

AI S

ARSIURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 10

Número 2

Diciembre 2022

eISSN: 2340-5155

DOI: <https://doi.org/10.14201/AIS2022102>



Ediciones Universidad
Salamanca



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 10

Número 2

Diciembre 2022

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>

EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Director

Fernando CARBAJO CASCÓN (Universidad de Salamanca, España)

Secretaria

M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS (Universidad de Salamanca, España)

Secretaria técnica

Noemí MATEOS GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)

Consejo de Redacción

Fernando ANDRADE FERNANDES (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil)
Susy Inés BELLO KNOLL (Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina)
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO (Institut d'Études Politiques de Paris, Francia. Codirector de Global Governance Studies)
Agustín Enrique FERRARO CIBELLI (Universidad de Salamanca, España)
Enrique GACTO FERNÁNDEZ (Universidad de Murcia, España)
José Luis GOÑI SEIN (Universidad Pública de Navarra, España)
Alejandro GUZMÁN-BRITO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile)
Rafael LARA GONZÁLEZ (Universidad Pública de Navarra, España)
Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca, España)
Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca, España)
Coordinación Secciones de Crónica de Legislación y Reseñas de Jurisprudencia
Estrella TORAL LARA (Universidad de Salamanca, España)

Consejo Científico

Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA (Universidad de La Laguna, España)
Carmela CAMARDI (Università «Ca' Foscari» di Venezia, Italia)
Jordi FERRER BELTRÁN (Universidad de Gerona, España)
José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Universidad de Zaragoza, España)
Carlos GARRIGA ACOSTA (Universidad del País Vasco, España)
Alejandro M. GARRO (Columbia University, Estados Unidos)
Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid, España)
Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia)
Javier LASARTE ÁLVAREZ (Universidad Pablo de Olavide, España)
Pilar MARTÍN ARESTI (Universidad de Salamanca, España)
Augusto MARTÍN DE LA VEGA (Universidad de Salamanca, España)
Alejandro RAMELLI (Universidad de Los Andes, Colombia. Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia)
Luis MARTÍN REBOLLO (Universidad de Cantabria, España)
Lourdes RUANO ESPINA (Universidad de Salamanca, España)
Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)
Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (Universidad de Salamanca, España)
César SAN JUAN GUILLÉN (Universidad del País Vasco, España)
Subdirector de Investigación del Instituto Vasco de Criminología)
Fabien TERPAN (Institut d'Études Politiques de Grenoble, Francia)



Ediciones Universidad
Salamanca

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 10

Número 2

Diciembre 2022

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS) Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Vicedecanato de Docencia y Relaciones Institucionales

Contacto

Dr. Fernando CARBAJO CASCÓN (dir.)

M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS (Secretaría) Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca

Campus Miguel de Unamuno, s/n • 37007 Salamanca (España) Teléfono: +34 923 29 44 41

Correo-e: ais@usal.es

<https://derecho.usal.es/>

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>

La revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) se publica exclusivamente en formato electrónico y su divulgación será a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la revista en su conjunto.

Propiedad intelectual de la revista *ARS IURIS Salmanticensis* (AIS)

El autor cede a la Universidad de Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca) los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública necesarios para la explotación de su obra en la revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) en formato electrónico y su divulgación a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la Revista en su conjunto. La cesión de derechos tiene carácter exclusivo, gratuito, indefinido y de alcance mundial.

El autor *garantiza* que el trabajo remitido constituye una obra original de su creación, no copiado ni plagiado en todo o en parte de la obra de terceros, ni publicado anteriormente en otro lugar. Se *compromete*, además, a no remitir el mismo artículo a otras publicaciones mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS); no obstante, transcurridos seis meses desde su envío sin aceptación formal para su publicación, o antes, si la Revista lo hubiera rechazado, podrá de nuevo el autor disponer libremente de su trabajo para publicarlo en otro lugar.

El autor *garantiza*, igualmente, que ha respetado las normas de elaboración del trabajo habituales en su ámbito de estudio, así como las relativas a los derechos de autor de los textos, gráficos y demás materiales incluidos en sus textos remitidos a *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS).

Prende mantener los *más altos estándares de calidad* en sus publicaciones. Sin perjuicio de la responsabilidad que, en primera instancia, tienen los propios autores cuidando la honestidad, altura creativa y autenticidad de su obra, los editores, los miembros del Consejo de Redacción y los revisores de la Revista velarán por el mantenimiento de la integridad, calidad y originalidad de la investigación.

Esta revista está indizada en: Dialnet y SHERPA/RoMEO. Aparece también en ProQuest y Latindex

NORMAS PARA AUTORES/AS

Diseño de cubierta e interior: Fernando Benito e Intergraf - Maquetación: Gráficas Lope - Corrección de pruebas: María Eloísa Revilla

NI la totalidad ni parte de esta revista puede reproducirse con fines comerciales sin permiso escrito de Ediciones Universidad de Salamanca.

A tenor de lo dispuesto en las calificaciones *Creative Commons* CC BY-NC-ND y CC BY, se puede compartir (copiar, distribuir) el contenido de esta revista, según lo que se haya establecido para cada una de sus partes, siempre y cuando se reconozca y cite correctamente la autoría (BY), siempre con fines no comerciales (NC) y sin transformar los contenidos ni crear obras derivadas (ND).



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 10

Número 2

Diciembre 2022

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32|BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Scence / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2022102>

ÍNDICE

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

1. Transparencia y eficiencia algorítmica en un escenario de «IA Fuerte»: ¿hacia un cambio inminente de paradigma en la ciencia jurídica?, por *Marcelo del Cerro* 11-26
2. Transmisión del establecimiento mercantil en el Derecho brasileño y proyecto de Ley del Código de Comercio español, por *Marcelo Lauar Leite* 27-30
3. La Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia, por *María Celestina Lang Irrazábal* 31-39

ESTUDIOS

1. Bases doctrinales del control social del crimen y la violencia. Una mirada desde la realidad ecuatoriana actual, por *Pedro Enrique Castellanos Fuentes, Andy Rojas Jiménez y Yanier Senén Roque Rodríguez*..... 43-62
2. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género: un reto para el poder judicial salvadoreño, por *Morena Guadalupe Quintana Marxelly*..... 63-100
3. Una aproximación histórica y cultural de algunos conceptos jurídicos, por *Yun Li*..... 101-129

Índice

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 10, Diciembre 2022, 5-6
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-ND

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN

(ENERO-JUNIO 2022)

Derecho Administrativo	135-165
Derecho Mercantil	166-186
Derecho Civil.....	187-190
Derecho Constitucional.....	200-204
Derecho Penal.....	205-208
Derecho Procesal	209-219

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

(ENERO-JUNIO 2022)

Derecho Administrativo	223-237
Derecho Civil.....	238-247
Derecho Constitucional.....	248-251
Derecho Mercantil	252-277
Derecho Penal.....	278-281



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 10

Número 2

Diciembre 2022

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2022102>

TABLE OF CONTENTS

CURRENT DEVELOPMENTS TRIBUNE

1. Transparency and Algorithmic Efficiency in an «Strong A.I.» Scenario: Towards an Imminent Paradigm Change in Legal Science?, by *Marcelo del Cerro* 11-26
2. Transfer of the Commercial Establishment in Brazilian Law and the Draft Law of the Spanish Commercial Code, by *Marcelo Lauar Leite*..... 27-30
3. Artificial Intelligence in Justice Administration, by *María Celestina Lang Irazábal* 31-39

ARTICLES

1. Doctrinal Bases of the Social Control of Crime and Violence. A Look from the Current Ecuadorian Reality, by *Pedro Enrique Castellanos Fuentes, Andy Rojas Jiménez and Yanier Senén Roque Rodríguez* 43-62
2. Access to Justice for Women who Suffer Gender-Based Violence: A Challenge for the Salvadoran Judiciary, by *Morena Guadalupe Quintana Marxelly*..... 63-100
3. A Historical and Cultural Approach to some Legal Concepts, by *Yun Li*... 101-129

LAW REVIEW

(JANUARY-JUNE 2022)

Administrative Law.....	135-165
Commercial Law.....	166-186
Civil Law.....	187-190
Constitutional Law.....	200-204
Criminal Law.....	205-208
Procedural Law.....	209-219

CASE LAW

(JANUARY-JUNE 2022)

Administrative Law.....	223-237
Civil Law.....	238-247
Constitutional Law.....	248-251
Commercial Law.....	252-277
Criminal Law.....	278-281

— TRIBUNA DE ACTUALIDAD —

Transparencia y eficiencia algorítmica en un escenario de «IA Fuerte»: ¿hacia un cambio inminente de paradigma en la ciencia jurídica?

Transparency and Algorithmic Efficiency in an «Strong A.I.» Scenario: Towards an Imminent Paradigm Change in Legal Science?

Marcelo DEL CERRO

Abogado

Argentina

delcerromarcelo@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-3620-9557>

1. INTRODUCCIÓN

Los ensayos de aplicación de la Inteligencia Artificial (en adelante «IA») en el campo jurídico, y más específicamente en el judicial, constituyen una novedad. Su implementación se encuentra en vías de desarrollo, en una fase experimental, en la que se vislumbra en lo inmediato —no obstante— un vasto campo de aplicación como herramienta auxiliar en la etapa de «IA débil» que nos encontramos transitando.

La aplicación algorítmica para la toma de decisiones en el ámbito judicial abre innumerables incógnitas, e inclusive fundados temores, entre otros, en torno a la problemática de la mayor o menor transparencia y eficiencia que de ella se podría derivar para la administración de justicia, y su repercusión en el plano ético, así como en la dimensión de los derechos humanos.

Se plantea continuamente la hipótesis acerca de cuál podría ser su alcance final en un escenario potencial de «IA fuerte», que todavía desconocemos cómo se presentará, pues esta etapa eventual se encuentra obviamente condicionada por el avance técnico, y el alcance todavía desconocido que podría llegar a tener, pero que resulta posible en alguna medida conjeturar.

El propio Alan TURING, considerado el «padre» de la IA, rivalizaba con DESCARTES en una discusión póstuma mantenida con sus ideas inmortalizadas en toda su obra, pero en especial en la parte V de su *Discurso del Método*, aunque en general omitiendo hacer referencias directas en sus cuestionamientos. En ese debate, y en marcado contraste con las ideas cartesianas, que proclamaban a la certeza matemática como única vía para el conocimiento, TURING rescataba y resaltaba el valor de la conjetura, y aun del error mismo, como signo o señal del conocimiento, y los proponía como la vía insoslayable para el avance del conocimiento científico.

Tal recorrido lo condujo por frondosos, aunque fructíferos caminos. Su temprana muerte impidió tal vez que nos legara un capital tecnológico y filosófico mayor, por lo que su testimonio sirve de licencia dogmática para intentar el método de imaginar «lo posible», aunque hoy parezca todavía inverosímil.

2. LA CUESTIÓN DEL PENSAMIENTO MECÁNICO COMO EJE DE REVOLUCIONES CIENTÍFICAS

En 1962 Thomas KHUN diferenciaba, en su importante obra *La estructura de las revoluciones científicas*, dos modos de hacer ciencia, uno normal y uno extraordinario, de carácter revolucionario, lo cual formuló esquemáticamente en un ciclo de tres etapas: 1) «precientífica», en la que conviven varios sistemas de supuestos compartidos en disputa, lo cual genera una crisis, que marca una transición hacia la aceptación de un paradigma, lo que, una vez sucedido, da lugar a la etapa siguiente: 2) «ciencia normal»: es la fase usual en la que funciona la ciencia, en la cual, los científicos de una determinada comunidad comparten un marco de presupuestos teóricos, experimentales y metodológicos, y en donde el científico no discute los supuestos compartidos en la comunidad. Hay en esto algo de dogmatismo: se aceptan en función de un acuerdo —aún implícito—, pues de ponerlos en duda, los científicos no podrían hacer ciencia, que consiste en ampliar y perfeccionar el legado conceptual en el que se sostiene el paradigma en curso. Pero existen enigmas: «anomalías», que son problemas de ajuste en apariencia irresolubles entre la teoría y la práctica. Cuando estas anomalías no se

resuelven, se produce una crisis, consistente en que los supuestos hasta entonces compartidos, que guiaban la «ciencia normal», empiezan a ser cuestionados, ante lo cual, surgen nuevas alternativas que marcan el inicio del camino hacia un nuevo paradigma, que conduce hacia la etapa siguiente: 3) «ciencia revolucionaria», en la cual, algunos de los viejos presupuestos son sustituidos por otros nuevos, produciéndose en ese momento lo que se denomina una «revolución científica», que, tras haber superado el momento de crisis científica inicial, transición y cambio, da lugar a una nueva forma de ciencia normal.

KHUN definió los «paradigmas» como «realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica».

Si bien suele circunscribirse el esquema khuneano al campo de las ciencias naturales, este trabajo se asienta en la triple idea de que el mundo atraviesa en este momento un proceso de revolución debido a la disrupción de la IA; o bien, la IA en sí se encuentra en estado extraordinario (revolucionario) de desarrollo. Este estadio de la IA convive con uno de normalidad de la ciencia jurídica, la cual se encuentra inmersa en una prolongada etapa de estabilidad y «paz» interior. Para completar el esquema, producto de la interacción de ambas disciplinas entre sí, la IA aplicada al Derecho —rama naciente— se encuentra en estado precientífico, en fase experimental, pues asoman varios sistemas de supuestos compartidos en disputa: nadie duda en afirmar que la IA será —y ya es— una herramienta auxiliar en el campo de la ciencia jurídica, pero hay quienes van más allá, postulando la necesidad o conveniencia de que la IA ocupe un lugar más central y menos periférico en el mundo jurídico. Si estas últimas proclamas se imponen, la rama (IA aplicada al Derecho) terminaría identificándose total o parcialmente con el tronco (ciencia jurídica-derecho judicial) e inaugurando así la vigencia de un nuevo paradigma en el mundo del Derecho.

Señalemos aquí que se hace mención con recurrencia a la actual «cuarta revolución industrial»-«industria 4.0», a la que asistimos por medio de la transformación digital en la que nos encontramos inmersos en las últimas décadas, pero sostenemos que es en buena medida el resultado de una revolución filosófica, científica y técnica que a menudo se omite explicitar.

El peso de esta revolución resulta comparable (no necesariamente equiparable) a la acontecida en Europa entre los siglos XVI y XVII¹ y que contribuyera a la 1.ª Revolución Industrial (segunda mitad del siglo XVIII y primera del XIX) y al maquinismo, sobre el final de ella².

1 Se señala usualmente la obra de COPERNICO *De revolutionibus orbium coelestium* en 1543 como el hito fundacional que le da inicio, y la obra de Galileo *Dialogo sopra i due massimi sistema del mondo Tolemaico, e Copernicano* de 1632, o bien los *Principia* de Newton, en 1687, como su conclusión.

2 En este sentido, Alberto ELENA y Javier ORDÓÑEZ desde la Universidad Autónoma de Madrid señalan al newtonianismo como el vínculo entre la tradición de la ciencia académica y

La revolución científica de los siglos XVI y XVII se produjo a partir de varios descubrimientos, pero bien podría señalarse uno singular como la clave para todo el desarrollo posterior que permitió afirmar sin dudas la existencia de un cambio de paradigma. Se trata de la dilucidación copernicana (luego confirmada por GALILEO, KEPLER y NEWTON) de que los planetas orbitan alrededor del sol. Hasta ese momento regía un paradigma distinto, fundado en la idea aristotélica según la cual el universo giraría alrededor de la tierra. Derribada esa creencia equivocada, la modificación en la ciencia fue casi total, tornando incompatible la pretensión de explicación científica de los fenómenos por medio de la aplicación de los cánones hasta entonces existentes. Es lo que KUHN llama la «incomensurabilidad» de los paradigmas, consistente en la imposibilidad de traducir las ideas de uno en las del otro y, con ello, de compararlas entre sí.

Cabe mencionar que la idea original del sol como centro del universo, en torno del cual orbitan los planetas, fue planteada por COPÉRNICO como una hipótesis, mera conjetura, luego confirmada científicamente.

¿Existe ahora un descubrimiento que habilite a hablar en este momento histórico de «cambio de paradigma» o «revolución científica»? ¿Se asoma, al menos, alguna conjetura en tal sentido?

