialmente a la “reacción social”, por una parte, y al proceso de definición o selección de determinadas conductas y personas - etiquetadas como “desviadas”- por la otra. El delito o el infractor tienen para esta tendencia naturaleza social y definicional. Integran una realidad social que se construye. Por lo tanto, no interesan tanto las “causas” de la desviación cuanto los procesos de criminalización a través de los cuales, ciertos grupos sociales que tienen poder para ello, definen como delito y como delincuente a determinadas conductas y determinadas personas. Cuando este proceso de etiquetamiento se realiza con éxito, se construye un delincuente.

recursos; y la influencia de los medios de comunicación en la conformación de los estereotipos criminales y similares¹³.

Existe una ausencia de reacción en algunas situaciones debido a que las personas no las aprueban, las critica, pero son parte de la gestión de Estado como son los delitos de cuello blanco, más conocidos por corrupción y/o lavado de dinero. Mientras más se aleje el comportamiento de los delitos que mayor publicidad reciben o como más se aleje la persona del estereotipo de delincuente, implica que el hecho no será denunciado por existir menor conciencia de rechazo.

El crimen no es un fenómeno casual o fortuito, ya que el delito es un estado de planificación, es decir surge la voluntad convertida en sucesos selectivos que sabe escoger el momento oportuno, el espacio adecuado, la víctima propicia, por lo que los programas de prevención deben ir orientados a contrarrestar esas variables, que la tendencia ha sido que, ante el fracaso de la Justicia Penal, es responsabilidad del Estado en su deber de generar niveles adecuados de seguridad, los actores políticos han concentrado más esfuerzos en los efectos del delito que en las causas del mismo.

Los intereses de las víctimas y la seguridad ciudadana se ha situado –constantemente– en el centro del discurso político y mediático, hasta se incluyen como planes de gobierno nuevos modelos y políticas públicas contra el crimen, que en parte se produce un proceso de rentabilidad política por el que los gobiernos en curso, bajo la excusa de solidarizarse con las víctimas de determinados delitos con mayor alarma social, generan políticas criminales bajo el argumento de garantizar la seguridad de Estado y de sus habitantes, pero sin observar que se convierten en un recorte que afectan los derechos fundamentales.

El destinatario de la norma legal deja de ser valorado como persona, postergando con ello su dignidad personal, y se le convierte legalmente en el enemigo del sistema, así se produce una vulneración a la estabilidad de la Ley penal bajo excusa del fracaso del Derecho Penal para conseguir un decremento en los índices del crimen, la reincidencia del imputado y las medidas de defensa de la víctima, reconvirtiendo a éste en un alegato de restricciones de derechos en pro de una engañosa seguridad.

Las políticas públicas de control del delito están orientadas al control social y cultural, ofreciendo como respuesta nuevas Leyes más que todo sancionadoras, mediante las cuales pretenden prevenir el delito a través de medios de comunicación, en procura de frenar el coeficiente delincencial para proveer soluciones reales a los conflictos sociales. Tradicionalmente, los mecanismos de defensa social se limitan a infundir miedo e intimidar antes que ocuparse de evitar la reincidencia y promover la paz social.

Existe una tendencia que Garland denomina estrategia de *segregación punitiva*, basada en el giro punitivo de la penalidad contemporánea, que se presenta por medio de legislación que expresa el deseo de venganza y gestos simbólicos del poder soberano, avalados por una audiencia pública, para la cual este proceso de condena y castigo sirve como una descarga expresiva de tensiones y un gratificante momento de unidad frente al delito y la inseguridad¹⁴.

En la práctica, la inflación del Derecho Penal no viene acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva por parte del ciudadano, prácticamente se debe a la retardación de la justicia por no aplicar salidas alternativas como el Principio de Oportunidad (*conciliación*) y su respectiva Justicia Restaurativa, bajo políticas criminales carcelarias y de rehabilitación social del encarcelado.

Por estos motivos, las nuevas corrientes de la lucha contra el crimen, la criminología apunta a la sociedad como núcleo del delito, sosteniendo que es la propia sociedad quien define y produce el delito; así, el objeto de la resocialización debería cambiar desde la cárcel hacia el individuo en sociedad para que la resocialización se oriente hacia una modificación de las estructuras sociales en convivencia social y carcelaria.

¹³ A. Bovino, “La víctima como preocupación del abolicionismo penal”, en De los delitos y de las víctimas, Argentina, Editorial Ad Hoc, 1992, p. 265.

¹⁴ D. GARLAND, La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Barcelona, Editorial Gedisa, 2005, p. 239.

Es contradictorio la reinserción social del delincuente en un marco social cuyas desigualdades estructurales han tenido un papel determinante en la generación de la criminalidad, sería volver a colocarle en círculos criminales que no permitirán una escuela social legal, debido a que dentro el régimen carcelario también se presentan desigualdades sociales internas que, dentro la cárcel se van originando nuevos conocimientos del delito, clanes, modos y medios delincuenciales, es decir, el delincuente encarcelado solo perfecciona los modos y medios para cometer mayores delitos que cuando cumplen el tiempo y salen de la cárcel, esa escuela del crimen les enseñó a sobrevivir del delito, en consecuencia continua la cadena delincencial, lo que nos conduce a afirmar que la política de resocialización fracaso.

El delincuente, por lo general, carece de la socialización humana, debido a la marginalidad que la sociedad le impone con el rechazo social no reintegradora, el mismo individuo que carece de reconocimiento y gratificación social, carece de instrucción y educación con ciertas excepciones de que un recluso haya estudiado una profesión dentro la cárcel.

En ese escenario, Bolivia nunca pudo consolidar una administración de justicia creíble, independiente, eficiente y democráticamente justa, menos una reinserción del delincuente por las deficiencias en políticas carcelarias y las marginaciones sociales que atraviesan después de cumplir el periodo de tiempo carcelario. A esta época, pese a las reformas legales y la búsqueda de nuevas políticas públicas, aún se mantiene dentro las cárceles el legado colonial con una estructura jerárquica pesada, corrupta y discriminadora.

Otro problema de fondo referido a delitos de corrupción y lavado de dinero, es que en Bolivia el sistema investigativo está muy corrompido y con una carga procesal muy alta, todo por la falta de control de los procesos, tanto en la Fiscalía como en los Juzgados, a esto agrava la ponencia al citar los Artículos 112¹⁵ y 123¹⁶ de la Constitución Política del Estado por la irretroactividad y lo imprescriptible de delitos de corrupción, en consecuencia, el lavado de dinero es un delito continuo y permanente que genera mayor carga procesal, disposiciones consideradas inconstitucionales, ya que nadie puede ser perseguido eternamente por la justicia, y menos ser investigado hasta sus orígenes, dando paso a la violación de derechos y garantías de las personas.

Históricamente, las Cortes Supremas de Justicia en América Latina y especialmente las de Bolivia han sido conformadas al influjo de los intereses del poder político que, desde siempre, el poder político ha procurado el nombramiento de Jueces, Magistrados y Fiscales considerados partidarios de confianza del partido político en gestión de gobierno, convirtiéndose en relaciones clientelares de confianza, antes que, de los profesionales idóneos y mejor calificados, es decir que sean por méritos, para dar paso a la independencia de poderes.

Cuando los cuestionamientos por la retardación de justicia se hicieron más frecuentes y evidentes, se transformaron cada vez más ácidas, desde la vereda de los administradores de justicia se respondió que se debía al incremento de la carga de trabajo, advirtiendo que a más de la última década (2010 - 2022) se pudo advertir un significativo incremento de procesos penales en materia de delitos económico – financieros dado que esta carga de trabajo se debe al incremento de la corrupción por efecto de la retroactividad e imprescriptibilidad del delito, en respuesta de los operadores de justicia no es la misma en otras áreas del sistema penal como son delitos contra las personas o la propiedad.

En materia penal, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política del Estado de 2009 con sus Artículos 112 referente a la imprescriptibilidad y 123 con la retroactividad contrarios al Artículo 333 de la Constitución Política del Estado referidos a los delitos financieros entre los que tenemos al lavado de dinero (Ley 1768 de 10 de marzo de 1997 en sus Artículos 185 *bis y ter* y el Decreto Supremo 24771 de 31 de julio de 1997), acompañado por la Ley 004 de

¹⁵ Artículo 112. Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad.

¹⁶ Artículo 123. La Ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución.

Lucha Contra la Corrupción que, en ocasión de su promulgación el 31 de marzo de 2010, tras un simple discurso consistente en que el “*Estado no concilia*”, este se convirtió en una ola degenerativa costumbrista del Derecho Procesal Penal, ya que como un medio de solución de controversias considera los mecanismos de conciliación, entregando esta responsabilidad a los Fiscales, lo que haría que de darse una aplicación estricta en Ley, aliviaría la carga procesal en la etapa preparatoria o investigativa pero, esta facultad de los Fiscales fue mutilada por la Ley 025 de 24 de junio de 2010 que dispone en su Artículo 67, numeral IV la prohibición a los Jueces de llevar adelante actos conciliatorios, generando ambigüedad y oscurantismo legal, alcance que no contiene en ninguna otra norma legal boliviana.

Por otra parte, con la Ley 004 de Lucha Contra la Corrupción que, en ocasión de su promulgación el 31 de marzo de 2010, dentro la lucha contra la corrupción, la lucha contra la legitimación de ganancias ilícitas fue cooptada, desfigurando que la lucha contra el lavado de dinero cuenta con un alcance a todos los delitos graves, y desconocen que el nacimiento de esta lucha fue por los delitos de narcotráfico, lo que hace más de una década (2010 – 2022) que en Fiscalía y Juzgados no se cuenta con resultados penales que hayan sido investigados y denunciados por el órgano administrativo, la Unidad de Investigaciones Financieras (UIF), tal como manda el Artículo 185 *ter* de la Ley 1786 de 10 de marzo de 1997, y los Artículos 18 8, 19 8, y 40 del Decreto Supremo 24771 de 31 de julio de 1997.

Con estos antecedentes, vinculados a que el delito común que es producto de la pobreza y la sociedad, con régimen carcelario y reinserción social ineficiente, a esto sumamos que el proceso judicial hoy resulta insuficiente para resolver los conflictos que se presentan, pero es necesario considerar que el lavado de dinero se da en sociedades adineradas comprometidas con delitos graves precedentes al lavado de dinero. El que las sociedades modernas hayan creído necesario acudir al mecanismo de la judicialización para la solución de los conflictos, cualquiera que sea el marco en el que se desarrollen, el tipo de bien jurídico lesionado, las personas intervinientes en el conflicto, hacen que el aumento progresivo del conflicto social, impida al proceso servir como mecanismo apto para la solución de conflictos, pero no sólo por el aumento progresivo de los asuntos que de ellos requieren y que pretenden una solución rápida y eficaz a su problema, esto se debe al incremento notable de conflictos que hace incapaces a los órganos jurisdiccionales del Estado para abordarlos, asumirlos y resolverlos, sino también por la variable de calidad en las resoluciones, debido a la diversa complejidad de las causas.

En efecto, los litigios ante tribunales se han multiplicado, los procedimientos se alargan y con ello crecen los gastos inherentes a los mismos, así como la cantidad, la complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos también contribuyen a dificultar el acceso a la justicia, sin olvidar el coste emocional que supone para las partes implicadas, el cual varía en función de si se trata de un asunto de carácter psicológico o de otra índole, así como de la duración del proceso, tiempo que incide en la inquietud de no ver solucionado su conflicto.

Dentro la lucha contra el lavado de dinero, Bolivia enfrenta evaluaciones del GAFILAT, que desde la 2da Ronda de 2006 va sufriendo evaluaciones negativas, las que Bolivia no pudo superar pese a las reformas legales, y lo más delicado, que el órgano administrativo, la Unidad de Investigaciones Financieras (UIF) información estadística de casos, llevando solo a una incertidumbre, desconfianza y temor en la sociedad civil y empresarial boliviana e internacional.

Con el objeto de enfrentar la 4ta Ronda de evaluación por el GAFILAT a realizarse en marzo de 2022, desde la UIF propusieron proyectos, como el Proyecto de Ley PLA No. 108/2020-2021 de “*Estrategia Nacional de Lucha Contra la Legitimación de Ganancias Ilícitas y el Financiamiento del Terrorismo*” de 21 de agosto de 2021, aprobado y promulgado por Ley 1386 de 16 agosto de 2021, la que por fuerza social fue “*abrogada*” por la Ley 1409 de 16 de noviembre de 2021. La misma suerte corrió el Proyecto de Ley 218/2020-2021 de “*Lucha contra la Legitimación de Ganancias Ilícitas, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva o No Convencionales*”, fue retirada de la Asamblea Legislativa y devuelta al Ejecutivo el 15 de noviembre 2021.

Lo ocurrido en Bolivia, con el rechazo social de los dos Proyectos de Ley, y de la misma Ley 1386, hacen que la lucha contra la legitimación de ganancias ilícitas sea un fracaso normativo, en consecuencia, un fracaso regulatorio y sancionatorio, lo que nos conduce a

afirmar que Bolivia tendrá el mismo resultado de las evaluaciones de 2006 y 2011, con el riesgo de ingresar en la “*lista gris*” del GAFI, como país no cooperante, y en riesgo para el lavado de dinero.

3. DERECHO PENAL ECONÓMICO

El Derecho Penal pretende mantener la paz social, no obstante, los delitos con beneficios económicos a menudo suponen también otras prácticas irregulares que entran en el campo del Derecho Penal Económico, orientado a penalizar las malas prácticas en el enriquecimiento ilícito, desde los delitos cometidos por los funcionarios públicos en materia de corrupción, hasta los delitos cometidos por lavadores de dinero, principalmente la recepción de dinero irregular vinculado con actividades ilícitas de delitos considerados graves. El enfoque tendiente a enfrentar el tratamiento de delitos complejos integrando la aplicación simultánea de diversas sub disciplinas del Derecho Penal, caracterizada por el poder punitivo a todos los rincones de la vida social denominado “*panpenalismo*”, que “*es precisamente el Derecho Penal Económico, entendido, en sentido amplio, como aquel que comprende todas las figuras delictivas que, de forma directa o indirecta, tienden a la tutela de los valores, individuales o colectivos, de naturaleza precisamente económica*”¹⁷.

Esta es justamente la naturaleza de los delitos económicos - financieros provenientes de actividades ilícitas, es entonces cuando el Derecho Penal Económico debe actuar para sancionar estos hechos ilícitos. Desde una perspectiva general, encontraríamos dos momentos del delito. El primer momento, tenemos el delito que en primera instancia genera el dinero ilícito, nos referimos al origen o delito predicado; en segundo momento, tenemos al lavado de dinero de dinero de origen ilícito, lo que permite afirmar que los delincuentes estarían incurriendo en delitos como el enriquecimiento ilícito que es un paso intermedio entre el delito predicado y el lavado de dinero, la complicidad, el encubrimiento y la receptación, delitos que se encuentran en el Código Penal, ya que “*señalan formas de obtener riqueza, poder y movilidad social en complicidad con lo ilegal, que incrementan las oportunidades para el blanqueo, la convalidación de la impunidad y la generación de lealtades y dependencias sociales, económicas y políticas*”¹⁸.

Entendemos que, al aceptar dinero de origen ilícito, los lavadores de dinero incurren en esta categoría delictiva, pues el paradigma de la teoría clásica del delito ha sido el delito doloso de acción. Es decir, el comportamiento individual de una persona (o, como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado (intención) ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado¹⁹.

Por otro lado, para Silva Sánchez, considera que es erróneo afirmar que el Derecho Penal Económico constituye un singular y privilegiado observatorio que permite alimentar una reflexión teórica, sólidamente afincada²⁰ o que, *en* el ámbito doctrinal el Derecho Penal Económico constituye hoy una de las áreas más problemáticas y al mismo tiempo más estimulantes del pensamiento jurídico - penal²¹, aplicado a los delitos económicos y financieros, dentro de los cuales recaen los delitos de lavado de dinero proveniente de actividades delictivas. En efecto, todo esto apunta al surgimiento de nuevos espacios pretendidamente necesitados de protección penal, puesto que el Derecho Penal Económico también persigue los fines regulativos del Derecho Penal. En consecuencia, el Derecho Penal Económico sólo será legítimo en la medida en que satisfaga los criterios de legitimidad del

¹⁷ M. ACALE y J.M. TERRADILLOS, ¿Una nueva Edad Media penal?, Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2004, p. 169.

¹⁸ A. NIETO, Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente, Boletín Oficial del Estado, Universidad Autónoma de Madrid, 2012, p. 24.

¹⁹ J.M. SILVA y F. MIRÓ, La teoría del delito en la práctica penal económica, Edit. La Ley, Madrid, 2013, p. 37.

²⁰ J.M. SILVA y F. MIRÓ, op. cit; p. 169.

²¹ C. Conde-Pumpido, El derecho penal como última ratio, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 20.

Derecho Penal en general²², conforme a las Leyes vigentes y a la Constitución Política del Estado en el momento en que ocurra el acto reprochable.

El Derecho Penal Económico se remonta a la primera observación hecha por Jiménez De Asúa²³ en 1934 (hace más de 88 años), cuando afirmó, que hasta hace algún tiempo, cuando un español de presa estaba ansioso de despojar a los demás de su fortuna o de sus ahorros, se echaba al monte con trabuco, escapando de sus perseguidores a lomos de una jaca andaluza. Hoy crea sociedades y empresas, desfigura balances, simula desembolsos y facturas, y escapa tranquilamente en su automóvil²⁴.

Esto prefigura una visión de lo que hoy llamaríamos criminalidad de empresa, y que se refiere a los delitos económicos o socioeconómicos por la lesión al bien jurídico protegido que son la riqueza económica de las empresas, el Estado y la sociedad.

El Derecho Penal Económico, como rama del Derecho Penal, se encarga de sancionar las malas prácticas relacionadas con la economía de las empresas, de la mala administración del Estado en materia de corrupción, y de las economías subterráneas o ficticias que crea el lavado de dinero en la sociedad y en el Estado y, en cuanto al objeto específico, se desprende que los delitos graves y el lavado de dinero se hacen con dolo, intencionadamente o a sabiendas, delitos que se encuentran tipificados como tales en el Código Penal, además transversalmente con las Leyes especiales que, en ausencia de acciones coercitivas a través del Derecho Penal, los derechos del Estado y de los ciudadanos serán fácilmente vulnerados en caso de que desconozcan las fuentes de origen irregular.

En esta corriente, el Derecho Penal Económico tiene la misión de sancionar las malas prácticas de quienes incurran para satisfacer sus comportamientos delictivos con beneficio económico y financiero para los criminales.

Para alcanzar un Estado de Derecho pleno, es preciso penalizar (*sancionar*) las malas prácticas, partiendo de medidas de recuperación de activos en favor del Estado en su calidad de víctima pasiva de delitos económicos y financieros provenientes de otras actividades ilícitas graves.

4. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

El principio de lesividad o de protección exclusiva de bienes jurídicos guarda relación con la moral. Tanto el Derecho como la moral son ordenamientos normativos, con un vínculo entre ambos por su ámbito práctico de aplicación. En materia penal, lo moral²⁵ está directamente

²² J. M. SILVA y F. MIRÓ, op. cit; p. 169.

²³ L. Jiménez, Madrid, 19 de junio de 1889, Buenos Aires, 16 de noviembre de 1970. Jurista y político español que se desempeñó como vicepresidente del Congreso de los Diputados y representante de ese país ante la Sociedad de Naciones. Durante la dictadura franquista se exilió en Argentina. Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid. Su protesta contra las vejaciones sufridas por Miguel de Unamuno durante la dictadura de Miguel Primo de Rivera, le valió el confinamiento en las islas Chafarinas en 1926. Renunció entonces a su cátedra universitaria en rechazo a la intromisión de la dictadura en la Universidad. Director del Instituto de Estudios Penales y participó en la redacción del Código Penal de 1932. Disponible en:

http://es.wikipedia.org/wiki/Luis_Jim%C3%A9nez_de_As%C3%B3a, consultado el: 07/03/2021.

²⁴ C. CONDE-PUMPIDO, El derecho penal como última... p. 15.

²⁵ NA: Es necesario exponer que: el comportamiento es la base de la ética, y dependiendo del comportamiento es la ética que se termina con la calificación de moral o inmoral. Prácticamente son tres espacios para que los individuos puedan hablar de moral como un tercer o último elemento basado en el comportamiento como primer elemento, quedando la ética en un segundo espacio intermedio. No es lo mismo ni sinónimo ética y moral.

Comportamiento: Manera de comportarse; conjunto de reacciones de un individuo, conducta (Larousse 2011, p. 253).

Ética: Parte de la filosofía que trata de la moral (Ossorio 2002, p. 407).

Moral: Dícese de lo que no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia, y también de lo que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano (Ossorio 2002, p. 629).

relacionado con la conducta y con el comportamiento de los individuos en sociedad, mientras que el Derecho está orientado a regular ese comportamiento y sancionar cualquier contravención del mismo.

La filosofía del Derecho explica que la relación de ambos ordenamientos puede ser de dos tipos:

- **Contingente**, referido a lo ideal que sería que el Derecho y la moral estén estrechamente relacionadas, pero son meramente coincidencias casuales.
- **Necesaria**, porque no puede hablarse de Derecho sin hacer referencia a la moral. El Derecho se basa (*depende*) de la moral y es inseparable de ésta.

Entre las principales críticas planteadas a la legitimidad de la existencia del Derecho Penal Económico están las referidas al bien jurídico protegido por este tipo de criminalidad; los abolicionistas comparten la idea de la necesidad de referir el Derecho Penal a la exclusiva protección de los bienes jurídicos considerados como nucleares²⁶ pero sostienen que el ordenamiento penal, al ser referido al ámbito socioeconómico, no satisface los criterios de determinación de un bien jurídico - penal, lo que se traduce en un abuso político y en una expansión incontrolada del Derecho de la modernidad²⁷.

El esgrimir el Derecho como un medio de protección del buen funcionamiento de sectores generales (*como el orden económico o el medio ambiente*), y basarse en ese adecuado funcionamiento como fundamentación de la criminalización en los referidos ámbitos, constituye para los de la escuela de Frankfurt un abuso del Derecho por la manipulación política de los principios jurídico – penales²⁸.

El principio de lesividad implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo²⁹, definiendo “al bien jurídico como la relación de disponibilidad de un individuo con el objeto protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación Penal de conductas que la afectan³⁰.”

en este entendido, al principio de lesividad también se lo denomina del bien jurídico protegido o de la objetividad jurídica del delito e incluso de la antijuridicidad material el que puede sintetizar en el tradicional aforismo “*no hay delito sin daño*”, que hoy equivale a afirmar que no hay hecho punible sin bien jurídico vulnerado o puesto en peligro, así de este modo se llega al principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*).

En Bolivia, el Código Penal (Ley 1768 de 10 de marzo de 1997), codifica al lavado de dinero como legitimación de ganancias ilícitas, el que se encuentra en el Libro Segundo PARTE ESPECIAL, Título III DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA, Capítulo III RÉGIMEN PENAL Y ADMINISTRATIVO DE LA LEGITIMACIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS, entendiéndose erróneamente que es el sector judicial el que tiene que ser protegido de los lavadores de dinero, que conceptualmente degenera el concepto, objeto y fines de la lucha contra el lavado de dinero.

²⁶ W. HASSEMER; y F. MUÑOZ, “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”. Editorial Tirant Lo Banch. Valencia. 1995, p. 43.

²⁷ D. GARCÍA, El recurso excesivo al Derecho penal en España. Realidad y alternativas Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 107.

²⁸ H.G. FERNÁNDEZ, “Repensando el Principio de Legalidad penal: Sociedad de riesgo, crisis y relativización”, Revista de la Facultad de Derecho No. 50, enero de 2021, Universidad de la República Oriental del Uruguay, Montevideo. Disponible en:

http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652021000101108, consultado el 3/4/2021.

²⁹ E.R. ZAFFARONI, A. SLOKAR; Y A. ALIAGA, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 18.

³⁰ E.R. ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1991, p. 410.

En este entendido, la lesión que causa el lavado de dinero al bien jurídico protegido es a la seguridad de Estado, contenida en el Libro Segundo PARTE ESPECIAL, TITULO I DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE ESTADO, en correlación con el TITULO VI DELITOS CONTRA LA ECONOMIA NACIONAL, debido que afecta al conjunto de la administración de Estado en su espacio de economía formal, en lo social porque dispersa el campo comercial lícito hacia lo ilícito, y el campo jurídico por la expansión del delito.

5. EL LAVADO DE DINERO EN BOLIVIA

En Bolivia, hace 25 años (1997) se incorporó el tipo penal de “*Legitimación de Ganancias Ilícitas*”, para luego promover las modificaciones de 2010, 2011 y 2012, que se hacen ambiguo en el tratamiento legal, lo que nos conduce a la necesidad de plantear una nueva tipificación más precisa, constituyéndose en una necesidad imperiosa para plantear una reforma a las normas legales contra este tipo penal, adecuada y actualizada a las reformas legales, principalmente a la nueva Constitución Política del Estado de 2009 concordante con su Artículo 333³¹; así como a los estándares y a las 40 Recomendaciones internacionales del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

La exposición de motivos de enero 1997, dentro el Proyecto de Ley PL-073/96-97 presentado en enero de 1997 con el objeto de promover “*un cambio sustancial en concordancia con los adelantos científico-doctrinales*”³², dado que el Código Penal vigente a esa fecha estaba sancionado por Decreto Ley 10426 de 23 de agosto de 1972, el que fue promovido en 1997 elevar a rango de Ley de la Republica, llegando a ser aprobado, sancionado y promulgado por Ley 1768 de 10 de marzo de 1997.

Dentro este proyecto, “en respuesta a requerimiento de la comunidad internacional y compromisos de nuestro estado”³³, se incorpora en el Código Penal el tipo penal de “*Legitimación de Ganancias Ilícitas*”, sustentado en los compromisos internacionales de la Convención de Viena contra el tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de las Naciones Unidas, Viena 1988), y en los Modelos de Legislación de las Naciones Unidas sobre blanqueo de dinero y el decomiso en materia de drogas de 1993 y 1995.

Tipo penal que fueron modificados por Ley 004 de Lucha contra la corrupción de 31 de marzo de 2010; luego por Ley 170 de Incorporación al Código Penal de los tipos penales de financiamiento al terrorismo y separatismo y modificaciones a las tipificaciones de terrorismo y financiamiento al terrorismo de 09 de septiembre de 2011; y finalmente por Ley 262 del Régimen de congelamiento de fondos y otros activos de personas vinculadas con acciones de terrorismo y financiamiento del terrorismo de 31 de julio de 2012, haciendo que todas las reformas no fueron un aporte técnico legal para solucionar las investigaciones y judicialización de casos. Asimismo, mediante el Artículo 185 ter crea la Unidad de Investigaciones Financieras (UIF) como órgano especializado para regular, prevenir, detectar, investigar y reportar a la Fiscalía las operaciones sospechosas de lavado de dinero.

Por Decreto Supremo 24771 de julio 31 de 1997, se aprueba el “*Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras (UIF)*” que fue creado por el Artículo 185 ter³⁴ del Código Penal

³¹ Constitución Política del Estado, “Artículo 333. Las operaciones financieras realizadas por personas naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, gozarán del derecho de confidencialidad, salvo en los procesos judiciales, en los casos en que se presuma comisión de delitos financieros, en los que se investiguen fortunas y los demás definidos por la ley. Las instancias llamadas por la ley a investigar estos casos tendrán la atribución para conocer dichas operaciones financieras, sin que sea necesaria autorización judicial.”

³² Proyecto de Ley PL-073/96-97 presentado en enero de 1997, “Exposición de motivos”, de enero 1997, p. i.

³³ Ídem, p. xii.

³⁴ NA: Necesario hacer reflexión que dentro el Código Penal no debiera crearse instituciones administrativas como la Unidad de investigaciones Financieras (UIF), ya que el Código Penal contiene eminentemente los tipos penales, es decir “Un código penal es una recopilación de normas de carácter jurídico, recogidas de manera ordenada y sistemática, que permiten conocer a los ciudadanos qué actos están tipificados como

(*Ley 1768 de 31 de marzo de 1997*) que, siendo necesario exponer que el modelo adoptado por la República de Bolivia (*hoy Estado Plurinacional de Bolivia*) fue en base a las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que las primeras Recomendaciones emitió en 1990 con el objeto de combatir el dinero ilícito proveniente de las drogas. Luego, en 1996 procedió a su primera revisión y actualización, en el cual se basó Bolivia para reglamentar la UIF; Decreto Supremo 24771 de 31 de julio de 1997, vigente a la fecha por 25 años consecutivos pese a que el GAFI, tras los atentados terroristas de septiembre de 2001 a Estado Unidos de América, procedió a emitir 8 Recomendaciones contra el Financiamiento del Terrorismo; además de revisarlas y actualizarlas en 2003, 2008 y 2012. A la fecha fue Evaluada por el GAFISUD (*Grupo de Acción Financiera Internacional de Sudamérica*) hoy GAFILAT³⁵ (*Grupo de Acción Financiera Internacional de Latinoamérica*) en tres (3) Rondas, en este momento rumbo a la 4ta Ronda, estas son:

- 1ra. Ronda - 2002 Satisfactorio
- 2da. Ronda - 2006 Con observaciones
- 3ra. Ronda – 2011 Con observaciones
- 4ta. Ronda – 2022 En proceso³⁶

Con los resultados de la 2da Ronda de Evaluación por la GAFISUD el 2006, y las evaluaciones en febrero de 2010 por el GAFISUD, ante las deficiencias normativas y operativas, Bolivia fue ingresada en la “*Lista Gris*”, del que salieron el 2013, en la Tercera plenaria del GAFI (*Grupo de Acción Financiera Internacional*) efectuada en Oslo, Noruega.