DESCARTES, uno de los máximos exponentes de aquella gran revolución científica acaecida en el siglo XVII, explicaba respecto de la naturaleza humana y su supuesto monopolio de la capacidad de pensamiento:

[...] podrán considerar este cuerpo como una máquina que, habiendo sido hecha por las manos de Dios, está incomparablemente mejor ordenada y es capaz de movimientos más admirables que ninguna de las que pueden ser inventadas por el hombre. En este punto me detuve especialmente para hacer ver que si hubiese unas máquinas tales que poseyeran los órganos y la figura exterior de un mono o de cualquier otro animal irracional, no dispondríamos de ningún medio para reconocer que no eran totalmente de la misma naturaleza de estos animales; en cambio, si hubiese otras que tuvieran la apariencia exterior de nuestro cuerpo e imitasen nuestras acciones tanto como fuera moralmente posible, siempre tendríamos dos medios muy seguros para reconocer que no por eso eran verdaderos hombres. El primero de ellos es que nunca podrían usar de la palabra ni de otros signos equivalentes, como hacemos nosotros para declarar a los demás nuestros pensamientos; porque se puede concebir muy bien que una máquina esté construida de tal manera que profiera palabras, y hasta que profiera algunas a propósito de las acciones corporales que causen alguna alteración en sus órganos [...] pero lo que no es posible es que combine esas palabras de distintas maneras para responder al sentido de todo lo que se diga en su presencia, como pueden hacerlo los hombres más embrutecidos. El segundo medio es que, aunque las citadas máquinas hiciesen muchas cosas tan bien o quizá mejor que ninguno de nosotros, fallarían

la práctica artesanal, es decir, como el puente necesario entre ambas revoluciones (ELENA, A. y ORDÓÑEZ, J. 1996: «De la revolución científica a la revolución industrial: La dimensión tecnológica del newtonianismo». *Hispania*, 1996, 56(193): 541-564. <https://doi.org/10.3989/hispania.1996.v56.i193.736>).

indefectiblemente en algunas otras, por las cuales se descubriría que no obraban por conocimiento, sino solamente por la disposición de sus órganos; porque mientras que la razón es un instrumento universal que puede servir en toda clase de eventos, esos órganos tienen necesidad de alguna disposición particular para cada acción particular; de donde se sigue que es moralmente imposible que una máquina las tenga en número suficiente para permitirle obrar en todas las ocurrencias de la vida de la misma manera que nuestra razón nos lo permite³.

La concepción filosófica y epistemológica cartesiana se encuentra en crisis desde hace tiempo⁴. No solo en cuanto a la creencia de que solo los seres humanos poseen capacidad racional, sino también en relación a otras premisas estrechamente relacionadas con esta, como la asimilación de los organismos (incluso el cuerpo mismo del hombre y la mujer) a las máquinas y su pretensión de explicarlos bajo tal concepto. En efecto, para la concepción mecanicista de DESCARTES, el cuerpo humano, así como el de los demás animales, constituirían una «máquina». La diferencia ontológica fundamental que señalaba entre especies de sustancias es que el hombre es por naturaleza *res cogitans*, «sustancia pensante», alma (trascendente o no) separable del cuerpo (*res extensa*): único ente capaz de pensar; dando además por sentado que estas dos clases de sustancias son disjuntas, es decir, mutuamente excluyentes entre sí, pues no es posible participar de ambas naturalezas a la vez. Este ser racional no es bajo su mirada un cuerpo, sino que «posee un cuerpo», que constituye una máquina (al igual que el resto de los animales, y del cosmos mismo) y, a su vez, entiende a las máquinas (y simples herramientas) como proyección y aun prolongación orgánica.

Tal vez el primero en criticar decididamente esta mirada fue CANGILHEM⁵, quien, buscando volver a la realidad biológica del hombre, propuso invertir la ecuación, indicando que no son los organismos quienes merecen explicarse por asimilación a las máquinas (modelo mecánico), sino —a la inversa— estas últimas las que se explican por referencia a aquellos, exponiendo como crítica adicional, desde el punto de vista ideológico, junto a esta «cosificación» del animal, la comparación con el trato similar que ARISTÓTELES dispensaba al ser humano mismo mediante su teoría de la «esclavitud natural»⁶.

Así, mientras DESCARTES creía que las máquinas no podrían pensar por carecer de alma, más cerca en el tiempo JEFFERSON⁷ y, después, SEARLE⁸ plantearon que tal supuesta impotencia radica en otro orden de razones, exactamente opuesto: no

3 DESCARTES, R. 1974 (1637): *Discurso del Método* (Parte V). 9.ª ed. Buenos Aires: Editorial Aguilar, 88-89.

4 No nos referimos aquí puntualmente a la crisis provocada por FREUD al descentralizar el yo consciente asumiendo el inconsciente.

5 CANGUILHEM, G. (1971): *El conocimiento de la vida*, 1971; *Máquina y organismo*.

6 ARISTÓTELES. *La Política*.

7 JEFFERSON, G. 1949: *La mente del hombre mecánico*.

8 SEARLE, J. 1993: *Mentes, cerebros y ciencia*.

podrían hacerlo porque carecen de la base biológica adecuada para ello⁹, lo que entraña —además— un cuestionamiento sustancial al dualismo ontológico cartesiano, que se encuentra en íntima vinculación con esta idea. En efecto, para DESCARTES no podrían pensar las máquinas (de entre ellas, tampoco los animales) por tratarse de *res extensa*, cuando, según esta renovada mirada, sería precisamente a la inversa: podrían hacerlo solo aquellos entes que participan de la naturaleza de la *res extensa* y, más específicamente, los que gozan de ciertos atributos físico-biológicos¹⁰. Probablemente quien dirigió una crítica más enérgica a la concepción dualista cartesiana fue RYLE¹¹, considerado el fundador de la concepción del conocimiento como saber práctico, incluso antes¹² que teórico, pues desde ARISTÓTELES¹³ a AYER¹⁴, el conocimiento había sido examinado bajo una óptica preponderantemente teórica o teorética. La renovada mirada de RYLE, expuesta en 1949 en su obra *El concepto de lo mental*¹⁵, sitúa —aunque por otros propósitos— a las máquinas en la antesala del juego de imitación de TURING, que —casualmente o no— expondría por primera vez su novedoso punto de vista al año siguiente, a lo cual nos referiremos a continuación.

Se nos reprochará tal vez el hacer tanto hincapié en cuestiones filosóficas, históricas y epistemológicas de índole general en un trabajo orientado específicamente a lo jurídico. Y es que entendemos que seguir esta línea de pensamiento resulta necesario para diagnosticar el estado actual de la ciencia, pues, si realmente nos encontrásemos en un contexto de revolución científica y de cambio de paradigma, de acuerdo a las enseñanzas de KHUN, el cambio en el modo de hacer ciencia sería integral, alcanzando específicamente el campo del Derecho de manera igualmente radical.

Volviendo, entonces, ahora al debate imaginario que TURING mantenía con DESCARTES, referido al inicio, la clave diferenciadora cartesiana estaría en la «variabilidad» o «versatilidad» de la respuesta humana frente a una multitud de circunstancias diversas.

9 Es la objeción que ya TURING había considerado en 1950 bajo el título *Argumento desde la continuidad del sistema nervioso*.

10 Cabe aquí hacer mención, aunque sin pretensión de profundizar ahora en ello, de la existencia actual de algunas corrientes jurídicas tendientes a dotar a los animales de subjetividad jurídica, al proclamar la existencia por su parte de la titularidad de derechos.

11 Censura luego referenciada bajo el título de «la leyenda intelectualista» o «el mito del fantasma en la máquina», según su obra *El concepto de lo mental*.

12 En sentido lógico y cronológico.

13 «Todos los hombres desean por naturaleza saber. Prueba de ello es el amor a las sensaciones», sostenía el estagirita, según se le atribuye en el comienzo (primer renglón) de *Metafísica*, quien concluye su tratamiento sobre los géneros del conocimiento poniendo a la proté filosofía (esencialmente teórica) por encima de toda otra forma de saber.

14 A. J. AYER, para quien el conocimiento bien puede ser resumido como: 1) creencia; 2) verdadera; y 3) justificada, postulados que no pueden ser predicados de una máquina para atribuirle conocimiento, al menos según el estado actual de su desarrollo.

15 Dentro del marco de la corriente conocida como «conductismo lógico», elaborada y difundida en el ámbito del «Círculo de Viena».

TURING, por su parte, luego de exponer el llamado «juego de imitación» (que trascendería después como el «test de Turing»), expresaba:

Ahora podemos considerar que el terreno ha sido delimitado, y nos encontramos listos para proceder con el debate sobre la pregunta: «¿pueden pensar las máquinas?» [...] Creo que en un período de tiempo de 50 años será posible programar computadores, con una capacidad de almacenamiento de alrededor de 10^9 , para que puedan jugar el juego de la imitación de tal manera que el interrogador promedio no pueda obtener más de un 70 por ciento de posibilidades de hacer la identificación acertada luego de cinco minutos de preguntas. Con respecto a la pregunta original, «¿pueden las máquinas pensar?», creo que no tiene mucho sentido como para merecer discusión. No obstante, creo que cuando lleguemos a finales de siglo, el uso de las palabras y la opinión educada general habrán cambiado tanto, que uno podrá ser capaz de hablar de máquinas pensantes sin esperar ser contradicho. Creo además que ningún propósito útil se puede lograr al ocultar estas ideas. La visión popular que los científicos proceden inexorablemente desde los hechos bien establecidos hacia otros hechos bien establecidos sin nunca ser influenciados por alguna conjetura no probada es bastante equivocada. Dado que se hace claro cuáles son los hechos probados y cuáles son conjeturas, no puede haber ningún daño. Las conjeturas poseen una gran importancia debido a que éstas sugieren líneas útiles de investigación...

Y a continuación, TURING aborda la refutación de ocho clases diversas de argumentos tendientes a censurar su idea central referente a la capacidad intelectual de las máquinas, sobre lo cual no ingresaremos en detalle, pues se pretende que el pensamiento de TURING no constituya el objeto que agote este trabajo.

Entendemos que este pasaje condensa, además de la idea central en que se asienta este escrito, según la cual, «las máquinas pueden pensar», varias otras cuestiones trascendentes que son dignas de señalar puntualmente:

1) Pareciera esbozarse aquí la idea que luego plantearía KUHN, doce años más tarde, en cuanto a que no cabría una distinción tajante, sino una convivencia permanente entre «contexto de descubrimiento» y «contexto de justificación»; continuamente asistimos a ambos estadios o escenarios, que están en permanente devenir e interacción recíproca¹⁶;

2) En parte consecuencia de ello, la revalorización de lo empírico y la crítica del método hipotético-deductivo cartesiano como único recurso científico válido;

3) En ocasiones el nuevo paradigma y algunas de sus premisas son asumidos empíricamente como válidos, en tanto algo ya dado, aun antes de que exista consenso científico suficiente;

4) Ya nos hemos referido al valor de la mera conjetura (denostada por DESCARTES), y aun del error, como marca del conocimiento y como motor de la evolución y revolución científica.

16 Hans REICHENBACH proponía una distinción tajante entre ambos conceptos.

En materia de IA suele distinguirse entre «IA débil», que corresponde al estadio actual, e «IA fuerte», que constituye un escenario futuro, eventual e hipotético, respecto del cual no existen certezas sobre cuál será su verdadero alcance. Con estas consideraciones queremos significar que no resulta tan complejo derivar hoy conclusiones con grado de certeza, o aun elevada probabilidad, en el terreno de la «IA débil». Más osado, en cambio, es trazar hipótesis, y aun puras conjeturas (meras probabilidades) en el plano de la «IA fuerte», pero que esta última tarea resulta fundamental para dejar en evidencia las «anomalías», poner en crisis las premisas de la «ciencia normal» y modificar la percepción de la comunidad científica, de modo tal de contribuir a desencadenar en lo pertinente el proceso de «revolución científica».

La hipótesis (o tesis) de que —contrariamente a lo que sostenía DESCARTES en el contexto de la primera revolución científica— «las máquinas sí pueden pensar» constituye el eje de este conjeturado cambio de paradigma. Y, de confirmarse, implicaría la superación de la revolución científica anterior, pues traería consigo un cambio dialéctico, brusco, incluso culturalmente traumático, que conllevaría una subida a 90°, un salto en la escalera evolutiva humana, en algo opuesta a la concepción lineal gradual de la historia, más bien propia de la Ilustración, y que constituiría el punto culminante de aquella revolución científica.

Como ya decíamos, para que existiera y exista el descomunal desarrollo tecnológico actual, debió preceder —o al menos acompañar— una revolución epistemológica cuya existencia en ocasiones se omite explicitar.

Thomas KHUN murió sin presenciar el exponencial desarrollo tecnológico actual¹⁷, lo cual le impidió pronunciarse sobre si en su criterio asistimos a un estadio de «revolución científica».

El cambio de paradigma consistiría en el tránsito desde la concepción de DESCARTES (exponente de la revolución científica de los siglos XVI y XVII), para el cual solo los humanos poseen capacidad racional (las máquinas, como los animales, no), a TURING, y el desarrollo tecnológico posterior, que al menos empíricamente alcanzaría para demostrar lo contrario.

Es que tan forzado e innecesario resulta el pretender explicar a los organismos como máquinas, atribuyéndoles a aquellos propiedades que solo corresponden a estas, como lo es la pretensión de adjudicar a los mecanismos las mismas formas y características del pensamiento y la acción humana.

Es que, como lúcidamente señalan RUSSELL y NORVIG, en indirecta crítica a lo que bien podría calificarse como de «excesos antropomórficos» del test de Turing, la ingeniería aeronáutica no define su disciplina como «la construcción de máquinas que vuelan de forma tan similar a las palomas que hasta pueden engañar a otras palomas»¹⁸.

17 Podríamos arriesgar a decir que murió sin testificar tanto la etapa de «ciencia normal» como la de «ciencia extraordinaria» de la IA.

18 Russell, S. y Norvig, P. 2003: *Inteligencia Artificial: Un enfoque moderno*, p. 3, citado por CORVALÁN, J. G., en el marco de su curso sobre «Gobernanza de Datos» en IALAB de la UBA.

Si bien KUHN no pudo pronunciarse al respecto, como referencia podemos confrontar esta posición con la reconocida opinión de un prestigioso contemporáneo, Yuval HARARI, quien, en su conocida obra *De animales a dioses*, señala tres grandes revoluciones en la historia de la humanidad: la revolución cognitiva, la agraria y la revolución científica de los siglos XVI y XVII, pero no hace aparentemente referencias directas al momento actual como de revolución científica, al menos comparable en su peso a aquella. No obstante, en una obra posterior, *21 consejos para el siglo XXI*, entre muchas otras consideraciones, hace varias afirmaciones que van en tal dirección:

[...] es indudable que las revoluciones tecnológicas se acelerarán en las próximas décadas [...] si cualquier credo nuevo desea modelar el mundo de 2050, no sólo necesitará dar sentido a la inteligencia artificial, a los algoritmos de macrodatos y a la biotecnología [...] la IA está empezando ahora a superar a los humanos cada vez más en estas capacidades, entre ellas la comprensión de las emociones humanas [...]¹⁹.

HARARI hace referencias explícitas al momento actual como de «revolución»; parecería que da por sentado que tal es el escenario al que asistimos, tal vez reciclando las anteriores, y volviendo en un perpetuo retorno aristotélico hacia ellas.

En suma, resulta indudable que asoma un proceso de revolución, y que el mismo tiene por eje el pensamiento mecánico, en la terminología contemporánea, «inteligencia artificial».

3. ANOMALÍAS DE LA CIENCIA JURÍDICA Y EL DERECHO JUDICIAL EN ETAPA DE «CIENCIA NORMAL»

Sentado ello, y en el afán de conjeturar lo más 'ciertamente' posible si el cambio de paradigma jurídico tendrá finalmente lugar, analicemos si la ciencia jurídica actual, en estado de normalidad y estabilidad, presenta anomalías y cuáles serían, pues si estas no se resuelven, en el esquema de KHUN constituirían la coyuntura apta para generar una crisis revisionista que permitiría cuestionar los supuestos hasta entonces compartidos que guían a la «ciencia normal», ante lo cual, y de surgir nuevas alternativas, estas podrían marcar el inicio del camino hacia un nuevo paradigma.