Al momento 2022, rumbo a la 4ta Ronda de Evaluación por el Grupo de Acción Financiera Internacional de Latinoamérica (GAFILAT) en el marco de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), las acciones que está emprendiendo se enmarcan en objetivos concretos de gestión institucional y cumplimiento de metas, tras la 3ra Ronda de Evaluación del 2011 por el GAFILAT, cuyo resultado fue que Bolivia se encontraba en riesgo por la ineficiencia de los planes de acción contra el lavado de dinero que recae en la UIF, sin dejar de lado que en la 2da Ronda de Evaluación de 2006, Bolivia ingreso a la Lista Gris, lo que la convierte en un país en absoluto riesgo de ser descalificada.

El lavado de dinero es relativamente sencillo en Bolivia³⁷. El GAFILAT, un organismo intergubernamental, retiró en 2013 a Bolivia de su “lista gris” de países que no están haciendo lo suficiente para combatir el crimen, por las deficiencias que Bolivia no cuenta con un marco legal actualizado, ya que con el que cuenta data de 1997.

delitos, y a los jueces establecer las sanciones correspondientes a la comisión de cualquiera de los actos en él especificados”.

Disponible en: <https://www.definicionabc.com/derecho/accion-penal.php>, consultado el 11/3/2021.

³⁵ Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), 2021, Disponible en: <https://www.gafilat.org/index.php/es/>, consultada el 28/2/2021. El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a 17 países de América del Sur, Centroamérica y América del Norte. El GAFILAT fue creado para prevenir y combatir el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

³⁶ NA: Según agenda del GAFILAT, se tiene previsto para marzo de 2022.

³⁷ E. MIRANDA, “El lavado de dinero aún sigue siendo fácil en Bolivia”, Libre Empresa, de 11 de julio de 2019, pp. 1-3. Disponible en:

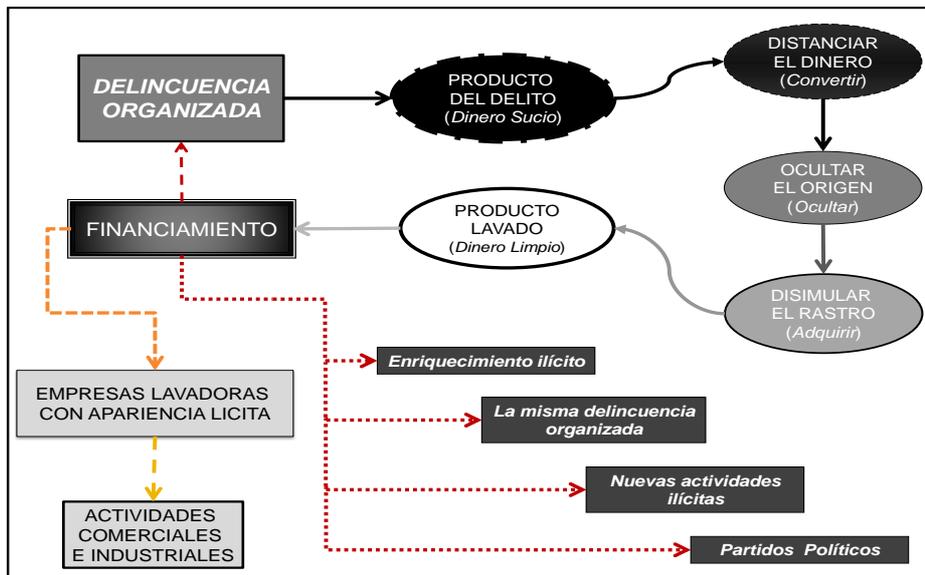
<http://www.libreempresa.com.bo/coyuntura/20190711/el-lavado-de-dinero-aun-sigue-siendo-facil-en-bolivia>, consultado el: 29/03/2021. De Bolivia salen unos 1.000 millones de dólares a paraísos fiscales. La revelación la hizo la Directora Ejecutiva de la Unidad de Investigaciones Financieras (UIF), Teresa Morales Olivera. Para la autoridad, la cifra corresponde a estadísticas oficiales que tiene en carpeta la UIF de la Gestión 2016. “Ese dato lo tenemos, no sabemos si años anteriores salió más, pero hay una suma importante de dinero que está saliendo como fuga de capitales”.

Asimismo, Miranda Viscarra sostiene que casi no hay controles sobre el sistema bancario. En materia investigativa de la UIF y de la Fiscalía, sólo se han abierto un puñado de investigaciones sobre lavado de dinero y no ha habido condenas.

En postura del gobierno actual, asegura que Bolivia no sólo aprobará normas, sino que establecerá mecanismos e instrumentos eficientes y eficaces que permitan prevenir e identificar operaciones de Legitimación de Ganancias Ilícitas (LGI), Financiamiento al Terrorismo (FT) y/o Delitos Precedentes (DP) y maximizar el procesamiento de casos, señala como objetivo estratégico que busca consolidar la UIF.

Continúa exponiendo que un traficante de drogas con sede en la ciudad de Santa Cruz, Bolivia, en entrevista con *InSight Crime*, informo que él había visto a delincuentes internacionales llegar a empresas constructoras con maletas llenas de dinero en efectivo, y que el lavado de dinero en Bolivia era a menudo así de simple.

El lavado de dinero es algo más que el delito predicado o subyacente que genera esta ganancia ilícita como son el narcotráfico o la corrupción, aunque esas actividades ilícitas primarias deban ser un ingrediente esencial del ciclo del lavado de dinero, generando mayor economía informal que Goite y Medina³⁸ precisan que el beneficio neto o enriquecimiento personal, constituye la motivación del delito subyacente y proporciona, simultáneamente, los medios económicos requeridos para continuar con las actividades delictivas, las que podemos apreciar en:



6. EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL DE “LEGITIMACIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS” (ARTÍCULO 185 BIS) DEL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

El Artículo 185 *bis* cuya data inicial es el 10 de marzo de 1997, en el tiempo fue modificado en los años 2010, 2011 y 2012, dentro estas modificaciones los verbos rectores que se convierten en presupuestos procesales³⁹ de cumplimiento obligatorio para subsumir una conducta son: *procedan* y *vinculados*, además que estos deben tener por finalidad de *ocultar*

³⁸ M. GOITE y A. MEDINA, “Lavado de dinero. sus inicios, instrumentos jurídicos internacionales y realidades en el mundo globalizado”, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), Córdoba, 2017, p. 10. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/ciidpe/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=683>, consultado el 28/2/2021.

³⁹ Presupuestos procesales: Requisitos o circunstancias relativos al proceso o, más depuradamente, supuestos previos que necesariamente han de darse para constituir una relación jurídica procesal, regular o válida. (Ossorio Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1974).

o *encubrir* su origen ilícito; cuyos presupuestos procesales son obligatorios de cumplir para subsumir actos o hechos al tipo penal de legitimación de ganancias ilícitas.

El presente estudio, tiene por objeto contar con un estudio claro, preciso y objetivo, para lo que procedemos a describir la evolución del Artículo 185 *bis*; considerando el Inciso II del Artículo 116 de la Constitución Política del Estado de 2009 respecto a que “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”, además que el Inciso I del mismo Artículo dispone que “Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado”.

A partir de la Ley 004 de 31 de marzo de 2010, en la Ley 170 de 2011 y en la Ley 262 de 2012, se incluyó en el tipo penal la siguiente nota aclaratoria: “Se ratifica que el delito de la Legitimación de Ganancias Ilícitas es autónomo y será investigado, enjuiciado y sentenciado sin necesidad de sentencia condenatoria previa, respecto a los delitos mencionados en el primer párrafo”.

Lo que hace que el tipo penal de Legitimación de Ganancias Ilícitas, por una parte, sea ambigua en su interpretación de qué se entiende por “autónomo”, si dentro este tipo penal se tiene verbos rectores como que “provengan” y “vinculados”; por otra parte, entendiéndose que para tratar en la vía penal el delito, previo debe haberse demostrado -en proceso penal con sentencia ejecutoriada- el vínculo con un delito precedente de los descritos ampulosamente en el tipo penal, especialmente en la Ley 262 de 31 de julio de 2012 vigente a la fecha (2022), tácitamente para tratar, investigar y sancionar deben cumplirse obligatoriamente esos supuestos legales que permitan subsumir la acción al tipo penal, problema que en Bolivia será muy difícil llegar a una sentencia definitiva y ejecutada, lo que va en contra de la autonomía⁴⁰ del delito incorporado en las modificaciones del Artículo 185 *bis* por Ley 004.

7. EL SECRETO BANCARIO EN BOLIVIA

En Bolivia las entidades financieras tienen la obligación de guardar el secreto profesional (bancario, de valores y de seguros) sobre el manejo que dan sus clientes a sus cuentas, en aras de proteger su derecho a la intimidad y constituye parte importante de la vida privada de las personas y de las sociedades comerciales, sin embargo, el secreto bancario, de valores y de seguros, puede ser levantado por la Unidad de Investigaciones Financieras solo para fines de investigación de lavado de dinero, amparados en el artículo 185 *ter* de la Ley 1768 de modificaciones al Código Penal, y del artículo 32 del D.S. 24771 “Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras”, siendo inoponible cualquier solicitud realizada sobre los clientes y operaciones vinculadas.

La UIF por mandato legal del Artículo 185 *ter* del Código Penal y del Decreto Supremo 24771, ambos de 1997, y ahora por la Constitución Política del Estado de 2009 que, en su Artículo 333 dispone que “Las operaciones financieras realizadas por personas naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, gozarán del derecho de confidencialidad, salvo en los procesos judiciales, en los casos en que se presuma comisión de delitos financieros, en los que se investiguen fortunas”, cuenta con este mandato suficiente para levantar el Secreto Bancario dentro investigaciones de su competencia, además tienen el mandato legal de confidencialidad o prohibición de divulgar hechos conocidos en el ejercicio de sus funciones y posterior a dejar el cargo.

8. DEFICIENCIAS DEL MODELO BOLIVIANO

Si bien el secreto bancario se encuentra liberada para las investigaciones financieras llevadas a cabo por la Unidad de Investigaciones Financieras, el artículo 18, inciso 4 del D.S. 24771 dispone que la UIF no pueda compartir la información.

⁴⁰ NA: Ley 004, Artículo 185 bis, Párrafo último “Se ratifica que el delito de la legitimación de ganancias ilícitas es autónomo y será investigado, enjuiciado y sentenciado sin necesidad de sentencia condenatoria previa, respecto a los delitos mencionados en el primer párrafo”.

Este obstáculo legal de alguna forma, dentro la adecuación al Nuevo Código de Procedimiento Penal, el 28 de junio de 2002, se suscribió el “Acuerdo interinstitucional contra el lavado de dinero entre el Ministerio Público, Policía Boliviana, Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico y la Unidad de Investigaciones Financieras”, que en el tiempo fue desconocido y olvidado.

Hacia el 2018, con la entrada en vigencia de la Ley 913 de lucha contra el tráfico ilícito de sustancias controladas de 16 de marzo de 2017, referido al régimen de pérdida de dominio de bienes ilícitos en favor del Estado, se suscribió un nuevo Convenio, en esta oportunidad un “Protocolo de Actuación Conjunta de la Dirección General de la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico y la Unidad de Investigaciones Financieras” de 29 de marzo de 2018 a objeto de “establecer un procedimiento para el intercambio especializado de información de forma segura, inmediata, oportuna, directa, propia o generada por ambas instituciones, considerando sus facultades y atribuciones”.

El Grupo de Investigación y Análisis Económico Financiero (GIAEF), si bien forma parte de la estructura orgánica de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico (FELCN), en la Ley 1008 de 19 de julio 1988 “Del Régimen de la coca y sustancias controladas” y demás normas legales de lucha contra el narcotráfico, el GIAEF no se encuentra considerada titular en las investigaciones contra el lavado de dinero proveniente del narcotráfico. Este vacío legal podría ser objeto de recusación y falta de competencia por la defensa de los imputados.

Por otra parte, los organismos internacionales también recomiendan regular, fiscalizar y ser sujetos obligados a sectores no financieros, que en Bolivia muchas empresas de estos mercados no se encuentran regulados ni fiscalizados por ninguna entidad de supervisión, siendo que se encuentran en el sector informal, en consecuencia, no se puede hablar de regulación, fiscalización, menos de secreto profesional.

9. BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES

- M. ACALE y J. TERRADILLOS, ¿Una nueva Edad Media penal?, Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2004.
- A. BOVINO, La víctima como preocupación del abolicionismo penal, en De los delitos y de las víctimas, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.
- C. CONDE-PUMPIDO, El derecho penal como última ratio, Madrid, España, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- D. GARCÍA, El recurso excesivo al Derecho penal en España. Realidad y alternativas, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- D. GARLAND, La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Barcelona, Ira. edición, 2005, reimpresión en 2012.
- C. CONDE-PUMPIDO, El Derecho penal como última ratio, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- D. GARLAND, “La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea”, Barcelona, Editorial Gedisa, 2005.
- W. HASSEMER, y F. MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- H.H. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Parte general, traducción y adiciones de Derecho español realizadas por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 2003.
- M.OSSORIO, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1974.
- J.M. SILVA y F. MIRÓ S, La teoría del delito en la práctica penal económica, Edit. La Ley, Madrid, 2013.
- J.M TERRADILLOS, y M. ACALE, Temas de Derecho Penal Económico, Trotta, Madrid, 2004.
- J. BUSTOS, Manual de derecho penal. Parte general, PPU, Barcelona, 1994.
- E.R. ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal, Ed. Themis, Bogotá, 2006.
- Manual de Derecho Penal, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1991.
- E.R ZAFFARONI; A. SLOKAR; y A. ALIAGA, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.
- L. ZÚÑIGA, Política Criminal, Editorial Colex, Madrid, 2001.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

Derecho a Réplica, “Teoría del etiquetamiento (labeling approach): o cuando el estado construye al delincuente”, Espacio crítico sobre Control social, Sociedad y conflictos sociales, La Pampa, 30 de noviembre de 2020, pp. 2-3. Disponible en:

<http://www.derechoareplica.org/index.php/233:teoria-del-etiquetamiento-labeling-13>

H.G. FERNÁNDEZ, “Repensando el Principio de Legalidad penal: Sociedad de riesgo, crisis y relativización”, Revista de la Facultad de Derecho No. 50, enero de 2021, Universidad de la República Oriental del Uruguay, Montevideo.

Disponible en:

http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652021000101108

M. GOITE, y A. MEDINA, “Lavado de dinero. sus inicios, instrumentos jurídicos internacionales y realidades en el mundo globalizado”, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), Córdoba, 2017. Disponible en:

<http://www.ciidpe.com.ar/ciidpe/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=683>

E. MIRANDA, “El lavado de dinero aún sigue siendo fácil en Bolivia”, Libre Empresa, de 11 de julio de 2019, pp. 1-3. Disponible en:

<http://www.libreempresa.com.bo/coyuntura/20190711/el-lavado-de-dinero-aun-sigue-siendo-facil-en-bolivia>

A. NIETO, Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente, Boletín Oficial del Estado, Universidad Autónoma de Madrid, 2012.

Página SIETE, Diario Nacional INDEPENDIENTE, “Bolivia, el país que menos bajó la pobreza, según CEPAL”, La Paz, 16 de enero de 2019. Disponible en:

<https://www.paginasiete.bo/economia/2019/1/16/bolivia-el-pais-que-menos-bajo-la-pobreza-segun-cepal-206150.html#:~:text=Bolivia%20tiene%2011%2C3%20millones,fue%20de%200%2C3%20puntos>

F.UCHA, “Derecho, Acción penal, Definición de Acción penal”, Definición ABC, mayo de 2014. Disponible en:

<https://www.definicionabc.com/derecho/accion-penal.php>

DOCUMENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES Y REGIONALES

Organización de las Naciones Unidas. “Objetivo 1: Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo”, Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, New York, 2021, Disponible en:

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/>

Banco Mundial, Panorama general, octubre 14 de 2021. Disponible en:

<https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview>

Fondo Monetario Internacional (FMI), “Secuelas de Covid-19 en la economía boliviana: El desempleo y la economía informal”, Estudio de 2021. Disponible en:

<https://ideasparaelfuturo.caf.com/media/1746/concurso-de-ensayos-caf.pdf>

Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), 2021, Organización intergubernamental de base regional que agrupa a 17 países de América del Sur, Centroamérica y América del Norte. El GAFILAT, creado el 8 de diciembre de 2000 en

Cartagena de Indias, Colombia, para prevenir y combatir el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Disponible en: <https://www.gafilat.org/index.php/es/>

NORMAS LEGALES DE BOLIVIA

Constitución Política del Estado de 2009

Ley 1008 “del Régimen de la coca y sustancias controladas” de 19 de julio 1988.

Ley 1768 de “modificaciones al Código Penal” de 10 de marzo de 1997.

24771 “Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras” de 31 de julio de 1997

Ley 004 de “Lucha contra la corrupción” de 31 de marzo 2010

Ley 170 de “incorporación al Código Penal de las figuras penales de Financiamiento del Terrorismo y Separatismo” de 09 de septiembre 2011

Ley 262 del “Régimen de congelamiento de fondos y otros activos de personas vinculadas con acciones de terrorismo y financiamiento del terrorismo” de 31 de julio 2012

Ley 913 de “lucha contra el tráfico ilícito de sustancias controladas referido a la extinción de dominio” de 16 de marzo de 2017

Proyecto de Ley PL-073/96-97 presentado en enero de 1997, “Exposición de motivos” de enero 1997, que aprueba y sanciona la Ley 1768 de 10 de marzo de 1997.

Proyecto de Ley PLA N° 108/2020-2021 de “Estrategia Nacional de Lucha Contra la Legitimación de Ganancias Ilícitas y el Financiamiento del Terrorismo” de 21 de agosto de 2021, aprobado y promulgado por Ley 1386 de 16 agosto de 2021, la que por fuerza social fue “abrogada” por Ley 1409 de 16 de noviembre de 2021

Proyecto de Ley 218/2020-2021 de “Lucha contra la Legitimación de Ganancias Ilícitas, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva o No Convencionales”, fue retirada de la Asamblea Legislativa y devuelta al Ejecutivo el 15 de noviembre 2021.

LA SUSPENSIÓN DE CUENTAS DE POLÍTICOS POR TWITTER Y LOS BLOQUEOS DE USUARIOS POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES Y CARGOS PÚBLICOS.

Ramón Herrera de las Heras
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Almería

Fecha de recepción: 26 de junio de 2021
Fecha de aceptación: 17 de septiembre de 2021

RESUMEN: Twitter se ha convertido en una plataforma de máxima relevancia para los ciudadanos y, por lo tanto, para los políticos. La posibilidad de que la red social suspenda las cuentas de candidatos y partidos durante los procesos electorales genera mucha controversia y la propia Junta Electoral Central ha manifestado la necesidad de abordar una reforma legislativa que aclare esta situación. A lo largo de este artículo trataré de analizar en qué circunstancias y bajo qué premisas se pueden suspender esas cuentas, así como la legalidad de que los políticos y las cuentas institucionales de las administraciones públicas bloqueen a los usuarios.

ABSTRACT: Twitter has become a social network of maximum relevance for citizens and, therefore, for politicians. The possibility of the social network suspending the accounts of candidates and parties during electoral processes generates a lot of controversy and the Electoral Board itself has expressed the need to address a legislative reform to clarify this situation. In this article I will try to analyse under what circumstances and under what premises these accounts can be suspended, as well as the legality of politicians and institutional accounts of public administrations blocking users.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, foro público de debate, suspensión

KEYWORDS: Freedom speech, public forum, suspension

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Naturaleza del contrato entre Twitter y los usuarios, ¿Contrato entre particulares o foro público de titularidad privada?; 3. Sobre el cierre de cuentas a políticos y partidos; 4. El bloqueo de usuarios por parte de perfiles institucionales y cargos públicos; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

No cabe la menor duda de que las redes sociales son, desde hace ya algunos años, unas herramientas de comunicación e interacción muy potentes, especialmente utilizadas por los políticos para trasladar, de manera directa y sin intermediarios, sus mensajes a los votantes. Sirvan las palabras de GADEA AIELLO para hacernos una idea de lo trascendental que es el uso de las redes sociales a día de hoy en la política: “*Parte de la batalla electoral se libra en las redes sociales y los candidatos mejores preparados tendrán más posibilidades de ganarla.*”¹ Durante las campañas electorales los partidos políticos gastan cientos de miles de euros en hacer llegar sus mensajes a los usuarios de las redes sociales. A pesar de que Facebook es la que cuenta con más usuarios, Twitter ha destacado en los últimos años como la plataforma más usada por los políticos de todo el mundo, debido a su elevado impacto, su inmediatez, su capacidad de interacción y la posibilidad de la verificación de los perfiles políticos. Tanto es así que el Estudio Anual de Redes Sociales de 2019 señalaba que el 50% de los españoles de entre 16 y 65 son usuarios de Twitter. Como sostiene un reciente trabajo, Twitter se ha convertido en una herramienta clave para los procesos comunicativos de los políticos con los ciudadanos.² Es por ello, y también por los últimos casos acaecidos en los últimos años sobre bloqueos y suspensiones de cuentas de políticos y de partidos, por lo que prestaré una especial atención a esta importante red social.

Las tradicionales notas de prensa han sido sustituidas en muchas ocasiones por simples mensajes en Twitter de apenas 140 caracteres. Muchos líderes políticos cuando quieren fijar un mensaje o hacer pública su postura sobre un determinado asunto de actualidad, lanzan un mensaje en esta red social que consigue más efecto que esas antiguas notas. No solo suelen ser recogidos por los medios de comunicación, sino que los usuarios de la red lo reciben de manera directa e inmediata, sin necesidad de espera. Los políticos lanzan un mensaje que, en cuestión de minutos, ha llegado de forma directa a cientos de miles de usuarios. Pero no es solamente inmediatez la que le da valor a una plataforma como Twitter, sino el hecho de que esos usuarios pueden, a su vez, compartir ese mensaje, opinar sobre él, o interactuar con el autor del mismo. De este modo, Twitter se convierte en un instrumento de comunicación de masas, con capacidad de convertir un simple mensaje en una acción viral que haga que el debate gire en torno a una propuesta u opinión de un político. Para hacernos una idea, uno de los tuits más compartidos en la historia fue realizado por Barack Obama con un mensaje claro contra el racismo. Más de un millón y medio de retuits consiguió en tan solo 24 horas. En España, 2 de los 5 tuits más retuiteados en 2019 tenían un claro contenido político, y fueron compartidos por miles de usuarios con un potencial alcance de más de un millón de personas.³ En definitiva, la aparición de Twitter ha conllevado que esta red se convierta en una herramienta imprescindible en la vida pública y en las campañas electorales, por lo que, como posteriormente defenderé, los responsables de Twitter jugarán un papel fundamental en el desarrollo de las campañas electorales y el debate público, hecho que implicará que tengan que asumir que su papel no es irrelevante de cara a la protección de los derechos de igualdad y participación política, por lo que pueden ver restringida, llegado el caso, su libertad para poder suspender cuentas de políticos y de sus partidos en determinados momentos y circunstancias, como más adelante trataré de argumentar.

¹ CHAVES-MONTERO, A. y GADEA AIELLO, W.F.: “Uso, efectividad y alcance de la comunicación política en las redes sociales”, *Comunicación Política y Redes Sociales*, CHAVES-MONTERO, A. (Dir.), Ed. Egregius, 2017, pág. 28

² Vid. GONZALEZ BENGOCHEA, A.: *Redes sociales y política: El uso comunicativo de Twitter por parte de los principales partidos políticos*, en *Fòrum de Recerca*, n. 20, 2015, pág. 553

³ Vid. Top: los tuits más populares en España (y el mundo) en 2019 - *Marketing 4 Ecommerce* ; 2019. Accesible en <https://marketing4ecommerce.net/top-los-tuits-mas-populares-en-espana-y-el-mundo-en-2019/>

De este modo, como señala MARTIN, la política es cada vez más digital y las redes sociales pasan a convertirse prácticamente en una plataforma de contenido e interés público, aunque de titularidad privada.⁴ Sobre este particular profundizaré más adelante, pues es un elemento trascendental a la hora de resolver la cuestión planteada en este trabajo sobre la libertad o autonomía que tendrá la red social para cerrar cuentas, no solo de los políticos o de sus partidos, sino de cualquier otro usuario. Es importante resaltar que todos los partidos políticos de nuestro País tienen cuentas, así como la gran mayoría de cargos públicos. Salvo contadas excepciones, como el de la alcaldesa de Barcelona, la práctica totalidad de ellos usan Twitter para comunicarse con los ciudadanos, para hacer públicas las medidas que adoptan o, incluso, anunciar la convocatoria de unas elecciones. Para hacernos una idea de la importancia de la red en el ámbito político, ya en el año 2017 era utilizado por 276 jefes de Estado y de Gobierno y por los ministros de Asuntos Exteriores de 178 países.⁵

Pero todo esto, si bien es cierto que abre una enorme cantidad de oportunidades de comunicación, también lo es que no está exento de riesgos y de polémicas. Las noticias falsas y supuestos bulos que algunos políticos pueden compartir, el bloqueo de los cargos públicos a los ciudadanos o la eliminación por parte de Twitter de algunos perfiles de dirigentes en periodos electorales generan una amplia controversia sobre las consecuencias y la legalidad de estas últimas acciones. Son muchos los ejemplos, tanto nacionales como internacionales, que podemos encontrar en los últimos años de esto que ahora señalo. Basta recordar, de este modo, que Donald Trump, siendo todavía presidente de los Estados Unidos de América, bloqueó en 2017 a un profesor universitario tras un mensaje de este en el que lo llamaba “*corrupto, incompetente y autoritario*.”⁶ ¿Debe un político tener la obligación de soportar cualquier mensaje, o puede bloquear a los usuarios en cualquier caso? Esta acción que acabo de mencionar provocó la demanda del usuario cuyo análisis realizaré con detenimiento más adelante. Lo mismo hizo la congresista Ocasio-Cortez con alguno de sus seguidores en el año 2019, con idénticas consecuencias; una demanda civil.⁷ Al mismo Donald Trump, Twitter le suspendió la cuenta a la que, desde entonces, no tiene acceso, lo que le impide enviar mensajes a los usuarios, limitando así sus opciones de llegar a los ciudadanos en igualdad de condiciones con el resto de políticos norteamericanos. Lo mismo sucedió en España cuando, recientemente, la red social suspendió el perfil del partido político VOX por, según esta, incitar al odio contra los musulmanes al identificar el Islam con el terrorismo.⁸ La pregunta que surge a este respecto, viendo las consecuencias que estas suspensiones pueden generar en los resultados de unas elecciones es: ¿Puede una red social tomar esas decisiones de manera unilateral sin control previo?

Más recientemente, y con motivo de la pandemia del COVID-19, Twitter emitió una circular en la que informaba de cuál sería su actuación frente a la desinformación en materia de vacunación. Por un lado, informarían a los usuarios de la posible información engañosa que pudiese contener un tweet, a la vez que seguían suspendiendo cuentas que promovían la desinformación. En concreto afirma la red social que “*comenzaremos a etiquetar los Tweets que puedan contener información engañosa sobre las vacunas COVID-19, además de nuestros esfuerzos continuos para eliminar la información engañosa más*

⁴ MÚRI, M. (2019). The influence of social media on political events [Blog]. Accesible en <https://www.vista.blog/en/the-influence-of-social-media-on-political-events>

⁵ Vid. RENOBELL SANTARÉN, V.: “Consecuencias de la Twitter política actual: Análisis comparativo entre España y Estados Unidos”, *Comunicación Política y Redes Sociales*, CHAVES-MONTERO... Op. cit. pág. 126

⁶ FAUS, J. (2018). ¿Vulnera Trump la libertad de expresión al bloquear a usuarios en Twitter?. *El País*. Accesible en https://elpais.com/internacional/2018/03/10/universo_trump/1520637499_794131.html

⁷ OWDEN, J. (2019). Ocasio-Cortez sued over Twitter blocks. *The Hill*. Accesible en <https://thehill.com/homenews/house/452327-ocasio-cortez-sued-over-twitter-blocks>

⁸GONZÁLEZ, M. (2021). Twitter bloquea la cuenta de Vox por “incitar al odio” contra los musulmanes. *El País*. Accesible en https://elpais.com/internacional/2018/03/10/universo_trump/1520637499_794131.html

dañina sobre COVID-19 en el servicio.”⁹ Desde que Twitter inició esta política, ha suspendido más de 2.400 cuentas.

Todo ello se agrava en lo que se refiere a la suspensión por parte de Twitter de cuentas y perfiles de políticos y de sus partidos, puesto que afectan a derechos fundamentales especialmente protegidos en nuestra Constitución, como el de la participación política o el pluralismo. Nuestra legislación carece de normativa alguna sobre este particular, algo que se ha convertido en imperioso y sobre lo que posteriormente me pronunciaré. Las únicas referencias que podemos encontrar sobre este concreto aspecto son una resolución de la Junta Electoral de 2021 y dos instrucciones de la misma sobre nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.¹⁰

A lo largo del presente trabajo trataré de dar respuesta a estas dos preguntas: ¿Tienen derecho los políticos y las administraciones públicas a bloquear a los ciudadanos en sus redes sociales? Y, ¿Pueden las redes sociales, unilateralmente, suspender o eliminar las cuentas de representantes políticos o de sus partidos? Como podrán imaginar, las respuestas no son sencillas, puesto que son muchos los factores que hay que tener en cuenta como la titularidad de la red social, la libertad de expresión o los derechos de los ciudadanos a manifestarse políticamente.