El sistema jurídico como medio de resolución de controversias reposa en la creencia compartida de que los jueces son terceros imparciales e independientes que resuelven objetivamente conflictos mediante la aplicación no automática de reglas de Derecho.

Podríamos llamar a esto la «premisa del juez objetivo», y en él descansa el paradigma de justicia actual, que transita por una etapa de «ciencia normal».

19 HARARI, Y. 2018: 21 lecciones para el siglo XXI. Penguin Random House Grupo Editorial

Este supuesto es normalmente aceptado sin demasiado cuestionamiento por la comunidad científica, los operadores jurídicos y la sociedad en general, pues la convicción en ella resulta de crucial importancia para que el sistema siga funcionando bajo un halo de confianza y la ciencia jurídica siga un curso estable.

¿Hasta qué punto esta premisa es válida?; ¿posee fundamentos inconmovibles?; ¿qué señala la evidencia empírica?

El derecho judicial del último siglo ha estado dominado por dos modelos, comúnmente llamados «Estado de derecho legal» y Estado de derecho constitucional»²⁰.

El primero de dichos modelos o «paradigmas» —dicho esto en sentido lato, pues no cabe tal caracterización en los términos expuestos por KUHN—²¹ se basa en la falsa creencia de una rígida prelación normativa que decide en la práctica la resolución de los casos, concebida a la manera del positivismo jurídico, donde se hace aparecer al juez casi como un «autómata» en la aplicación del derecho (la ley), que «ata», o al menos limita, su brazo justiciero.

El segundo de ellos, en cambio (el vigente, también conocido como «neoconstitucionalismo»), dotado de un mayor «realismo jurídico», en lugar de taparse la vista ante esta realidad, se hace cargo de la misma, y prefiere sincerarla, abriendo los ojos de la «Dama de la justicia», y dotando a sus jueces de poderes suficientes para que arriben a sus decisiones a través de un menú algo flexible de «fuentes». Este modelo descansa más en sus recursos humanos judiciales (especialmente en sus virtudes y concepciones éticas) que en sus leyes²².

En verdad, a poco que se analicen estos modelos que se han repartido —casi por mitades— el protagonismo judicial en los últimos 150 años, se advierte que los mismos no presentan mayor originalidad, no bien se señala —por ejemplo— que ya PLATÓN había imaginado sistemas tales hace 2500 años, en primer lugar en *La República*, donde confiaba el contenido de las decisiones a la prudencia de sus magistrados, casi sin otro límite que el de su sola sabiduría, y en una segunda etapa en *Las leyes*, obra de su madurez, donde hacía una concesión a la naturaleza imperfecta de los seres humanos y, en honra de la misma, proponía limitar en algo su capacidad decisoria por las ataduras de la ley.

Veinticinco siglos más tarde, consultamos la evidencia actual y reciente, y a la luz de ella no dudamos en afirmar, pues sabido es para cualquier litigante asiduo que tanto bajo un modelo como el otro, aunque más claramente en el actual, las resoluciones judiciales, en una elevada proporción, han adolecido históricamente de oscuridad en

20 Luigi FERRAJOLI los identifica como «Estado de derecho débil» y «Estado de derecho fuerte», respectivamente.

21 Baste para ello advertir que no cabe entre ambos modelos la nota típica de «incomensurabilidad», es decir, la imposibilidad de medir a uno por los parámetros del otro, conforme fuera concebido por el padre de esta teoría.

22 Este segundo modelo secular tiene por hito fundacional el juicio de Núremberg, tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial.

cuanto a las reales razones que las motivan y sustentan, razones no explicitadas que subyacen en el «hades de la justicia». Abundante literatura jurídica se ha referido ya a esta cuestión, por lo que no cabe sino remitir a la misma²³.

En este sentido, frente al avance de la IA en el mundo jurídico, desde una postura garantista se hace hincapié una y otra vez, como límite a tal avance, en el respeto a los derechos humanos que debe mediar en tal proceso, en su contenido ético, en la idea de «el hombre siempre como fin y nunca como medio»²⁴, cuando precisamente la mayor transparencia en las resoluciones judiciales es una de las claves que permitirían una sustancial mejora en la gestión de los derechos humanos.

El paradigma actual de la justicia que consiste en la concepción del juez humano como un tercero imparcial e independiente que por ello puede resolver de modo transparente los conflictos, dada su ajenidad a las partes, merece una atenta revisión: «puede», mas no necesariamente lo hace, por cuanto en ocasiones puede mediar una amplia gama de razones, intereses y factores, aun el simple estado emocional o anímico del juez, en tanto ser humano. La evidencia empírica demuestra que esto sucede demasiado a menudo. Y la praxis judicial revela de manera demasiado frecuente la existencia de pleitos que se resuelven en contra del «derecho» (sin aceptar el postulado escéptico de que es tan solo «aquello que los jueces dicen que es»), y aun, en contra de criterios expuestos con anterioridad en otros casos semejantes por el mismo tribunal, con igual integración, sin justificar un cambio de posición ni hacer referencia a ello.

Entendemos que esta es la principal «anomalía» que plantea la ciencia jurídica actual, que transita por una etapa de normalidad y larga estabilidad. Se trata de un problema de falta de transparencia subyacente a las resoluciones judiciales: el de cuál es la verdadera *ratio iuris* que motiva las decisiones, pues, en demasiadas ocasiones, las verdaderas y reales razones son aquellas que no se exponen, que no se expresan y resultan ajenas a cuestiones jurídicas, entendida esta expresión aun en sentido amplio.

Excedería los estrechos límites de este trabajo ejemplificar exponiendo aquí como en un laboratorio concretos casos y antecedentes donde pueden apreciarse estas cuestiones, pero entiendo que para un litigante asiduo resulta una premisa difícil de discutir, esto es, la de la falta de transparencia sobre las verdaderas motivaciones capaces de explicar estas habituales autocontradicciones judiciales sin que obedezcan a un proclamado cambio de criterio en el pronunciamiento, aun en instancias de apelación y en las más altas esferas judiciales (en mayor medida), lo cual sucede demasiado a menudo.

Se podrá afirmar tal vez que estas oscilaciones aparentemente caprichosas no son tan usuales en algunas ramas o en algunos fueros como en otros, pero, en definitiva, es usual percibir como el magistrado-hombre concluye al fin y al cabo, en no pocas ocasiones, dejando reposar la justificación última de su decisión en su sola investidura, en lo que se parece más a una ordalía que a un objetivo «diálogo de fuentes», pues,

23 HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, capítulo VII.

24 KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.

como decía MONTESQUIEU, «todo hombre que tiene poder se inclina por abusar del mismo», está en su naturaleza.

¿Y qué decir de las veces que se prescinde de aplicar las leyes sin siquiera declararlas inconstitucionales? Más aún, a veces sin dar razones.

Precisamente, para no tener que llegar al extremo escéptico de afirmar que «el derecho es (solo) lo que los jueces dicen que es», entendemos que debe cambiar la percepción de la comunidad científica al respecto.

No se trata aquí de poner en tela de juicio a los «hombres-jueces», sino de justidimensionar a los «jueces-hombre», reconociendo y aun honrando su condición netamente humana. Desde el punto de vista ético, entendemos que no es mantener la actual subjetivización de los jueces lo que conduciría a la humanización de la administración de justicia, sino la mayor objetivación de esta.

PLATÓN en *La República* creyó posible el gobierno del «Filósofo Rey», esa especie de «superhombre», tal vez porque tuvo la fortuna de conocer y tener por maestro a un ser humano de la estatura ética de SÓCRATES. Pero SÓCRATES hubo uno sólo. Tal vez solo él y JESÚS EL NAZARENO podrían ser señalados como comprendidos dentro de esta superespecie humana²⁵ o —aun— suprahumana. Los demás somos hombres y mujeres con limitaciones, defectos, estados de ánimo, días buenos y malos, difícilmente encuadrables en la categoría ideal y abstracta de «tercero imparcial e independiente» que como un «avatar» resuelve objetivamente conflictos de intereses mediante la aplicación (autómata o no) de normas generales y abstractas, cuya real existencia carnal un idealista como PLATÓN pudo tal vez considerar posible por razones no metavéricas, pero que después de 2.500 años nos encontramos aún buscando postulantes válidos para ocupar al menos una de aquellas plazas que todavía hoy se encuentran vacantes. Parecería que mantener esta búsqueda hoy, con el extraordinario avance de la IA, además de estéril, empieza a parecer innecesario.

Cuando un sistema descansa en la virtud (ética o de otra clase) de sus recursos humanos, no es un sistema, pues su potencia reside justamente en la independencia que le confiere la posibilidad de su despersonalización.

No se pretende llegar a encender la luz en medio de la oscuridad de las resoluciones judiciales, pues como lúcidamente señalaba Max PLANCK y fue citado por KHUN en la obra que se viene utilizando como faro en este trabajo, «una nueva verdad científica no triunfa porque haya convencido a sus oponentes y le haya hecho ver la luz, sino más bien porque sus oponentes mueren finalmente, y una nueva generación crece más familiarizada con la mía».

25 Puede mencionarse aquí al gran emperador estoico romano MARCO AURELIO como exponente casi único de esta especie que —si alguna vez existió como tal, pues parece más mitológica que real— se encontraría en extinción, ya desde los tiempos antiguos. Más discutida resulta, en cambio, la inclusión de SÉNECA dentro de esta élite moral, lo que demuestra en todo caso la relatividad, endeblez e infrecuencia de la virtud humana como garante de sistema alguno.

Llevada la cuestión al terreno de la discusión Turing vs Descartes, podría afirmarse que la «variabilidad»²⁶ excesiva ha sido el defecto que se presenta como un patrón constante en la administración de justicia.

No se nos escapa que la viabilidad de la justicia robotizada presupone la plenitud del derecho. Este aspecto es el que requiere un profundo avance técnico. Pero, para que tal avance tenga lugar, debe cambiarse previamente la «percepción de la comunidad científica» a la que hacía referencia KUHN, de modo tal que se asuma que un nuevo paradigma es no solo posible, sino incluso deseable.

Todo ello hace pensar que la utilización del algoritmo puede aportarle al servicio de justicia una mayor transparencia. No obstante, existen obstáculos no solo culturales y técnicos, sino también jurídicos: los derechos de propiedad intelectual. Para sortearlos, tal vez los algoritmos deberían ser elaborados desde la propia Administración de Justicia, y pagarse vía impuestos la publicitación de esos derechos, todo lo cual conllevaría un problema de agigantamiento y excesiva interferencia estatal, en contraste con la eficiencia en términos económicos de la administración de justicia, la cual sería más transparente y también más eficiente en cuanto a los tiempos de gestión, y a la reducción de los recursos humanos involucrados de manera directa en el servicio de justicia, pero, por contrapartida, se tornaría más onerosa y reclamaría una estructura técnica mayor.

En el *balancing test* que este aparente conflicto propone, no dudamos en inclinarnos por privilegiar la evolución hacia un nuevo modelo capaz de brindar mayor transparencia del servicio de justicia.

DESCARTES, en pasaje que ya ha sido transcrito en la primera parte de este trabajo, expresaba en relación a la limitación de las máquinas creadas por el hombre:

... aunque las citadas máquinas hiciesen muchas cosas tan bien o quizá mejor que ninguno de nosotros, fallarían indefectiblemente en algunas otras, por las cuales se descubriría que no obraban por conocimiento, sino solamente por la disposición de sus órganos; porque mientras que la razón es un instrumento universal que puede servir en toda clase de eventos, esos órganos tienen necesidad de alguna disposición particular para cada acción particular; de donde se sigue que es moralmente imposible que una máquina las tenga en número suficiente para permitirle obrar en todas las ocurrencias de la vida de la misma manera que nuestra razón nos lo permite²⁷.

Por su parte, HART, en referencia a la limitación de las normas jurídicas concebidas por la imaginación humana, sostenía:

26 Que DESCARTES señalaba en la parte V del *Discurso del Método* como señal de la inteligencia exclusiva del hombre.

27 DESCARTES, R. 1974 (1637): *Discurso del Método* (Parte V). 9.^a ed. Buenos Aires: Editorial Aguilar, 88-89.

Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas, y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica ‘mecánica’. Obviamente ese mundo no es el nuestro. Los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar²⁸.

Como parece surgir de su lectura, la impotencia que DESCARTES atribuía hace 400 años a las máquinas creadas por el hombre es similar a la que HART reprochaba hace poco más de medio siglo a las reglas jurídicas dictadas por el ser humano. Confluyen en este punto mecanicismo epistemológico y mecanicismo jurídico, pues si «las máquinas no tienen alma»²⁹, y no pueden, por ello, pensar, «las leyes tampoco tienen espíritu»³⁰, y tampoco pueden por sí solas juzgar, se requiere siempre en última instancia de actividad humana mediata. Aunque —debemos decir— el avance tecnológico, la experimentación y el transcurso del tiempo han ido restando fuerza a las razones de la censura cartesiana.

Así, la interposición de la máquina entre el hombre justiciero y los casos justiciables podría erigirse en la mejor garantía de objetividad en las decisiones y el más eficaz freno contra la arbitrariedad judicial, en la medida que siempre exista una instancia al «control humano suficiente» como fórmula garantista última.

En aras de proclamar un formalismo iuspositivista impracticable, en ocasiones gustamos de repetir —e incluso alardear— gráficamente, y aun en tono solemne, que —en garantía de objetividad— «atamos» las manos de nuestros jueces con las cadenas de la ley, de dura letra, pero no estamos dispuestos a dejarnos sujetar por máquinas ‘inteligentes’, versátiles y flexibles, capaces del «diálogo objetivo de fuentes», cuyos criterios jurídicos serían igualmente moldeados de forma previa por hombres y mujeres de derecho, de manera similar al diseño normativo, que tornarían más previsibles las sentencias, y con ello desalentaría incursiones judiciales innecesarias. El servicio de justicia más eficiente es aquel que no tiene necesidad de existir.

Las pretensiones de «automatismo» judicial han fracasado, entendemos que, por al menos, dos razones, que no se verifican en el empleo de la IA en el campo jurídico. La primera de ellas —obvia— es de orden conceptual, ontológico y elemental: la justicia humana no puede automatizarse porque los humanos no son «autómatas»; ya lo señalaba DESCARTES, aun en pleno auge del mecanicismo. La otra es de orden histórico, y entendemos que en alguna medida resulta de un mito: el de señalar

28 HART, H. L. A. 2011: *El concepto de derecho*, capítulo VII, 160.

29 DESCARTES, R. 1974 (1637): *Discurso del Método* (Partes IV y V).

30 CHARLES LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*.

erróneamente al iuspositivismo como uno de los responsables directos, o al menos cómplices, del régimen de la Alemania nazi³¹.

En conclusión, y tal como exhortaba KHUN, debe cambiar la percepción de la comunidad científica al respecto, y para ello resulta necesaria la propuesta de miradas superadoras que conlleven la revisión de ciertos dogmas seculares, y aun milenarios, tales como que la administración de justicia es una tarea que solo les cabe de forma directa a los seres humanos. Entendemos que tal empresa debe ser llevada a cabo más allá de los confines constitucionales, pues, si vislumbramos la hipótesis de «cambio de paradigma», no cabe entonces limitar tautológicamente tal análisis con la estrechez de miras que propone justamente el paradigma que se procura criticar, y eventualmente superar, pues, de otro modo, tal evolución resultará siempre imposible, en tanto circular³².

En este sentido, el propio TURING señalaba:

... No me impresionan mucho las discusiones teológicas, sea cual sea el tema. Tales discusiones han sido frecuentemente insatisfactorias en el pasado. En los tiempos de Galileo, se discutía que los textos «Y el sol se quedó quieto... y consideró no bajar por un día» (Josué Cap. 10, v. 13) y «Él puso los cimientos de la tierra, para que no se moviera en ningún momento» (Salmos Cap. 105, v. 5) eran una refutación adecuada para la teoría de Copérnico. Con nuestro actual conocimiento, tal argumento parece fútil. Cuando ese conocimiento no estaba disponible, causaba una impresión muy diferente ...³³.