2. NATURALEZA DEL CONTRATO ENTRE TWITTER Y LOS USUARIOS ¿CONTRATO ENTRE PARTICULARES O FORO PÚBLICO DE TITULARIDAD PRIVADA?

Es evidente que las libertades de opinión y expresión son derechos fundamentales protegidos en nuestro sistema democrático como uno de los grandes pilares que son de este. La otra cara, sin duda tan importante como la mencionada, es el derecho a la información que asiste a cualquier ciudadano. Y todo ello en una doble vertiente; la primera, la de recibir información y opinión. La segunda, la de emitirlas. La propia Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 19 que *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”* El artículo 20.1 a y d de la Constitución española reconoce ambos derechos *“a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción... A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...”*

Siendo esta circunstancia evidente, lo que hemos de plantearnos es si entre esos derechos de los ciudadanos se encuentran los de recibir y emitir información en las redes sociales privadas, en este caso en Twitter. La Constitución habla en su artículo 20.1 del derecho a recibir o comunicar información *“por cualquier medio de difusión”*, sin hacer distinciones entre medios públicos y privados.¹¹ Ciertamente es que en el citado artículo 20 tan solo se hace referencia a que la ley regulará *“la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”*, lo que no significa que no pueda regularse también la de los medios privados, como de hecho hace numerosa legislación actualmente en vigor.

⁹ Vid. TWITTER:

https://blog.twitter.com/es_la/topics/company/2021/actualizamos-nuestra-labor-sobre-desinformacion-vacuna-contra-covid-19

¹⁰ Estas instrucciones son analizadas en profundidad por DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M, “Campana electoral y redes sociales”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, n°8, págs. 952 y ss.

¹¹ Señala el artículo 20.1.d que los españoles tendrán derecho a *“comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”*

Sentado esto, he de señalar que muchas de las informaciones y opiniones de los políticos - también de otros personajes públicos- solo están accesibles en la red social y no fuera de ella. De ahí que surja la duda sobre la posibilidad de que Twitter pueda limitar, unilateralmente, el acceso a la mencionada información y en determinadas circunstancias. Como antes comentaba, Twitter, a pesar de ser una plataforma privada, se ha convertido en la práctica en un foro de información y debate público sin existencia de una alternativa real en su ámbito. El hecho de que distintos países investiguen las prácticas monopolísticas de la red social es buena prueba de ello. Concretamente, el Gobierno de Estados Unidos, a través de su departamento de Justicia, abrió en 2019 una investigación para poder determinar si Twitter, y otras redes sociales como Facebook, se han convertido en un monopolio.¹² Esto se ha puesto de manifiesto de forma práctica con el hecho de que algunos de los personajes públicos cuyas cuentas fueron suspendidas por Twitter han intentado crear una plataforma alternativa, con escaso éxito y sin alcanzar, ni mucho menos, la dimensión de la red social norteamericana. De esto que hablo no hay duda alguna. Comparto, en este sentido, el voto particular que a resolución de la Junta Electoral Central 46/2021 de 25 de febrero de 2021 emitió SERRANO RUIZ-CALDERON con motivo de la suspensión de la cuenta de VOX en las elecciones catalanas en el que afirmó que *“en la sociedad contemporánea las empresas de redes sociales han obtenido una posición monopolística en el Mundo y un nivel de influencia política que hace que sus actuaciones tengan una indudable trascendencia en el campo político y especialmente en el electoral.”* Podemos concluir que Twitter se ha llegado a convertir en una herramienta imprescindible en muchos ámbitos y que no existe apenas alternativa posible y real a ella, con lo que esto significa.

Pero ese carácter de foro de discusión pública no impide que Twitter pueda establecer sus propias condiciones de uso, siempre y cuando estas respeten la legalidad, no contraríen el interés y el orden público y no se basen en cláusulas abusivas. Pero ello sí implicará, como ahora trataré de explicar, el hecho de que se ha de ser especialmente cuidadosos en determinadas circunstancias para evitar que la red social aplique sus políticas de manera arbitraria, sin control efectivo y con plazos prolongados en la resolución de las reclamaciones. Me refiero en concreto a la influencia que la red social puede llegar a tener con sus decisiones en los resultados electorales. Un tema que cada vez preocupa más a los gobiernos y sobre el que posteriormente me detendré con más detenimiento.

No deja de ser cierto que cualquier usuario que quiera acceder a la plataforma ha de aceptar unas condiciones similares.¹³ Básicamente nos encontramos ante un contrato de adhesión ya que el usuario no realiza negociación con Twitter, sino que acepta las condiciones generales establecidas por la plataforma, sin posibilidad de negociar estipulación alguna, y que son exactamente las mismas para todos los que participen en ella. Se trata, en definitiva, de un contrato privado de adhesión entre Twitter, con personalidad jurídica propia, y el usuario. En ese contrato se establecen las circunstancias por las que a un usuario se le puede eliminar o suspender la cuenta y los motivos por los que ese mismo usuario puede bloquear a otro. Con posterioridad entraré en ellas con detenimiento. Pero en este momento es relevante intentar dar respuesta a una cuestión que se ha suscitado por la doctrina de manera sagaz. Así, VELILLA ANTOLÍN se plantea la siguiente pregunta sobre esta materia: *¿Podemos seguir creyendo que las redes sociales son el resultado de un contrato privado entre particulares o debemos empezar a pensar que su dimensión pública impide afirmarlo?*¹⁴

En mi opinión, sí sigue tratándose de un contrato privado entre particulares, su naturaleza jurídica no cambia, pero la red social, si bien de titularidad privada, se ha convertido en un

¹² Vid. EEUU cerca a Google, Facebook y Twitter por su posible influencia en las elecciones, en *Abc*, 28 de noviembre de 2020, accesible en https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-eeuu-cerca-google-facebook-y-twitter-possible-influencia-elecciones-202010280112_noticia.html

¹³ Las citadas condiciones pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://twitter.com/es/tos>

¹⁴ VELILLA ANTOLÍN, N.: “Trueque de tiranos” en *Disidencia*, [online] Accesible en: <https://disidencia.com/trueque-de-tiranos>, 22 de enero de 2021

foro público de debate, y eso es lo trascendental por las limitaciones que ello debe conllevar respecto a la protección del derecho a la libertad de expresión de los usuarios. Y eso no es contradictorio ni incompatible con la circunstancia que acabo de mencionar. Puede tratarse de un contrato privado entre particulares y convertirse en un foro público de debate. Esto no sucede así en Estados Unidos donde, como ahora explicaré, no se le concede a Twitter el estatus de foro público, aunque sí a algunos de los perfiles alojados en él. De este modo, es interesante conocer el estado de la cuestión en Estados Unidos, donde la polémica por el caso Trump llegó a los tribunales, entrando en el fondo del debate que se plantea a este respecto. Allí se trata de una controversia histórica donde lo que se plantea a la hora de afrontar este problema es si los ciudadanos tienen derecho a tener una cuenta en Twitter, a pesar de que esta se trate de una plataforma privada. Es lo que en Estados Unidos se ha denominado como el *Derecho de acceso*.¹⁵ La jurisprudencia norteamericana, si bien reconoce que los foros públicos no tienen por qué tratarse de espacios físicos, sino que puede incluir los virtuales, exige que, para encontrarnos ante ellos, ese espacio sea obligatoriamente gestionado por el Estado¹⁶, por lo que Twitter no se considera como foro público, con la consecuente exclusión, por lo tanto, del derecho de acceso a Twitter.

En cambio, en nuestro país, algunos autores sostienen que las redes sociales, concretamente Twitter, sí se ha convertido en ese tipo de foro en el que, por lo tanto, los ciudadanos tenemos derecho a participar y a expresarnos con libertad. Yo me posiciono entre ellos. En mi opinión, lo trascendental no es si el medio en el que se debate es de titularidad pública o no, sino si existe alternativa pública o privada a ese medio que se ha convertido en trascendental. Parece lógico pensar que, de no ser una red monopolística, este hecho se diluiría.

Es evidente que, a día de hoy, una plataforma como Twitter no tiene alternativa, y muchas de las noticias de indudable interés público se encuentran única y exclusivamente en esta red. O al menos, en un primer momento. Baste pensar que las últimas elecciones autonómicas convocadas en nuestro país, las de Castilla y León, fueron anunciadas por su presidente vía Twitter, única y exclusivamente. Ciertamente es que luego se recogieron en los medios de comunicación, pero replicando el contenido recogido en la red. ¿Qué pasaría si, por ejemplo, Twitter decidiese imponer en su política de comunicación un canon a los medios de comunicación para poder distribuir los contenidos en ella recogidos, como realiza cualquier agencia periodística con sus abonados? Luego, la pregunta que nos planteamos es si tienen los ciudadanos derecho a conocer, de manera directa e inmediata, ese tipo de noticias. En mi opinión sí que la tienen. Es por ello por lo que no comparto la doctrina norteamericana que excluye, como ya he comentado, a Twitter del concepto de foro público pero que incluye como tal una cuenta de esa misma red social, en concreto la del presidente Trump. Es decir, la jurisprudencia de los Estados Unidos entiende que es posible que la cuenta de un usuario, bien es cierto que solo en determinadas circunstancias, sea considerada un foro público pero, en cambio, no se considerará como tal la red en la que se aloja y opera esa misma cuenta. Los argumentos para admitir esta última opción, entiendo, invalidan los primeros. Si Twitter no fuese un foro público, ninguna de las cuentas existentes en la mencionada red lo podrían ser. Si entendemos que las cuentas de los políticos, o de los personajes públicos, son foros públicos, es porque la propia red lo es. La cuenta o el perfil no pueden tener ese carácter si la propia red no cuenta con él. Esos perfiles se alojan en Twitter y, por lo tanto, si tienen carácter de foro público, lo tendrá también la red social.

De este modo, y al contrario de lo que defiende la doctrina jurisprudencial norteamericana, los foros públicos de debate no tienen por qué darse tan solo en medios públicos, sino que pueden también hacerlo en medios privados, más aún si se tratan en la práctica de

¹⁵ Un extenso análisis sobre esta materia puede consultarse en el siguiente trabajo: VÁZQUEZ ALONSO, V.J.: "Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es. Sobre la censura privada *de* y *en* las plataformas digitales en Estados Unidos", en *Estudios de Deusto*, Vol. 68, 2020, Págs. 475-508

¹⁶ VÁZQUEZ ALONSO, V.J.: "La neutralidad del Estado y el problema del government speech", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 177, 2017, Pág. 48

monopolios. Es un hecho que ya sucede en diversos ámbitos en nuestro país, como en el de la legislación electoral. A nadie le extraña que las cadenas de televisión privadas durante las campañas electorales hayan de cumplir con ciertas normas imperativas en lo referente a las entrevistas, debates y espacios informativos. De este modo, el artículo 66 de la Ley Orgánica 5/1989, de 19 de junio, del Régimen Electoral General dispone que *“durante el periodo electoral las emisoras de titularidad privada deberán respetar los principios de pluralismo e igualdad. Asimismo, en dicho periodo, las televisiones privadas deberán respetar también los principios de proporcionalidad y neutralidad informativa en los debates y entrevistas electorales así como en la información relativa a la campaña electoral...”* Lo mismo sucede en el ámbito de las plataformas digitales. Así, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico prevé en su artículo 8.1 la posibilidad de que *“los órganos competentes”* puedan adoptar medidas respecto a los prestadores de servicios para salvaguardar el orden público y diversos derechos. Concretamente, el citado artículo prevé restricciones a la prestación de servicios en los siguientes casos: a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional. b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores. c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, d) La protección de la juventud y de la infancia y e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. Eso sí, esas medidas deberán ser, como establece el artículo 11.4 de la citada Ley, *“objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.”*

Dicho esto, sostengo que el contrato entre los usuarios y Twitter se basa en el principio básico de la autonomía de la voluntad, lo que no significa que esta sea ilimitada, debiéndose garantizar, como en cualquier otro campo, que no existan cláusulas que sean contrarias a la ley o abusivas o que, como establece el artículo 6.2 del Código civil, impliquen la renuncia a derechos reconocidos en las leyes que *“contraríen el interés o el orden público”*. Como es sabido, el artículo 82 del 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 y otras leyes complementarias establece que *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”* Así pues, nos encontraríamos ante una cláusula abusiva por parte de Twitter si se diesen alguna de las siguientes circunstancias, recogidas expresamente en el citado texto legal: 1) Cuando la cláusula vincule el contrato a la voluntad de Twitter, 2) Cuando limiten los derechos de los usuarios de la red social, 3) Cuando no exista reciprocidad entre Twitter y el usuario, 4) Cuando impongan al usuario unas garantías desproporcionadas 5) Cuando el usuario tenga que asumir la carga de la prueba indebidamente, 6) Cuando resulten desproporcionadas, y 7) Cuando contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable

Así pues, el control de la abusividad de las cláusulas, como sucede en cualquier otro contrato de adhesión, que pudiesen estar recogidas en los términos generales de las condiciones generales uso tendrán que estar sometidas al control judicial. A este respecto, VELILLA ANTOLÍN sostiene que las algunas de las condiciones de uso establecidas en el contrato de adhesión entre Twitter y los usuarios son abusivas, puesto que deja *“a la libre decisión de una de las partes el cumplimiento del contrato sin posibilidad de rebatir la decisión de su resolución.”*¹⁷

¹⁷ VELILLA ANTOLÍN, N.: “Trueque de tiranos” en *Disidencia...* Op. cit.

Sin ir más lejos, en 2018 el Tribunal Superior de París declaró abusivas muchas de las cláusulas incluidas en las condiciones de uso de Twitter, que afectaba principalmente a los derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos que subían los usuarios, la protección de datos o, como posteriormente desarrollaré con mayor detenimiento, la eliminación, de manera unilateral, de las cuentas de los usuarios.¹⁸ A raíz de aquella sentencia la red social realizó importantes cambios en sus condiciones de uso y, como ya he señalado, estableció procedimientos con mayores garantías para los usuarios, lo que ha hecho que se eliminen aquellas que podrían tener el carácter de abusivas. Ya existen en España algunas sentencias en las que deniegan el carácter abusivo de alguna de sus cláusulas, como la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 26 de marzo de 2020 a la que ahora me referiré con mayor detenimiento al hablar sobre la suspensión de cuentas.

3. SOBRE EL CIERRE DE CUENTAS A POLÍTICOS Y PARTIDOS:

Antes de entrar de lleno en la cuestión, he de señalar que el de la suspensión de cuentas en Twitter no es un tema nuevo, sino que, bien al contrario, ya ha generado una importante polémica en los últimos tiempos como antes mencionaba. Durante años, la red social contaba con un procedimiento poco garantista por el que, de manera unilateral y sin dar opción alguna de réplica a los usuarios, podía proceder al cierre de las cuentas de manera unilateral y arbitraria. Sobre este particular se pronunciaron los tribunales de países de nuestro entorno, estableciendo la abusividad de este procedimiento. Así, el *Tribunal de Grande Instance du Paris*, en su sentencia de 7 de agosto de 2018, declaró que las cláusula del contrato entre Twitter y los usuarios por las que la primera se reserva el derecho a eliminar la cuenta de los segundos por el mero hecho de infringir las normas o condiciones de uso, son abusivas “*al prever Twitter la terminación de los servicios de manera discrecional, en cualquier momento y sin justificación ni aviso previo*” por lo que, entiende el tribunal de París, “*la cláusula controvertida es injusta, ya que crea una situación en beneficio del comerciante y en detrimento del consumidor generando un desequilibrio importante.*” Así pues, la declaración de abusividad no fue motivada tanto por la posibilidad de eliminar la cuenta, sino por el procedimiento establecido para ello, que dejaba en una situación evidente de desventaja a los usuarios afectados. Este fue uno de los principales motivos por los que Twitter modificó sus condiciones de uso en Europa, arbitrando un procedimiento por el que se establecía la obligatoriedad de advertir al usuario antes de que se eliminase su cuenta y se introducía un sistema de revisión sobre la decisión de la citada eliminación.

No cabe duda de que uno de los motivos por los que la suspensión o eliminación de cuentas en Twitter se ha convertido uno de los hechos más polémicos que rodean a esta red social es por las implicaciones políticas y sociales que ello conlleva en muchos casos. Las repercusiones de estas suspensiones alcanzan, en muchos casos, nivel internacional. Es mundialmente conocida la suspensión de la cuenta de Donald Trump, sobre la que ahora me detendré, pero también han tenido repercusión en España algunos casos que afectaban a políticos y a sus partidos, con cientos de miles de seguidores algunos de ellos y realizadas en plena precampaña electoral. Así, la cuenta que el Partido Poplar tenía en Jerez de la Frontera fue suspendida en marzo de 2019, tan solo mes y medio antes de las elecciones municipales de ese año.¹⁹ Lo mismo sucedió en febrero del año 2020, en el que Twitter decidió suspender la cuenta de VOX, con las elecciones catalanas ya en plena campaña electoral, lo que provocó que el partido político denunciase a la red social basándose en que

¹⁸ Sentencia del *Tribunal de Grande Instance du Paris*, de 7 de agosto de 2018

¹⁹ “El PP de Jerez se queda sin pajarito”, en *Diario de Jerez*, 11 de marzo de 2019, accesible en https://www.diariodejerez.es/jerez/twitter-suspende-cuenta-pp-jerez_0_1335466862.html

la decisión “*vulneraba los derechos del partido*”.²⁰ Más adelante me referiré a estos hechos con mayor profundidad.

Para este tipo de suspensiones, Twitter se basa en un sistema establecido en su política de integridad cívica, modificada tras la sentencia ahora comentada que limitaba la opción de suspender y eliminar cuentas, sino que modificaba la forma por la cual llevar a cabo dichas actuaciones. En ella se establece un procedimiento en el que la red social podría, bien aplicar una etiqueta advirtiendo de que el contenido podría incumplir las normas de la red social, deshabilitar la posibilidad de que los usuarios puedan compartir el contenido o comentarlo o reducir la visibilidad para el resto de los usuarios en Twitter.²¹ Recientemente, como señalaba en la introducción de este trabajo, Twitter ha establecido una serie de reglas para suspender las cuentas que desinformen sobre la vacunación contra el COVID-19, algo perfectamente entendible dadas las circunstancias de especial gravedad que tiene la desinformación en este ámbito. En resumen, el procedimiento consistiría primero en etiquetar una información cuando esta infrinja la política de la red en esta materia. También existiría la posibilidad de que Twitter pidiese al usuario la supresión del tweet que, presumiblemente, vulnera las condiciones establecidas por la red social. A partir de ahí, dos o tres advertencias supondrían el bloqueo de la cuenta por doce horas o veinticuatro horas respectivamente, cuatro advertencias conllevarían el bloqueo de la cuenta durante un periodo de siete días y la quinta advertencia provocaría la suspensión permanente del perfil del usuario que, eso sí, podría apelar ante Twitter si creyese que no se dan las circunstancias establecidas en las normas.²²

Aquellos que sostienen que estos cierres de cuentas vulneran los derechos de los usuarios se basan en la peligrosa arbitrariedad que supone que Twitter determine de manera unilateral la suspensión o eliminación de cuentas, argumentando que sería “*gravemente atentatoria contra la libertad de expresión*.”²³ A este respecto, recientemente conocimos el caso de la suspensión de la cuenta que el BOE tiene en Twitter y que estuvo inactiva por decisión unilateral de la red social durante un mes.²⁴ ¿Qué contenidos censurables puede generar la cuenta del BOE, que se limita a subir lo publicado en él sin valoración alguna, para que Twitter suspenda su cuenta de manera unilateral y por un periodo tan prolongado? Es por ello por lo que se han de establecer las garantías necesarias para evitar perjuicios y tratos discriminatorios entre los usuarios en los casos de suspensión de las cuentas en la red social.

Es obvio que, siempre que se den las circunstancias establecidas en el artículo 8 de la LSSI, los órganos judiciales competentes podrán retirar o eliminar aquellos contenidos de Twitter que vulneren la legalidad vigente.²⁵ Pero la cuestión controvertida no es esa, a todas luces fuera de cualquier debate doctrinal, sino en qué casos Twitter podrá, unilateralmente y sin control judicial previo, retirar contenidos y suspender las cuentas de los políticos y de sus

²⁰ “Vox demanda a Twitter por suspender su cuenta desde hace 20 días.” (2020). *20 Minutos*. Accesible en <https://www.20minutos.es/noticia/4144497/0/vox-demanda-twitter-por-suspender-cuenta-20-dias/>

²¹ Se puede consultar el procedimiento detallado en TWITTER, *Política de integridad cívica*, Accesible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/election-integrity-policy>

²² Vid. TWITTER: *Nuestra labor sobre la desinformación de la vacuna contra COVID-19*, en el que se recogen las normas para la suspensión de las cuentas con motivo de la desinformación en materia de vacunación. Accesible en https://blog.twitter.com/es_la/topics/company/2021/actualizamos-nuestra-labor-sobre-desinformacion-vacuna-contra-covid-19

²³ VELILLA ANTOLÍN, N.: “Trueque de tiranos” en *Disidencia...* Op. cit.

²⁴ SÁNCHEZ CONEJO, A.: “El BOE ha estado un mes con la cuenta de Twitter bloqueada por problemas de seguridad”, en *El Confidencial Digital*, 7 de enero de 2022. Accesible en <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/politica/boe-ha-estado-mes-cuenta-twitter-bloqueada-problemas-seguridad/20220105153221329357.html>

²⁵ Los casos para los que la Ley prevé la posibilidad de eliminar los contenidos son, según se recogen en el artículo 8 de la Ley de Servicios de la Sociedad e Información, los siguientes: “a) *La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.* b) *La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.* c) *El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y d) La protección de la juventud y de la infancia.* e) *La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.*”

partidos. Un debate sin duda complejo que debe partir de una premisa básica: esa retirada ha de hacerse, en todo caso, respetando el derecho a la libertad de expresión de los usuarios, el pluralismo y la participación política. Aunque debe quedar claro, como ya he repetido en numerosas ocasiones en varios de mis trabajos anteriores²⁶, que la libertad de expresión tiene también sus límites, por lo que ni es un derecho absoluto, ni todas las expresiones estarán amparadas por él. Así, Twitter incluso estará obligado, como prestador de servicios que es, a retirar aquellas expresiones y mensajes de los que tenga conocimiento efectivo que vulneren, de manera clara y evidente, los derechos de la personalidad de terceros. También es loable y necesario que la plataforma, aunque no se trate en puridad de un medio de comunicación, exija que la información que se aloje en ella sea “*veraz*”, lo que abre la puerta a eliminar toda aquella información relacionada con los bulos o las denominadas *Fake News*. Es decir, no solo no es abusivo que Twitter cuente con la posibilidad de retirar contenidos de su propia red, sino que es absolutamente necesario. El problema radicará aquí en el margen con el que cuenta Twitter para decidir o delimitar qué contenido vulnera de manera evidente la ley y qué es información veraz o no lo es. Reitero que mi postura pasa por defender que puedan aplicar su política de uso, incluyendo la lucha contra la desinformación, pero manteniendo un control judicial, generalmente a posteriori, de sus actuaciones en lo que se refiere a la protección de la libertad de expresión y, como ahora defenderé, estableciendo un procedimiento agravado a la hora de suspender y bloquear cuentas en determinadas circunstancias, como las de los partidos políticos y los candidatos durante las campañas electorales. También es interesante los acuerdos a los que plataformas como Twitter están llegando con verificadores externos de noticias, un tercero que, de manera más independiente y objetiva, puede tomar la decisión sobre los contenidos. Pero esta iniciativa en ningún caso puede suponer la eliminación del control judicial.

Dicho esto, es evidente que Twitter tiene que contar con un sistema para retirar comentarios pues, como prestador de servicios que es, podría llegar a responder de los comentarios alojados en la plataforma que vulneren derechos de terceros. Así, hemos de encontrar el modo de hacer compatible la retirada de este tipo de contenidos con la garantía al respeto de la libertad de expresión de los usuarios de la red social, un equilibrio que no será siempre fácil, como he tratado de poner de manifiesto hasta ahora.

Hemos de partir de la base de que llegado el caso en el que Twitter retire cualquier comentario, esta retirada estaría sometida al control de los tribunales. De este modo, cualquier usuario que viese eliminado un contenido de su *Time Line*, o suspendida su propia cuenta, podría acudir a la justicia para reclamar la reposición de las mismas a través de dos vías que ahora analizaré: la primera, reclamando la abusividad de la cláusula que permite la suspensión de las cuentas. La segunda, por vulneración del derecho a la libertad de expresión. La segunda de ellas es la que, entiendo, tendrá más viabilidad. De este modo, Twitter, aun siendo una empresa privada, pero reafirmando que se trata de un foro público de debate, estará obligada a respetar la libertad de expresión de sus usuarios, por lo que no podrá suspender y eliminar cuentas de manera arbitraria, sino que estará sometida al control de legalidad que conllevará la imposibilidad de establecer condiciones de uso que vulneren los derechos de los usuarios y garantizar que la interpretación que haga sea ajustada a derecho. De actuar de manera arbitraria, vulnerando los derechos de los usuarios, estos podrán hacer valer su caso frente a los tribunales ordinarios.

Esto nos lleva a una cuestión de fondo importante. ¿Qué harán los tribunales cuando reciban las demandas? O, dicho de otro modo, ¿En qué casos se podrán cerrar las cuentas de los usuarios y cuando se habrá de reponer el contenido? Respecto a esto último, es más sencillo. Se repondrán los contenidos que los tribunales entiendan que no vulneran los derechos de terceros ni la legalidad vigente. Se trata, en definitiva, de un juicio de ponderación donde los tribunales decidirán, caso a caso, si, efectivamente, el contenido era atentatorio o no. En cambio, más problemas generará la suspensión de cuentas, que

²⁶ Vid., por todos, HERRERA DE LAS HERAS, R.: *La responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en redes sociales*, Ed. Reus, 2017

regulan expresamente las condiciones generales de Twitter. Lo más complejo, sin duda alguna, será lo relacionado con las suspensiones y cierres de cuentas de los usuarios de Twitter. Lo cierto es que la supuesta decisión de cerrar o suspender cuentas de manera unilateral por parte de Twitter va más allá de la posible vulneración de un Derecho particular, pudiendo convertirse, potencialmente, en una cuestión que afecte a la generalidad de los ciudadanos.

En este sentido, VELILLA ANTOLÍN sostiene que “*dejar en manos de una empresa privada la decisión sobre el cierre de cuentas de forma unilateral bajo la premisa de considerar que subjetivamente se han incumplido las condiciones de uso es un peligro real para tratar de influir en corrientes sociológicas y en resultados electorales.*”²⁷ No deja de ser cierto el peligro que representa la posibilidad de que se produzcan esas influencias, indeseadas por otra parte, durante los procesos electorales. Es por ello por lo que se debe legislar de manera específica sobre esta materia, algo sobre lo que entraré en detalles a continuación. Discrepa, en cambio, de esta postura MARTÍNEZ ESPÍN que sostiene que las cláusulas que facultan a Twitter a eliminar la cuenta de un usuario de manera unilateral no son cláusulas abusivas puesto que se prevé la notificación al usuario y además, se le reconoce a este la posibilidad de desistir del contrato en cualquier momento.²⁸ Este argumento ha sido también el utilizado por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares en su sentencia de 26 de marzo de 2020, a la que posteriormente me volveré a referir, al denegar la abusividad de la cláusula por la que Twitter puede eliminar una cuenta por incumplir las reglas incluidas en sus condiciones generales en la que se afirma que “*en ningún caso crea ningún desequilibrio frente a la otra parte, ya que en el Acuerdo de Usuario se contempla igualmente la posibilidad de que el usuario pueda cancelar su acuerdo en cualquier momento cancelando sus cuentas, sin necesidad de esgrimir motivo alguno.*”

En mi opinión, la clave para determinar la abusividad de la citada cláusula ha de buscarse en el posible desequilibrio que puede generarse entre Twitter y los usuarios. Es cierto que Twitter puede suspender y eliminar una cuenta, pero lo hace, por un lado, advirtiendo con anterioridad al usuario, permitiéndole recurrir en su caso, y cuando se produce un incumplimiento grave que, no podemos olvidar, puede generar un daño a la empresa puesto que incluso podría responder por lo publicado por los usuarios.

Una vez dicho esto, no se puede obviar que, como vengo sosteniendo a lo largo del presente trabajo, lo importante no es que Twitter pueda suspender o eliminar una cuenta de manera unilateral, sino si los motivos en los que esa decisión se basa respetan la libertad de expresión. Es decir, es lógico que se mantenga esa reciprocidad existente entre la red social y el usuario en el que este tiene la posibilidad de cerrarla y aquella la opción de eliminar cuenta. Pero también se ha de señalar, y aquí se encuentra una de las claves entiendo yo, que la aplicación de las reglas incluidas en las condiciones generales del contrato han de respetar el derecho a la libertad de expresión de los usuarios. Si esa aplicación es contraria al ejercicio de ese derecho fundamental, al tratarse Twitter de un foro público de debate, estarían vulnerando el derecho de libertad de expresión. Dicho de otro modo. Que Twitter incluya entre sus reglas la posibilidad de suspender una cuenta si esta publica mensajes que incitan al odio, no significa que la cláusula sea abusiva, puesto que se podría tratar incluso de un delito y es legítimo que la red social elimine tanto el contenido como la cuenta. Lo que vulneraría el derecho a la libertad de expresión de los usuarios es que Twitter calificase como discurso de odio una publicación que realmente no lo sea. Esta, y no

²⁷ VELILLA ANTOLÍN, N.: “Trueque de tiranos” en *Disidencia...* Op. cit.