Si COPÉRNICO desafió la letra de la «verdad revelada»; si TURING refutó a DESCARTES; si cedió (o al menos, se flexibilizó) la Sagrada Escritura para dar cabida a la ciencia física, cuánto más han de ceder las Constituciones para dar un mejor lugar a la ciencia jurídica, a través de la disrupción de los «jueces-máquina».

31 La cuestión excede largamente la temática de este trabajo, pero puede verse al respecto PEÑA FREIRE, A. M. 2020: «Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2020, 43. En nuestra opinión, el fuerte impulso experimentado por el iusnaturalismo a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial no se produjo por oposición a iuspositivismo alguno que pretende atribuirse —falsamente— a dicho régimen, sino por el carácter marcadamente anticristiano del nazismo, que es lo que dio lugar a sus atroces crímenes y aberrante régimen, que por cierto nada tenía de «legal», pues era un régimen autocrático.

32 «Es la inconmensurabilidad» de la que hablaba KUHN.

33 *Op. cit.*, 6.

4. CONCLUSIONES Y RESUMEN

El mundo atraviesa un proceso de revolución debido a la disrupción de la IA; o bien, la IA en sí se encuentra en estado extraordinario (revolucionario) de desarrollo.

Este cambio de paradigma tiene por eje copernicano la hipótesis de TURING de que las máquinas pueden pensar, novedosa idea que empíricamente comenzaría a refutar la premisa cartesiana contraria, sentada en la última gran revolución científica, y que implicó el gran cambio de paradigma acaecido en el mundo de la ciencia.

Este estadio de la IA convive con uno de normalidad de la ciencia jurídica y el derecho judicial, que se encuentran inmersos en una prolongada etapa de estabilidad y «paz» interior.

Producto de la interacción de ambas disciplinas entre sí, la IA aplicada al Derecho —rama naciente— se encuentra en estado precientífico, en fase experimental, pues asoman varios sistemas de supuestos compartidos en disputa: la IA será —y ya es— una herramienta auxiliar en el campo de la ciencia jurídica, pero hay quienes van más allá, postulando la necesidad o conveniencia de que la IA ocupe un lugar más central y menos periférico en el mundo jurídico. Si estas últimas proclamas se imponen, la rama (IA aplicada al Derecho) terminaría identificándose total o parcialmente con el tronco (ciencia jurídica-derecho judicial) e inaugurando así la vigencia de un nuevo paradigma en el mundo del Derecho.

Para que ello pueda tener lugar, previamente debe modificarse la percepción de la comunidad científico-jurídica, y esta debe asumir la existencia de anomalías en el sistema judicial en su fase de «ciencia normal», tales como la falacia de la «premisa del juez-objetivo», que deja en evidencia la insuficiencia epistemológica del esquema de derecho judicial actual para dar una respuesta transparente y eficiente en el servicio de administración de justicia.

Así, la interposición de la máquina entre el hombre justiciero y los casos justiciables podría erigirse en la mejor garantía de objetividad en las decisiones y el más eficaz freno contra la arbitrariedad judicial, en la medida que siempre exista una instancia al «control humano suficiente» como fórmula garantista última.

Transmisión del establecimiento mercantil en el Derecho brasileño y proyecto de Ley del Código de Comercio español

Transfer of the Commercial Establishment in Brazilian Law and the Draft Law of the Spanish Commercial Code

Marcelo LAUAR LEITE

Advogado. Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Investigador do Instituto Jurídico (FDUC, Portugal). Investigador do Grupo de Pesquisa «Empresa, Consumo y Derecho» (Universidade de Coruña, Espanha). Líder do Grupo de Pesquisa «Direito, Economia e Mercados» (DIREM/UFERSA). Editor-adjunto da Revista Jurídica da UFERSA.

UFERSA, Brasil.

marcelo.lauar@ufersa.edu.br

<https://orcid.org/0000-0002-3658-1260>

El Derecho brasileño comparte la noción española sobre la calificación del establecimiento mercantil, reconociéndolo como el conjunto de bienes organizados, para el ejercicio de la sociedad, por un empresario o por una sociedad mercantil [art. 1.142/CC¹, *caput*].

1 Código Civil brasileño.

Esta universalidad abarca tanto los elementos corpóreos, ya sean muebles o inmuebles, como los elementos incorpóreos, v. g., marcas, patentes, diseño industrial, razón social, insignia y nombre de dominio, como la doctrina documenta ampliamente².

La doctrina brasileña denomina el negocio jurídico de transmisión del establecimiento mercantil de «traspaso» [«trespasse», en portugués], en alusión a su procedencia italiana [*trapasso di azienda*], una influencia de la diáspora de grandes maestros —entre ellos, Ascarelli e Liebman— exiliados por Mussolini y radicados en la Universidad de São Paulo.

Al comprar un establecimiento mercantil, el adquirente busca disfrutar de las ventajas de adquirir un conjunto organizado de bienes, como su ubicación comercial, su know-how y el posicionamiento de su marca en el mercado. El traspaso también representa cierto peligro para el comprador, una vez que no se le traslada la clientela, sino únicamente la capacidad del establecimiento para tener clientes³.

Para minimizar los riesgos del adquirente, el legislador brasileño estableció para él una protección contra el enajenante. Así dice el art. 1.147/CC, por el cual «si no hay autorización expresa, el vendedor del establecimiento no puede competir con el adquirente, en los cinco años siguientes a la transmisión»⁴. Su estudio y aplicación en Brasil resultó en las siguientes direcciones:

1. El traspaso podrá autorizar expresamente la competencia;
2. El traspaso puede modular el tiempo de «no competencia»; y
3. El vendedor puede volver al mercado, pero no puede competir con el comprador.

1. LA MODULACIÓN TEMPORAL DE LA NO COMPETENCIA

De hecho, es comprensible que el comprador quiera reducir el grado de competencia al que se enfrentará en el futuro, especialmente cuando del otro lado está una empresa que conoce su campo de actividad, su clientela y el comportamiento de otros competidores.

2 CAVALLI, C. M. 2007: «Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no Direito Brasileiro». *Revista dos Tribunais*, abril 2007, 858: 30-47; XAVIER, J. T. N. 2011: «O estabelecimento empresarial no Direito Brasileiro». *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, jul./dez. 2011, 50(159-160): 90-111; VIANNA, B. 1978: «Perfil analítico-comparativo do estabelecimento». *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1978, 17(30): 69-77.

3 CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. 1956: *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, vol. VI, parte II. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 157.

4 Traducción libre.

La cláusula de no competencia aumenta la seguridad de la venta y, en consecuencia, el interés por comprar, aumentando la liquidez y la circulación de la riqueza, al tiempo que estimula la generación de nuevos negocios⁵.

Si las partes contratantes no regulan este plazo, el vendedor está impedido de competir con el comprador durante cinco años. En defensa de los intereses constitucionales vinculados a la libre competencia, se entiende que los contratantes son libres de establecer cláusulas de no competencia, siempre que estas no excedan el impedimento de cinco años⁶.

En España, el Reglamento de Defensa de la Competencia⁷ también establece cinco años como plazo máximo para el acuerdo de cláusulas de no competencia. A su vez, el nuevo Proyecto de Código Mercantil⁸ propone una duración mínima de dos años, en cuyo caso el acuerdo debe respetar este intervalo de tiempo.

2. LA MODULACIÓN GEOGRÁFICA Y MATERIAL DE LA NO COMPETENCIA

¿Qué significa competir? ¿Qué determina que la nueva zapatería abierta por el vendedor sea competidora de la anterior vendida? Determinar el *relevant market* del establecimiento vendido parece ser uno de los mayores desafíos en la regulación del traspaso.

Históricamente, la determinación del mercado relevante por parte del Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (CADE)⁹ sigue un criterio puramente cualitativo: es el ámbito en el que las empresas ofrecen y buscan productos y servicios en condiciones de competencia suficientemente homogéneas en sus precios, preferencias de los consumidores y características de los productos/servicios. Un mercado geográfico relevante comprendería «todas las empresas tenidas en cuenta por oferentes y demandantes en las negociaciones para la fijación de precios y otras condiciones comerciales en el área considerada».

Además de la circunscripción geográfica, es necesario saber si el vendedor ha comenzado a competir materialmente de manera efectiva con el adquirente. Para ello, los bienes o servicios negociados deben ser similares, de modo que exista una disputa

5 GRAU, E. R. y FORGIONI, P. 2005: *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 285.

6 Así el CADE en el Proceso Administrativo número n.º 08012.009079/2008-72.

7 Art. 2.º, 2, «e».

8 Art. 132-11 [Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado].

9 Con parte de las funciones similares a las del Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

real por una determinada parte del mercado. En palabras del CADE¹⁰, el mercado relevante material comprende todos los productos o servicios considerados sustituibles entre sí por el consumidor debido a sus características, precios y uso.

Sin embargo, la dificultad en torno al mercado relevante radica mucho más en su medición que en su definición. Los puntos de indagación habitualmente planteados por la doctrina [Paula FORGIONI¹¹ y Geisy FIEDRA¹²] —v. g., características del producto o servicio, capacidad de producción o servicio, incentivos del Gobierno, atracción concreta de clientes, puntos comerciales virtuales y costos logísticos— carecen de herramientas cuantitativas para que exista una medición estandarizada, destacando la importancia de definir las metodologías econométricas aplicables, entre ellas, *critical loss*¹³, *aggregate diversion ratio*¹⁴, *merger simulation*¹⁵ y la *difference-in-differences*¹⁶, como incluso ha sido debatido por el mismo CADE¹⁷.

La discusión sobre métricas para el control del restablecimiento de competidores es de fundamental importancia en el contexto del debate sobre el nuevo Código Mercantil español. Parece recomendable que el juzgamiento de las infracciones se realice bajo parámetros econométricos, preferentemente ante la CNCM, evitando acciones judiciales voluntaristas frente a conceptos de medición eminentemente técnicos.

10 Anexo V de la Resolución n.º 15, de 19 de agosto de 1998.

11 FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

12 FIEDRA, G. 2007: *Obrigaçãõ de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste*. São Paulo: Singular, 118-119.

13 HARRIS, B. C. y SIMONS, J. J. 1989: «Focusing market definition: how much substitution is enough?». *Res. Law Econ.*, 1989, 12: 207-226.

14 FARRELL, J. y SHAPIRO, C. 2008: *Improving critical loss analysis*. *Antitrust Source*, 1-20.

15 DAVIS, P. y GARCÉS, E. 2010: *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. New Jersey: Princeton University Press.

16 RUBINFELD, D. L. 2010: «Econometric Issues in Antitrust Analysis». *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2010, 166: 62-77.

17 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Documento de Trabalho 6/2021*. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento-de-Trabalho_Atualizacao-do-debate-sobre-a-definicao-de-mercado-relevante.pdf

La Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia

Artificial Intelligence in Justice Administration

María Celestina LANG IRRAZÁBAL

Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Secretaria de Primera Instancia en el Juzgado de Ejecución, Concursos y Quiebras de la Segunda Circunscripción Judicial, La Pampa, Argentina. Especialista en Inteligencia Artificial y Derecho por la Universidad de Buenos Aires y por la Universidad de Salamanca

celestina.lang@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-9353-0814>

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2017, John ROBERTS Jr., presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, fue consultado acerca de si se imaginaba el día en que máquinas inteligentes ayudaran en la investigación de los hechos, en las audiencias o, incluso, en la toma de decisiones judiciales. Él respondió: «(E)se día ya está acá, y está poniendo en tensión cómo el Poder Judicial se dedica a hacer las cosas» (entrevista en *The New York Times*, 1 de mayo de 2017: «Sent to Prison by a Software Program's Secret Algorithms». *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html>, 15 marzo 2022).

Es indudable el avance que la tecnología ha alcanzado en este tiempo y cómo impacta en nuestra vida cotidiana. Teniendo en cuenta esta realidad y las palabras citadas, es importante considerar cómo el buen uso de esta puede ayudar a la mejora del servicio de justicia.

Como se ha dicho «hay consensos implícitos entre la sociedad y la academia sobre la necesidad de dejar atrás los debilitados sistemas de justicia, diseñados para épocas y circunstancias extremadamente diferentes, y orientarlos hacia destinos más contemporáneos [...] Podríamos decir que hay acuerdos con el cambio que ya se está imponiendo, y cierta falta de cohesión para alinear mínimamente metodologías adecuadas para optimizar los avances y reconsiderar constantemente los riesgos» (ÁLVAREZ SÁEZ, H. 2021: «Una breve historia entre saberes jurídicos y no jurídicos. La mitigación de las barreras gnoseológicas en tiempos de IA». En *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, tomo II, 12).

2. ¿QUÉ ES LA IA?

Como primera cuestión, es importante establecer algunas definiciones referidas a la IA y a nociones con ella vinculadas.

El concepto de inteligencia artificial fue utilizado por primera vez por John MCCARTHY, profesor de matemáticas del Dartmouth College (New Hampshire), en el año 1955. MCCARTHY participaba de un proyecto investigativo con otros científicos de diversas disciplinas, con el fin de crear una máquina que utilizara lenguaje, formara abstracciones, resolviera problemas, etc., mediante la imitación de los procesos del pensamiento humano. Si bien en un principio estos trabajos tuvieron bastante aceptación en el mundo científico, a mediados de los 70 fueron dejados de lado, debido a las dificultades que presentaban en aquel momento. Así, por un largo período, esta disciplina tuvo un escaso desarrollo, resurgiendo a finales de la década del 90.

En la actualidad, encontramos varias definiciones sobre la IA, pero, en definitiva, cuando hablamos de ella nos estamos refiriendo al «aprendizaje» de las máquinas para realizar determinadas tareas (un aprendizaje entre comillas, porque no puede considerarse de la misma forma que opera un cerebro humano).

Así, el Parlamento Europeo la definió como

... la habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear. La IA permite que los sistemas tecnológicos perciban su entorno, se relacionen con él, resuelvan problemas y actúen con un fin específico. La máquina recibe datos (ya preparados o recopilados a través de sus propios sensores, por ejemplo, una cámara), los procesa y responde a ellos. Los sistemas de IA son capaces de adaptar su comportamiento en cierta medida, analizar los efectos de acciones previas y de trabajar de manera autónoma. (<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa>, 15 abril 2022)

Hay varios tipos de IA. La división más conocida es la que habla de IA fuerte e IA débil. La IA fuerte sería aquella capaz de lograr procesos cognoscitivos o capacidades generales del pensamiento humano y que, además, aprende por sí misma y va

mejorando en cada oportunidad. Por su parte, la IA débil se refiere a sistemas que aplican técnicas más o menos complejas para resolver problemas concretos, para los que fueron específicamente programados. Esto lleva a concluir que la única IA que existe realmente es la llamada IA débil, ya que aún no se ha creado una máquina que pueda pensar por sí misma.

La IA, entonces, es programada y entrenada para realizar diversas tareas, que pueden dividirse en dos grupos: uno de ellos se refiere a la concreción de una actividad determinada y es lo que llamamos automatización. El otro es el que se basa en la carga de datos al sistema, que, analizados, le permiten predecir resultados.

Por otro lado, el entrenamiento de la IA puede realizarse de dos maneras: con intervención humana y sin intervención humana, o machine learning. En este último caso, la forma en que la IA llega a un resultado puede ser posible de rastreo por parte de una persona, el llamado sistema de caja blanca, o de conocimiento imposible, sistema de caja negra.

Las instrucciones por medio de las cuales la IA realiza su tarea se denominan algoritmos. Los algoritmos son una serie de pasos que están descritos en un lenguaje de programación, es decir, uno que la computadora comprende. En el caso de la IA, el algoritmo, al recibir el problema, va a inferir por sí mismo los pasos a seguir para encontrar una solución.