²⁸ MARTÍNEZ ESPÍN argumenta así su postura: “*Se trata de un contrato de duración indefinida, en el que se prevé la notificación a través de la dirección de email asociada a la cuenta, o en su caso, la primera vez que el usuario intente acceder al servicio. Al consumidor se le reconoce la misma facultad, en igualdad de condiciones, por lo que no aprecia desequilibrio alguno. Ello sin perjuicio de la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, como puede ser el incumplimiento de las reglas de Twitter. Entre los motivos graves también puede incluirse la lesión de derechos de terceros, lo que será examinado posteriormente.*” Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, P: “Las condiciones generales de Twitter”, en *Centro de estudios de consumo*, págs. 6 y 7

otra, es la verdadera problemática. Determinar hasta que punto la red social está legitimada para decidir qué contenidos vulneran sus propias condiciones. Luego, en definitiva, lo que podrán alegar los usuarios para exigir que su cuenta sea repuesta por Twitter es que esa suspensión puede vulnerar, al tratarse de un foro público de debate, su derecho a la libertad de expresión. De ahí que lo trascendental es que la suspensión o eliminación de cuentas esté sometida a la tutela judicial y, en casos extremos como las campañas electorales, requieran una aprobación previa.

En nuestro país se han dictado algunas sentencias relativas a la supresión de cuentas por parte de Twitter. Una de las más recientes es la ya comentada sentencia de 26 de marzo de 2020 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares. En ella, el Tribunal balear da la razón a Twitter al respaldar la suspensión de una cuenta en la que un usuario vertió *“comentarios homófobos”* de forma reiterada. Para ello se basó en que ello *“en ningún caso supone que el actor se vea privado de su libertad de expresión, sino de la posibilidad de utilizar un medio concreto para ejercerlo, en este caso, una red social de titularidad privada, pero que de ninguna forma impide que pueda seguir ejercitándolo a través del mismo medio utilizado, internet, si bien por otros canales o redes sociales distintas, o de otros medios de comunicación.”* No comparto el razonamiento y los argumentos dados por el juzgador, aunque sí el hecho de eliminar los contenidos -incluso suspender la cuenta si fuesen reiterativos-, porque, en mi opinión, lo que sucede no es que no se limite la libertad de expresión porque los comentarios homófobos se puedan *“seguir ejercitando a través de otros canales”*, sino que, bien al contrario, esos comentarios homófobos no forman parte del derecho a la libertad de expresión, luego no tiene derecho a realizarlos, no ya en Twitter, sino en ninguna otra plataforma. Es por ello por lo que Twitter puede eliminar ese contenido -ya he señalado que de no hacerlo y conocerlo podría ser el responsable del mismo- y suspender la cuenta. Cuestión distinta, y ahí está la clave, es si el comentario realizado en la red social no traspasase los límites legales, ya sea relativo a la incitación al odio, vulneración del honor o cualquier otro. En ese caso Twitter no podría, entiendo yo, basar su suspensión en la posible existencia de medios alternativos para verter su opinión, puesto que ya he señalado que se trata de un foro de debate público.

4. LA SUSPENSIÓN DE CUENTAS DE CANDIDATOS Y DE PARTIDOS POLÍTICOS DURANTE LAS CAMPAÑAS ELECTORALES

Pasaré ahora a analizar un caso que creo especialmente importante, como es el de las cuentas de los políticos y de sus partidos, especialmente durante las campañas electorales. De este modo, entiendo que los derechos de participación política recogidos en el artículo 23 de la Constitución española forman parte del interés u orden público por lo que Twitter tendrá la obligación de tener en cuenta esta circunstancia, independientemente de que en el contrato de adhesión se establezcan unas u otras condiciones. Así lo ha señalado recientemente la Junta Electoral Central en su resolución 146/2021 de 25 de febrero de 2021 cuando, con motivo de un recurso de VOX por la suspensión de su cuenta durante la campaña electoral catalana, afirmó que *“puede dar lugar a la existencia de unas obligaciones que, por afectar a aspectos de trascendencia pública, van más allá del contenido del contrato y de la relación contractual.”*

No podemos obviar que los plazos en una campaña electoral son perentorios, por lo que esa tutela de la que hablábamos para los usuarios de la red social puede llegar, en muchos casos, con el retraso suficiente como para haber provocado ya consecuencias de difícil solución en los propios resultados electorales. De este modo, considero necesario establecer un sistema de garantías legales adicionales durante los periodos en los que se desarrollen las campañas electorales, garantías a las que ahora me referiré con detenimiento.

Piensen en las implicaciones que estas suspensiones de cuentas, de ser arbitrarias, podrían tener en plena campaña electoral, y los riesgos que ello supondría si el procedimiento no contase con todas las garantías. Sin ir más lejos, tentemos el ejemplo de las elecciones de 2004, que estuvieron marcadas por los atentados de Atocha y, según todos los expertos, los *sms* y el “*pásalo*” enviados durante esos días de campaña tuvieron una incidencia determinante en el resultado. ¿Se imaginan que la red de telefonía móvil hubiese limitado o censurado esos mensajes? ¿Qué sucedería si hoy, en plena campaña electoral, Twitter decidiese unilateralmente eliminar un contenido que se hubiese convertido en tendencia? Evidentemente podría condicionar el resultado de unas elecciones, por lo que el sistema ha de contar con todas las garantías posibles para evitar, en la medida que sea posible, una circunstancia como esta.

En España, hasta el momento, tan solo ha habido un pronunciamiento relativo a las suspensiones de cuentas de partidos políticos en campaña electoral. Es la ya mencionada resolución de la Junta Electoral Central en su resolución 146/2021 de 25 de febrero de 2021, que trae causa de la reclamación que presentó VOX frente a Twitter por suspenderle la cuenta durante la campaña electoral de las elecciones catalanas de febrero de 2021. El partido político sostenía que esa suspensión vulneraba los principios de participación política, pluralismo e igualdad. En cambio, la red social defendía su actuación basándose principalmente en 3 motivos. Primero, que no se trataba de una suspensión como tal, sino que se les limitó la posibilidad de publicar nuevos tweets durante 8 días. El segundo de ellos es que Vox aceptó las condiciones establecidas en las condiciones de uso de Twitter, en las que se recogía la prohibición de comentarios que incitasen al odio o con tinte racista. Por último, sostuvo que era la segunda ocasión en la que se le advertía. Finalmente, la Junta electoral dio la razón a Twitter al entender que “*la cláusula aplicada tiene carácter general, por lo que se aplica a todos los usuarios de Twitter, y era, o debía ser, conocida por la formación recurrente*” y respondía “*a una finalidad legítima que no resulta contraria a la legislación y a la jurisprudencia relativa a los límites de la libertad de expresión.*” En definitiva, la Junta Electoral Central vino a confirmar que el mensaje publicado por VOX en sus redes sociales vulneraba la política de Twitter en los que se refiere a incitación al odio y que estaba legitimado para ello en base a lo establecido en el artículo 8.1.c) de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico que habilita a los prestadores de servicios, cosa que es Twitter, a interrumpir esos servicios cuando haya vulneración de derechos.

No obstante, lo que me parece más interesante de la resolución analizada es que la junta Electoral Central abre la puerta a poder limitar la arbitrariedad y unilateralidad de las redes sociales durante el proceso electoral si estas “*de manera injustificada, impidiesen a una formación política hacer uso de las facilidades que ofrece su canal, colocándola en una posición tan desfavorable que pudiera considerarse vulnerado alguno de los principios que deben regir la totalidad del desarrollo del proceso electoral.*” Así pues, tendremos que estar, en tanto en cuanto no haya legislación más detallada sobre el particular, a cada caso concreto y determinar si en el mismo la suspensión contraviene el interés público relativo a la celebración de una campaña en la que todos los partidos y candidatos tengan las mismas oportunidades. Pero, por otro lado, estos partidos y candidatos deberán respetar las reglas establecidas y no atentar contra estas. En resumen, lo que significa esta resolución es que, con la legislación actual, Twitter puede suspender las cuentas de los políticos y de sus partidos, siempre y cuando estos reproduzcan contenidos que perjudiquen claramente los derechos de terceros y contando con que no actúe de manera arbitraria y contra el interés público. Pero, en la actualidad, sigue existiendo el problema al que antes me refería. Puede suceder que Twitter suspenda la cuenta sin ser evidente la ilegitimidad del contenido. Con mucha probabilidad, el pronunciamiento a posteriori de la Junta electoral tardaría unos días, días en los que los partidos políticos o candidatos se verían injustamente perjudicados por la decisión de la red social.

No podemos obviar que el citado artículo 8 de la LSSI, en su apartado segundo establece que “*en todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos*

derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información.” Esto abre la puerta a que las decisiones que afecten a los derechos fundamentales de participación política deben de ser tomadas bien por un órgano judicial, bien por un órgano administrativo como sería la Junta Electoral Central cuyas resoluciones pueden ser recurridas ante los citados órganos judiciales.

Mi propuesta, pues, va más allá, y pasa porque la legislación electoral recoja un nuevo precepto en el que se establezca que tanto Twitter como el resto de las redes sociales, y tan solo durante el periodo en el que nos encontremos en campaña electoral, tenga que solicitar una autorización a la Junta Electoral para poder proceder a la suspensión de la cuenta que supuestamente haya vulnerado sus condiciones de uso y que sea esta la que de el visto bueno, por ser tal la trascendencia y afectar al interés público, a la suspensión de las cuentas. Se trataría de invertir la carga de la prueba. Con el sistema actual, Twitter puede presumir que el contenido vulnera las condiciones de uso y puede ser por lo tanto eliminado. De este modo, los afectados tendrán que acudir a la Junta Electoral para demostrar que su contenido es legítimo, y exigir su reposición. Con la propuesta que acabo de realizar, Twitter tendría que acreditar y demostrar que ese contenido va contra sus normas ante la Junta Electoral. De este modo, el nuevo mecanismo de suspensión sería una garantía para evitar que Twitter pudiese influir, de manera arbitraria y decisiva, en un proceso electoral. Esto no significa que Twitter no pueda suspender cuentas durante el periodo señalado, sino que, de manera excepcional, no podrá hacerlo de a priori y deberá contar previamente con el aval de la Junta electoral competente en cada proceso electoral.

5. EL BLOQUEO DE USUARIOS POR PARTE DE PERFILES INSTITUCIONALES Y CARGOS PÚBLICOS

Llega el momento de referirme a otra de las circunstancias que más polémica genera en Twitter, que no es otra que la posibilidad de que los usuarios sean bloqueados, no ya por la red social como hemos visto anteriormente, sino por otros usuarios que tengan el carácter de cargos o instituciones públicas. Para ello he de comenzar por lo que entenderemos que es cada uno de estos. En lo que se refiere a cargo público, la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1989 de 21 de abril, estableció que los cargos públicos representativos serían aquellos que hubiesen sido elegidos mediante sufragio universal, directa o indirectamente. Pero cuando a lo largo de este trabajo hable de cargos públicos, me estaré refiriendo con ello también a todos aquellos que forman parte de los gobiernos nacionales, autonómicos y locales, así como los responsables políticos de los organismos públicos. Por lo que respecta a las instituciones públicas, es necesario señalar que el artículo 2.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que el sector público institucional estará integrado por “*cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.*” Los perfiles de Twitter de todas estas instituciones se entenderán como un canal institucional de comunicación con los ciudadanos.

Son por todos conocidos casos en los que representantes políticos o cuentas de instituciones públicas bloquean a usuarios por distintos motivos. En unas ocasiones porque los usuarios insultan y en otras, simplemente porque discrepan de sus actuaciones. En la introducción ya me referí someramente al caso de los famosos bloqueos de Donald Trump o a los de la congresista demócrata Ocasio Cortez a ciudadanos de Estados Unidos. Ambos fueron obligados por los tribunales de su país a desbloquearlos, al entender, como ya he comentado anteriormente, que sus perfiles eran foros públicos de debate, por lo que no tenían derecho a llevar a cabo la acción mencionada.

En nuestro país también se han producido ese tipo de bloqueos, aunque su repercusión mediática haya sido menor. De este modo, el perfil institucional de la Presidencia del Gobierno tenía, en 2017, 68 cuentas bloqueadas que posteriormente fueron desbloqueadas.²⁹ También la cuenta institucional del ejército de tierra bloqueó a Alberto Garzón, antes de que este llegase a ser ministro de Consumo en el Gobierno de España. Por lo que respecta a los cargos públicos, son múltiples los casos de bloqueos. Muchos ciudadanos han sido bloqueados por cargos públicos de todos los partidos, incluso es habitual ver que los políticos se lleguen a bloquear entre ellos mismos.

En España no se han producido aun, al menos que yo tenga constancia, resoluciones judiciales en las que se hayan pronunciado sobre este respecto. Donde sí se han pronunciado los tribunales ha sido en Estados Unidos. Así, la más conocida ha sido la relativa al caso *Knigh First Amendment Institute v. Trump*, que trae cuenta del bloqueo a varios usuarios del presidente norteamericano en 2018. En el mencionado caso, el tribunal dio la razón a los usuarios obligando al entonces presidente a desbloquearlos en Twitter, a pesar de sus comentarios.

El artículo 13 de la ya mencionada Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, otorga a los ciudadanos, en su relación con las administraciones públicas, el derecho “*al acceso a la información pública, archivos y registros*” conforme lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico. Esto significa que, al ser Twitter un medio por el que las administraciones y los cargos públicos se comunican con los ciudadanos, estos tendrán derecho a acceder a esa información por cualquiera de las vías que estos utilicen, incluyendo, por lo tanto, Twitter. Así pues, independientemente de los contenidos que tengan los mensajes de los usuarios, las cuentas institucionales no podrán bloquearlos en ningún caso, y la única vía que tendrán para evitar los mensajes impertinentes e incluso insultantes será solicitar a Twitter que proceda a la eliminación de las mismas, siempre y cuando esos mensajes emitidos cumplan los requisitos para que se produzca la suspensión o el bloqueo. La alternativa al bloqueo que tendrían los perfiles institucionales públicos es recurrir a silenciar esas cuentas, ya que ello, como señaló la sentencia del caso Trump, permite preservar “*la capacidad del silenciado de responder a un tuit, pero bloquear impide al bloqueado ver o replicar por completo a los tuits*”.³⁰

Diferente es el caso, no ya de las instituciones públicas, sino de los cargos públicos y miembros de los gobiernos. Así, entiendo, tendremos que diferenciar si la cuenta es institucional o por el contrario personal. De este modo, si el presidente del Gobierno no usase la cuenta @desdelamoncloa, sino únicamente la suya personal, entonces estaría sometido a las mismas obligaciones que la cuenta institucional. En cambio, si usase su perfil como una cuenta personal, y no institucional, tendría la libertad necesaria para bloquear a quien estimase oportuno. Fue precisamente este argumento el que sostuvo el tribunal que obligó a Trump a desbloquear varios usuarios de la red social, basándose en, en este caso sí, en que la cuenta de Trump era un foro público. Como señala VÁZQUEZ ALONSO, “*cuando una institución o autoridad usa una red social para hacer pública su acción de gobierno... ya no puede discrecionalmente censurar determinados mensajes, haciendo uso de una herramienta, como el bloqueo.*”³¹

²⁹ VILLARREAL, A. y ESCUDERO, J.: Estas son las 68 cuentas de Twitter que el Gobierno ha bloqueado: ¿eres una de ellas?, En *El Confidencial*, 28 de diciembre de 2017. Accesible en https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-12-28/gobierno-bloquea-cuentas-twitter_1498651/

³⁰ *Knigh First Amendment Institute v. Trump*, 2018

³¹ Cfr. VÁZQUEZ ALONSO, V.J.: “Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es... Op. cit. págs.. 493-494

6. CONCLUSIONES:

A pesar de que Twitter sea una empresa privada, se ha convertido en un foro público de debate, sin existencia de una alternativa real en su ámbito. Eso no obsta para que Twitter pueda, con carácter general y en base al cumplimiento de sus condiciones generales - siempre que estas no sean abusivas-, suspender las cuentas de aquellos que las infrinjan. Y ello es así porque Twitter pasaría incluso a ser responsable de aquellos contenidos que vulnerasen derechos de terceros, si fuese consciente de su existencia. No obstante, al tener ese carácter público, Twitter estará obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión de los usuarios, por lo que en sus reglas no podrá establecer motivos de suspensión que lo contraviniesen. Pero la cláusula incluida en las condiciones generales del contrato que le otorga la posibilidad a Twitter de suspender una cuenta cuando las publicaciones de esta vulneren derechos de terceros o promuevan discursos de odio, no es abusiva. Lo importante es que en su aplicación se respete la libertad de expresión y, efectivamente, los contenidos por los que se llega a suspender puedan afectar a derechos de terceros o vulnerar la legislación vigente. Aquellos ciudadanos que vean suspendidas sus cuentas y entiendan que lo han sido de manera ilegítima, podrán acudir a los tribunales para, en base al derecho a la libertad de expresión, reclamar que se levante esa suspensión.

No cabe duda de que es necesario regular, dentro de la legislación electoral, el papel de las redes sociales puesto que a nadie se le escapa el rol fundamental que estas desarrollan en las campañas electorales y la contienda política. No deja de ser cierto que las decisiones de Twitter sobre las suspensiones de cuentas de políticos o de sus partidos se encuentran sometidas a la tutela judicial, pero tampoco lo es el hecho de que, si las decisiones de la red social se produjesen en plena campaña electoral, los afectados apenas tendrían tiempo de ver protegidos sus derechos ni atendidas, en su caso, las reclamaciones presentadas. Así se ha manifestado la propia Junta Electoral Central en su resolución 146/2021 de 25 de febrero de 2021 ya analizada, cuando afirma que *“esta materia deba ser objeto de regulación por el legislador.”* La normativa debería incluir, en mi opinión, una limitación por la que Twitter, durante el desarrollo de las campañas electorales, no pudiese suspender ninguna cuenta ni de los candidatos ni de los partidos a los que estos representan salvo que obtuviese con anterioridad la autorización de la junta electoral correspondiente.

Por otro lado, no comparto la doctrina norteamericana que excluye, como ya he comentado, a Twitter del concepto de foro público pero que incluye como tal una cuenta de esa misma red social, en concreto la del presidente Trump, lo que impedía a este bloquear a cualquier usuario. Los argumentos para admitir esta última opción, entiendo, invalidan los primeros. Si Twitter no fuese un foro público, ninguna de las cuentas existentes en la mencionada red lo podrían ser. Ha quedado claro que las cuentas institucionales de las administraciones públicas no podrán bloquear a los usuarios, puesto que estos tienen derecho a acceder a la información de las mismas y a relacionarse con ellas. En cambio, en lo que respecta a las cuentas de los políticos, la diferenciación básica que tendremos que aplicar es la de si la cuenta es institucional o, en cambio, actúa como una cuenta personal. En este último caso podrá bloquear a quien estime conveniente, mientras que, si es realmente una cuenta institucional, aunque lo sea de una persona física, no podrá hacerlo.

7. BIBLIOGRAFÍA

CHAVES-MONTERO, A. y GADEA AIELLO, W.F.: “Uso, efectividad y alcance de la comunicación política en las redes sociales”, Comunicación Política y Redes Sociales, Ed. Egregius, 2017

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M, “Campaña electoral y redes sociales”, en El Consultor de los Ayuntamientos, nº8

- GONZALEZ BENGOCHEA, A.: Redes sociales y política: El uso comunicativo de Twitter por parte de los principales partidos políticos, en *Fòrum de Recerca*, n. 20, 2015
- HERRERA DE LAS HERAS, R.: La responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en redes sociales, Ed. Reus, 2017
- MARTÍNEZ ESPÍN, P: “Las condiciones generales de Twitter”, en Centro de estudios de consumo, págs. 6 y 7
- MÜRI, M. (2019). The influence of social media on political events [Blog]. Accesible en <https://www.vista.blog/en/the-influence-of-social-media-on-political-events>
- OWDEN, J. (2019). Ocasio-Cortez sued over Twitter blocks. *The Hill*. Accesible en <https://thehill.com/homenews/house/452327-ocasio-cortez-sued-over-twitter-blocks>
- RENOBELL SANTARÉN, V.: “Consecuencias de la Twitter política actual: Análisis comparativo entre España y Estados Unidos”, *Comunicación Política y Redes Sociales*,
- VÁZQUEZ ALONSO, V.J.: “Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es. Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en Estados Unidos”, en *Estudios de Deusto*, Vol. 68, 2020
- VÁZQUEZ ALONSO, V.J.: “Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es... Op. cit. págs.. 493-494
- VELILLA ANTOLÍN, N.: “Trueque de tiranos” en *Disidencia*, [online] Accesible en: <https://disidencia.com/trueque-de-tiranos> , 22 de enero de 2021

LA PUNIBILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO.

Edgar Iván Colina Ramírez
Profesor Contratado Dr. (int.)
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2021
Fecha de aceptación: 28 de junio de 2021

RESUMEN: Uno de los temas más debatidos en la moderna teoría del delito es el acomodo de la punibilidad en dicho sistema, generalmente se atribuye a los elementos de la teoría del delito como una conducta, típica, antijurídica y culpable, desplazado a la punibilidad a lo sumo como una consecuencia jurídica. En el presente artículo trataremos de demostrar por qué dicha teoría resulta equivocada, por lo que se debe incluir a la punibilidad en la teoría del delito como un elemento más.

ABSTRACT: One of the most debated topics in the modern theory of crime is the accommodation of punishments in said system, it is generally attributed to the elements of the theory of crime such as a typical, unlawful and guilty conduct, displaced at the most as a legal consequence. In this article we will try to demonstrate why this theory is wrong, so punishable must be included in the crime theory as one more element.

PALABRAS CLAVE: Pena, punibilidad, normas, teoría del delito, responsabilidad.

KEYWORDS: Penalty, punishments, norms, theory of crime, responsibility.

SUMARIO: 1. La estructura de la norma jurídico-penal 2. La punibilidad como presupuesto normativo. 3. La inclusión de la punibilidad en la teoría del delito. 4. Tesis restringida del contenido de la punibilidad. 5. Tesis negativas de la inclusión de las condiciones objetivas en la punibilidad. 6. La punibilidad como necesidad de pena. 7. Responsabilidad por el hecho, 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. LA ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICO-PENAL.

La punibilidad como categoría sistemática en la teoría del delito, guarda una estrecha relación con la configuración de las propias normas jurídicas, por lo que consideramos necesario referirnos en un primer momento a señalar que es lo que se entiende por «norma», así como por «ley penal», pues habitualmente son conceptos que se llegan a confundir, pues se toman como sinónimos. Pues bien, referente a la primera se suele definir como una regla de conducta, que puede hallarse expresada lingüísticamente o inferirse de lo que habitualmente se hace, por ley penal se suele entender como aquél instrumento por el cual las normas se expresan¹.

Si concebimos al Derecho penal como un conjunto de normas², ello nos llevará implícitamente a plantearnos cual es la estructura de la norma penal. Se puede distinguir al menos en el seno de la parte especial del Código penal (CP), dos clases de normas³, por un lado las «normas primarias» y por otro las «normas secundarias», la primera de éstas se caracteriza por prohibir u ordenar a los ciudadanos determinadas conductas, mientras que la segunda va dirigida al enjuiciador para que éste imponga la sanción correspondiente por el delito cometido⁴. Es decir que el Estado a través de la norma jurídico-penal se comunica con el ciudadano para que éste no defraude las expectativas que de él se esperan.

Consideramos que resulta conveniente señalar cual es el contenido de dicha norma. Si concebimos a la sociedad como un sistema organizado, en el que cada uno de sus integrantes desempeña ciertas funciones y en el que los conflictos resultan superados y resueltos en el ámbito del propio sistema, podremos entender que una norma debe de estar dotada de un contenido interactivo, así como de las expectativas recíprocas⁵. Todo este sistema de expectativas se debe de basar a través de la programación sistemática del Derecho en razón del análisis de la función social, que se proyecta en las de expectativas normativas que tanto el ciudadano como el Estado tienen el uno del otro⁶.

Bajo estas premisas es como operan las normas jurídicas, dicho de otra manera, la norma comienza a existir por disposición expresa del legislador⁷, basadas en las expectativas sociales. El dictado de estas normas, debe de contener una declaración programática de orientación de conductas⁸, pues la norma de facto no prohíbe o manda nada, ya que solamente se limita a relacionar de manera imperativa la consecuencia jurídica de la acción descrita en su propio texto⁹.

¹ Vid. VIVES ANTÓN, Tomas S., *Fundamentos del sistema penal*, Tiran lo blanch, Valencia, 1996, pág. 339.

² Vid. Por todos DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, pág. 67.

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, págs. 512 y ss.

⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Sistema de Derecho penal Parte General*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 47.

⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *o.u.c.*, pág. 49.

⁶ Vid. ampliamente sobre este tópico JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996, pág. 25.

⁷ KAUFMANN, Armin, *Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. versión castellana de Enrique BACIGALUPO ZAPATER y Ernesto GARZÓN VALDÉS, Editorial Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977, pág. 15.

⁸ En la actualidad JAKOBS, ha desarrollado ampliamente este tópico en la «teoría de los deberes» en la cual se distinguen los deberes derivados de la responsabilidad por organización que corresponde a todos (deberes negativos, de la responsabilidad institucional que corresponde con un *status* especial (deberes positivos), *vid.* en POLAINO NAVARRETE Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones», en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Colombia, 2005, pág. 511.

⁹ Contrariamente a lo señalado BINDING establece que existen normas de prohibición y normas de mandato, mientras que las primeras son inadmisibles para el Derecho hasta en tanto no sean reconocidos por la norma jurídica (es decir exista alguna causa de justificación o un estado de necesidad), por cuanto hace al contenido del mandato este se justifica porque la realización de la acción ordenada resulta indispensable, su omisión es inadmisibile, *Vid.* ampliamente en KAUFMANN, Armin *loc. cit.*

Por tanto, es necesario que en un sistema jurídicamente válido la norma asegure las expectativas sociales que de la misma se esperan, bajo una proposición regulada en el tipo legal y una conminación abstracta de pena¹⁰, establecida de modo general¹¹. En este sentido podemos afirmar que la norma es un mensaje prescriptivo emitido por una ley válida en el que se trata de orientar la conducta de un ciudadano, bajo descripciones (tipos penales) que «aparentemente¹²» regulan ordenan o permiten y de manera excepcional autorizan un comportamiento¹³. Esto no significa que se imponga una determinada conducta, sino simplemente la norma sirve como modelo de orientación de las conductas, empero, no solamente la norma se agota bajo esta posibilidad (medio orientador de conductas) sino que también cumple con la función aseguradora de las expectativas sociales¹⁴, esto significa que la norma tiene una orientación de sentido social.

La subordinación de la norma jurídico-penal al Derecho positivo, realiza de facto, uno de los principios penales con mayor trascendencia, esto es el de «seguridad jurídica»; no obstante, para que la norma sea válida, no sólo se requiere que su creación este fundamentada en una la ley de nivel superior, pues antes bien una norma es válida cuando provenga de un concepto normativo con fuerza obligatoria o justificante¹⁵, o cuando cumpla las expectativas que de ésta se esperan.

La validez normativa, o justificabilidad de ésta, no se transmite por el simple hecho de que una norma válida autorice la creación de otra, sino porque es en la propia norma donde se declara su cumplimiento o aplicación, que reviste per se la legislación penal, pues la función de la norma jurídico-penal es la «tutela los valores y principios básicos de la convivencia social». La función de la norma en materia penal; en su aspecto valorativo se plantea en un plano axiológico, mientras que, si observamos a la norma única y exclusivamente en un aspecto conductual, este modelo ofrecerá a la sociedad una valoración de la propia conducta, esto no implica de suyo, que en el ámbito jurídico-penal únicamente importen los elementos normativos, sino que su función es cumplir con las expectativas sociales. En este sentido la norma penal no sólo protege bienes jurídicos, sino que además determina formas de conducta y motiva al gobernado a observar determinado comportamiento, en palabras de Jakobs, «...la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social.»¹⁶.

La norma jurídico-penal se introduce en la sociedad, como medio específico de control social¹⁷, en base a la garantía del mantenimiento de las expectativas normativas, independientemente de la lesión que se vaya a causar con determinada conducta¹⁸, cuyo

¹⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, págs. 70 y ss, quien señala que: «toda norma jurídica se halla constituida por dos elementos: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Ésta sería, pues, la estructura de las normas jurídico-penales. Se piensa, respecto a esto último, en las normas que establecen la pena o a medida de seguridad (normas secundarias). En ellas la conducta delictiva constituye, en efecto, el supuesto de hecho y el deber de imponer la pena o las medidas de seguridad es su consecuencia jurídica. Menos evidente es la estructura de las normas primarias. Éstas no suelen formularse hipotéticamente, sino de forma incondicionada».

¹¹ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción y revisión de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel, 1994, pág.243.

¹² Se dice «aparentemente», ya que la norma no impone nada, pues solamente establece un vínculo de la conducta descrita a la consecuencia legal de esa conducta descrita.

¹³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*. Trad. del original en alemán de Roberto J. VERNENGO, 12ª ed., Porrúa, México, 2002, pág. 19.

¹⁴ Vid. ampliamente sobre este tópico POLAINO NAVARRETE Miguel, *op. cit.*, 2005, págs. 513 y ss.

¹⁵ NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 29.

¹⁶ JAKOBS Günter, *Sociedad, norma...*1996, pág. 18.

¹⁷ Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal, parte general*, 4ª, reimp. Cárdenas editor distribuidor, México 1998, pág. 23, señala que: «El control social se vale, pues de medios más o menos “difusos” y encubiertos hasta medios específicos y explícitos, como es el sistema penal (policía, jueces, personal penitenciario, etc.)» (cursivas añadidas)

¹⁸ POLAINO ORTS, Miguel «Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto», en *El funcionalismo en Derecho penal (Libro homenaje al profesor GÜNTHER JAKOBS)*, Universidad Externado de Colombia Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2003, pág. 76.

mandato conlleva a la imposición de ciertos valores ético-sociales, así como a específicas formas de comportamiento so pena de castigo (pena o medida de seguridad)

La norma produce de facto conductas determinantes, lo cual resulta de gran importancia en el ámbito jurídico-penal, pues el aspecto externo de la conducta visto desde una perspectiva del hecho social procura de manera directa el consentimiento tanto externo como interno de su modelo ideal, sin embargo no puede obligar, a la realización del mismo, ya que esta realización contraria a la norma acarrea un juicio de reproche, en el cual en términos generales se le censura al individuo no haberse comportado conforme a derecho, esto es la base intrínseca de la culpabilidad, misma que radica en que el ser humano esta revestido de autodeterminación libre, responsable y es capaz por ello de decidir actuar conforme a derecho o no¹⁹. Sin embargo, cabe añadir que en la actualidad no solo basta con esa base ontologista, sino antes bien hay que dotar de sentido social la conducta reprochada. La actuación contraria a la norma se deberá entender bajo un contenido meramente objetivo, es decir en cuanto conducta realizada contraria a la norma, que produce un resultado jurídicamente no deseado y no así en puro sentido subjetivo (desobediencia a la norma) o mera actitud personal del ciudadano contraria a derecho.

Bajo esta perspectiva, es como la norma jurídico-penal configura la antijuridicidad como la realización contraria a la norma; no obstante, dicha realización conlleva a diversos matices que seguidamente se analizarán:

En primer término, la realización contraria a la norma conlleva, de manera directa e inmediata, la destrucción o el deterioro del bien jurídico, a través de la vulneración de la norma orientadora de conductas, y en segundo lugar al realizarse una conducta descrita en el tipo jurídico-penal, se altera de manera sustancial el orden social previamente establecido; por tanto, se defraudan las expectativas sociales, esperadas del sujeto.

Lo anterior resulta así, porque en un Estado democrático de Derecho el sistema «funciona», tanto de las expectativas que se esperan del cumplimiento de la norma, que no sólo serán aceptadas por la sociedad porque respetan los equilibrios de intereses establecidos en un momento determinado²⁰, sino porque de igual manera fortalecen la fidelidad que deben de tener los ciudadanos al Derecho.

Estos aspectos de contravención se materializan en un juicio de «desvalor», de ahí que el injusto se fundamente en dicho juicio emitido sobre la orientación diversa que la norma espera de la conducta del ciudadano, dicho injusto está integrado bajo diversos elementos que determinen o fundamenten respecto a las condiciones o diversas modalidades de la antijuridicidad como único momento portador de juicio de reproche objetivo (defraudación de la conducta) de la norma valorativa dirigida a la conducta²¹.

El estado de la cuestión no se detiene en lo antes expuesto, si no antes bien es necesario señalar las diversas teorías acerca de la actual concepción de las funciones que se

¹⁹ Vid. ARISTÓTELES, en *Ética para Nicómaco*, Cumbre, México, 1981, págs. 184 y ss., quien señala que: «...se obra voluntariamente porque el principio del movimiento de los miembros instrumentales en acciones de esa clase está en el mismo que las ejecuta, y si el principio de ellas está en él, también está en su mano el hacerlas o no, pues siempre que esta en nuestro poder el hacer, lo esta también el no hacer, y siempre que está en nuestro poder el no, lo está el sí; de modo que si está en nuestro poder el obrar cuando es bueno, estará también en nuestro poder el obrar cuando es malo. Y si está en nuestro poder hacer lo bueno y lo malo, e igualmente el no hacerlo, y en esto consistía el ser buenos o malos, estará en nuestro poder el ser virtuosos o viciosos...».

²⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, en *Personalidad y capacidades jurídicas*, 74 contribuciones del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba, Tomo II, Rafael CASADO RAIGÓN Ignacio GALLEGU DOMÍNGUEZ, coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pág. 1131, quien señala que «la dimensión tridimensional del Derecho (sociedad, norma y valor) a la postre no son suficientes para estudiar el fenómeno jurídico en su conjunto, ni para propiciar un conocimiento lo más aproximado posible del Derecho tenido en cuenta. Se requiere, junto a las tres anteriores, una cuarta dimensión, representada por el factor tiempo».

²¹ Vid. al respecto a sobre la antijuridicidad y el contenido material del injusto típico con exhaustivo análisis y amplísima bibliografía a POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho número 19, Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, especialmente págs. 72 y ss.

le han asignado a la norma jurídico-penal. Por un lado, tenemos que la norma penal cumple con una función autorreferencial, por lo que confirma su propia vigencia²². En un ámbito meramente funcional²³ se realiza una severa crítica a la afirmación de que «uno de los fines del derecho penal es la protección de bienes jurídicos», pues la lesión que debe de ser digna de tomar en consideración, es la normativamente definida, de ahí que la función del Derecho penal será la confirmación de la vigencia de la norma²⁴, por tanto es la norma en sí misma la que confirma la identidad social²⁵, ello no significa que se determine como única función la confirmación de la vigencia de la norma, pues de igual manera la norma protege bienes jurídicos, ya que tales institutos –vigencia de la norma y protección de bienes jurídicos– no son excluyentes.

2. LA PUNIBILIDAD COMO PRESUPUESTO NORMATIVO

La norma se rige bajo dos presupuestos básicos de temporalidad, así tenemos por una parte un momento normativo²⁶ o de promulgación, el cual tiene como presupuesto esencial la referencia in abstracto del delito, es decir la punibilidad es la formulación de la prescripción, en la que se expresa mediante un sistema de símbolos para que sus destinatarios puedan conocerla. Dicho de una mejor manera, toda norma requiere para efectos de poder asegurar su eficacia de una cimentación cognitiva, para así poder proporcionar de una manera inequívoca una orientación a sus ciudadanos²⁷.

²² Al respecto POLAINO ORTS Miguel, señala que: «Desde el momento en que se tensa en lo forzado o - aún- absurdo que resulta explicar la función del derecho penal diciendo que la misma consiste en la tutela de bienes jurídicos siendo así que los delitos precisamente ponen de manifiesto que un bien jurídico ha resultado ya lesionado o, al menos ha corrido un riesgo jurídico- penalmente desaprobado. Es decir, ¿podría en rigor afirmarse que el derecho penal protege bienes jurídicos cuando ya se ha producido la lesión irreparable de una vida humana? ¿Cómo explicar que la función del derecho penal consiste precisamente en prevenir esas lesiones, siendo así que en- al menos para ese delito concreto ya consumado- tal prevención bien ha sido ineficaz, bien ha llegado, como diría WELZEL, "demasiado tarde ", esto es, en ambos casos, el derecho penal no ha servido para nada? ¿No consiste la posición doctrinal tradicional de defensa de bienes jurídicos en una fictio iuris, en tanto en cuanto la función de protección de bienes jurídicos que se dice que el derecho penal efectivamente cumple no es más que una aspiración, una meta, un ideal, y- por ello- algo ilusorio más no real? ¿Y no es esa manifestación programática de buenos deseos y mejores intenciones (" no se debería lesionar bienes jurídicos", etc.) mucho más una aspiración (o un "fin", una "finalidad ") que una " función "stricto sensu?. Y si ello es cierto ¿no le es también en esa postura tradicional la referencia bien jurídico se hace depender, en el fondo de ciertas eventuales, hipotéticas y probables (esto es, inciertas) consecuencias futuras de psicología individual o social (pues se confían en que el individuo y la sociedad se conciencien de que "no está bien lesionar bienes jurídicos, ni cometer delitos", etc.) ¿No e hay algo más etéreo, más ambiguo, que una descripción como esa? Estos interrogantes demuestran que acaso no están del todo des encaminadas sino francamente ociosas las propuestas doctrinales, de cuño funcional- normativista que tienden a una superación de la manifiesta incoherencia de la postura tradicional que propugna como función del derecho penal la tutela de bienes jurídicos. . »Vid. op. cit. Pág. 77.

²³ Vid. al respecto JAKOBS Günter, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luís SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, 2ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997, página 55 y ss.

²⁴ Cfr. al respecto a POLAINO ORTS Miguel, o.u.c., página 67, quien al efecto manifiesta: «el concepto de vigencia del derecho es ciertamente multívoco. Se emplea en diversos sentidos y más como un problema filosófico o de teoría general del derecho que como una cuestión de cada sector del ordenamiento jurídico en particular. A lo sumo, cuando se habla de la vigencia de un ámbito jurídico concreto (vigencia del derecho penal, vigencia del derecho civil, etc.) se suele transponer los principios generales del derecho a las especificidades de cada sector determinado. A este respecto, no es infrecuente entre los teóricos generales del derecho el distinguir tres conceptos distintos de validez o vigencia de la norma, a saber: validez jurídica, validez fáctica (sociológica o social) y validez ética (o moral o filosófica)»

²⁵ Opinión contraria es la que profesa Santiago MIR, quien al respecto señala que: «las normas jurídicas no son un fin en sí mismas sino un mal necesario al que sólo es lícito cuando no hay otro remedio, cuando la restricción de la libertad es necesaria, idónea y proporcionada para el mantenimiento de intereses fundamentales de los individuos». Vid. en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>.

²⁶ Vid. ampliamente a COBO DEL ROSAL, Manuel, «La punibilidad en el sistema de la parte general del Derecho penal español», en *EPyC*, No.VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983, págs. 20 y ss.

²⁷ JAKOBS, Günther, *El Derecho penal como disciplina científica*. Trad. Alex VAN WEEZEL, Civitas, Madrid, 2008, pág. 98.

La consecuencia del daño que ha producido el delincuente a esa cimentación cognitiva de la norma consiste en que éste ha de reparar el daño que ha causado; ello a través de su propia libertad u otra sanción impuesta²⁸. Es decir, nos encontramos ante un momento aplicativo de la norma, ya que nos enfrentamos al delito ya realizado, al hecho verificado fácticamente²⁹.

En este sentido podremos señalar que existen delitos sin pena, pero no sin punibilidad, pues la pena puede faltar en el momento aplicativo ya sea por una causa de justificación o de atipicidad³⁰, sin embargo, no se puede decir lo mismo de la punibilidad. La pena constituye un constructo jurídico independiente del delito, en tanto que la penalidad es un elemento esencial del delito, por lo que una acción es delictiva en tanto que es acción punible, pues decir lo contrario sería tanto como considerar al delito de manera paradigmática abstracta y general³¹.

De lo referido anteriormente, podemos señalar válidamente que el presupuesto de punibilidad resulta indispensable en la estructura de la norma jurídico penal, pues si tal presupuesto no existiese no podríamos al menos en un sentido técnico normativo designar tal enunciado como delito.

3. LA INCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

La inclusión de la punibilidad como elemento del delito, es uno de los institutos más controvertidos en la doctrina jurídico-penal³². Esta controversia, se suscita en la doctrina española a partir de la traducción realizada por Rodríguez Muñoz, de la obra de Mezger³³, en la que se define al delito como un acontecimiento típico, antijurídico y culpable, por lo que rechaza la punibilidad, pues la inclusión de ésta según su punto de vista sería tanto como repetir de modo inadmisibles lo definido en la definición. Ello lo sustenta en que la definición del delito expuesta por Mezger no es una simple definición nominal, pues expresa de manera positiva que el delito es una acción, antijurídica y culpable. Bajo esta concepción, la tipicidad no ocupa una sección propia, independiente de la antijuridicidad, sino antes bien, se entiende a ésta como parte integrante de esta, puesto que para Mezger en esta categoría se estudia en primer lugar como injusto objetivo y después como injusto típico.

Sin embargo y pese a la postura de Rodríguez Muñoz³⁴, cabe decir que la relación entre delito y punibilidad, supone más que una cuestión de la teoría del delito, es de la teoría general del Derecho, como la relación entre precepto y sanción³⁵. Así se han presentado diversos argumentos al respecto. Si se parte de la idea de separar el precepto de la sanción, la consecuencia lógica radica en que la punibilidad es un elemento autónomo de la teoría del delito. No obstante, si tomamos como referencia la insolubilidad entre ambas categorías, es decir la integración de la punibilidad en la teoría del delito, queda claro que la primera no juega una función propia³⁶, por lo que, en el momento en que la norma es formalmente creada

²⁸ JAKOBS, Günther, *loc. cit.*

²⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel, *loc. cit.*

³⁰ Vid. ampliamente LUZÓN PEÑA, Diego Manuel / MIR PUIG, Santiago (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en el Derecho penal*, Aranzadi, 1995, *passim*.

³¹ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, PG, T II, 4ª*, ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2021, pág. 216.

³² Respecto a su inclusión en la teoría del delito *vid.* por todos a POLAINO NAVARRETE, Miguel, «La punibilidad en la encrucijada dogmática jurídico-penal y la política criminal», en *Criminalidad actual y Derecho penal*, Universidad de Córdoba, 1988, págs. 11 y ss. ID. COBO DEL ROSAL, Manuel, «La punibilidad en el sistema...», págs. 9 y ss. En contra *vid.* por todos ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal, PG, 2ª*, ed. anotada y puesta al día por José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO y Luis BENEYTEZ MERINO, Akal, Madrid, 1986, pág. 261

³³ RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, en MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal, T.I*, trad. y notas de Derecho español por RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1935, pág. 164, nota 5

³⁴ Vid. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *loc. cit.*

³⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel, «La punibilidad en el sistema...», pág. 19

³⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel, *loc. cit.*

por el legislador, el precepto y la sanción funcionan conjuntamente como una sola categoría sistemática³⁷. Bajo tal planteamiento la punibilidad constituye el último elemento esencial del concepto unitario de delito³⁸.

La consideración de la punibilidad dentro de la teoría jurídica del delito, responde a la necesidad de delimitación y ponderación del propio delito, que expresa el merecimiento de pena, así como a la necesidad de respuesta penal, que trae como consecuencia³⁹. En este sentido podemos decir que la punibilidad aporta en la teoría jurídica del delito la exigencia de verificación de necesidad de respuesta penal, en razón a la garantía de eficacia y de funcionalidad social de normas penales, así como la ejecución de sanciones penales⁴⁰. Desde la perspectiva de la prevención general, la punibilidad juega el papel de exigencia en la necesidad de la pena⁴¹. Mientras que, en lo referente a la prevención especial, la punibilidad resulta necesaria para la sanción penal, sometiendo de manera directa todos aquellos supuestos de realización del injusto penal⁴². Es por las razones argumentadas, que no se puede, ni es de recibo aceptar la fundamentación de la punibilidad como aplicación de la pena al delito concreto, sino más bien debemos entender a la punibilidad como un elemento de valoración de las exigencias tanto preventivo generales como especiales, ya que estas son codeterminantes.

Bajo la denominación de punibilidad se designa una serie de presupuestos adicionales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, indispensables para que al hecho se le pueda imponer una pena⁴³. No obstante, con frecuencia se toman como sinónimos al concepto de «pena» y «punibilidad». Si bien, ambos institutos tienen como común denominador que se refieren al castigo, estos presentan de suyo diversas características que infieren de manera sustancial en el estudio de la teoría jurídica del delito. Así en un primer término, podemos entender por pena, a la consecuencia jurídica del delito prevista en la norma incriminadora para el autor culpable del injusto típico⁴⁴. Mientras que la punibilidad como ha quedado precisado afecta de manera sustancial el concepto jurídico del delito – acción, típica, antijurídica, culpable y punible-. Pues la punibilidad indica la susceptibilidad, necesidad y merecimiento de pena que desde la óptica jurídico-penal y político criminal, es acreedora a la realización del injusto típico y culpable⁴⁵.

4. TESIS RESTRINGIDA DEL CONTENIDO DE LA PUNIBILIDAD

La ubicación de la punibilidad dentro de la teoría del delito no responde a una cuestión baladí, sino más bien influye notablemente en figuras tan significativas como las condiciones objetivas de punibilidad o las excusas absolutorias⁴⁶. Sin embargo, aún dentro de la concepción favorable en la inclusión de la punibilidad como integrante en el delito, existen diversas posturas de carácter formal que integran únicamente a las excusas absolutorias como elemento de la punibilidad⁴⁷. Mientras que otro sector de la doctrina, integra tanto a las excusas absolutorias, como a las condiciones objetivas de punibilidad⁴⁸. Respecto al primer

³⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel, *loc. cit.*

³⁸ *Vid.* ampliamente POLAINO NAVARRETE, Miguel, «La punibilidad ...», pág. 26.

³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *o.u.c.*, pág. 28

⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *loc.cit.*

⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *loc.cit.*

⁴² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *loc.cit.*

⁴³ *Cfr.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La punibilidad» en DÍEZ RIPOLLES, José Luís / ROMEO CASABONA, Carlos María / GRACIA MARTÍN, Luís / HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (ed.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al profesor doctor don José CEREZO MIR*, Tecnos, Madrid, 2002, pág.831

⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho...*, *op.cit.*, 2021, pág. 214.

⁴⁵ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *loc. cit.*

⁴⁶ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág.71

⁴⁷ *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español PG*, 18ª. ed., Dykinson, Madrid, 1995, pág. 419

⁴⁸ *Vid.* por todos ROXIN, Claus, «Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena», trad. POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *CPC*, N.º 46, Madrid, 1992, pág. 189

grupo –tesis restringida del contenido de la punibilidad-, estima que las condiciones objetivas de punibilidad no pueden formar parte de la punibilidad en razón de que éstas, se encuentran conectadas al tipo, lo que trae como consecuencia lógica que tal instituto este dotado de las mismas características que cualquier otro elemento del tipo⁴⁹.

5. TESIS NEGATIVAS DE LA INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS EN LA PUNIBILIDAD

Para Sax⁵⁰, las condiciones objetivas de punibilidad no podían formar parte de la punibilidad en razón de que precisamente estas condiciones formaban parte del injusto. Cabe precisar que para este autor el tipo se disgregaba en tipo legal, -que consistía en la descripción formulada por la ley- y en tipo de injusto cuyos componentes lo integran tanto el tipo legal como la lesión a un bien jurídico merecedor de pena. Por lo que, si se entiende que las condiciones objetivas de punibilidad son presupuestos objetivos de merecimiento de pena y si los elementos del tipo legal se fijan a partir del dolo y la lesión al bien jurídico pertenece a los elementos subjetivos del tipo, es consecuente señalar que la distinción o particularidad de las condiciones objetivas de punibilidad no radica en ser elementos ajenos al injusto sino más bien en que su no pertenencia al tipo legal radica en que la exigencia del dolo las haría inaplicables⁵¹.

Según Otto⁵², las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que no abarca el dolo y limitan a la punibilidad. Esta posición distinguía entre el merecimiento de pena y la necesidad de pena, así solo es merecedora de pena aquella conducta que se puede desaprobado desde el ámbito ético social, ya que ésta es adecuada para poner en peligro o lesionar de manera relevante las propias relaciones sociales. Mientras que la necesidad de la aplicación de la pena viene a determinarse tanto por las condiciones objetivas de punibilidad, así como por las causas de exclusión de la propia pena⁵³. Por lo que las condiciones objetivas de punibilidad según este autor, son circunstancias no abarcadas por el dolo y limitadoras de la punibilidad que limitan aquéllos supuestos ilícitos merecedores de pena de los que no lo son⁵⁴.

Entre nosotros, algunos sectores de la doctrina⁵⁵, rechazan la inclusión de las condiciones objetivas de la punibilidad en la propia punibilidad, argumentando que no obstante que éstas en determinados momentos resulten ajenas al dolo e incluso a la conducta, ello no significa que esto sea suficiente para ubicarlas dentro de la punibilidad, por lo que introducirlas bajo una misma categoría resulta artificioso ya que mantiene una visión totalizadora de la estructura del delito⁵⁶. Asimismo, el hecho de justificar la existencia de la punibilidad en la necesidad sistemática de ubicación de elementos ajenos al injusto culpable rompe la concepción unitaria del delito y por consiguiente se harían surgir tantas categorías como matices se introduzcan en cada nuevo elemento morfológico⁵⁷.

⁴⁹ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *o.u.c.*, pág.74

⁵⁰ Citado por GARCÍA PÉREZ, Octavio, en *La punibilidad...*, pág. 75

⁵¹ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *loc. cit.*

⁵² Citado por GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad...*, pág. 76

⁵³ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *loc. cit.*

⁵⁴ *Vid.* Al respecto a MENDES DE CARVALHO, Érika, *Punibilidad y delito*, Reus, Madrid, 2007, pág. 41

⁵⁵ *Vid.* por todos MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág 56

⁵⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *loc. cit.*

⁵⁷ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico...*1990, pág. 53

6. TESIS POSITIVAS DE LA INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS EN LA PUNIBILIDAD

La postura que acepta en el ámbito de la punibilidad tanto a las condiciones objetivas de punibilidad, como a las excusas absolutorias, se fundamentan en que la punibilidad constituye una categoría conceptual que integra tanto las circunstancias de necesidad de pena, como aquellas que a pesar de existir tal necesidad, prevalecen diversos intereses procedentes del resto del ordenamiento jurídico⁵⁸. Si la necesidad de la pena se refiere exclusivamente a los fines de esta y tal fundamento se aplica a las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, ello significa que la aplicación que tiene el Derecho penal en cuanto a los fines de la pena se trata, se encuentra claramente unido a la función de tales institutos en la construcción del sistema⁵⁹. La punibilidad, se compone no solo de aquellas circunstancias configuradoras de la pena, sino además de aquellas circunstancias que dan preferencia a la realización de diversos intereses procedentes del ordenamiento jurídico⁶⁰, por lo que el resultado y determinadas disminuciones de la culpabilidad influyen directamente sobre la necesidad de la pena⁶¹, ello en razón de que el injusto de los delitos dolosos queda ya constituido por el desvalor de la acción, independientemente del desvalor del resultado⁶². Si el injusto se agota en el desvalor de la acción, puesto que la producción del resultado cumple una función de exteriorización, el desvalor de la acción al comprender la capacidad del resultado abarca también de manera implícita el desvalor de la lesión del bien jurídico⁶³.

7. LA PUNIBILIDAD COMO NECESIDAD DE PENA

Por otra parte conviene precisar una tercera postura de ubicación sistemática de la punibilidad en la teoría del delito, es aquella que más halla de su inclusión en el delito o fuera de él, ve en la punibilidad la necesidad de la pena basada en motivos político criminales⁶⁴. En este sentido se propone como presupuesto de la responsabilidad la culpabilidad del autor así como una necesidad preventiva de punición. Si la responsabilidad se presenta como una realización de los fines político criminales de la pena y asimismo como una prescripción dirigida al enjuiciador para imponer una sanción, esta claro entonces que bajo una concepción sustancial de política criminal no se aplica al hecho sino más bien a su autor, en cuanto se propugna por la necesidad individualizar la pena⁶⁵. Así, bajo un concepto meramente político criminal de culpabilidad, ésta expresara de manera inequívoca que la necesidad de punición radica en cuestiones ajenas a las de la teoría de la pena y por tanto se basa en consideraciones situadas fuera del ámbito del Derecho penal. En definitiva, los presupuestos integrantes de la punibilidad son cuerpos extraños en el Derecho penal y señalan diversos intereses que reclaman prioridad ante las finalidades sustanciales del mismo⁶⁶. Una justificación social de la pena da lugar a una valoración específica de una categoría autónoma, que en este caso sería la punibilidad, ya que al ser esta portadora de los presupuestos del delito, ligado a una

⁵⁸ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEINGEND Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, 5^{ta.} ed., corregida y ampliada. Trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Comares, Granada, 2002, pág. 514.

⁵⁹ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad...*, pág. 71

⁶⁰ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *o.u.c.*, pág. 72

⁶¹ MENDES DE CARVALHO, Érika, *Punibilidad...2007*, pág.35

⁶² MENDES DE CARVALHO, Érika, *loc. cit.*

⁶³ MENDES DE CARVALHO, Érika, *loc. cit.*

⁶⁴ Una importante aportación en este ámbito es la realizada por ROXIN en su obra *Derecho penal PG, T.I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, Civitas, Reimpresión 1999, Madrid, págs 223 y ss. ID. en «Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena», trad. POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *CPC*, N.º 46, Madrid, 1992, *passim*.

⁶⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*1999, págs 223 y ss

⁶⁶ ROXIN, Claus, *loc. cit.*

de las perspectivas desde las que necesariamente debe de tomarse en consideración la función del Derecho penal en su ámbito de control social⁶⁷, hacen incuestionable su categoría autónoma en la teoría del delito.

En cuanto a las teorías que niegan a la punibilidad como categoría ajena al concepto del delito, ponen entre dicho la distinción entre el merecimiento y la necesidad de la pena, puesto que tal distinción pasa por alto que la determinación de todos los presupuestos de la punibilidad únicamente se podrá constatar en razón de la necesidad de solucionar mediante pena un conflicto, ya que antes de la función del tipo penal de contribuir a resolver un conflicto no existe tarea dogmática alguna y por tanto tampoco ninguna posibilidad de determinar lo que hay que castigar en sí, sin consideración a dicha función, puesto que, lo que no tiene que castigarse tampoco es merecedor de pena⁶⁸. No obstante cabe decir que la construcción *jakobsiana* acerca de los presupuestos de punibilidad están vinculados principalmente a los delitos de peligro abstracto, ya que en muchas de las ocasiones el propio legislador observa que con la simple puesta en peligro de un bien jurídico puede dar lugar a una realización del tipo mediante acciones que no se consideran prima facie perturbadoras de la vida social, supuestos en lo que si el legislador decidiera agrupar en un tipo de resultado quedarían fuera acciones que a la ley le importaba evitar⁶⁹. Por tanto, se propone la exigencia de la materialización de un resultado que condicione al injusto y que ponga de manifiesto la necesidad de prohibición de la puesta en peligro in abstracto⁷⁰. Las condiciones objetivas de punibilidad desde la sistemática de la teoría del delito, van a representar la contrapartida de los elementos subjetivos del injusto en forma de planes trascendentes, puesto que el trascender de la voluntad en estos planes, corresponderá también en la ejecución de las condiciones exclusivamente objetivas⁷¹. Por lo que se debe distinguir entre aquellas condiciones del injusto y de la tipicidad, pues mientras que las primeras operan de modo suspensivo y retroactivo que concurren cuando el comportamiento no se puede tratar como injusto sin la materialización del resultado⁷². Mientras que, las condiciones objetivas de punibilidad que condicionan la tipicidad, se encuentran condicionadas de manera suspensiva y retroactiva, pues cuando el comportamiento debe omitirse sin atender a la materialización del resultado, sólo se puede tratar como típica si sobreviene precisamente el resultado. Esto significa que la peligrosidad abstracta debe quedar demostrada para poder ser suficientemente anómala a efectos de una reacción penal⁷³. En definitiva en las condiciones objetivas de punibilidad resulta irrelevante que éstas se encuentren comprendidas por el dolo. Ahora bien, en lo referente a las excusas absolutorias, de igual manera, que en las condiciones objetivas de punibilidad, tampoco se puede fundamentar el merecimiento de pena sin la propia necesidad de esta, de tal manera que no resulta posible caracterizarlas como elementos cuya concurrencia afecta únicamente la necesidad de pena dejando intocado el merecimiento de pena⁷⁴.

8. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

En la doctrina española, existe un sector que propone la creación de una nueva categoría independiente del injusto y la culpabilidad, la denominada responsabilidad por el hecho⁷⁵, la cual consiste en que junto a las causas de justificación existen otros supuestos en los que el Estado renuncia a la aplicación de una pena por la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar la aplicación de una pena, por lo que se deben de distinguir aquéllos supuestos

⁶⁷ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad...*, pág. 385

⁶⁸ Vid. ampliamente JAKOBS, Günther, *Derecho penal...*, *op. cit.*, 1997, págs. 407 y ss.

⁶⁹ JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 404

⁷⁰ JAKOBS, Günther, *loc. cit.*

⁷¹ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, pág. 405

⁷² JAKOBS, Günther, *loc. cit.*

⁷³ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, pág. 406

⁷⁴ JAKOBS, Günther, *ibidem*, pág. 413

⁷⁵ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal, PG.*, 4^{ta}- ed., Akal, Madrid, 1997, págs. 278 y ss.

en los que no obstante la norma jurídico penal apruebe la realización de una acción, es decir la justifica de aquellos otros en los que la gravedad de la ilicitud resulta insuficiente para legitimar el ejercicio del *ius puniendi*⁷⁶. Esta teoría se fundamenta principalmente en que la diferencia que existe entre la exclusión de la pena proveniente de la ausencia de antijuridicidad, implica una total falta de desaprobación por el ordenamiento jurídico y la exclusión de la pena que resulta de la falta de desaprobación, que se traduce de manera fáctica en la renuncia del propio Estado a sancionar una acción, típicamente antijurídica, a pesar de haber sido realizada de manera culpable⁷⁷. Por tanto la falta de desaprobación jurídico-penal no depende, de la falta de culpabilidad, por lo que se permite agrupar tanto las llamadas causas de inculpabilidad -el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y el exceso en los límites de una causa de justificación- como, algunas excusas absolutorias así - las causas que excluyen la punibilidad del aborto y en ciertos conflictos de derechos fundamentales (libertad de expresión y derecho al honor)-. Ni unas ni otras eliminan la antijuridicidad ni la culpabilidad. Por tanto el elemento aglutinante de estas causas en la categoría de la responsabilidad por el hecho reside en la exclusión de la desaprobación jurídico-penal y en su ineficacia para excluir la desaprobación del propio orden jurídico⁷⁸.