A modo de síntesis podemos decir que

como su nombre lo indica, la IA viene a intentar emular/imitar la mente humana, lo cual, a primera vista parece bastante pretencioso: y lo es. Esta tecnología procura simular el funcionamiento de nuestro cerebro de la siguiente manera: tiene un conjunto de datos (si son muchos, hablamos de big data), sobre la base de los cuales, un algoritmo hace una predicción. Esas predicciones, además, pueden fundarse también en la recopilación de datos proveniente de la interacción del sistema con el entorno, por ejemplo, mediante cámaras, comentarios de usuarios, etcétera. (Danesi, C. C. 2021: «Sesgos algorítmicos de género con identidad iberoamericana: las técnicas de reconocimiento facial en la mira». *TR LALEY AR/DOC/1520/2021*)

De esta forma podemos avizorar que el tema más cuestionable de la IA se refiere a las actividades predictivas, ya que el sistema toma una decisión que ha implicado un análisis. Aquí, como vimos, la IA se alimenta de datos para encontrar patrones. Dicho de otra manera: «En las predicciones de IA uno o varios algoritmos relevan una enorme cantidad de datos a fin de establecer patrones que se traducen en predicciones, sobre la base de algún criterio estadístico» (CORVALÁN, J. G. 2020: «Inteligencia Artificial, Automatización y Predicciones en el Derecho». En *Cibercrimen III: Inteligencia Artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho Penal*. Ed. BdF).

En determinados casos, cuando se utiliza una IA predictiva, puede resultar importante, entonces, saber la forma en que la máquina ha llegado a una determinada respuesta: esto es cuando se afectan derechos humanos. En estos supuestos, resulta fundamental poder conocer los pasos que dio el algoritmo para llegar a esa solución y aquí entra otro concepto que está muy ligado a esta cuestión: los sesgos.

Los sesgos son una especie de visión parcializada, es decir, cuando no se consideran todas las variables posibles y, por ello, se dejan afuera determinadas cuestiones o se toman en cuenta sola, y parcialmente, otras. «En un sentido amplio, sesgar se vincula con omitir considerar información relevante para tomarlas (decisiones). Por ejemplo, decidir sin considerar información estadística, realizar juicios distorsionados, inexactos e interpretaciones irracionales» (CORVALÁN, *op. cit.*). Como la IA se «alimenta» de datos y estos son proporcionados por seres humanos, las visiones parciales que puedan tener estos se trasladan al sistema. Entonces, teniendo en cuenta que la IA potencia los resultados y va «aprendiendo» en base a esos datos que se le cargaron, no solamente replica esos sesgos, sino que los aumenta.

Como ejemplo, tenemos un caso muy conocido, que ocurrió en la empresa Amazon, donde se descubrió que un programa de IA destinado a efectuar contrataciones discriminaba a las mujeres.

En el año 2014, esta empresa desarrolló un algoritmo para contratar empleados, basado en los perfiles de los trabajadores más exitosos que la compañía había tenido. Teniendo en cuenta que la mayoría de los empleados eran ingenieros hombres, el algoritmo llegó a la conclusión de que los mejores candidatos para acceder a un empleo debían pertenecer al género masculino y sistemáticamente, comenzó a rechazar los currículum que contenían las palabras «mujer» o «capitana del equipo de mujeres». Debido al escándalo público generado por esta máquina «machista», Amazon decidió dar de baja esta metodología de selección de personal: el algoritmo reproducía los sesgos de género que ya se verificaban en la empresa. (COTUREL, C. C. 2021: «Inteligencia artificial, algoritmos y smart contracts en el derecho del trabajo: ¿podrían las máquinas contratar y despedir trabajadores?». *LALEY AR/DOC/2951/2021*)

En definitiva, es la carga de datos la que puede estar sesgada y generar discriminaciones. La IA solo cuenta para «trabajar» con la información que se incorpora en su sistema y, cuando esta viene parcializada al momento de su incorporación, esos vicios se potencian.

3. IA EN LA JUSTICIA

Es indudable que la IA actúa con mayor rapidez que un ser humano, procesando en segundos datos que a una persona le llevan horas o días. Además, si tenemos en cuenta que una IA no se cansa, no se enferma, no se distrae, etc., tenemos una enorme ventaja en cuanto a evitar errores en el traspaso de información. Estas dos cuestiones redundan en que el juez cuente con una mejor asistencia en su labor y que él y los empleados del Juzgado puedan dedicar su tiempo a otras tareas de mayor importancia. Finalmente, el efecto será una mejora en los resultados, lo cual otorga mayor seguridad hacia adentro y hacia afuera, mejorando también la comunicación con los destinatarios de las resoluciones judiciales.

Pero, si bien es indudable que la utilización de la IA redundaría en muchos beneficios, por otro lado, y más allá de las cuestiones éticas, existen ciertas resistencias dentro del Poder Judicial. Esto se debe básicamente a la presencia de tres factores: el miedo (miedo a lo desconocido, miedo al cambio, miedo a ser reemplazado por una máquina), el apego a viejas prácticas (que implica continuar con el mismo pensamiento o modo de obrar al pasar del expediente papel al digital) y el mal uso de los datos (lo que incluye la falta de recolección de estos o la carga sesgada).

... Sea cual sea la perspectiva estructural del sistema procesal, el uso de la tecnología debe colaborar en mejorar la performance del sistema y para ello es necesario vencer otro obstáculo cultural específico: las personas que operan los sistemas judiciales no están acostumbradas al uso de la tecnología en su trámite y, por lo tanto, su aplicación implica el cambio de prácticas y la multiplicación de opciones de respuesta. Es llamativo cuando se analiza este aspecto, que las personas que usan la tecnología en su vida diaria —audio, videos, sistemas predictivos, aplicaciones, etc.— con celulares, computadoras y tabletas, no la incorporan con naturalidad a la práctica laboral judicial. (CEVASCO, L. 2021: «Apuntes para una reforma procesal algorítmica». En *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, t. II, 80)

La incorporación de la IA en la Justicia, entonces, se concreta a través de sistemas de automatización y predicción que van a facilitar las tareas de los operadores del sistema, a fin de lograr mayor rapidez, más seguridad y, por ende, una mejor calidad en el servicio.

La automatización es el proceso por el cual se utiliza una IA para realizar las tareas repetitivas y rutinarias.

La implementación de sistemas inteligentes en tareas mecánicas, repetitivas y estandarizadas, tiende a simplificar los procedimientos, reducir o suprimir errores, acelerar exponencialmente la confección integral de los documentos, impactar de manera decisiva en la efectividad de los derechos en general y, más concretamente, en el principio de igualdad y en el principio de seguridad jurídica. (CHUMBITA, S. 2021: «Actividad procesal automatizada». En *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, t. II, 109-110)

En cuanto a la predicción, se trata de una IA que, basada en los datos que se le ingresan, establece cuál sería la posible solución para un determinado caso. Si bien es posible que se llegue a comprender el beneficio de la incorporación de la IA para automatizar algunas actividades, la cuestión de la predicción genera una gran desconfianza. Esto es así porque se teme que sea un robot el que tome decisiones, es decir, la llamada «deshumanización de la justicia». Es cierto que esto requiere sumo cuidado y que es importante destacar que la IA predictiva debe actuar como complemento de la labor del juez, quien es el que tendrá siempre la última palabra y el control.

... Las predicciones están atadas a probabilidades, aumentan la base de conocimiento de las personas y amplían el horizonte decisional, aunque también podrían reducirlo o sesgarlo negativamente. En derecho y en la Justicia, las predicciones o previsiones

se vinculan con diversos ámbitos. Mejorar las ganancias en las compañías de seguro, optimizar el cobro de las pólizas, alentar o desalentar la judicialización, combatir el abuso sexual infantil, y también optimizar o efectivizar los principios de seguridad jurídica, igualdad material, reducir las sentencias contradictorias, y mejorar la forma de detectar las personas en condiciones de vulnerabilidad, entre otros posibles usos. (CORVALÁN, J. G. 2021: «Interludio. Una era de oráculos artificiales». En *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, t. II, 91)

3.1. Usos de la IA en la Justicia

3.1.1. Países que usan IA en todo el proceso. ¿Un juez robot?

Hay dos países en los que se ha llegado a hablar de «un juez robot», es decir, la utilización de la IA en todo el proceso. Estos son China y Estonia. Sin embargo, y más allá de que en el caso de China la IA se muestre a través de un avatar con forma y actitudes humanas (se rasca, tose, etc.), lo cierto es que estos procesos se tratan más que nada de ejecuciones civiles de menor cuantía, donde la IA solamente comprueba la existencia de ciertos requisitos para concluir con algo similar a lo que sería una sentencia monitoria o de trance y remate. Además, en todos los casos es posible peticionar una segunda instancia, con revisión por parte de un juez humano (Gluckstein, C. 2019: «Robot Judges: Where's The Line?». *Mondaq Business Briefing*, 21 June 2019. Gale General OneFile).

3.1.2. Watson de IBM: Tribunal de Montgomery USA

El sistema Watson es utilizado en la corte de menores de Montgomery, Ohio. En este caso su uso está destinado a facilitar la tarea del juez, especialmente en asuntos que involucran a jóvenes con problemas de adicción. La IA es la encargada de «leer» los distintos informes sobre la situación de un menor, ya sea de los asistentes sociales, médicos, policía, etc., y elabora un resumen para el juez. Permite también que los jueces puedan recabar más información cuando lo consideren necesario. El resultado, según ha manifestado el Tribunal, es una mayor rapidez y seguridad, con el consiguiente beneficio para menores en riesgo (ibm.com/case-studies/Montgomery-county-juvenile-court, 9 marzo 2022).

3.1.3. En derecho penal

En el ámbito penal, la IA tiene numerosos usos y, tal vez, sean los más conocidos y también cuestionados. Aquí encontramos sistemas que actúan como predictores, ya sea de posibilidad de reincidencia (por ejemplo, Compas en Estados Unidos y Hart

en el Reino Unido) o de delitos (como Predpol y COMpstat 2.0 en Estados Unidos o VALCRI, en la Unión Europea). Estos, al igual que los sistemas de reconocimiento facial, han sido muy cuestionados por temas relacionados con la discriminación. Pero, más allá de esas objeciones, que son importantes y deben ser consideradas, resulta interesante destacar el caso de TrackChild, en la India, un sistema de reconocimiento que se encarga de buscar a niños reportados como desaparecidos y que ha sido de mucha ayuda en ese tipo de investigaciones (trackthemissingchild.gov.in). Otro uso es el Agente Encubierto Digital, legislado en España y Alemania, especialmente para actividades vinculadas al terrorismo y explotación sexual infantil. En este último tema, se destacó hasta este año Sweetie, un avatar que representaba a una niña de 10 años, creada por la ONG Terres des Hommes (<https://www.terredeshommes.nl/en/programs/sweetie>).

3.1.4. Prometea y Pretoria

Prometea «nació» en el año 2018. Su creador fue un equipo del Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Buenos Aires. Los objetivos principales se dirigieron a optimizar el trabajo de las fiscalías por medio de la automatización de tareas repetitivas y rutinarias, por un lado; y la predicción, elaborando dictámenes en forma automática, por el otro. Todo a través de un sistema de caja blanca. Desde su implementación, los resultados fueron muy positivos no solo en cuanto a la rapidez y seguridad, sino también respecto al factor humano, ya que los empleados se vieron despojados de tener que realizar tareas reiterativas, para pasar a llevar adelante otras más útiles y desafiantes. En cuanto a los números, a modo de ejemplo, en el año 2018 la producción de dictámenes en amparos habitacionales aumentó, según los casos, desde un 323 % a un 253 %, con una tasa de aciertos del 96 % (*Prometea. Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas*. <https://ialab.com.ar> › 2019/05 › prometea_oea, 10 marzo 2022).

PretorIa, por su parte, es el primer sistema predictivo utilizado por un tribunal superior, en este caso en Colombia. Surge a partir de la idea de Prometea, pero adaptada a la realidad y necesidades de la Corte Constitucional de ese país, para tratar especialmente amparos en cuestiones de salud. Efectúa lectura de sentencias y selecciona los casos prioritarios, elabora estadísticas y resúmenes en pocos segundos y realiza en dos minutos el trabajo que a un empleado le lleva noventa y seis días, con una efectividad del 95 % (<https://ialab.com.ar/pretoria/>, 10 marzo 2022).

4. ¿CÓMO SE PUEDE IMPLEMENTAR LA IA EN LA JUSTICIA CIVIL?

El proceso judicial es un conjunto de actos concatenados que deben efectuarse en cierto orden y respetando ciertos parámetros, a través de un expediente. Este se

va formando con la incorporación de escritos (en papel antes, electrónicos ahora), donde, por un lado, las partes hacen sus peticiones y, por el otro, el órgano judicial responde.

En materia civil, además, rige el principio dispositivo, donde las partes son las encargadas de dar impulso a la causa con la presentación de sus escritos, por medio de los cuales efectúan sus peticiones. Así, el tribunal actúa en respuesta a esas presentaciones, y lo hace a través de distintas formas, según el caso: providencias simples, sentencias interlocutorias o sentencias definitivas. Además, el tribunal también se encarga de efectuar ciertas notificaciones, y esto lo hace a través de cédulas, oficios, exhortos, como así también realiza actos de constatación, audiencias, certificaciones.

Teniendo esto en cuenta, y para considerar la implementación de la IA en la justicia civil, es necesario dividir las tareas que va a realizar el sistema en dos grupos, los cuales se corresponden con lo que vimos en los puntos anteriores: automatización y predicción.

En cuanto a las tareas de automatización, estas van a referirse a todos aquellos trabajos rutinarios, mecánicos y estandarizados que puedan concretarse a través de modelos prearmados o para control de datos.

Respecto a las tareas predictivas, la IA actuaría como colaborador del trabajo del funcionario, ya sea para la búsqueda de precedentes, o para la elaboración de proyectos de dictámenes y sentencias.

De acuerdo con lo que enseña la implementación de Prometea y PretorIA, para comenzar es importante destacar que se necesitan tres perfiles humanos: jurídico, en gestión y en datos, que, además, efectúen un trabajo en conjunto. Esto es importante de recalcar, ya que de nada sirve que cada parte trabaje por separado; es necesario que cada uno, desde su saber y sus necesidades, aporte a los demás sus conocimientos y se intercambien ideas, dudas, etc.

Como primer paso (siguiendo las pautas de los creadores de Prometea), se deberán identificar y cuantificar los procesos. Esto es, tomar nota, por ejemplo, de todas las tareas que se realizan desde que ingresa un escrito hasta que es proveído. Una vez hecho esto, se eliminarán todas aquellas que no sean estrictamente necesarias. Sobre las demás, se hará una selección de todas aquellas que pueden ser automatizadas, las que pueden automatizarse en parte y las que no pueden automatizarse. A partir de allí, se elegirán a cuáles se aplicará la IA y, respecto de ellas, a través del trabajo en conjunto, se elaborarán programas que vayan gestionando los distintos pasos, se confeccionarán modelos estandarizados, etc.

Por otro lado, se deberá comenzar la creación de una base de datos, con la detección de palabras claves para cada tipo de proceso. Esta base de datos deberá ser objeto de mediciones y supervisiones en forma permanente, para detectar cualquier tipo de sesgo negativo y corregir errores. Además, es importante que, para determinadas decisiones, cuando se involucran derechos humanos que puedan llegar a vulnerarse, se utilice un sistema de caja blanca.

5. CONCLUSIONES

La IA forma parte de nuestra vida cotidiana. No es algo de ciencia ficción o que vaya a ocurrir en un futuro lejano. Ignorar esta cuestión, por miedos o prejuicios, no es la solución. Al contrario, conocerla y entender cómo funciona nos hace conscientes de sus ventajas y sus riesgos.

En el ámbito del Poder Judicial, las experiencias de Prometea y Pretoria han mostrado que la incorporación de la IA mejoró los tiempos, ayudó a reducir errores y, por ende, tuvo como resultado un mejor desempeño. Esto dio una mayor seguridad, tanto para las personas que trabajan en los juzgados como para los usuarios.

Considerando el aspecto humano, dejar las tareas rutinarias y repetitivas a las máquinas redundará en una mejor situación para los trabajadores, que pueden dedicarse a hacer otras más importantes, más creativas y desafiantes.

Por otro lado, las actividades predictivas simplifican la labor de los que toman las decisiones. Esto es así porque se reducen los tiempos de búsqueda de antecedentes y es posible lograr una lista de resultados más completa y con menos errores en cuestión de segundos. Además, la elaboración de proyectos de dictámenes o resoluciones por parte de una IA en casos determinados, siempre con control humano final, también brinda mayor seguridad, al evitar las contradicciones.

Pero las ventajas que brinda la IA requieren, por otro lado, una mayor responsabilidad. Es necesario hacer un uso consciente de estos sistemas, con control permanente a fin de detectar y corregir sesgos, involucrando el trabajo en conjunto de operadores del derecho, especialistas en gestión y en manejo de datos. Además, deberá tenerse en cuenta en todo momento el objetivo principal: el resguardo de los derechos humanos.

ESTUDIOS

Bases doctrinales del control social del crimen y la violencia. Una mirada desde la realidad ecuatoriana actual

Doctrinal Bases of the Social Control of Crime and Violence. A Look from the Current Ecuadorian Reality

Pedro Enrique CASTELLANOS FUENTES

Docente Investigador. Instituto Superior Tecnológico Compu Sur. pcastellanos@itecsur.edu.ec; Alemania E3-57 y Guayanas, Quito, Pichincha, Ecuador; <https://orcid.org/0000-0001-5873-3272>; Licenciado en Derecho, Máster en Criminología, Abogado

Andy ROJAS JIMÉNEZ

Docente Investigador. Instituto Superior Tecnológico Compu Sur. arojas@itecsur.edu.ec, Portoviejo OE2-37 y Manuel Larrea, Quito, Pichincha, Ecuador, <https://orcid.org/0000-0001-6973-2996>; Licenciado en Derecho, Máster en Política Criminal, Especialista en Derecho Penal, Abogado

Yanier Senén ROQUE RODRÍGUEZ

Docente Investigador. Instituto Superior Tecnológico Compu Sur. yroque@itecsur.edu.ec, Alemania E3-57 y Guayanas, Quito, Pichincha, Ecuador, <https://orcid.org/0000-0002-0228-2692>; Licenciado en Derecho, Abogado

Recibido: 26/05/2022

Aceptado: 03/11/2022

Resumen

El control social proporciona una perspectiva compleja de las formas de lucha antidelictiva. El objetivo de la investigación es realizar una valoración histórica y teórico-doctrinal del control social y sus componentes, a través de un estudio crítico de la experiencia ecuatoriana en la lucha de la criminalidad, con vistas a su mejoramiento. Mediante un enfoque cualitativo y aplicando una revisión documental narrativa, se logra una aportación sistematizada de los instrumentos teórico-doctrinales imprescindibles para construir una teoría propia del proceso de control social de la criminalidad, contextualizada a la realidad ecuatoriana; concluyéndose la necesidad de reformular políticas efectivas de control social del crimen y la violencia en el país.

Palabras clave: control social; criminalidad; derecho penal; familia; prisión.

Abstract

Social Control provides a complex perspective of the forms of anti-crime fight. The objective of the research is to carry out a historical and theoretical-doctrinal assessment of Social Control and its components, through a critical study of the Ecuadorian experience in the fight against crime, with a view to its improvement. Through a qualitative approach and applying a narrative documentary review, a systematized contribution of the essential theoretical-doctrinal instruments is achieved to build a theory of the process of Social Control of crime, contextualized to the Ecuadorian reality; concluding the need to reformulate effective policies for the social control of crime in the country.

Keywords: social control; criminality; criminal law; family; prison.

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno criminal se encuentra estrechamente relacionado con el ámbito social, lo que sin duda alguna exige que la respuesta al mismo posea un componente que, aunque complejo, responda a las necesidades del entramado social en el que tiene lugar. El estudio del control social del hecho delictivo aparece en el ámbito de la criminología recientemente, dejando, como bien expone GARCÍA¹, a un lado las concepciones positivistas que ubicaban en el centro del fenómeno criminal al delincuente.

Las investigaciones existentes sobre control social representan un instrumento que no solo debe ser analizado desde el punto de vista del objeto de la criminología, sino que debe ser entendido también como una herramienta que permite abordar metodológicamente de manera diferente el fenómeno del crimen y la violencia. Es por ello que las acciones de control social constituyen o permiten reaccionar de mejor manera ante la criminalidad, y propone una perspectiva diversa que permite trabajar incluso desde el ámbito de la prevención. El enfoque que se defiende se sustenta no solo en la necesidad de enfrentar la delincuencia, sino, también, entender de mejor forma el funcionamiento y las bases que tiene el comportamiento delictivo.

1 GARCÍA, A. 2014: *Tratado de Criminología* (5.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 35.

El control social de la criminalidad permite realizar valoraciones de cómo se debe actuar ante el fenómeno criminal, pero también permite entender y aplicar a una realidad objetiva aquellos mecanismos de control que son necesarios para identificar posibles circunstancias o condiciones que permitan, igualmente, prevenir dichos comportamientos. Es así que el control social formal e informal constituyen sin duda algunas modalidades de gran relevancia que permiten enfrentar este fenómeno desde varias aristas; sin embargo, desde la perspectiva de esta investigación, se defiende el hecho de que el control social informal posee una mayor relevancia, lo que impone necesariamente estructurar una política en el ámbito de la sociedad que permita una reinserción de los sujetos sancionados por la comisión de un hecho delictivo, de mejor forma que en aquellas herramientas que usa el control social formal.

El sistema penal, elemento fundamental del control social formal, ha demostrado ser insuficiente y poco eficiente para reaccionar de manera adecuada a la criminalidad; por lo que se comparte el criterio de que el uso de la otra modalidad permite reducir en gran medida «la gravedad, pesadez y trascendencia del instrumento penal»². A pesar de que en el ámbito penal se han estructurado principios que suponen una mínima intervención de la aplicación de sus normas ante el fenómeno criminal, en la práctica, se evidencia continuamente que la política criminal se sustenta cada vez más en el Derecho Penal³; problema que solamente será superado cuando se realicen las modificaciones en la estructura de la sociedad que incida de manera positiva en las relaciones sociales.

Ello justifica la necesidad de la investigación, pues comprender esta realidad en el entorno ecuatoriano constituye la principal motivación. De esta forma, el problema de investigación es el siguiente: inexistencia de políticas efectivas de control social del crimen y la violencia en el Ecuador.

Por ello, se considera que es necesario buscar nuevas soluciones que sean más efectivas en el enfrentamiento de la violencia y el delito. Los estudios contemporáneos sobre control social de la criminalidad exigen articular los diferentes componentes del proceso, permitiendo identificar los diferentes fundamentos que posibiliten realizar de manera integral lo que se necesita, lo que se pretende realizar, con lo que es viable. Partiendo de esta idea, se plantea como hipótesis la siguiente: el examen de las bases doctrinales del control social permitiría enfrentar con mayor eficacia el crimen y la violencia en el Ecuador.

Ante ello, analizar teórica y doctrinalmente los principales componentes relativos al control social de la criminalidad en el contexto ecuatoriano constituye el principal objetivo del estudio.

2 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. 1998: Prólogo a Gema Varona: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, I.

3 ZALAMEA, D. 2017: *Del Derecho penal mínimo al Derecho penal estratégico: Una propuesta político criminal desde el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 69.

2. FUNDAMENTOS DOCTRINALES DEL CONTROL SOCIAL

2.1. Control social: aproximación conceptual

El término control social fue usado por primera vez, según BERGALLI⁴, hacia mediados del siglo XIX en los Estados Unidos de América, como consecuencia de la integración social que fue necesaria realizar ante los procesos de industrialización y migración. Se le atribuye al sociólogo Edward ROSS, quien lo empleó como respuesta a la necesidad de asegurar una armonía en la sociedad por medio de la integración de valores que tributarían a un adecuado tratamiento de las diversas dificultades que enfrentaba la sociedad norteamericana en dicho periodo.

Afirma HIKAL⁵ que el control social debe entenderse como el «conjunto de estrategias, que pretenden promover y garantizar el pacto del individuo a las normas comunitarias»; lo que sin duda reúne los principales elementos que distinguen a esta categoría, pues permiten entenderlo como un conglomerado de tácticas que tienen como finalidad sustancial lograr que una persona de manera voluntaria asuma el rol que le corresponde con respecto a los preceptos comunitarios. Sin embargo, la concepción de este autor carece de cuestiones importantes como desentrañar o establecer a quién le corresponde o posee la responsabilidad de delimitar dichas estrategias; u otros elementos de gran relevancia como la naturaleza de esos mecanismos y la voluntariedad del sujeto para acatar dichos preceptos.

ROBLES⁶ opina que el control social en realidad es el conjunto de mecanismos por medio del cual el Estado conserva y ejerce su poder público político sobre sus ciudadanos; reconociendo que categorías como poder y control social se retroalimentan y complementan continuamente. Sobre este particular, es ciertamente objetivo, al concebir el control social como una manifestación del poder que ejerce un Estado; sin embargo, aceptarlo en su totalidad implicaría restringir la complejidad y la amplitud de la naturaleza del instituto.

En parecido sentido se pronuncia TERRAGNI⁷, para quien el control social debe entenderse como un conjunto de instrumentos a través de los cuales se logra ejercer determinada influencia y presión sobre una o varias personas, con el objetivo de que se sometan a lo que previamente está establecido; mientras que ZAFFARONI⁸ reconoce

4 BERGALLI, R. 2005: «Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina. Pos-fordismo y control punitivo». *Revista Sociologías*, 2005, 13: 180-211 (183).

5 HIKAL, W. 2013: «Prevención social del crimen». *Derecho y Cambio Social*, 2013, 10, 34: 1-19 (2).

6 ROBLES, G. 2018: *Sociología del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 125.

7 TERRAGNI, M. A. 2014: *Manual de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*. Buenos Aires: La Ley, 216.

8 ZAFFARONI, E. R. 2017: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 62.

el control social de la criminalidad como una serie de instrumentos por medio de los cuales, en una sociedad determinada, se garantiza que el comportamiento de todas y cada una de las personas sea respetuoso con los estándares de conducta que previamente se encuentran reconocidos, tanto por el ordenamiento jurídico como por las normas y los valores morales.

Es menester comprender, como bien refiere GARCÍA⁹, que la definición de control social, históricamente, ha sido concebida como forma exclusiva y excluyente, pues la ambivalencia en su tratamiento ha generado que sea aplicada tanto para referirse a cuestiones de naturaleza política como a aspectos meramente relacionados con el fenómeno criminal. Lo cierto es que, si su uso o definición se estructura desde el ámbito sociológico, atribuyéndole una naturaleza política, claramente se vinculará el control social con el establecimiento y la regulación en la sociedad de normas de comportamiento; mientras que, si la subordinación es única y exclusivamente al ámbito criminal, se estaría empleando como variante que permite imponer normas como reacción ante el fenómeno delictivo.

2.2. Tipos de control social

Se han reconocido dos tipos, el informal y el formal. Afirma DÍEZ RIPOLLÉS¹⁰ que el control social informal constituye el conjunto de instrumentos de naturaleza primaria por medio de los que se controla, a partir de los órganos sociales, el comportamiento de sus individuos; mientras que el formal posee un carácter secundario, y se estructura a partir de aquellas instituciones que tienen la responsabilidad de actuar cuando el control social informal no ha tenido el efecto previsto.

El control social informal tiene lugar, según ARIAS¹¹, en el ámbito de la comunidad, y tiene como finalidad fundamental la de establecer reglas que permitan instruir a las personas, garantizando de esta forma la posibilidad de socialización de las mismas, mediante un proceso de concientización de las normas sociales y de la necesidad de acatar los valores imperantes aceptados como correctos por la colectividad. De esta forma se espera el respeto voluntario de dichas reglas, por lo que puede afirmarse que el convencimiento constituye la principal herramienta para lograr las conductas deseadas.

El control social formal es aquel conjunto de mecanismos que se crean y constituyen con la finalidad de proteger el orden establecido en la sociedad, teniendo un

9 GARCÍA, E. 2017: «Criminología crítica en América Latina: origen, problemas y perspectivas». En M. Viera (ed.): *Lecturas Complementarias sobre criminología*. La Habana: Ministerio de Educación, 175.

10 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2020: *Política Criminal y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 89.

11 ARIAS, H. 2017: *La comunidad y su estudio*. La Habana: Pueblo y Educación, 126.

carácter subsidiario, pues solamente se activa cuando el control social informal no ha logrado los objetivos esperados. Es por ello que se comparte el criterio de BARROS¹² cuando expresa que esta tipología de control no es otra cosa que una respuesta más enérgica ante la insuficiente capacidad del control informal en su tarea de persuadir a las personas de cumplir con las normas sociales establecidas.

El control social formal lo ejercen, en principio, los diversos órganos estatales que tienen reconocimiento y competencia jurídica para el ejercicio de la función represiva a través del empleo de la fuerza. La ejercen personas calificadas, profesionales especializados en el ámbito de la vigilancia y el control de aquellas conductas ejecutadas por personas en la sociedad, que son calificadas como peligrosas y contrarias al orden jurídico. Es así que, las diversas manifestaciones de las ciencias jurídicas constituyen el sistema por medio del cual dichos órganos y profesionales pueden ejecutar el control social formal.

Como parte de esta tipología, el control social penal adquiere especial relevancia, pues presenta los instrumentos y mecanismos de coerción que permiten la obediencia de la persona al imperio de la norma jurídica. Es el sistema punitivo el que se encarga de establecer aquellos comportamientos que son considerados como delito, siendo pertinente que la justicia penal no se encargue de reaccionar ante cualquier conducta desviada, sino que solo lo hace contra aquellos comportamientos que atentan contra los bienes jurídicos protegidos por el propio Derecho Penal, empleando para ello una relación de sanciones y procedimientos que obedecen a la necesidad de redireccionar el comportamiento de la persona.

Si bien ambas tipologías de control social son relevantes, es necesario comprender que, para que en una sociedad se logre un adecuado funcionamiento, debe lograrse una complementación entre el control social formal e informal. Ello se fundamenta en el hecho de que los fines de ambas instituciones son los mismos, ello es, lograr el equilibrio del orden colectivo, normas de comportamiento generalizadas adecuadas para todas las personas y el respeto de los individuos al orden jurídico establecido.

2.3. Competencia del control social

Es necesario que el individuo, la familia, la comunidad, el grupo social y la sociedad en su conjunto se comprometan en ejecutar todas las operaciones que sean necesarias a los efectos de dinamizar de manera coherente las actividades de todos en función de los individuos o grupos a los que se les ejecuta el control. MELOSSI¹³ coincide

12 BARROS, C. M. 2017: *El rol del Estado y su incidencia en la legitimidad en el uso de dispositivos de control en seguridad: El caso de la video vigilancia en Quito (ECU 911) Barrio La Mariscal durante el período 2012-2015*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador, 114.

13 MELOSSI, D. 2015: «Las estrategias de control social en el capitalismo». *OSERA: Observatorio Social sobre Empresas Recuperadas y Autogestionadas*, 2015, 11, 165-196: 175.

en que la prevención, represión y socialización son las tres categorías fundamentales de estrategias que pueden ejercerse en el ámbito del control social; aunque otros autores, como GALVANI y MOUZO¹⁴, IGLESIAS¹⁵ y VARONA¹⁶, consideran que aquellos mecanismos de mediación que permiten la reparación ante la vulneración de una norma jurídica, los procesos de educación tanto en el ámbito comunitario como al interior de los centros penitenciarios, así como aquellas políticas de resocialización, también deben ser consideradas como estrategias válidas de control social.

El control social informal se sustenta en el hecho de que el ser humano realiza sus actividades y adopta sus comportamientos en el ámbito de la sociedad, por ende, le corresponde a esta crear una serie de órganos y mecanismos que permitan actuar sobre cualquier desviación de los individuos a los efectos de mantener una convivencia pacífica. Uno de los elementos distintivos de esta tipología de control social es la ausencia de requerimientos formales, pues, ante la diversidad de conflictos que pueden sucederse diariamente, la actuación de los órganos de control social informal no posee normas procesales ni reglas escritas sobre la naturalidad con la que se debe actuar. Es por ello que la flexibilidad de dichas herramientas permite en la práctica la socialización, educación y prevención del fenómeno criminal, a través de la persuasión que se logra sobre los individuos de la sociedad.

Como parte del control social informal, en el ámbito normativo, la religión, como conglomerado de pensamientos o creencias de naturaleza divina, constituye un mecanismo singular de control, ya que establece reglas de comportamiento en el ámbito personal y social que, sustentadas en la práctica religiosa, permiten respetar determinadas normas de la comunidad. Tal como expresa RODRÍGUEZ¹⁷, en el ámbito religioso, los diversos grupos sociales están obligados a acatar determinados preceptos, tanto en el ámbito individual como en el familiar y comunitario, inclusive en sus relaciones con aquellas personas que no profesan la misma religión.