El rechazo de la punibilidad como categoría sistemática dentro de la teoría jurídica del delito se basa primordialmente en que incorporar a la teoría del delito el elemento punibilidad supondría tanto como repetir de modo inadmisiblemente lo definido en la propia definición, máxime que la característica principal del injusto punible se basa por su consecuencia jurídica y no así por su tipo⁷⁹. Asimismo, señalan que la punibilidad depende de que sea típico, antijurídico y culpable⁸⁰. De igual manera manifiestan que para definir el delito no se es necesario agregar el elemento punibilidad, ya que este no es constitutivo del delito, más bien es de consideraciones de necesidad de pena o de carácter político-criminal que conducirán a prescindir de ella⁸¹.

No obstante, de las críticas anteriores, conviene poner de manifiesto que la *quid* de la norma penal radica no en un mero plano formal ajeno de valoraciones materiales, sino que más bien se fundamenta tanto en la confirmación de la vigencia de la norma como en la protección de bienes jurídicos, cuya contemplación en la legislación se basa primordialmente en los principios de legalidad, así como en el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas⁸². En este contexto el Derecho penal, solo tendrá justificación en la medida en que se tome en consideración tanto la valoración de reprochabilidad al autor del delito por el injusto cometido, así como por la necesidad político criminal de la imposición de una pena. Por tanto, no es de recibo atender a un concepto de delito incompleto, puesto que, a los elementos de acción típica, antijurídica y culpable, se debe añadir la punibilidad como elemento integrador del delito, ya que éste proporciona junto a los elementos personales de reproche, aquellas expectativas derivadas de la necesidad social de aplicación de la pena⁸³

⁷⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *loc. cit.*

⁷⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de...*1997, pág. 287

⁷⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *loc. cit.*

⁷⁹ RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, en MEZGER, Edmund, *Tratado...*1935, pág. 164, nota 5

⁸⁰ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho...*, *op.cit.*,1998, pág.676

⁸¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal PG*, Trotta, Madrid, 2006, pág156

⁸² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Criminalidad actual...*, *op.cit.*,1988, pág. 30

⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, pág. 31.

9. CONCLUSIONES

El Derecho penal está compuesto por un conjunto de normas, en la especie de normas primarias y normas secundarias. La punibilidad va desde la conminación abstracta hasta la imposición o cumplimiento, lo cual radica empíricamente sobre el sistema social.

El sistema de expectativas se debe de regir mediante la programación sistemática del Derecho (penal) en razón de la función ético social. El dictado de las normas debe de contener por tanto una declaración programática de orientación de conductas.

La validez de una norma no sólo se justifica por el simple hecho de que otra norma valida autorice su creación, sino antes bien porque es precisamente en la propia norma donde se debe declarar su cumplimiento o aplicación.

La norma penal no solo protege bienes jurídicos sino antes bien determina las formas de conducta de los ciudadanos y los motiva a observar determinados comportamientos. La norma se rige temporalmente bajo dos supuestos: el momento normativo y el momento aplicativo.

El considerar a la punibilidad como parte integrante de la teoría jurídica del delito, responde a la necesidad de delimitación y ponderación del propio delito, que expresa el merecimiento de pena, así como a la necesidad de respuesta penal, que trae como consecuencia. Bajo la denominación de punibilidad se designan una serie de presupuestos adicionales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, indispensables para que al hecho se le pueda imponer una pena con frecuencia se toman como sinónimos al concepto de «pena» y «punibilidad». La ubicación de la punibilidad dentro de la teoría del delito no responde a una cuestión baladí, sino más bien influye notablemente en figuras tan significativas como las condiciones objetivas de punibilidad o las excusas absolutorias.

Las tesis negativas de la inclusión de las condiciones objetivas en la punibilidad señalan que dichas condiciones no pueden formar parte de la punibilidad en razón de que precisamente estas forman parte del injusto. Sin embargo las tesis positivas fundamentan la inclusión de las condiciones objetivas en que la punibilidad constituye una categoría conceptual que integra tanto las circunstancias de necesidad de pena, como aquellas que a pesar de existir tal necesidad, prevalecen diversos intereses procedentes del resto del ordenamiento jurídico.

La punibilidad como necesidad de pena se basada en motivos político criminales y propone como presupuesto de la responsabilidad la culpabilidad del autor así como una necesidad preventiva de punición. Diverso sector de la doctrina propone la creación de una nueva categoría independiente del injusto y la culpabilidad, denominada responsabilidad por el hecho en la que junto a las causas de justificación existen otros supuestos en los que el Estado renuncia a la aplicación de una pena por la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar la aplicación de una pena.

10. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, José, Derecho penal, PG, 2ª., ed. anotada y puesta al día por José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO y Luis BENEYTEZ MERINO, Akal, Madrid, 1986.

ARISTÓTELES, en *Ética para Nicómaco*, Cumbre, México, 1981.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Principios de Derecho penal, PG., 4ta. ed., Akal, Madrid, 1997.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán, Lecciones de Derecho penal PG, Trotta, Madrid, 2006.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, «La punibilidad en el sistema de la parte general del Derecho penal español», en EPyC, No.VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, La punibilidad en Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- JAKOBS, Günther, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996.
- ID. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, 2ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997.
- ID., El Derecho penal como disciplina científica. Trad. Alex VAN WEEZEL, Civitas, Madrid, 2008.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEINGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal. PG, 5ta. ed., corregida y ampliada. Trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Comares, Granada, 2002
- KAUFMANN, Armin, Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. versión castellana de Enrique BACIGALUPO ZAPATER y Ernesto GARZÓN VALDÉS, Editorial Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977.
- KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho. Trad. del original en alemán de Roberto J. VERNENGO, 12ª ed., Porrúa, México, 2002.
- LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, traducción y revisión de MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel, 1994.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel / MIR PUIG, Santiago (coords.), Causas de justificación y de atipicidad en el Derecho penal, Aranzadi, 1995.
- ID., «La punibilidad» en DÍEZ RIPOLLES, José Luis / ROMEO CASABONA, Carlos María / GRACIA MARTÍN, Luis / HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (ed.) La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al profesor doctor don José CERREZO MIR, Tecnos, Madrid, 2002
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- MENDES DE CARVALHO, Érika, Punibilidad y delito, Reus, Madrid, 2007.
- MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal PG, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Sistema de Derecho penal Parte General, Dykinson, Madrid, 2018.
- NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Ariel, Barcelona, 1983
- ID., La validez del derecho, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, El bien jurídico en el Derecho penal, Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho número 19, Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.
- ID., «La punibilidad en la encrucijada dogmática jurídico-penal y la política criminal», en Criminalidad actual y Derecho penal, Universidad de Córdoba, 1988.
- ID. en Personalidad y capacidades jurídicas, 74 contribuciones del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba, Tomo II, Rafael CASADO RAIGÓN Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005.
- ID. «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones», en Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía, Legis, Colombia, 2005.

ID., Lecciones de Derecho penal, PG, T II, 4ª.,ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2021.

POLAINO ORTS, Miguel «Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto», en El funcionalismo en Derecho penal (Libro homenaje al profesor GÜNTHER JAKOBS), Universidad Externado de Colombia Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2003.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho penal español PG, 18ª. ed., Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, en MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho penal, T.I, trad. y notas de Derecho español por RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, Editorial revista de Derecho privado, Madrid, 1935.

ROXIN, Claus, «Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena», trad. POLAINO NAVARRETE, Miguel, en CPC, No. 46, Madrid, 1992.

ROXIN en su obra Derecho penal PG, T.I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, Civitas, Reimpresión 1999, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2ª., ed., ampliada y actualizada, BdeF. Montevideo- Buenos Aires, 2010.

DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio, Sobre el concepto de Derecho penal, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981.

VIVES ANTÓN, Tomas S., Fundamentos del sistema penal, Tiran lo blanch, Valencia, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho penal, parte general, 4ª, reimp. Cárdenas editor distribuidor, México 1998.

LA EXONERACIÓN DEL CRÉDITO PÚBLICO CON LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

Pedro Rebollo Díaz
Abogado y Economista

Fecha de recepción: 10 de abril de 2021
Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2021

RESUMEN: Si bien la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, ha solventado varios problemas, también ha generado innecesariamente nuevos. En especial y según trataremos en este trabajo, problemas interpretativos respecto a la exoneración del crédito público propio del mecanismo de segunda oportunidad. En este trabajo se realiza un examen a través de las distintas soluciones dadas por el legislador a la hora de tratar la exoneración del crédito público, desde su introducción en la Ley Concursal hasta la entrada en vigor del TRLC, pasando por un estudio de la naturaleza de los Textos Refundidos y de la doctrina del exceso ultra vires y llegando a analizar la nueva doctrina judicial tras las resoluciones recaídas con la entrada en vigor del TRLC. Finalmente, se realiza una valoración crítica de la problemática.

ABSTRACT: Although the entry into force of the Royal Legislative Decree 1/2020, of May 5, approving the consolidated text of the insolvency act, has resolved several issues, it has also unnecessarily generated new ones. Especially as we will deal with in this paper, interpretative issues regarding the discharge of the public claims result of the second chance mechanism. This paper makes a comparative study out through the different solutions given by the legislator when dealing with the discharge of the public claims, since its introduction into the insolvency act until the entry into force of the TRLC, going through a study of the nature of the consolidated texts and the ultra vires acts, studying the new court-made doctrine after the last court's decisions taken after the entry into force of the TRLC. Finally, the paper ends with a critical assessment of the issue.

PALABRAS CLAVE: exoneración del crédito público, segunda oportunidad, texto refundido, ultra vires.

KEYWORDS: discharge of the public claims, second chance, consolidated text, ultra vires.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La exoneración del crédito público en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 3. La exoneración del crédito público en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal; 3.1. La naturaleza de los textos refundidos y el exceso ultra vires; 3.2. La doctrina de los Tribunales con la entrada en vigor del TRLC; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, posteriormente convalidado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, introdujo por primera vez en España la legislación sobre segunda oportunidad. Como se recoge en su preámbulo, el objetivo de esta ley “*no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer*”.¹

Sin lugar a duda, esta regulación tan necesaria como loable, merece ser aplaudida pese haber llegado tardíamente. Y es que este mecanismo tan novedoso desde la perspectiva de la normativa concursal española ya estaba presente y consolidado hace años en países vecinos, como el Código de consumo francés o la Ley de insolvencia alemana, que ya contaban con procedimientos destinados a no perpetrar la insolvencia de los deudores personas físicas y que, además, ha servido de inspiración a nuestro sistema de exoneración de deudas.²

Paradójicamente, nuestra normativa, pese haber sido de las últimas y contar con el bagaje de la experiencia de los ordenamientos jurídicos vecinos, no ha estado exenta críticas y antinomias, que han tenido que ser superadas por la interpretación y doctrina del Tribunal Supremo.

Desde que con la Ley 9/2015, de 25 de mayo, y su posterior prórroga por la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se facultó al Gobierno para consolidar en un único texto legal todas las reformas operadas sobre la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, los distintos operadores jurídicos depositaron sus esperanzas en el Texto Refundido para superar los obstáculos normativos que habían venido advirtiéndose durante los años de vida de la Ley Concursal; ilusión que se incrementó con la crisis del COVID-19 y la necesidad de contar reamente con una normativa concursal compacta, estable y coherente.

Si bien la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, ha solventado varios problemas, también ha generado innecesariamente nuevos. En especial y según trataremos en este trabajo, problemas interpretativos respecto a la exoneración del crédito público propio del mecanismo de segunda oportunidad.

¹ Preámbulo I de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social

² Nuestro modelo, inspirado en los ordenamientos jurídicos de Francia, Alemania, Austria o Portugal responde a la idea de que en el sobreendeudamiento existe cierta responsabilidad del deudor, motivo por el cual es necesario un proceso de control o supervisión judicial durante un tiempo con el objeto de “reeducarlo”. En cambio, en los países anglosajones su sistema se asienta sobre el pensamiento de que el sobreendeudamiento es un riesgo derivado de la expansión del mercado financiero que el propio mercado debe asumir. En ese sentido, NIÑO ESTÉBANEZ, R., “La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos”, en *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios – Núm. 2 El mecanismo de la segunda oportunidad*, 2018, p. 7.

2. LA EXONERACIÓN DEL CRÉDITO PÚBLICO EN LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

El mecanismo de segunda oportunidad implantado por el legislador mediante la reforma operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, se asienta sobre dos premisas: la buena fe y la previa liquidación del patrimonio. Respecto a la primera, la buena fe no se entiende en el sentido del art. 7.1 CC como aquel comportamiento que cabe esperar socialmente, ajustado a las convicciones éticas imperantes en la sociedad, sino que se condiciona al cumplimiento de determinados presupuestos.³ La otra premisa de la que parte el legislador para conceder al deudor persona natural la tan ansiada “segunda oportunidad” o el *fresh start* es que haya liquidado previamente su patrimonio, que es precisamente lo que justifica que pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas remanentes cuando no tiene más activo. Por tanto, no estamos ante una medida graciosa que se concede por imperativo legal al deudor que no puede afrontar su pasivo, sino la facultad de limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC por concurrir en el deudor los presupuestos objetivos y subjetivos exigidos por el legislador.

Antes de la entrada en vigor del TRLC la buena fe del deudor se condicionaba a la satisfacción de los créditos contra la masa y concursales privilegiados dentro del procedimiento concursal, así como, el 25 por ciento de los créditos concursales cuando no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Si el deudor era capaz de afrontar esta deuda no exonerable, se le “premiaba” con la exoneración directa de todos los créditos concursales y subordinados restantes. Al margen de lo absurdo que resulta condicionar la buena fe del deudor a su capacidad económica –que en la mayoría de los casos no depende de su conducta–, el legislador establece una modalidad de exoneración alternativa para los supuestos en que el deudor no puede afrontar la deuda no exonerable, concediéndole la oportunidad de acogerse a un plan de pagos para satisfacer esta deuda en un período no superior a 5 años, viendo exonerados provisionalmente el resto de créditos en tanto no se acredite su cumplimiento.

Esta modalidad alternativa es plausible y va en concordancia con el texto legal: si el deudor no tiene capacidad para afrontar la deuda no exonerable, se establece un mecanismo a través de un plan de pagos para “ayudarle” a satisfacerla en un plazo razonable y en función de su situación personal y financiera. Al fin y al cabo, el deudor habría realizado igualmente el sacrificio patrimonial necesario para gozar de una segunda oportunidad.

Sin embargo, el legislador no sigue este razonamiento e incurre en una enorme contradicción limitando la extensión de la exoneración cuando se obtiene mediante la modalidad provisional, al excluir los créditos de derecho público y de alimentos (art. 178 bis 5 LC). Así, el deudor sin capacidad económica para acceder a la exoneración definitiva va a tener que satisfacer, además de la deuda no exonerable, los créditos públicos o por alimentos, con independencia de su calificación concursal. Dicho de otro modo, las facilidades de satisfacer la deuda no exonerable mediante el plan de pagos se truncan con la

³ Sobre el concepto de buena fe, la STS 381/2019, de 2 de julio de 2019, señala que “la referencia legal a que el deudor sea buena fe no se vincula al concepto general del art. 7.1 CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC. La naturaleza de estos requisitos es heterogénea”. Son varios los autores que han criticado la objetivación de la buena fe. Por ejemplo, se ha dicho que “se denomina ‘buena fe’ a lo que no son sino requisitos de acceso al régimen, los cuales no aluden a la conducta del deudor, y parece irrelevante cuál es la causa de la insolvencia”. Así, CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º extra 1, 2016, p. 595; incluso se ha señalado que el deudor puede ser considerado de buena fe sin cumplir los requisitos legales. Sobre la cuestión, puede verse también HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia*, Madrid, 2015, Ed. Lefebvre El Derecho, p. 106.

exigencia de abonar, en su caso, un pasivo mayor. Como veremos, esta exigencia no solo no casa con la finalidad de la normativa de segunda oportunidad, sino que vulnera la *par conditio creditorum*, por no decir que imposibilita alcanzar la exoneración del pasivo insatisfecho a determinados deudores –como los empresarios, que pueden acumular mucha deuda pública derivada de su actividad empresarial–, haciendo inviable un mecanismo que precisamente nace con la finalidad de solucionar su situación de insolvencia.⁴

En este sentido, el Tribunal Supremo, ateniendo a la finalidad de la norma, tuvo que hacer una interpretación correctora del art. 178 bis 5 LC, estableciendo en su Sentencia n. 381/2019, de 2 de julio, que el plan de pagos “*afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados*”,⁵ lo que excluye los créditos que tengan otra calificación, con independencia de su consideración de crédito público o por alimentos y equipara la extensión de la exoneración en ambas modalidades. Y es que al margen de lo anterior, el crédito público ya goza en la normativa concursal de un trato privilegiado en consideración a su naturaleza (art. 91.2.º y 4.º LC), motivo por el cual no merece mayor protección, máxime cuando se trata de establecer mecanismos a favor del deudor que no pueda afrontar su pasivo. Defender lo contrario vulnerando el principio de la *par conditio creditorum*, equiparándose injustificadamente el crédito público ordinario al resto de créditos privilegiados y contra la masa.

También resultaba paradójico que el legislador previera la aprobación de un plan de pagos para la satisfacción de la deuda no exonerable mientras que se remitía a la normativa administrativa para la tramitación del aplazamiento o del fraccionamiento del crédito público (art. 178 bis 6 LC). El Alto Tribunal, en la referida sentencia, debe salvar nuevamente esta contradicción estableciendo que la eficacia del plan de pagos aprobado no puede condicionarse a la ratificación posterior del acreedor público.⁶

⁴ Sobre los inconvenientes de establecer un umbral mínimo del pasivo exigible por denegar este derecho a deudores honestos por incapacidad de afrontar la deuda no exonerable, puede consultarse GARRIDO GARCÍA, J. M., *Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales* (traducción y nota introductoria), en *Anuario de derecho concursal*, n.º 31, 2014, p. 329.

⁵ STS 381/2019, de 2 de julio: “*La ley, al articular la vía alternativa del ordinal 5.º, bajo la ratio de facilitar al máximo la concesión del beneficio, pretende facilitar el cumplimiento de este requisito del pago de los créditos contra la masa y los privilegiados, y para ello le concede un plazo de cinco años, pero le exige un plan de pagos, que planifique su cumplimiento. Bajo la lógica de esta institución y de la finalidad que guía la norma que es facilita al máximo la ‘plena exoneración de deudas’, debemos entender que también en la alternativa del ordinal 5.º, la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos. Este plan de pagos afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados*”.

⁶ STS 381/2019, de 2 de julio: “*Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público. Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el art. 178 bis LC (que puede alcanzarse en algún caso la exoneración plena de deuda), por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial. El juez, previamente, debe oír a las partes personadas (también al acreedor público) sobre las objeciones que presenta el plan de pagos, y atender solo a aquellas razones objetivas que justifiquen la desaprobación del plan*”.

3. LA EXONERACIÓN DEL CRÉDITO PÚBLICO EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.

El 1 de septiembre de 2020 entró en vigor el nuevo texto refundido de la Ley Concursal y con él los cambios introducidos por el legislador en la redacción de las normas en cumplimiento de la delegación legislativa conferida *ex art.* 82 CE. Lo que debía ser una aclaración, regularización y armonización de las normas en materia de insolvencia en único texto legal que facilitara la aplicación de la ley a los operadores jurídicos, parece ser que se ha convertido en un pretexto del legislador para introducir reformas y crear nuevo derecho, lo que está siendo criticado por la doctrina. No obstante, antes de entrar a valorar en el posible exceso *ultra vires* en que ha podido incurrir el legislador, debe exponerse la nueva redacción de la normativa en materia de segunda oportunidad.

El texto refundido de la Ley Concursal regula en su Libro I bajo la rúbrica “*Del concurso de acreedores*” todos los aspectos y fases del procedimiento concursal. El Título XI contiene todas las normas relativas a la conclusión y reapertura del concurso, destinándose el Capítulo II a la regulación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

En primer lugar, el texto refundido ha prescindido de condicionar la buena fe del deudor a su capacidad económica, distinguiéndose ahora entre presupuestos objetivos y subjetivos para solicitar la concesión del beneficio. La buena fe del deudor se circunscribe a que el concurso no haya sido declarado culpable y que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por determinados delitos en los que concurre una conducta antieconómica, lo que viene siendo el presupuesto subjetivo. Será ahora la capacidad económica del deudor la que determine el cumplimiento del presupuesto objetivo y la modalidad de exoneración aplicable. Esta nueva denominación de los requisitos para solicitar la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho es acertada y responde a las críticas de la doctrina respecto al concepto del deudor de buena fe, si bien es una modificación sin alcance práctico alguno.

La extensión de la exoneración del régimen general se regula en el art. 491 TRLC, mientras que la del régimen especial mediante plan de pagos se recoge en el art. 497 TRLC. Como se ha expuesto, tradicionalmente el deudor que se sometía a un plan de pagos venía obligado a abonar un umbral de pasivo mayor (crédito público y por alimentos ordinario y subordinado), al menos hasta que se pronunció el Tribunal Supremo mediante su Sentencia n. 381/2019, de 2 de julio. La nueva redacción del art. 491.1 TRLC dispone lo siguiente: “*Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los de derecho público y por alimentos*”. Esta última coletilla está generando debate sobre si el legislador ha incurrido en un exceso *ultra vires*, pues excepciona el crédito público y por alimentos en la exoneración definitiva, lo que no estaba previsto en la LC.⁷ Por su parte, el art. 491.2 TRLC simplemente prevé la exoneración del 75 por ciento del crédito ordinario cuando el deudor no haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, lo que es la

⁷ Siguiendo la lógica del TRLC, es posible que el deudor que ha pagado los créditos contra la masa y el crédito privilegiado y accedido a la exoneración directa no pueda revertir su situación de insolvencia ante la imposibilidad de exonerar el crédito público, en los supuestos en que este sea una cantidad sustancial. Incluso el deudor que se sometió al plan de pagos estaría en una situación más favorable al beneficiarse del fraccionamiento y aplazamiento de la deuda pública.

consecuencia lógica de tener que abonar el 25 por ciento del crédito ordinario del art. 488.2 TRLC.

Expuesto la problemática surgida con la entrada en vigor del texto refundido de la Ley Concursal, a continuación, va a analizarse si existe un exceso *ultra vires* en el nuevo art. 491 TRLC, así como las interpretaciones por la que han estado optado los Juzgados y Tribunales que ha conocido de solicitudes de exoneración del pasivo insatisfecho con posterioridad a su entrada.

3.1. LA NATURALEZA DE LOS TEXTOS REFUNDIDOS Y EL EXCESO ULTRA VIRES

El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, introdujo importantes modificaciones en la Ley Concursal respecto el convenio y la liquidación concursal con el objeto de facilitar en la mayor medida de lo posible la continuación de la actividad empresarial.⁸ El citado texto legal fue convalidado posteriormente por el Congreso, cuya tramitación parlamentaria como proyecto de ley dio lugar a la aprobación de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

En la disposición final octava de la citada ley se autorizaba al poder ejecutivo la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos con el efecto de consolidar en un único texto las modificaciones incorporadas a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, desde su entrada en vigor, para lo cual se otorgaba un plazo de doce meses. El transcurso del plazo sin haberse materializado la delegación legislativa justificó una prórroga de dicha facultad en la disposición final tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

El mandato de las Cortes Generales se extiende a la facultad de regularizar, aclarar y armonizar. Así se recoge en la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, y en el preámbulo del texto refundido, que además se hace eco de la doctrina del Consejo de Estado en la materia, que reconoce que esta triple facultad “*supone, en primer lugar, la posibilidad de alterar la sistemática de la ley y, en segundo lugar, la posibilidad de alterar la literalidad de los textos para depurarlos en la medida necesaria para eliminar las dudas interpretativas que pudieran plantear*”.⁹ El ejecutivo continúa señalando en el preámbulo las alteraciones en la literalidad de un gran número de normas con el objeto de precisar la interpretación y evitar el mayor número de incertidumbres, si bien esto se hace sin alteración del contenido, reconociéndose la imposibilidad de introducir modificaciones de fondo. No obstante, resulta interesante cómo el refundidor advierte de la necesidad de realizar ajustes importantes que alejan a la actividad de refundición de una tarea meramente mecánica, que denota cierta voluntad de justificar –incluso en base a la jurisprudencia constitucional– los cambios realizados en la normativa concursal que motivan el presente trabajo.¹⁰

⁸ Preámbulo II del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. Entiende el legislador que facilitar la continuidad de la actividad de aquellas empresas económicamente viables redundará “*no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general*”.

⁹ Preámbulo II del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

¹⁰ Preámbulo II del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal: “*Por supuesto, el texto refundido no puede incluir modificaciones de fondo del marco legal refundido, así como tampoco introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes. Pero, dentro de los límites fijados por las Cortes, la tarea exigía, como en ocasiones similares ha señalado el Consejo de Estado, actuar «con buen sentido» pues la refundición no puede ser una tarea*

De conformidad con el art. 82.5 CE, la autorización al Gobierno para refundir textos legales puede circunscribirse a la mera formulación de un texto único o puede incluir, además, la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deben ser refundidos, como acaece en el presente caso. Respecto a esta labor refundidora, el Tribunal Constitucional ha señalado que puede aportar contenido innovador, *“permitiéndole [al Gobierno] la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de la refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático”*.¹¹

Cualquier vulneración de los límites extrínsecos de la delegación legislativa –lo que se conoce como *ultra vires*– es susceptible de control jurisdiccional por los Tribunales por imperativo del art. 82.6 CE y sin perjuicio del control que se encomienda al Consejo de Estado. Por tanto, es la jurisdicción ordinaria quien puede relegar al Decreto Legislativo a rango reglamentario, con la consiguiente inaplicación de la norma refundida en pro de la norma derogada, como vienen haciendo algunos tribunales por entender que el legislador ha incurrido en exceso *ultra vires* excluyendo el crédito público del régimen de exoneración inmediata. Precisamente es la norma derogada la que va a servir como parámetro para valorar la existencia de *ultra vires* o, en su defecto, concluir que está dentro de la delegación legislativa conferida.

Expuesto lo que antecede, debemos plantearlos si el Gobierno ha incurrido en una posible desviación de la facultad conferida por el poder legislativo al contemplar el art. 491 TRLC la exclusión del crédito público. En primer lugar, debe señalarse que parece evidente que la nueva norma no ha tomado en consideración, no ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo –que entendemos que no debe vincular necesariamente al poder legislativo–, sino el propio espíritu y finalidad del legislador en la Ley 25/2015, de 28 de julio, que resulta bastante explícito en el preámbulo. En la misma se diferencia entre la modalidad de exoneración definitiva (*“el deudor podrá ver exoneradas de forma automática todas sus deudas pendientes...”*) y la provisional (*“el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos”*), haciendo hincapié en la distinta extensión de la exoneración del pasivo insatisfecho. De hecho, resulta curioso como estos dos párrafos del preámbulo de la ley que introduce el mecanismo de segunda oportunidad han servido para interpretar correctamente el art. 178 bis 3 4.º LC ante la ausencia de una norma que establezca explícitamente la extensión de la exoneración en la modalidad inmediata.

En segundo lugar, la nueva redacción del art. 491 TRLC parece contraria a la línea jurisprudencial marcada por la STS n. 381/2019, de 2 de julio, que establece que el plan de pagos afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados bajo la lógica de la propia institución, que es precisamente la de facilitar la exoneración de las deudas. Siguiendo este razonamiento y con el objeto de no perjudicar el deudor que se acoge a la

meramente mecánica, sino que requiere, a veces, ajustes importantes para mantener la unidad de las concepciones; para convertir en norma expresa principios implícitos; para completar las soluciones legales colmando lagunas cuando sea imprescindible; y, en fin, para rectificar las incongruencias, sean originarias, sean consecuencia de las sucesivas reformas, que se aprecien en las normas legales contenidas dentro de la misma Ley. Por estas razones, la labor técnica que supone la elaboración de un texto refundido, cuando la delegación es tan amplia, implica no solo interpretación, sino también integración –es decir, un «contenido innovador», sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa–, pudiendo incluso llegar a la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición (sentencias del Tribunal Constitucional números 122/1992, de 28 de septiembre, y 166/2007, de 4 de julio)´.

¹¹ STC 166/2007, de 4 de julio.

exoneración inmediata, al no existir plan de pagos en esta modalidad, no puede exigírsele el pago de deuda ordinaria o subordinada alguna.