La moral constituye otro de los elementos del sistema normativo relacionado con el control social. Entendida como el conjunto de «las acciones de los sujetos, en la relación con los otros. Esto es, la responsabilidad con relación a sus acciones y las implicaciones en la relación con los otros, la corresponsabilidad en la construcción social»¹⁸,

14 GALVANI, M. y MOUZO, K. 2014: «La ‘resocialización’ carcelaria. Su permanencia y sus cambios». *Revista Voces*, 2014, 34, 89-95: 90.

15 IGLESIAS, G. A. 2017: *Los sentidos de la educación en cárceles en la política pública nacional*. Buenos Aires: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Argentina, 26.

16 VARONA, G. 2018: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, 28.

17 RODRÍGUEZ, C. 2016: *Influencia reguladora positiva del protestantismo en las relaciones sociales como agente de control social informal*. La Habana: Universidad de La Habana, 54.

18 BETANCURT, G. E. 2016: «La ética y la moral: paradojas del ser humano». *Revista CES Psicología*, 2016, 9, 1: 109-121 (110).

presupone sin duda alguna la capacidad que tiene el ser humano de comportarse de una u otra forma, en virtud de los valores éticos que construyen su personalidad.

El comportamiento moral constituye un acto consciente y voluntario, por medio del cual una persona exterioriza en la práctica, a través de su conducta, una norma ética o un valor moral determinado, siguiendo la formación que tiene o aquellos intereses que se esperan de su comportamiento. Es así que, a partir del acto moral, se pueden ejecutar los llamados juicios de valor, por medio de los cuales se analiza el cumplimiento o no, según los estándares establecidos por la colectividad, el respeto o no de los valores comunitariamente afectados.

Adicional a estos elementos del sistema normativo del control social, pueden referenciarse los llamados órganos de control social informal. MUNNÉ¹⁹ considera que las instituciones de esta tipología de control, delimitada en el ámbito familiar, educativo, religioso, se pueden identificar desde dos puntos de vista: desde aquellos órganos primarios, que ejercen sin duda alguna un mayor papel en el ámbito del control social, y los órganos secundarios, que son aquellas instituciones que, independientes del incremento de los grupos sociales, necesitan especializarse para regular con mayor carácter formal el comportamientos de uno o varios individuos.

Los órganos de control informal son aquellos «grupos, instituciones o mecanismos sociales que intervienen en la socialización»²⁰, dentro de los que se encuentran el núcleo familiar, los centros educativos, las instituciones para el ejercicio profesional, los centros religiosos, los instrumentos e instituciones de opinión pública, que en su generalidad ejercen un rol de innegable valor sobre el individuo.

La familia constituye el elemento fundamental por medio del cual se construyen y establecen relaciones entre la persona y la colectividad, por lo que, es claro que el entorno familiar permite construir los valores sustanciales que permiten al individuo dirigir su comportamiento en su interrelación con el resto de la sociedad. La familia permite moldear el carácter del individuo y le ofrece las herramientas primigenias para el proceso de socialización, lo que tiene lugar a través del proceso de formación de valores. En dicho grupo no solo se produce el fenómeno de la construcción de valores en el individuo, sino que también se ofrece la construcción o la educación en materia de antivalores, permitiéndole al individuo reconocer aquellos comportamientos que van contra la moral o el orden jurídico, siendo un ente preventivo de la criminalidad de innegable relevancia.

La escuela significa otro de los mecanismos de control social informal de indiscutible importancia. Los centros educativos no deben considerarse en la actualidad como meras instituciones que permiten el desarrollo intelectual exclusivo de los niños, adolescentes y jóvenes, sino que también deben convertirse en un centro de formación o

19 MUNNÉ, F. 1979: *Grupos, masas y sociedades. Introducción sistemática a la sociología general y especial*. Barcelona: Hermes, 145.

20 VÁZQUEZ, A. y SOÑORA, M. 2018: *El proceso de socialización y la formación de las orientaciones valorativas*. Buenos Aires: Hammurabi, 24.

reforzamiento de valores y normas de comportamiento, a partir del establecimiento de reglas conductuales que van forjando igualmente valores en la persona.

Unido a ello, los medios de comunicación constituyen otra de las instituciones de control social informal que ofrecen herramientas en la formación de valores o en su deformación, de gran impacto para el individuo. El contenido que se transmite a través de los diferentes órganos radiales, televisivos o prensa escrita impacta en las normas conductuales de los individuos, teniendo el poder de reforzar los valores o de construir comportamientos inadecuados, todo ello teniendo claridad sobre la capacidad que, según DÍEZ RIPOLLÉS²¹, tienen dichos medios en la generalización de reglas de comportamiento a partir de determinadas actitudes que se presentan en el contenido que se transmite en dichos mecanismos.

3. LAS NORMAS JURÍDICO-PENALES COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL SOCIAL FORMAL

3.1. Valoraciones generales sobre las normas jurídico-penales

Si bien se ha analizado lo relativo a la relevancia de los órganos de control social informal, en la práctica, han demostrado que no siempre logran conseguir el resultado deseado. La familia, la escuela, la religión, la comunidad, los medios de comunicación no logran definitivamente reforzar aquellas normas éticas y de comportamiento en el ámbito jurídico que permiten definitivamente reducir la criminalidad, especialmente en los países latinoamericanos. Es por ello que el control social formal tiene constantemente, y cada vez con mayor fuerza, que responder de manera subsidiaria a este fenómeno, y lo hace, precisamente, a través del Derecho Penal.

Las normas jurídico-penales permiten brindar a la colectividad cierto orden y estabilidad, favorecido por el conjunto de instrumentos y mecanismos que emplea a partir del carácter coercitivo de sus preceptos. Por ello se comparte el criterio expuesto por DE LA CRUZ²² de que «es la más formal y dramática manifestación del control social, no obstante muchas veces no es la más efectiva», y es que este tipo de normas tienen la capacidad, mediante el efecto de prevención general o especial y el carácter coactivo de sus disposiciones y órganos que la secundan, de ser mucho más agresivas que otros mecanismos reguladores del comportamiento social.

21 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2020: *Política Criminal y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 102.

22 DE LA CRUZ, R. 2019: «Control Social y Derecho Penal». *Revista Cubana de Derecho*, 2019, 25: 43-64 (46).

Sin embargo, como bien afirma MUÑOZ CONDE²³, las normas de esta naturaleza poseen un *plus* que agrava la actividad de control social, pues, si bien posee un efecto coactivo sobre el comportamiento de los individuos cuando califican como crimen, sigue siendo débil para garantizar que sean asumidos comportamientos respetuosos de la norma moral y del orden jurídico. Es por ello que estas disposiciones no son eficaces para reaccionar de manera adecuada ante la delincuencia, pues solamente se activará cuando el control social informal haya fracasado, actuando sobre la consecuencia y no sobre la causa de la desviación conductual.

En la práctica, cada vez más se acude a esta rama del Derecho para intentar controlar aquellos comportamientos que atentan contra bienes jurídicos relevantes de la sociedad, sustentado en el efecto coercitivo de sus normas, coincidiéndose con la postura asumida por ZAFFARONI²⁴ en torno al error de considerar que en el Derecho Penal se encuentra la solución a las diversas dificultades criminales que tienen lugar en la sociedad. Como consecuencia de ello surgen dificultades relativas a la criminalización de los problemas sociales, politización de la administración de justicia e incremento irracional de los tipos penales para responder a problemas sociales que pueden ser solucionados a través de otros mecanismos.

Es así que las normas jurídico-penales tienen una finalidad axiológica que permite fundamentarlas y justificar la reacción violenta del Derecho Penal ante el crimen, permitiendo proteger, en última instancia, la vulneración de bienes jurídicos tutelados penalmente. En virtud de ello, esta rama del Derecho permite proteger el armónico conjunto de relaciones sociales en un entorno determinado; orientar la conducta de las personas en aras de lograr y mantener ese orden social; y prevenir la comisión de cualquier conducta que genere perjuicio para la colectividad.

Por ello es claro que el Derecho Penal se erige como un mecanismo de control social formal que garantiza desde el mismo momento de la prevención no solo la posibilidad de evitar la posible comisión de crímenes, sino que, como bien afirma FERRAJOLI²⁵, debe preocuparse también por evitar la imposición de castigos injustos que afecten de igual manera la asimilación voluntaria de lo que se espera que realicen los miembros de la sociedad.

Adicional, es importante reconocer que no basta con las normas jurídico-penales para reaccionar ante el fenómeno criminal de manera eficiente. Es importante contar con un sistema penal que permita, desde su estructura y funcionalidad, responder a las necesidades y exigencias de dicho conglomerado de normas. BERGALLI²⁶

23 MUÑOZ CONDE, F. 2016: *Derecho Penal y Control Social. Sobre la función motivadora de la norma jurídico-penal*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 37.

24 ZAFFARONI, E. R. 2020: *Lineamientos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 65.

25 FERRAJOLI, L. 2018: *El Paradigma Garantista. Filosofía Crítica del Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 145.

26 BERGALLI, R. 1996: *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación: policía, jurisdicción y cárcel*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 32.

considera que este sistema debe ser considerado como un «complejo de momentos e instancias de aplicación del poder punitivo estatal, surgido al amparo de la construcción del Estado moderno».

En virtud de ello, el sistema penal debe ser concebido como aquel conjunto de elementos de naturaleza legal que se encuentran armónica y funcionalmente vinculados en el ámbito normativo, y con el apoyo de recursos e instituciones técnicas, financieras y humanas que permiten en la práctica ejecutar todo lo concerniente a medidas de política criminal de control social, como herramienta de reacción ante el fenómeno criminal. Ello delimita, indiscutiblemente, la interrelación que debe existir entre las normas jurídico-penales y el sistema penal para lograr, desde el control social formal, que las estructuras normativas y organizativas que se dan en este sentido actúen con la eficiencia requerida.

3.2. *Órganos de control social formal fundamentados en el sistema penal*

Para que las normas jurídico-penales y la estructura propia del sistema penal logren su objetivo de reaccionar como mecanismos de control social formal en el enfrentamiento a la criminalidad, es preciso contar con determinados presupuestos, órganos o agencias, que garanticen el cumplimiento de tales finalidades. BARATTA²⁷ afirma que pueden identificarse tres herramientas que permiten actuar como órganos de control social formal en el ámbito punitivo: los instrumentos a través de los cuales se promulgan normas en el ámbito legislativo por medio de las cuales se establecen aquellos comportamientos que atentan contra bienes jurídicos necesarios de tutela jurídica, que es a lo que ha dado en llamarse proceso de criminalización primaria; aquellas herramientas que han sido creadas para permitir la aplicación en la práctica de las referidas normas jurídicas promulgadas, que ha recibido el nombre de criminalización secundaria; y, en tercer lugar, aquellos mecanismos que han sido creados y establecidos en una sociedad, relativos a la ejecución de aquellas sanciones que han sido impuestas a las personas que han vulnerado las referidas normas promulgadas.

Con relación al primer mecanismo, vinculado con la actividad legislativa en el ámbito penal, su relevancia radica en la capacidad que tiene el ente promotor de normas jurídicas no solo para establecer aquellos comportamientos que adquieren la calificación de delitos o infracciones, por atentar contra bienes jurídicos tutelados penalmente, sino que también permite identificar cuáles son los órganos, reglas e instancias, con las competencias suficientes, para ejecutar todo el proceso penal tendente a identificar la vulneración y la sanción a imponerse.

27 BARATTA, A. 2016: *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 38.

En virtud de ello, es claro que aquellas personas que ejercen la función legislativa sean conocedores de aquellos intereses sociales, valores colectivos y bienes comunitarios que necesitan la protección de las normas jurídico-penales, y que, considerando igualmente su dominio sobre el ámbito de la política criminal, sean capaces de tutelar dichos bienes y valores acorde al momento y circunstancia que exige la realidad histórica en la que deben protegerse. A partir de ello, la actividad legislativa en el ámbito punitivo debe respetar principios de gran relevancia como los de lesividad, intervención mínima, subsidiariedad, ponderación, racionalidad, y otros tantos que permiten entender las normas nacidas de dicha función no como mera producción sin sentido, sino como necesidad imperante de reaccionar ante conductas desviadas que el control social informal no pudo enfrentar con eficacia.

Como parte de los mecanismos que en segundo lugar conforman estos órganos de control social formal en el ámbito punitivo, se encuentran aquellos que son creados para ejecutar los procesos ante la evidente vulneración de normas jurídico-penales o ante el riesgo de que sean violentadas. Es así que las fuerzas del orden en el ámbito policial, la policía judicial y las autoridades en el ámbito de las cárceles constituyen aquellos principales entes de ejecución que participan en los procesos investigativos, de ejecución de las penas y medidas impuestas a sujetos que violan la norma jurídica.

BUSTOS²⁸ refiere que la policía constituye uno de los primeros y más importantes órganos de control social formal, que debe ser considerado como una institución de naturaleza política, ya que encuentra su nacimiento y constitución en la voluntad del Estado; y además tiene un carácter militar, fundamentado en la capacidad organizativa, técnicas, métodos e instrumentos que utiliza para lograr su objeto. Se encarga de detectar e investigar cualquier tipo de comportamiento que tenga lugar al interior de la sociedad que atente contra las normas de convivencia social y atente contra cualquiera de los bienes tutelados, delimitándose así su esencia represiva.

Los órganos judiciales también participan como instituciones de control social formal: la fiscalía, estudios jurídicos de abogados defensores y los jueces, así como aquellos funcionarios técnicos que también participan y se relacionan con estos entes, constituyen sujetos que permiten identificar de manera definitiva si el comportamiento de una o varias personas configura el tipo penal establecido en la norma y, por ende, participan directamente en la decisión sobre el establecimiento de la sanción a partir de la conducta criminal demostrada.

Estos órganos judiciales deben ejecutar su función en estricto apego a la legalidad y respondiendo a principios fundamentales que eviten, como bien afirma LARRAURI²⁹, formar, a través del proceso de criminalización e imposición de penas, nuevos delinquentes, cuando la regla es someter a las personas a procesos judiciales injustos, a la

28 BUSTOS, J. 2015: «El control formal: policía y justicia (Capítulo XIII)». En R. Bergalli, J. Bustos, C. González, T. Miralles y A. de Sola (eds.): *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Temis, 63-94 (70).

29 LARRAURI, E. 2018: *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Trotta, 58.

imposición de sanciones crueles o irracionales o, incluso, al establecimiento innecesario de penas privativas de la libertad.

El sistema penitenciario constituye otro de los mecanismos de control social formal que actúan sobre el proceso de socialización del individuo. Esta instancia presupone la existencia de normas y procesos directamente vinculados con la ejecución de las penas de privación de la libertad, en lo concerniente a la ejecución y las instituciones y reglas que deben respetarse en los mismos. Se trata de un mecanismo que permite ejecutar aquellas medidas que han sido adoptadas por los órganos jurisdiccionales y que han sido llamadas por algunos procesos de victimización terciaria³⁰.

Este mecanismo de control social formal adquiere especial relevancia, pues es la instancia en la que el recluso extinguirá una pena y estará sometido a la restricción de un conjunto de libertades y derechos fundamentales, que implica, también, la responsabilidad de los órganos penitenciarios de implementar políticas de educación y socialización que permitan definitivamente un incremento de la posibilidad de la inserción del sujeto, una vez extinga su pena. Se conoce que la ineficacia en estas políticas tributa a la «reproducción del comportamiento y actitudes criminales»³¹, de ahí la necesidad de diseñar políticas eficaces.

3.3. *El control social del crimen y la violencia en Ecuador*

El papel de controlar el comportamiento de los miembros de la familia en la realidad ecuatoriana parte de una necesaria evaluación de la situación social y económica en la que se enmarca dicho órgano. En las últimas décadas el grupo familiar en el país ha sufrido innegables cambios y transformaciones, que no han sido en su generalidad para bien. Si bien con el proceso constituyente de Montecristi, que culminó con la promulgación de la Constitución ecuatoriana en el año 2008, se reconoce el papel primordial de la familia en el establecimiento de los procesos educativos y formación de valores en la realidad nacional, lo cierto es que las condiciones en las que se desarrollan las relaciones familiares han entorpecido enormemente la construcción positiva de valores que se traducen constantemente en un proceso de desviación de comportamientos, que se observan en la actualidad con gran fuerza.