Pero lo cierto es que previamente a aplicar la jurisprudencia del Alto Tribunal deberá valorarse si ha existido un exceso *ultra vires* que justifique invocar la norma anterior y su doctrina. De no existir y ser legítima la refundición operada por el ejecutivo, entendemos que no existe óbice para que la refundición pueda desviarse de la interpretación que vienen haciendo los Tribunales cuando se considere que no se ajusta a la voluntad Legislativa o, incluso, por razones de oportunidad, siempre que pretenda eliminar discordancias y antinomias que puedan existir, con el límite de no crear derecho nuevo.

El Dictamen del Consejo de Estado de 26 de marzo de 2020 emitido sobre el proyecto del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (N. Exp: 127/2019) señala que los dos apartados del art. 491 TRLC no se recogían en el art. 178 bis LC. Respecto el primero relativo a la exclusión de los créditos de derecho público y por alimentos –que ponemos en tela de juicio–, concluye que “*puede considerarse una adecuada armonización, en la medida en que tal acotación se hace en el artículo 178 bis.5.1º LC en los casos de exoneración por la aprobación de un plan de pagos*”. Llama la atención que el Consejo de Estado no advierta un posible *ultra vires*, sino que parece presumir que la excepción del crédito público y por alimentos se entiende referida exclusivamente a la modalidad provisional o mediante plan de pagos, cuando esta se establece expresamente en el art. 497.1 TRLC.

En cualquier caso, la redacción de la norma relativa a la extensión de la exoneración no ha sido pacífica. En la Propuesta de Real Decreto Legislativo de 6 de marzo de 2017 redactada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, el por entonces artículo 490 incluía un tercer apartado que versaba del siguiente modo: “*En todo caso, la exoneración incluirá los créditos de Derecho público*”. Cuando se publicó el Proyecto el 20 de marzo de 2019 y se sometió al trámite de información pública, el Consejo General del Poder Judicial emitió un informe donde señalaba, respecto este apartado tercero, lo siguiente: “*Sin entrar a valorar la posible incidencia en los privilegios de los créditos de Derecho público, esta nueva declaración excedería del mandato recibido para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos, al estar vedada la introducción de nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad.*”, sin perjuicio de señalar que la inclusión del crédito público en la exoneración responde a la finalidad del instituto. Esta advertencia viene motivada por el hecho de que en el art. 178 bis.5 LC se exceptiona expresamente el crédito público en la exoneración provisional, mientras que en la exoneración definitiva se infiere del art. 178 bis 3 4.º LC que el crédito público sí puede ser objeto de exoneración.

Si bien esta previsión va en concordancia con interpretación del Alto Tribunal, lo cierto es que es contraria al mandato del legislador, que ha previsto expresamente un régimen de exoneración más gravoso cuando el deudor se someta a un plan de pagos. Al margen de que este régimen pueda ser contrario a la finalidad de la institución o ser vulnerado de la paridad de trato entre acreedores –lo que no deja de ser la interpretación jurídica de la norma–, la voluntad del legislador en la Ley 25/2015, de 28 de julio, no admite discusión.

No es la primera vez que la voluntad del legislador se antepone “a la fuerza” a la interpretación que los tribunales venían haciendo de la normativa por considerarla más ajustada a derecho. A modo de ejemplo, cuando entró en vigor el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, se modificó el art. 149 LC que, bajo la rúbrica de “*Reglas legales supletorias*” enumeraba una serie de normas aplicables cuando no se aprobaba un plan de liquidación o en lo que no hubiera previsto este. Entre estas normas se preveía que en los casos de transmisión de la unidad productiva se consideraría, a los efectos laborales y de seguridad social, que existía sucesión de empresa, con la consiguiente responsabilidad

solidaria de los adquirentes. Con la finalidad de fomentar la venta de las unidades productivas y bajo el pretexto de que estábamos ante una norma supletoria, se cuestionó la posibilidad de establecer una regulación alternativa en el plan de liquidación, en especial, contraria a la transmisión de la deuda de seguridad social, con el objeto de salvaguardar el interés del concurso.¹²

Pues bien, el legislador, viendo que la interpretación imperante en los tribunales comprometía el interés del crédito público, entre otros, cuando convalidó el texto legal mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se vio obligado a aclarar qué reglas tenían carácter supletorio y cuales imperativo. Desde entonces, el Alto Tribunal entendió que en los casos de enajenación de la unidad productiva los efectos laborales y de seguridad social no es aplicable la exención de la responsabilidad del adquirente por deudas previas,¹³ lo que ha sido duramente criticado por la doctrina.¹⁴ No obstante, el nuevo art. 224 TRLC ha venido a suavizar esta responsabilidad, limitando la responsabilidad del adquirente a los créditos laborales y de seguridad social de los trabajadores en los que se subroga.

Partiendo de lo anterior, debemos señalar que es totalmente legítimo que el legislador pueda reconducir la interpretación que venían haciendo los Tribunales de una norma si considera que esta no se ajustaba a su voluntad. Esto puede hacerse mediante la aprobación de una reforma de la ley o, en su defecto, mediante la facultad para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición. No obstante, entendemos que ni la previsión del art. 490.3 elaborado por la Comisión Codificadora ni el art. 491.1 TRLC que finalmente ha resultado aprobado se ajustan a la voluntad del legislador en la Ley 25/2015, de 28 de julio.

El art. 490.3 de la Propuesta excluye el crédito público en todo caso, lo que de por sí contradice el art. 178 bis 3.5º LC y equipara la extensión de la exoneración en ambas modalidades, lo que en ningún caso era la voluntad del legislador, que ha previsto una modalidad más gravosa que otra. Ciertamente se ajusta a la interpretación del Tribunal Supremo, pero la delegación legislativa proviene de las Cortes, no de los Tribunales. Que luego mantener la voluntad del legislador no vaya a tener alcance práctico en tanto seguiría siendo de aplicación la interpretación de la STS n. 381/2019, de 2 de julio, es un problema que el mismo legislador deberá resolver mediante sus oportunos cauces, como hizo Ley 9/2015, de 25 de mayo. Pero no podemos olvidar que el Gobierno no actúa en nombre propio, sino en virtud de una delegación legislativa y debe someterse a esta.

Por su parte, el art. 491.1 TRLC finalmente aprobado y que ha entrado en vigor adolece del mismo error que la Propuesta pero a la inversa, al proteger excesivamente el crédito público y omitir nuevamente el régimen de exoneración establecido por el legislador. Incluso es más

¹² Con anterioridad a la citada reforma, los tribunales venían aceptando la no aplicación de las normas del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que prevé la responsabilidad solidaria del adquirente del pago de la deuda con la seguridad social en caso de venta de la empresa o de una unidad productiva, en pro de las previsiones del plan de liquidación o, en su defecto, del art. 149 LC. En este sentido, véase los AAP Barcelona, Sección 15º, núm. 391/2007, de 29 de noviembre y núm. 208/2009, de 16 de diciembre.

¹³ STS, Sala de lo Contencioso, núm. 113/2018, de 29 de enero: “6º Precisamente porque la práctica jurisdiccional mercantil era referir el artículo 149.2 solo a los efectos laborales es lo que explica que tras su reforma por el Real Decreto ley 11/2014, confirmada por la Ley 9/2015, en esa práctica judicial se suscitase el debate de interpretarlo en su sentido originario. Esto se ha rechazado por la incuestionable voluntad del legislador de priorizar el interés del acreedor público - la TGSS - respecto de la finalidad de procurar la continuación y no la liquidación de la mercantil concursada, incentivándola con esa cesión libre de deudas con la TGSS, objetivo ese que predica, no sin contradicción, el preámbulo del Real Decreto-ley 11/2014”.

¹⁴ MACHADO PLAZAS, J., “La venta de la unidad productiva en el concurso: algunas reflexiones a propósito del art. 146 bis de la Ley Concursal”, en SALA REIXACHS, A. (coord.), *Aspectos prácticos de la liquidación concursal*, Aferre, Barcelona, 2018, p. 76. Resulta también interesante el Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Alicante, de 13 de marzo de 2015.

reprochable, pues va en contra de la finalidad de la institución, al gravar sin justificación al deudor y no respetar la distinción entre ambas modalidades. Si el legislador quiere proteger el crédito público, deberá hacerlo mediante la pertinente reforma del texto legal, pero no a través de una delegación de su potestad normativa.

En suma, se ha creado un problema que no era necesario. El texto refundido debería haberse limitado a explicitar la extensión de la exoneración en ambas modalidades, una total y automática para la exoneración definitiva y otra más gravosa para la exoneración provisional, bastando para ello con convertir los dos párrafos del preámbulo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, en norma legal. No se entiende como Propuesta y Real Decreto contienen previsiones opuestas, habiendo optado el Gobierno finalmente por mantener la redacción contraria a la jurisprudencia que venía aplicándose.

3.2. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES CON LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRLC

Parece evidente que la jurisdicción ordinaria considera que el Gobierno ha incurrido en un exceso *ultra vires* en la delegación otorgada para proceder a la refundición, concretamente respecto del art. 178 bis 3.4º LC¹⁵. En este sentido, son numerosas las sentencias posteriores a la entrada en vigor del Texto Refundido que inaplican el art. 491.1 TRLC y mantienen la doctrina de la STS de 2 de julio de 2019, exonerando del crédito público ordinario y subordinado tanto en el régimen general (exoneración directa) como en el régimen especial (exoneración provisional).

A modo de ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020, uno de los pioneros en tener enfrentarse al nuevo art. 491 TRLC, concluye que *“Por ello, se considera que el art. 491 altera por completo una norma clara e indiscutida del sistema llamado a refundir, regula de manera contraria a la norma vigente los efectos de la exoneración, alterando con ello el difícil equilibrio de derechos que regula dicho sistema y por tanto la igualdad de trato de los acreedores, sin que esta alteración pueda ser, de una manera muy clara, considerada una aclaración regularización o sistematización de la norma vigente”*. En la misma línea puede citarse el Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona, de 22 de septiembre de 2020; Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 11 de Barcelona, de 6 de octubre de 2020; Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 5 de Barcelona, de 4 de febrero de 2021; Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 6 de Barcelona, de 10 de diciembre de 2020; Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 10 de Barcelona, de 3 de diciembre de 2020; Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 12 de Barcelona, de 27 de mayo de 2021; Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 2 de Barcelona, de 15 de enero de 2021; Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Barcelona, de 3 de marzo de 2021; Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Girona, de 12 de septiembre 2020; Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 2 de Sevilla, de 9 de noviembre de 2020; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. 6 de Logroño, de 11 de marzo de 2021.

Especialmente interesante resulta el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, de 21 de octubre de 2020, que razona la existencia de un exceso en la delegación, pero haciendo referencia a la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, señalando que la intención de la misma *“es más que evidente, plena*

¹⁵ GADEA SOLER, E., “El Beneficio de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho. Tratamiento de los créditos públicos y por alimentos en las primeras resoluciones dictadas después de la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 17, 2020, pp. 28 y ss.

exoneración, sin excepciones, y reducción de los tiempos, precisamente lo que se provoca con el sistema de exoneración general aplicable a este caso". En este sentido, el Considerando 81 de la citada Directiva señala la posibilidad de excluir de la exoneración categorías de deudas cuando exista una razón debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional, lo que es cuestionable en el caso del crédito público.

Otras resoluciones defienden la no aplicación del TRLC a situaciones jurídicas anteriores a su entrada en vigor. Por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Valencia, de 8 de febrero, considera aplicable la LC con fundamento en la disposición transitoria cuarta del Código Civil y la irretroactividad de las normas sustantivas desfavorables; en una línea similar, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 24 de noviembre.

No obstante, no puede predicarse la unanimidad respecto a la inaplicación del nuevo art. 491.1 TRLC, pues existen resoluciones judiciales que defienden la tesis contraria. El Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de A Coruña, de 6 de octubre de 2020, señala que con anterioridad a la entrada en vigor del TRLC no se recogía el alcance de la exoneración cuando el deudor se acogía a la modalidad de exoneración directa y revocable, mientras que el art. 491 suple esta carencia normativa, concluyendo que *"la referencia legal a los créditos de derecho público y por alimentos ha de entenderse referida a todos ellos, al margen de cual sea su clasificación crediticia"*.

4. CONCLUSIONES

El nuevo texto refundido de la Ley Concursal es el resultado de la delegación conferida al Gobierno para la regularización, aclaración y armonización de los textos legales que deban ser refundidos con el efecto de consolidar en un único texto las modificaciones incorporadas a la Ley Concursal desde su entrada en vigor.

Haciendo uso de la facultad conferida, el Gobierno ha introducido en el art. 491.1 TRLC una modificación de la extensión de la exoneración en la modalidad general o directa, excepciona los créditos públicos y por alimentos de la exoneración plena. Esta modificación no se ajusta a la facultad del art. 82.5 CE ni a la jurisprudencia constitucional que la interpreta, pues introduce previsión distinta a la norma refundida (art. 178 bis 5 4.º LC) y contraria a la voluntad del legislador plasmada en el preámbulo de la Ley 25/2015, de 28 de julio. De este modo, la nueva norma del TRLC elimina las ventajas de acogerse a la modalidad de exoneración directa, debiendo el deudor satisfacer ahora la deuda pública y por alimentos que tenga consideración de crédito concursal, como si hubiera optado por la modalidad de exoneración mediante plan de pagos, pero sin mediar uno.

No se entiende como el legislador ha optado finalmente por este criterio y el Consejo de Estado no ha advertido del exceso *ultra vires*, máxime cuando inicialmente la Comisión General de Codificación había previsto la exoneración del crédito público en todo caso. Tampoco se entiende la introducción de una norma en este sentido en vistas a la pronta transposición de la Directiva 2019/2013 que no prevé la limitación de la exoneración de deudas salvo que concurra una razón debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional, lo que es cuestionable en el presente caso al ya gozar el crédito público de suficiente tutela.

En suma, habiendo el Gobierno excedido de los límites de la delegación conferida, cualquier tribunal mercantil, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, puede inaplicar la nueva norma en pro de la refundida, como vienen haciendo los tribunales con

posterioridad a la entrada en vigor del TRLC, que en su gran mayoría han optado por la aplicación del anterior art. 178 bis LC en su interpretación dada por la STS n. 381/2019, de 2 de julio.

5. BIBLIOGRAFÍA

CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º extra 1, 2016, pp. 575 - 639.

GADEA SOLER, E., “El Beneficio de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho. Tratamiento de los créditos públicos y por alimentos en las primeras resoluciones dictadas después de la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 17, 2020, pp. 20 - 36.

GARRIDO GARCÍA, J. M., *Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales* (traducción y nota introductoria), *Anuario de derecho concursal*, n.º 31, 2014, p. 197 - 356.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia*, Madrid, 2015, Ed. Lefebvre El Derecho.

MACHADO PLAZAS, J., “La venta de la unidad productiva en el concurso: algunas reflexiones a propósito del art. 146 bis de la Ley Concursal”, en SALA REIXACHS, A. (coord.), *Aspectos prácticos de la liquidación concursal*, Aferre, Barcelona, 2018.

NIÑO ESTÉBANEZ, R., “La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 2 El mecanismo de la segunda oportunidad, 2018.

SANCHO GARGALLO, I., “El Texto Refundido de la Ley Concursal. 2. Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia”, *Anuario de Derecho Concursal*, n. 51, septiembre-diciembre 2020.

FAMILIA ENSAMBLADA

Aníbal Guzmán-Ávalos
Brenda Rodríguez Ortiz
Universidad Veracruzana, México

Fecha de recepción: 15 de abril de 2021
Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2021

RESUMEN: En este trabajo se aborda un modelo de familia que, en México, aún no tiene efectos jurídicos: la familia ensamblada o reconstituida, que se compone de dos personas, una de las cuales o ambas tienen descendencia; es decir, una persona sola que se une con otra, y que tiene hijas o hijos o que ambas las tienen. Esta clase de familia tiene una estructura propia y resulta ser compleja por la diversidad de vínculos –nuevos hijos, hermanos, abuelos, etc.– y por el modo en que se haya terminado el vínculo anterior, la convivencia con uno de los padres exclusivamente o alternada, la edad de los integrantes, el nivel socio cultural, entre otros. La pareja que se conforma no tiene ningún problema jurídico, pues sus derechos están protegidos por las leyes, sean cónyuges o concubinos; la cuestión, al menos en México, son las relaciones que se generan entre uno de los miembros de la pareja y las hijas e hijos del otro, dado que esta recomposición origina responsabilidades no sólo en cuanto a la crianza de los hijos biológicos, sino que también las implica en la educación y en la formación de los hijos afines pues, aunque no exista ningún vínculo consanguíneo, sí lo hay de afinidad. Ni la legislación ni los tribunales han empezado a construir las reglas jurídicas que normen este tipo de familia, por lo que aquí se hace un recuento de los efectos jurídicos mínimos que tendrían que establecerse entre las parejas de los cónyuges o concubinos y los hijos del otro. Esos efectos jurídicos serían: parentesco, convivencia, custodia, alimentos, sucesiones, patrimonio familiar, etcétera. Es verdad que cada familia tendrá una forma de constituirse y las relaciones que se establezcan serán también distintas según la manera en que se terminó la relación anterior, sobre todo los efectos jurídicos que mantenga la expareja con sus hijos, que ahora forman parte de esta familia reconstituida o ensamblada.

ABSTRACT: This work addresses the assembled or reconstituted family, a family model, which in Mexico still does not have legal effects. A family that is made up of two people where one, or both of them, has offspring, that is, a single person who is together with another one who has daughters or sons. It has its own structure and turns out to be complex due to the diversity of bonds: by the way in which the previous bond ended, coexistence with one of the parents exclusively or alternately, age of the members, the socio-cultural level, new children, siblings, grandparents, among others. The couple that is formed does not have any legal problem, since their rights are protected by laws, whether they are spouses or stable partners (common-law partners as they are called in the Mexican law); The issue, at least for Mexico, is the relationships that are generated between one of the members of the couple and the daughters and sons of the other, since this originates responsibilities not only in the bearing of biological children, but also assuming responsibilities in the education and training of related children, even if there is no consanguineous link, but there is an affinity between them. Neither the legislation nor the courts have begun to construct the legal rules that regulate this type of family, so here a recount is made of the minimum legal effects that would have to occur between the partners of the spouses or common-law partners and the children of the other. Those legal effects would be kinship, coexistence, custody, maintenance, inheritance, family patrimony, etc. It is true that each family will have a way of constituting itself and the relationships that are established will also be different depending on the way in which the previous relationship ended, especially the legal effects that the ex-partner maintains with their children, who are now part of this reconstituted or assembled family.

Palabras claves: Familia, reconstituida, efectos.

Keywords: Family, reconstituted family, effects

SUMARIO: Introducción. 1. Familia 2. Algunos modelos de familia. 3. Familia ensamblada. 4. Efectos jurídicos entre las hijas e hijos y padre o madre afines 4.1. Parentesco. 4.2. Convivencia y custodia de hijos afines. 4.3. Alimentos. 4.4. Sucesiones. 4.5. Tutela. 4.6. Patrimonio familiar. 4.7. Seguridad social. Referencias.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4, consigna que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que dicha protección cubre todas sus formas y manifestaciones, en tanto se trata de una realidad social, y da cobertura a todo tipo de familia. Esta interpretación se hizo en el juicio de inconstitucionalidad presentado por el entonces Procurador General de Justicia contra la reforma del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, a fin de dar cabida al matrimonio entre personas del mismo sexo.

No obstante, entre los diversos tipos de familia a que hace referencia el Pleno, se escapa la denominada familia ensamblada o reconstituida, modelo que hoy día se puede apreciar fácilmente y que es cada vez más común, toda vez que se configura con una familia monoparental que se reconstruye con otra monoparental o con una persona sola. Lo cierto es que se trata de un tipo distinto de los que hasta ahora se encuentran regulados en la legislación nacional o protegidos por políticas públicas. Y lo desafortunado es que no se establecen efectos jurídicos entre todos los miembros de la familia.

Este trabajo tiene por objeto señalar algunos efectos jurídicos tales como el parentesco, los alimentos, la convivencia, las sucesiones, la tutela, el patrimonio familiar y la seguridad social que se pueden dar entre una hija o un hijo afín y la pareja de sus progenitores, efectos que no se producen entre ellos en el sistema jurídico mexicano. Tampoco existe ninguna resolución en este sentido por parte de los tribunales federales.

1. FAMILIA

Las familias se constituyen con personas que forman parejas con o sin descendientes o sólo con un progenitor(a) y descendientes, unidos por afecto, solidaridad y ayuda mutua. Es una unidad de convivientes enlazados por vínculos de parentesco.¹ Siempre se ha dicho que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, sin que a través de los siglos su configuración haya permanecido estática, toda vez que se trata de una institución dinámica que se transforma día a día y que encuentra nuevos cauces legales. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ese sentido, ha sustentado que el concepto *familia* es dinámico y social, que no responde a un modelo o a una estructura específicos, y que es finalidad de la Constitución proteger a la familia como realidad social.²

Sea cual sea la forma en que se constituya, la familia tiene protección legal, ya que esta se encuentra regulada en las convenciones internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal 16.3, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre VI, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 23.1, el Pacto de San José de Costa Rica 17.1 y, especialmente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se declara que la familia tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado.

Hemos manifestado líneas arriba que la familia se ha transformado, y en esa evolución interviene toda una serie de factores sociales, económicos y políticos que inciden en su estructura, funciones y tipología. Lo cierto es que en México –como en todo el mundo– no existe un prototipo de familia. Durante mucho tiempo se identificó a éste con la familia

¹ Ana Teresa López de Llergo, “La familia funcional”, *Pensar la familia*, p. 47.

² *Semanario Judicial de la Federación* (2015) J/43 10ª, R 2009407, Primera Sala, México, 2015, p. 518.

nuclear, constituida por las parejas y los hijos. Pero no siempre se da este prototipo, ya que en muchas ocasiones se puede localizar una pareja sin hijos, o bien un progenitor solo con hijos, o bien algunas vinculaciones distintas; y todas deben ser protegidas por igual.

Hoy existen familias nucleares constituidas a través del matrimonio y fuera de ese vínculo también. Las hay también cuya coexistencia se verifica en un matrimonio integrado con personas del mismo sexo. Hay familias extensas y familias monoparentales.

El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el juicio de inconstitucionalidad 2/2010 que promovió el entonces Procurador General de Justicia en contra de la reforma del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), refirió diversos tipos de familia que se localizan en nuestro país, enumerando el matrimonio, las uniones de hecho (nucleares o extensas) y la monoparental, para dar cabida a las familias que se pueden constituir con parejas del mismo sexo.

Sin embargo, no era una enumeración limitativa sino enunciativa, porque no se consideró otros tipos de familia, como las que se constituyen entre una persona (normalmente una mujer) con otra persona (normalmente un hombre) que a su vez mantiene un vínculo matrimonial o de concubinato (normalmente con otra mujer); es decir, en este caso coexisten dos relaciones, y por supuesto que en ambas se forma familia, toda vez que no se podría dejar de pensar que con la pareja con la que se tiene otro vínculo no existe un vínculo similar al establecido en los demás tipos de familia, en virtud de que con esta última persona existe igualmente un lazo de afecto, solidaridad, ayuda mutua y, las más de las veces, se tiene hijos con ella.

Tampoco hizo referencia a la familia ensamblada o reconstituida, que no tiene regulación en el sistema jurídico mexicano y que se estructura a través de un vínculo entre dos familias monoparentales o que provienen de cualquier otro vínculo, tengan o no hijos en común. Esto da claridad de la recomposición de las familias entre adultos y sus hijos que provienen de relaciones anteriores con los que se producen lazos afectivos.

2. ALGUNOS MODELOS DE FAMILIA

Hemos dicho que dentro de los tipos de familia se encuentra la nuclear, integrada por una madre, un padre e hijos, todos quienes viven bajo el mismo techo, compartiendo el mismo hogar. Parra Bolívar³ señala que los roles de cada uno de los padres se encuentran claramente identificados: el padre de familia se encarga del mantenimiento económico de la familia y ejerce la autoridad; en cambio, la mujer se encarga del hogar y del cuidado de los hijos. Reynosa Gómez⁴ especifica que el interés y el bienestar familiar se encuentran por encima de los intereses individuales de sus integrantes.

La familia extensa se compone con la misma estructura de la familia nuclear, pero se anexan los abuelos, nietos, hermanos, cuñados, tíos, sobrinos, nueras y yernos; es decir, parientes por consanguinidad en línea directa, y colateral en diversos grados; además, parientes por afinidad. Este tipo de familia se puede observar frecuentemente en México. Dentro de esta categoría se encuentra la denominada familia ampliada, la cual, a decir de Briseño Hernández,⁵ admite la presencia de integrantes al margen de los parentescos, tales como amigos, compadres, conocidos, etc., que se unen para crear lazos y nexos semejantes a la unidad familiar.

En cuanto a la familia monoparental, ésta se compone con uno de los progenitores y las hijas y los hijos. Generalmente la composición consiste en la madre y sus descendientes. En México como en otros países, un gran sector de la familia monoparental se identifica con la mujer soltera que no obtuvo el respaldo del hombre que la embarazó; o, habiéndolo tenido, la pareja no vive en el mismo domicilio por diversos motivos como tener otro vínculo, sufrir una pena privativa de la libertad, tener su centro de trabajo en un lugar distante, haber migrado, etcétera.

³ Harley Parra Bolívar, *Relaciones que dan origen a la familia*, p. 63.

⁴ Francisco Reynosa Gómez, *Tipos de familias*, p. 30.

⁵ Jeannette Briseño Hernández, *Nuevas tipologías de familias*, p. 50.

No tan frecuentemente, pero también dentro este sector, se encuentran los casos de las mujeres solas que, por elección, han decidido procrear o adoptar un hijo, opción que puede asumir también el hombre, lo cual es menos acostumbrado.⁶ Este tipo de familia también se puede componer con las hijas e hijos y alguno de los progenitores, sea que hayan quedado viudos, divorciados o simplemente separados (puede ser tanto la mujer como el hombre).

La familia homoparental se integra por una pareja del mismo sexo, así como por los hijos de ésta, ya sean biológicos o adoptivos.⁷ Bajo la cobertura de los derechos humanos en el tema, se ha logrado acceder a una protección legal para este tipo de parejas, las cuales, por tanto, tienen derecho a formar una familia sin impedimentos, prejuicios o discriminación.⁸

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó⁹ que la dignidad humana es un derecho fundamental superior, reconocido por el sistema jurídico mexicano, del cual deriva “el libre desarrollo de la personalidad”, que consiste en que toda persona tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, y comprende la libertad de contraer matrimonio o de no hacerlo, de procrear hijos y de decidir cuántos, o bien, de determinar no tenerlos, así como de escoger su apariencia personal y decidir sobre su sexualidad.¹⁰

La pareja en sí misma ya constituye una familia; sin embargo, se puede complementar con hijos, que, si bien pudieron haberlos procreado naturalmente en relaciones heterosexuales anteriores, también la ciencia, a través de los métodos de procreación médicamente asistida, pone hoy en día a su disposición la posibilidad de tener hijos propios.

Se habla también de familia unipersonal. No obstante, ésta se cuestiona como tipo propiamente familiar, dado que se constituye con un solo miembro. Sin embargo, esta clase de familia se basa en un principio de relación que no supone la permanencia de la cultura y la sociedad, sino el esfuerzo de los individuos por construirse como sujetos.¹¹ La característica esencial de esta clase es la vivienda independiente, espacio vital y esencial que les permite estabilidad e intimidad. Son las nuevas generaciones quienes, debido a los cambios socioeconómicos y a los procesos de organización y de estructuración de la vida privada, han decidido no adoptar las formas de vida tradicionales respecto a la familia y se han decantado por su independencia, autonomía, emancipación y vida en libertad.¹²

Hemos dejado al final de este recuento de tipos a la familia ensamblada, ya que es el tema de este trabajo y será objeto de análisis en el siguiente apartado. Su característica principal es que se compone de dos personas; una o ambas tienen descendencia propia; es decir, una persona sola que se une con otra que ya tiene hijas o hijos, o dos personas que ya tienen, ambos, hijos con otra persona. Esta clase de familia se puede constituir a partir de todo un abanico de posibilidades, como enseguida se enuncia.

3. FAMILIA ENSAMBLADA

Al caracterizar líneas arriba a la familia monoparental, referimos que se formaba con uno de los progenitores y sus hijas e hijos –generalmente la madre y sus descendientes–. Las madres y padres pueden ser solteros, pero también viudos, divorciados o simplemente separados.

Lo interesante es que la familia monoparental no tiene que permanecer siempre así, porque esa madre o padre pueden encontrar una nueva pareja con quien constituir un proyecto de

⁶ En este supuesto se puede localizar la familia que se constituye a través de un método de procreación médicamente asistido, Francisco Reynosa Gómez, *op. cit.*, p. 34. Véase Aníbal Guzmán Ávalos y María del Carmen Valdés Martínez, “Voluntad procreacional”, *Oñati Socio-Legal Series*, p. 75.

⁷ Begoña Pérez Sánchez, *Familias homoparentales*, p. 33.

⁸ Araceli Pérez González, *La homoparentalidad: una nueva tipología familiar*, p. 42.

⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, juicio de inconstitucionalidad 2/2010.

¹⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, T/A 9ª, t. XXXIV, R 161309, Pleno Constitucional, México, 2011, p. 991. El Pleno de la Corte también afirmó que el concepto *familia* es dinámico y social y que no responde a un modelo o estructura específicos, y la Constitución tiene como finalidad proteger a la familia como realidad social. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹¹ Reyna Carmona Ruiz, *Hogares unipersonales: la experiencia de vivir solos*, p. 15.

¹² Isabel Uribe Díaz, *Los hogares unipersonales: una nueva tendencia de la estructura familiar*, p. 29.

vida en común, con afecto, solidaridad, respeto y ayuda mutua. La nueva familia puede tener hijos, y este nuevo círculo comprende una variación del modelo inicial.

El porcentaje de familias monoparentales en nuestro país es enorme y, por ende, el margen de posibilidades de conformar una nueva familia también lo es. Debido a que se trata de una nueva unión (matrimonio o concubinato), y por las características de su composición, a esta clase se le denomina familia ensamblada, recompuesta, reconstituida, familia mixta, simultánea y superpuesta.

Se les llama familias ensambladas en alusión al contexto de la ingeniería, en el cual la unión (ensamble) de piezas de distinto origen configura una unidad nueva y diferente de las partes que le dieron nacimiento, conservando, no obstante, cada pieza su forma anterior. Al respecto, Katia Guillén Mendoza¹³ sostiene que en este concepto se incluye tanto al núcleo integrado por el progenitor a cargo de sus hijos procreados en una unión anterior, y que vuelve a casarse, como al conformado por el padre que no convive con sus hijos.

Este es, pues, un modelo familiar distinto a los tradicionales y, si bien es cierto, la familia ensamblada cumple con funciones iguales a las de cualquier grupo familiar –como la socialización de los niños, la transmisión de afectos, un sostén económico, protección, etc.–, también es verdad que la caracteriza una estructura particular, rasgos, conflictos propios y una historia anterior que la va a perturbar indudablemente, por lo que requiere mayor tiempo para adquirir identidad propia y generar sentido de pertenencia.

Como hemos venido señalando, la estructura de este tipo de familia es compleja por la diversidad de vínculos: nuevos hijos, hermanos, abuelos, etc., y por el modo en que se haya terminado el vínculo anterior, la convivencia con unos de los padres exclusivamente o alternada, la edad de los integrantes, el nivel socio cultural, entre otros.

Esta nueva unión genera responsabilidades no sólo en cuanto a la crianza de los hijos biológicos, sino que también se asumen responsabilidades en la educación y la formación de los hijos afines, aunque no exista ningún vínculo consanguíneo, pero sí de afinidad.

La pareja que se conforma no tiene ningún problema jurídico, pues sus derechos están protegidos por las leyes, sean cónyuges o concubinos. El dilema se puede localizar en las relaciones que se entablan entre uno de los miembros de la pareja y las hijas e hijos del otro; y esto no es una simple hipótesis: es una realidad en México. Es un dilema porque no existen disposiciones legales que regulen este nuevo modelo familiar.

4. EFECTOS JURÍDICOS ENTRE LAS HIJAS E HIJOS Y PADRE O MADRE AFINES

En la legislación nacional no se producen efectos jurídicos entre las hijas e hijos y padre o madre afines; sin embargo, aquí se presentan un mínimo de efectos que podrían concederse a los descendientes de las parejas unidas en matrimonio o en concubinato.

4.1. PARENTESCO

Al constituirse la familia ensamblada, se establece un vínculo entre un integrante de la pareja y las hijas e hijos del otro, vínculo que origina un rol, el cual será diverso según la estructura de la familia; es decir, dependerá de si existe el otro progenitor o no, pues, si existe, la nueva pareja no lo subroga, ni mucho menos se le transmite a ésta la patria potestad: su tarea será complementaria, colaborativa, comprometida, solidaria, etc., y lo menos que siempre se desea es la creación de conflictos entre la nueva pareja y los hijos no propios, en nombre del interés superior del menor.

Atendiendo al origen de la unión, a los miembros de esta clase de familia se les ha conocido como: “padrastra” (cónyuge de una mujer, la cual ya tiene hijos biológicos) y “madrastra” (mujer que se une con un hombre que ya tiene hijos), mientras que a las hijas y/o hijos del otro cónyuge se les llama “hijastras(os)”. Debemos admitir que todos estos calificativos llevan una carga peyorativa y lo cierto es que, en los más de los casos, no se trata de las madrastas de Cenicienta y ni de Blancanieves.

¹³ Katia Guillén Mendoza, *La familia ensamblada y el nuevo derecho de familia*.

En el entorno social, cuando se desea evitar estas designaciones despectivas, se usan otros términos que median la relación a través de la figura del progenitor, como: el “marido de mi madre”, la “esposa de mi padre”, el “hijo de mi esposo”.

En un ambiente familiar, comúnmente se les llama “papá” o “mamá”, cuando hay abandono o fallecimiento del padre o madre biológicos, es decir, cuando ya existe una sustitución parental. No obstante, si existe progenitor, aunque ausente, no suele estar muy de acuerdo en ello, porque lo considera una usurpación a su identidad parental, pese a no cumplir con sus roles parentales. Por ello, en algunos casos se prefiere llamarles por sus nombres (no “papá” o “mamá”), buscando armonizar la relación familiar.

Así las cosas, y para soslayar calificativos despectivos –toda vez que en nuestro sistema jurídico se reconoce el parentesco por afinidad que se establece entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge–, se les llamará padres, madres, hijas e hijos afines. Es verdad que este parentesco sólo podría nacer si la pareja contrae nupcias, pues en el caso del concubinato no se produce este efecto. En este sentido, Puentes Gómez¹⁴ refiere que, si hay matrimonio, se crea entre los integrantes de la familia –la pareja del progenitor con los hijos de éste– un lazo de parentesco por afinidad de primer grado. Si sólo hay unión de hecho, el conviviente no tiene parentesco alguno con los hijos del otro, y sus derechos y deberes son más restringidos: los que provienen de la situación de convivencia o comunidad de vida, aun cuando su función y su rol son similares a los que cumple quien contrajo matrimonio.

Si ambos cónyuges tuvieran hijas e hijos, el efecto es limitado, ya que el parentesco se establece sólo entre uno de los cónyuges y las hijas e hijos del otro, pero no se crea un parentesco entre los descendientes de los esposos; es decir que ellos no tendrían la calidad de hermanos afines.

Hay que significar que no se le trasmite la patria potestad a la nueva pareja, porque esta institución la ejercen los progenitores que hubieran establecido la filiación de sus hijos; sin embargo, sí se crean deberes de cuidado, cooperación, respeto, ayuda, gestión, alimentos, en la medida de las capacidades o posibilidades de cada uno.

Pérez Gallardo¹⁵ manifiesta que el nuevo cónyuge tiene el deber de apoyar al otro de manera apropiada en el ejercicio de la responsabilidad parental, de representar al hijo afín cuando las circunstancias así lo demanden y de adoptar también decisiones en caso de urgencia, sin que esta colaboración afecte en modo alguno los derechos de los titulares de la patria potestad.

En Colombia, la Constitución de 1991, en el inciso segundo del artículo 44, impone en el entorno familiar la obligación general, entre otras, de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como también el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. Al respecto, se debe precisar que esta obligación se impone a todos los miembros de las familias ensambladas, incluyendo a los padrastros.¹⁶

En Argentina, en el moderno código civil y comercial se establece que la pareja afín de un progenitor debe cooperar en la crianza y la educación de los hijos del otro, “realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental”. Asimismo, previene que, en caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor no custodio, el otro progenitor guardador puede asumir dicho ejercicio juntamente con su pareja; este acuerdo debe ser homologado judicialmente. “En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental.”

¹⁴ Anabel Puentes Gómez, “Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, p. 64.

¹⁵ Leonardo Pérez Gallardo, Carlos Manuel Villabella Armengol y Germán Molina Carrillo, *Derecho familiar constitucional*, pp. 99 y 100.

¹⁶ Beatriz Ramírez Huaroto, *Las familias desde los estándares de la jurisprudencia interamericana: una mirada comparada de la legislación argentina y peruana*, p. 323.

En el derecho suizo, las prerrogativas acordadas al padre o a la madre afín se basan en el deber de asistencia mutua de los esposos que se extiende a los hijos del cónyuge, por lo que esta obligación de asistencia implica apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos nacidos de otra unión. Se trata de una asistencia consultiva, ya que la decisión final pertenece sólo al titular de la autoridad parental; y lo cierto es que los deberes y derechos referidos toman igual relevancia y vigencia en cualquier tipología familiar donde exista un matrimonio formalizado.

4.2. CONVIVENCIA Y CUSTODIA DE HIJOS AFINES

De antemano hay que significar que guarda, custodia y convivencia son efectos de la patria potestad que corresponde a los padres como consecuencia de la atribución de su filiación. Si ambos progenitores establecieron la filiación con el hijo(a), les corresponde ejercerla a los dos. Al desintegrarse esa relación previa, sólo uno conservará la guarda y la custodia –en el caso de que no sea compartida–, así como la convivencia.

Ahora bien, si el progenitor(a) guardador decide reconstituir su familia con otra persona, la relación entre el progenitor, la nueva pareja y ese hijo(a) se hace en ocasiones un poco compleja, porque al progenitor no guardador también le corresponde ejercer los efectos de la patria potestad; sin embargo, como no habita en el mismo hogar, se crean relaciones entre esos niños y el padre afín que asume roles por la inmediatez que requiere su cuidado, sin que el progenitor no custodio deje de cumplir con sus obligaciones paterno-filiales; aunque hay que señalar que, las más de la veces, éste –por insana comodidad– se relaja con dichas obligaciones, con los inherentes perjuicios a los hijos tanto en el aspecto patrimonial como en el afectivo, pues lo justo es que deba responder frente a las demandas y expectativas de los hijos.¹⁷

La colaboración de la nueva pareja, en opinión de Pontonero,¹⁸ crea una posible delegación de patria potestad, sin que ello implique necesariamente una sustitución; por el contrario, aquélla tendría como finalidad el auxilio o el apoyo, incluso la asunción simultánea de tareas de guarda y de representación de hecho, lo que le permite a la nueva pareja no sólo adquirir un estatus frente a terceros, sino realizar con mayor eficacia su labor cooperativa, conservando el progenitor la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. Esta colaboración se considera una guarda de hecho, a la que debe otorgársele un cierto reconocimiento jurídico por ser expresión de la solidaridad familiar o social.

El Código Civil y Comercial de Argentina, en el artículo 674, acuña la figura de la delegación para el efecto de que el progenitor que ostenta la guarda y la custodia pueda delegar en su nueva pareja el ejercicio de la patria potestad, cuando por diversas circunstancias no se encuentre el progenitor en condiciones de hacerlo y, obviamente, exista imposibilidad también del otro progenitor.

Cabe destacar que no se trata de quitar autoridad a los progenitores: es la consecuencia de la convivencia diaria con los hijos de esa unión anterior, que permite realizar determinados actos como un colaborador sin alterar los derechos de las relaciones paterno-filiales al progenitor no custodio. Al respecto, Luna Santos¹⁹ señala que podría regularse como una guarda de hecho, otorgada judicialmente; sin embargo, en el sistema jurídico mexicano no hay regulación de las familias ensambladas, lo que deviene en diversos obstáculos legales como otorgarle la condición de alimentista al cónyuge o conviviente respecto a los hijos de su pareja; el impedimento de atribuirle una tutela judicial y, ante una ruptura de la relación, la negativa de concederle la guarda y cuidado al cónyuge o conviviente.

Hay quienes señalan²⁰ que, si bien se han reconocido otros vínculos, no es un secreto que el nexo consanguíneo constituye una mayor garantía para la sociedad sobre el cuidado y el mejor desarrollo psíquico, físico y social del niño, y dudan de que el padre o la madre afín puedan cumplir, como pareja del progenitor, adecuadamente esa función de cuidado

¹⁷ *Ibid.*, p. 333.

¹⁸ María Paula Pontonero, *Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea*, p. 220.

¹⁹ Silvia Luna-Santos, *La recomposición familiar en México*, p. 20.

²⁰ Leonardo Pérez Gallardo, Carlos Manuel Villabella Armengol y Germán Molina Carrillo, *op. cit.*, p. 198.

respecto del hijo afín. No obstante, hay quien²¹ sostiene que el cuidado y el afecto de los hijos no son exclusivamente de los padres o los parientes biológicos y que no sólo ellos pueden cumplir con ello satisfactoriamente, sino que también lo hace quien convive con ellos de forma responsable y con base en ayuda mutua en todos los sentidos, sobre todo si los progenitores no guardadores se desentienden totalmente de su rol, y las funciones afectivas, de crianza y de educación, entre otras, las hace el padre o madre afín.

Este padre o madre afín asume, en situación de convivencia, el carácter de guardador de hecho en relación con los hijos de su pareja. En países como Perú y Argentina, se contempla expresamente la guarda de hecho, que tiene lugar cuando una persona, sin atribución de la ley o sin delegación de juez, en los hechos y por su propia autoridad toma a un menor a su cargo. También incluye al padre o a la madre afín,²² sin dejar de recordar que el derecho de guarda corresponde al padre conviviente, ya que es uno de los atributos de la patria potestad. Además, el guardador de hecho tiene el deber genérico de diligencia y protección de los intereses del menor, sin que por esta circunstancia se produzca una disminución de los deberes y facultades de los padres.

En relación con los hijos que no tuvieron su filiación paterna o materna (aunque es más difícil este supuesto) o alguno de los progenitores ha muerto, la relación no es tan compleja dado que no existe otro progenitor que pueda crear conflictos en el ejercicio de la patria potestad, ya que seguramente las niñas o los niños no tienen la figura paterna –o en su caso materna–. Entonces la pareja tiene a cargo los roles que debía desempeñar el progenitor ausente.

En todos los casos, la convivencia con los progenitores es un derecho de las niñas y los niños, y nadie tiene permitido coartarlo. Esta convivencia también puede corresponder al padre o a la madre afín, aún después de haberse disuelto la relación que se mantenía con el progenitor del menor.

En relación con lo anterior, Luna-Santos²³ menciona que sería muy conveniente la regulación de las guardas de hecho de los padres afines, para que, ante la ausencia o imposibilidad del padre conviviente, el padre o la madre afín puedan realizar actos usuales o urgentes en cuanto a la persona del niño, como firmar un boletín, contratar una cobertura médica, autorizar una internación u operación; en fin, realizar distintos actos en beneficio del niño.

4.3. ALIMENTOS

En el sistema jurídico mexicano, la obligación de dar alimentos corresponde a los progenitores; a falta de ellos, a los abuelos y a los hermanos; y, a falta de éstos, a los parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado, siempre en un orden de prelación. Fuera de este grupo señalado taxativamente, en la ley no existe obligación; por tanto, el parentesco por afinidad no produce el efecto de otorgar alimentos.

El derecho a alimentos, como derecho humano de las niñas y de los niños, tiene su fundamento en:

- a) El interés superior del menor
- b) El principio de igualdad y no discriminación, en el marco de los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- c) Los artículos 18 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño
- d) El artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
- e) Los artículos 4, 5, 6 y 7 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias

Este marco jurídico da argumentos para que las hijas e hijos de la cónyuge o concubina tengan derecho a recibir alimentos de su pareja, toda vez que se ha constituido una nueva

²¹ Silvia Luna-Santos, *op. cit.*, p. 18.

²² María Paula Pontoriero, *op. cit.*, p. 178.

²³ Silvia Luna-Santos, *op. cit.*, p. 11.

familia si conviven en el mismo hogar, sobre todo si no existe otro progenitor en quien recaiga la deuda alimentaria, con lo que se crea una obligación subsidiaria. Es verdad que este tema es controvertido porque impone a un sujeto (madre o padre afín) una responsabilidad, que de cara a la enumeración taxativa de deudores que hace la ley, no se incluye en esta; pero también es verdad que tal responsabilidad busca salvaguardar el interés superior de las y los niños y su derecho a la vida.

El Código Civil holandés establece que el padrastro está obligado a mantener a los hijos menores legítimos o naturales de su cónyuge que conviven con ambos. Y el Código Civil suizo dispone que cada esposo está obligado a asistir a su cónyuge de manera apropiada en el cumplimiento de su obligación de mantenimiento respecto de los hijos nacidos antes del matrimonio.²⁴

En la Argentina, los alimentos a cargo de la pareja afín tienen un carácter de obligación que se termina cuando hay disolución del matrimonio o de la convivencia. No obstante, si la pareja asumió, durante la vida en común, el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración quedará sujeta a las posibilidades del obligado, a las necesidades del alimentado y al tiempo que duró la convivencia. Sin duda que se trata de una hipótesis muy interesante en favor del interés superior de los menores.

Estas son regulaciones que protegen a los hijos e hijas de familias ensambladas, pero que se constituyen a través de un matrimonio y dejan fuera a las parejas que se unen en concubinato. En este sentido, Espinar Fellmann y otros aclaran que la manutención de los hijos de uno de los cónyuges está a cargo de la sociedad conyugal y se desconoce cuándo la familia ensamblada se constituye por concubinato.²⁵ Por ello, el deber de sustento en el concubinato nace sólo de la convivencia y se funda en razones de solidaridad familiar.

Mientras exista la convivencia armoniosa entre la familia ensamblada, todo puede marchar pacíficamente. Pero si el padre o la madre afín hubiere asumido los alimentos del menor, el verdadero problema podría llegar cuando hubiera ruptura de esa familia, toda vez que habría que evidenciar que la pareja se hacía cargo de esa obligación.

Pérez Gallardo, Villabella Armengol y Molina Carrillo²⁶ precisan que las cuestiones de subsidiariedad y complementariedad de la obligación alimentaria en las familias ensambladas resultan de gran complejidad, y que la perpetuidad del vínculo de afinidad genera la posibilidad de acumular obligaciones alimentarias múltiples por la existencia de matrimonios sucesivos con hijos de los distintos cónyuges. Tal es el caso de un hombre que se casa tres veces y que en sus tres matrimonios tiene hijos propios y cuyas sus esposas tienen hijos de uniones anteriores.

4.4. SUCESIONES

En materia de sucesiones tenemos que distinguir que ello puede darse a través de sus dos medios: puede ser testamentaria o legítima. En la primera, el testador decide a través de un testamento quién será su heredero y será su voluntad, en su caso, que disponga heredar a sus parientes afines. En la sucesión intestamentaria, la ley dispone quién hereda; por eso recibe también el nombre de legítima.

La ley señala en un orden de prelación quiénes serán llamados a suceder; en el caso del sistema jurídico mexicano, en primer lugar se llama a los descendientes y cónyuges o concubinos; y, a su falta, a los ascendientes o parientes, hasta el cuarto grado.

En este orden de ideas, puede apreciarse que la sucesión legítima para el caso de descendientes sigue arraigada en el principio por el cual sólo el parentesco por consanguinidad genera sucesión. Cuanto más cerca se está de la sangre, más próximo se

²⁴ Citados por Luis Ángel Álvarez Vanegas, *Derechos de los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano*, p. 37.

²⁵ Isabel Espinar Fellmann, María José Carrasco Galán, María del Pilar Martínez Díaz y Ana García-Mina Freire, *Familias reconstituidas: un estudio sobre las nuevas estructuras familiares*, p. 306.

²⁶ Leonardo Pérez Gallardo, Carlos Manuel Villabella Armengol y Germán Molina Carrillo, *op. cit.*, p. 120.

está de la herencia,²⁷ excluyendo cualquier posibilidad de que las hijas e hijos afines tengan la oportunidad de participar de la herencia del causante afín.

En tal virtud, si el derecho sucesorio *ab intestato* se funda en razones de solidaridad familiar y en una presunción de afecto, debe adecuarse a los nuevos tiempos y a las nuevas formas familiares, incluyendo en la ley a los parientes afines para no dejarlos desprotegidos, toda vez que se trata de un nuevo modo de filiación socioafectiva, establecido sobre una base de convivencia diaria, respeto mutuo, afecto etcétera.

Es verdad que para proteger a la familia ensamblada se puede testar en favor de ésta, pero también es cierto que, por ejemplo, en México, aun cuando hay campañas nacionales para elaborar testamento, las personas mueren sin hacerlo, por lo que sus bienes suelen terminar siendo transmitidos a parientes que en los más de los casos no estaban representados en su voluntad.

Así, por ejemplo, en ausencia de herederos legítimos se beneficia a un pariente colateral de cuarto grado. También, en caso de herencia vacante, puede darse que se transmitan los bienes al fisco, en desmedro del hijo afín querido y tratado como un hijo biológico, cuando lo deseable sería admitir la presunción de la voluntad del padre o madre afín y que este hijo afín fuera incluido en el orden de las sucesiones legítimas.²⁸

4.5. TUTELA

La ley señala que, cuando no hay quien ejerza la patria potestad de los menores de dieciocho años y de mayores sujetos a interdicción, habrá que nombrar un tutor, que puede ser testamentario, legítimo o dativo.

En este sentido, si en una familia reconstituida el progenitor guardador faltase y no existiera el otro progenitor, porque ha fallecido, está ausente, no registró al hijo o perdió la patria potestad, no habrá quién ejerza ésta y habría que nombrarse un tutor. En principio hay que revisar si el progenitor dejó testamento y designó tutor, que bien podría ser su pareja, lo que aseguraría que su descendiente continuara en el mismo núcleo familiar, con el afecto y la responsabilidad de quien cumplió durante su vida funciones parentales. Esto sólo podría ocurrir de haberse dado el nombramiento en ese documento; de lo contrario, habría que revisarse conforme a la ley quién puede ser el tutor legítimo.

Si no hay tutor testamentario, la ley señala quién puede ser tutor legítimo; en el caso de niñas y niños, les corresponde a los hermanos mayores de edad y parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado; pero, en el caso de tratarse de una familia ensamblada, resulta que no se considera al padre o madre afín, y por supuesto que sería conveniente otorgar la tutela a estas personas, si han convivido con el menor y se han hecho cargo de su sustento y de su educación.²⁹

Tal vez la única posibilidad que pudiera darse para nombrar al padre o a la madre afín como tutor sería a través de la tutela dativa porque, si el menor es mayor de 16 años, éste tiene facultades para designarlo; de lo contrario será nombrado por el juez de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas. Tal vez tendrían una oportunidad el padre o la madre, con todo y lo inaplicable que resulta este tipo de tutela.

De haber un procedimiento judicial de designación de tutor, tanto la ley como las resoluciones de los tribunales federales han sostenido que las niñas y los niños tienen que ser oídos, siempre en atención de su interés superior, conforme al artículo 4 constitucional y al artículo 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si el padre o la madre afín no tuvieran la oportunidad de ser tutores, podrían ser curadores y ser designados por las niñas y los niños si son mayores de 16 años.

²⁷ Beatriz Ramírez Huaroto, *op. cit.*, p. 329.

²⁸ Isabel Espinar Fellmann, María José Carrasco Galán, María del Pilar Martínez Díaz y Ana García-Mina Freire, *op. cit.*, p. 309.

²⁹ Fernando de Yzaguirre García, *Guía de familias reconstituidas*, p. 24.

4.6. PATRIMONIO FAMILIAR

El patrimonio familiar no sólo está regulado en los códigos civiles y de familia, sino en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 123, y son los bienes que quedan afectos a la familia beneficiaria, los cuales son inalienables y no estarán sujetos a embargo ni a gravamen alguno; pueden ser casa habitación, predios, equipos de trabajo, un pequeño comercio, etcétera.

Es un procedimiento que se sigue en vía de jurisdicción voluntaria ante el Juez de lo Civil competente donde, entre otras cosas, se debe expresar los nombres y los datos generales de los miembros de la familia en cuyo favor se va a constituir el patrimonio. Dado que se trata de una iniciativa particular de los integrantes de la familia, no existe objeción para que se incluya a todos los integrantes de una familia ensamblada.

4.7. SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social de las niñas y los niños en la familia ensamblada es un tema especial, ya que cuando se reconstituye una familia y uno de los miembros de la pareja trabaja, por ley el otro miembro tiene derecho a seguridad social y, consecuentemente, sus descendientes; sin embargo, cuando sólo uno está incorporado a esa seguridad social y tiene hijas e hijos, las circunstancias cambian, ya que no tendrán derecho a dicha seguridad social por parte de la pareja del progenitor.

En este sentido, es claro que México, al haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tiene que aplicar todas las medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos y, específicamente, el derecho a la seguridad social, que se traduce en obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de adquirir protección, en el caso de la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; por gastos excesivos de atención de salud o apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo, entre otros.³⁰

Para dar cumplimiento a los compromisos internacionales, se reformó en 2019 la Ley General de Salud creándose, con base en el artículo 77 bis, el Instituto de Salud para el Bienestar, cuyo objeto es proveer y garantizar la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados a las personas sin seguridad social, así como impulsar, en coordinación con la Secretaría de Salud en su calidad de órgano rector, acciones orientadas a lograr una adecuada integración y articulación de las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud. También es obligación del Instituto Mexicano del Seguro Social atender a la población no derechohabiente en los casos especiales señalados en el artículo 216a de su Ley.

Sin embargo, si el núcleo familiar reconstituido cuenta con seguridad social de uno de sus componentes, sus efectos alcanzan a la pareja y a sus hijos propios, pero no al hijo afín que, si bien es cierto tiene derecho en términos del artículo 1 y 4 constitucional y de lo señalado en el párrafo anterior, también es cierto que ello no satisface en el interior de la familia por los vínculos de solidaridad y afecto establecidos entre sus integrantes, lo que crea una situación de desigualdad y de discriminación.

La legislación de la materia desconoce las relaciones que se fincan entre una niña o un niño y su padre afín, ya que, si se observa la Ley del Seguro Social, ésta declara como beneficiarios para obtener una pensión, ayudas asistenciales y demás prestaciones económicas, en caso de muerte del trabajador, a los cónyuges, concubinos e hijos, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 64; lo mismo sucede con el seguro de enfermedades y de maternidad a que se refiere el artículo 84, y con el seguro de salud regulado en el artículo 240 de la Ley, que, además de las personas mencionados anteriormente, incluye a los ascendientes del asegurado. Respecto al derecho a recibir pensión de orfandad, el artículo 134 especifica solamente a los hijos.

³⁰ Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las observaciones generales 5, 7 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, la Ley Federal del Trabajo, en el artículo 501, determina que, en los casos de muerte o de desaparición derivada de un acto delincuencia, tienen derecho a recibir indemnización los cónyuges, los concubinos, los hijos y los ascendientes, aunque se agrega en la fracción IV a las personas que dependían económicamente del trabajador, debiéndose acreditar la dependencia económica. No obstante, el artículo 503 en la fracción VI indica que el Tribunal apreciará la relación de esposo, esposa, hijos y ascendientes, sin sujetarse a las pruebas legales que acrediten el matrimonio o parentesco, “pero no podrá dejar de reconocer lo asentado en las actas del Registro Civil”.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Vanegas, Luis Ángel. Derechos de los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013.

Briseño Hernández, Jeannette. Nuevas tipologías de familias. Universidad Académica de Humanismo Cristiano, Chile, 2011

Carmona Ruiz, Reyna. Hogares unipersonales: la experiencia de vivir solos. Universidad La Salle-Bajío, México, 2015.

Convención sobre los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las observaciones generales 5, 7 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha técnica. 21 de noviembre de 2012. [Consulta: 20 de octubre de 2016.] Disponible en

http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e

Espinar Fellmann, Isabel, María José Carrasco Galán, María del Pilar Martínez Díaz y Ana García-Mina Freire. Familias reconstituidas: Un estudio sobre las nuevas estructuras familiares. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid, 2013.

Guillén Mendoza, Katia. La familia ensamblada y el nuevo derecho de familia. Perú, 2010, recuperado de:

<https://djmogueua.wordpress.com/2010/03/12/la-familia-ensamblada-y-el-nuevo-derecho-de-familia/> [Consulta: 22 de diciembre de 2020.]

Guzmán Ávalos, Aníbal y María del Carmen Valdés Martínez. “Voluntad procreacional”, Oñati Socio-Legal Series. Vol. 7, núm. 1, 2017.

López de Llergo, Ana Teresa. “La familia funcional”, Pensar la familia. Ediciones Palabras, Madrid, 2001.

Luna-Santos, Silvia. La recomposición familiar en México. Inmujeres, México, 2015.

Parra Bolívar, Harley. Relaciones que dan origen a la familia. Universidad de Antioquia, Colombia, 2015.

Pérez Gallardo, Leonardo, Carlos Manuel Villabella Armengol, y Germán Molina Carrillo. Derecho familiar constitucional. Mariel, Puebla, 2016.

Pérez González, Araceli. La homoparentalidad: una nueva tipología familiar. Universidad de Chile, Chile, 2016.

Pérez Sánchez, Begoña. Familias homoparentales. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2017.

Pontoriero, María Paula. Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. Infojus, Argentina, 2014.

Puentes Gómez, Anabel. “Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*. La Habana, 2014.

Ramírez Huaroto, Beatriz. *Las familias desde los estándares de la jurisprudencia interamericana: una mirada comparada de la legislación argentina y peruana*. Mayo de 2018, recuperado de: <https://www.researchgate.net/publication/331669552> [Consulta del 20 de diciembre de 2020.]

Uribe Díaz, Isabel. *Los hogares unipersonales: una nueva tendencia de la estructura familiar*. Universidad La Salle-Bajío, México, 2012.

Reynosa Gómez, Francisco. *Tipos de familias*. Universidad de las Américas, Puebla, 2016.

Semanario Judicial de la Federación. T/J 43 10a, 2009407, Primera Sala, México, 2015.

Semanario Judicial de la Federación. Juicio de inconstitucionalidad 2/2010.

Semanario Judicial de la Federación. T/A 9ª, t. XXXIV, R 161309, Pleno Constitucional, México, 2011.

Yzaguirre García, Fernando de. *Guía de familias reconstituidas*. UNAF, Madrid, 2016.