Según datos expuestos por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) en la Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo realizada en el mes de julio del año 2021, la población total del Ecuador asciende a 17 704 728, de las que el 71.1 % se encuentra en edad para trabajar, de los cuales 4.3 millones de personas

30 GARCÍA, A. 1993: «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria: el penado como víctima del sistema legal». *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, XV: 287-315 (304).

31 ZAFFARONI, E. R. 1997: «La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo». *THEMIS: Revista de Derecho*, 1997, 35: 179-191 (181).

se encuentran sin empleo. Adicional, los años de escolaridad de los miembros adultos de la familia es menor o igual a dos años; el índice de pobreza nacional se ubica en el año 2020 en el 32.2 % del total de la población manteniéndose en ese porcentaje aproximadamente desde el año 2015, siendo mayor en años anteriores³².

Dicho indicador es también evidencia que el 4.1 % de la población nacional no ha asistido ni a educación básica ni bachillerato; el 3.3 % de la población que está en edad de acceder a la educación superior no lo hace por algún impedimento de naturaleza económica; el 13.8 % no ha podido lograr un objetivo de terminar un nivel educativo debido a razones de naturaleza financiera; el 3.3 % de la población infantil se encuentra realizando trabajos laborales; el 8.6 % del total de la población se encuentra en pobreza extrema; el 12.1 % no tiene acceso a servicios de agua potable de la red pública; el 3.8 % de las familias ecuatorianas viven hacinadas en viviendas de precarias condiciones.

A partir de todos estos datos puede observarse una afectación sustancial en aquellas condiciones que le permiten a las personas poder acceder a determinados servicios como vivienda, educación y otros de gran relevancia que permitan incidir de manera positiva en su comportamiento. Los estudios sobre violencia intrafamiliar han demostrado un crecimiento importante en torno a esta figura. Es así que, según datos aportados por la Fiscalía General del Estado, entre los meses de marzo y agosto del año 2020 se registraron un total de 11 404 casos de violencia psicológica contra la mujer o cualquier otro miembro del núcleo familiar; 2 515 casos de abuso sexual; 2 213 procesos por violación; 1 888 casos de violencia física en contra de las mujeres; datos que no han mejorado hasta el mes de agosto de 2021, pues, según informa este mismo órgano, hasta ese mes se han registrado en el país 499 víctimas de femicidio.

En el ámbito educativo, las instituciones de esta naturaleza tampoco han apoyado o implementado políticas eficientes que tributen a la construcción o reforzamiento de valores para el cumplimiento de normas morales o legales. El sistema educativo nacional carece de perfiles que permitan identificar los elementos sustanciales que generen un ingreso y egreso adecuado a los diversos niveles, pues, como bien expresan BARRERA, BARRAGÁN y ORTEGA³³, se omiten los «rasgos, características, conocimientos y procesos secuenciales, dentro del interaprendizaje, permitiendo una desarticulación y el evitar aquel anclaje de conocimientos»; lo que no garantiza que en el ámbito cognitivo o intelectual se construyan no solo conocimientos, sino valores de gran relevancia para el comportamiento de niños y adolescentes.

En este sentido, informes e investigaciones recientes identifican que en el sistema educativo nacional, si bien se han adoptado disímiles medidas para incrementar

32 ECUADOR, INEC. 2021: *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo*. Quito: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 15.

33 BARRERA, H. M.; BARRAGÁN, T. M. y ORTEGA, G. E. 2017: «La realidad educativa ecuatoriana desde una perspectiva docente». *Revista Iberoamericana de Educación*, 2017, 75, 2: 9-20 (19).

su calidad, en la práctica ello no se ha logrado, pues los diseños curriculares no han generado la información estadística necesaria para conocer el verdadero impacto de las directrices establecidas en las mismas; no logran concretarse datos suficientes sobre el impacto de cada programa educativo en el ámbito conductual de los niños y adolescentes; no existe voluntad política real por la perfección de los programas de estudio en que se incluya no solamente el objetivo de construir conocimientos, sino también valores, por lo que no se evidencia un real compromiso de la mayoría de los docentes en lograrlo, o en articular políticas y actividades que incluyan a la familia y la comunidad en la formación³⁴.

Los medios de comunicación en el Ecuador también han tenido un papel relevante en el ámbito del control social de la criminalidad. La Constitución ecuatoriana vigente reconoce el papel importante que tienen estos órganos de control social, estableciendo la obligación de que la norma jurídica instituirá las finalidades informativas, educativas y culturales de la programación y contenidos de estos medios, prohibiendo cualquier tipo de publicidad que tribute a generación de violencia, discriminación, racismo, toxicomanía, sexismo, intolerancia religiosa o política y cualquier otra que atente contra los derechos fundamentales de las personas (art. 19)³⁵.

Es menester señalar que, en la actualidad, los medios de comunicación han multiplicado a través de sus contenidos, y basados en razonamientos propios y alejados de la necesidad, comportamientos negativos, que se han traducido en muchas ocasiones, a través del miedo que infunden en la forma de publicar las noticias, en promulgación de normas jurídicas de naturaleza penal que responden a determinados intereses no siempre colectivamente aceptables³⁶.

Uno de los principales elementos que se incorpora a la deficiencia en la estructuración de mecanismos de control social en la realidad nacional es la inexistencia de estructuras en el ámbito de la comunidad que tributen a enfrentar y reducir los comportamientos criminales en cada espacio de la sociedad ecuatoriana. Si bien la propia Carta Magna ecuatoriana reconoce que es deber de la sociedad, la comunidad y el Estado velar por el adecuado cumplimiento de las responsabilidades para con los ciudadanos, en la necesidad de lograr armonía y orden social, en la práctica, no existen órganos a nivel comunitario lo suficientemente organizados que permitan identificar y enfrentar la delincuencia en cada comunidad.

Es así que no existe una infraestructura creada en el ámbito comunitario para prevenir comportamientos de esta naturaleza, ya que dicha función se le atribuye en exclusividad a la Policía Nacional del Ecuador — y más recientemente a los efectivos de

34 SUASNABAS, L. S. y JUÁREZ, J. F. 2020: «Calidad de la educación en Ecuador. ¿Mito o realidad?». *Revista Dominio de las Ciencias*, 2020, 6, 2: 133-157 (142).

35 ECUADOR, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 2008: *Constitución de la República*. Quito: Registro Oficial 449, art. 19.

36 GAIBOR, P. 2020: *Criminología mediática y victimología del miedo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 65.

la Fuerzas Armadas—, desentendiéndose las comunidades del rol importantísimo que tienen en la formación de valores morales y jurídicos y en el enfrentamiento a aquellos comportamientos desviados que son calificados como infracciones en el orden penal.

Otro de los elementos relevantes que se materializan en el ámbito ecuatoriano es la inexistencia de una política criminal que se estructure de manera funcional como parte del sistema de control social ante la criminalidad. Si bien existen medidas de naturaleza interna en el ámbito de las fuerzas policiales, no existe un diseño nacional, coherente, armónico, viable y razonado, de medidas que enfrenten las diferentes causas que generan la comisión de hechos delictivos en el Ecuador.

De ahí que la política penal ecuatoriana se ha caracterizado por un incremento sostenido de la reacción criminalizadora y represiva del Derecho Penal, frente a las conductas desviadas. Como consecuencia de ello, recientemente la Defensoría del Pueblo ha expresado su preocupación con relación al incremento sostenido y alarmante de la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar en el Ecuador; así como la aplicación de la sanción de prisión, ante cualquier tipo de comportamiento delictivo, cuando las autoridades judiciales hubieran podido encontrar otras tipologías reconocidas en la normativa nacional, y evitar de esa forma la llamada victimización terciaria.

Los datos oficiales evidencian que, hasta el año 2020, existía un hacinamiento en los centros carcelarios del país, pues de una capacidad instalada para 29 463 personas privadas de la libertad, existía una población carcelaria ascendente a 38 030 individuos, lo que evidencia una superpoblación en más de 8 000 personas, con los diversos problemas que se generan entre ellos y que culminó en el año 2021 con una crisis carcelaria en todos los Centros de Rehabilitación Social del país que desembocaron en amotinamientos que terminaron con la vida de más de setenta personas, situación que se mantiene hasta la fecha³⁷. En parecido sentido, se reconoce que aproximadamente al 75 % de las personas procesadas se les aplica medida cautelar de prisión provisional³⁸.

Todos y cada uno de estos elementos que han sido analizados de manera breve constituyen un panorama general del comportamiento de los mecanismos de control social en la realidad ecuatoriana. No existe una articulación adecuada en el Ecuador sobre aquellas herramientas de control formal e informal que tributen definitivamente a una reducción de la criminalidad. Como consecuencia de ello, en la práctica, la única respuesta que ha encontrado en las últimas décadas el Estado ecuatoriano para enfrentar el fenómeno criminal ha sido la de incrementar los tipos penales y las sanciones, lo que ya ha demostrado que no resulta efectivo en el enfrentamiento este fenómeno.

37 ECUADOR, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2020: *La Defensoría del Pueblo expresa su preocupación en relación a la posible violencia política en contra de la Prefecta de Pichincha y el uso excesivo de la prisión preventiva*. Quito: Defensoría del Pueblo, 37.

38 ECUADOR, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2021: *La prisión preventiva nuestro país no es la excepción, sino la regla*. Quito: Defensoría del Pueblo, 14.

El resultado es que el Ecuador terminó el año 2020 con la mayor tasa de inseguridad y violencia de la última década, con un total de 1 200 muertes violentas y una tasa de criminalidad del 7 % por cada 100 000 habitantes. La reacción a ello ha sido la aprobación por parte del Gobierno nacional del proyecto titulado «Fortalecimiento de la Policía Nacional para operaciones de orden público y seguridad ciudadana»³⁹, lo que evidencia una vez más una solución unidireccional y uninstitucional, obviando el resto de los mecanismos de control social que pueden, desde la planificación de la criminalidad en el país, apoyar tal tarea.

La inexistencia de mecanismos de control formal e informal armónica y coherentemente estructurados en la realidad nacional evidencia la necesidad de las autoridades gubernamentales nacionales de reflexionar sobre una nueva reinterpretación en materia de política criminal para el efectivo enfrentamiento a la delincuencia en el país. Ello impone dotar a los mecanismos de control ecuatorianos de las competencias y atribuciones necesarias que tributen definitivamente en un impacto real sobre la criminalidad.

4. CONCLUSIONES

El control social formal y el informal constituyen, de manera innegable, una de las herramientas de política criminal más importantes para incidir sobre el fenómeno de la criminalidad. De ahí que su articulación coherente y armónica, entre los diversos entes de una sociedad, ello es, familia, instituciones educativas, religiosas, comunidad, autoridades policiales, Estado, gobierno y otras, es presupuesto indispensable para enfrentar de manera exitosa la delincuencia.

Se logra constatar que en efecto los mecanismos de control social informal poseen una relevancia prioritaria con respecto a los formales; teniendo estos últimos carácter subsidiario pues solo se activan cuando los primeros han fallado en prevenir y enfrentar el fenómeno criminal. De ahí que los órganos desde los que se estructuran las políticas para enfrentar a la delincuencia deben articularse de manera armónica y eficiente, de forma tal que no sea necesario aplicar el Derecho Penal como respuesta primigenia al delito.

Sin embargo, se ha demostrado que, en efecto, las normas jurídico-penales, como mecanismo de control social formal, son consideradas como primera respuesta para enfrentar la criminalidad. El sistema penal continúa siendo objeto de asimilación por parte del ordenamiento jurídico nacional, para prevenir y enfrentar la delincuencia. A pesar de haber demostrado su ineficiencia, continúa el Estado asumiendo el rol

39 ECUADOR, MINISTERIO DE GOBIERNO. 2020: *Fortalecimiento de la Policía Nacional para operaciones de orden público y seguridad ciudadana*. Quito: Ministerio de Gobierno/ Policía Nacional, 9.

fundamental de dichos preceptos como mecanismo de control social de las infracciones a las normas de Derecho Penal.

En la realidad ecuatoriana, la inexistencia de mecanismos de control social formal e informal, así como la carencia de una política criminal adecuada que logre articularse con dichos mecanismos, trae como consecuencia el incremento sostenido de la delincuencia en el país. Los datos estadísticos lo reflejan. Se evidencia un gran desconocimiento por parte de las autoridades competentes para diseñar y ejecutar mecanismos de control social coherentes y eficientes, reduciéndose exclusivamente al reforzamiento de autoridades represivas como la Policía Nacional, evidenciando la necesidad de seguir profundizando el conocimiento sobre estas particularidades en aras de construir mecanismos mucho más integrales y multidisciplinarios.

Es imperativo, en el Ecuador, diseñar políticas y mecanismos de control social, con la participación activa de todos los órganos o agencias de control social formal e informal, que permitan de una vez por todas enfrentar el fenómeno criminal con fundamentos científicos y técnicos que tributen a su reducción progresiva.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS, H. 2017: *La comunidad y su estudio*. La Habana: Pueblo y Educación.
- ATIENZA, M. 1997: *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.
- BARATTA, A. 2016: *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- BARRERA, H. M.; BARRAGÁN, T. M. y ORTEGA, G. E. 2017: «La realidad educativa ecuatoriana desde una perspectiva docente». *Revista Iberoamericana de Educación*, 2017, 75(2): 9-20.
- BARROS, C. M. 2017: *El rol del Estado y su incidencia en la legitimidad en el uso de dispositivos de control en seguridad: El caso de la video vigilancia en Quito (ECU 911) Barrio La Mariscal durante el período 2012-2015*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador.
- BERGALLI, R. 1996: *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación: policía, jurisdicción y cárcel*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- BERGALLI, R. 2005: «Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina. Pos-fordismo y control punitivo». *Sociologías*, 2005, 13: 180-211.
- BETANCURT, G. E. 2016: «La ética y la moral: paradojas del ser humano». *Revista CES Psicología*, 2016, 9(1): 109-121.
- BUSTOS, J. 2012: *Control social y sistema penal*. Bogotá: Temis.
- BUSTOS, J. 2015: «El control formal: policía y justicia» (capítulo XIII). En R. Bergalli, J. Bustos, C. González, T. Miralles y A. de Sola (eds.): *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Temis, 63-94.
- CANTERAS, A. 1993: «El método de atrición como técnica evaluativa de la aplicación del derecho». En R. Bergalli: *Sentido y razón del derecho: enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*. Barcelona: Hacer Editorial, 239-246.
- CASTILLO, M. 2015: *Miedo, control social y política criminal*. Jaén: Universidad de Jaén.

- CID, J. y LARRAURI, E. 2017: *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch.
- DE LA CRUZ, R. 2019: «Control Social y Derecho Penal». *Revista Cubana de Derecho*, 2019, 25: 43-64.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. 1998: Prólogo a Gema Varona: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2002: «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2002, 1(103): 63-97.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2020: *Política Criminal y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente. 2008: *Constitución de la República*. Quito: Registro Oficial 449.
- ECUADOR, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2020: *La Defensoría del Pueblo expresa su preocupación en relación a la posible violencia política en contra de la Prefecta de Pichincha y el uso excesivo de la prisión preventiva*. Quito: Defensoría del Pueblo.
- ECUADOR, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2021: *La prisión preventiva nuestro país no es la excepción, sino la regla*. Quito: Defensoría del Pueblo.
- ECUADOR, INEC. 2021: *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo*. Quito: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.
- ECUADOR, MINISTERIO DE GOBIERNO. 2020: *Fortalecimiento de la Policía Nacional para operaciones de orden público y seguridad ciudadana*. Quito: Ministerio de Gobierno/Policía Nacional.
- FERRAJOLI, L. 2016: *Derecho penal mínimo y otros ensayos*. México: Comisión Estatal de Derechos Humanos.
- FERRAJOLI, L. 2018: *El Paradigma Garantista. Filosofía Crítica del Derecho Penal*. Madrid: Trotta.
- GAIBOR, P. 2020: *Criminología mediática y victimología del miedo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- GALVANI, M. y Mouzo, K. 2014: «La 'resocialización' carcelaria. Su permanencia y sus cambios». *Voces*, 2014, 34: 89-95.
- GARCÍA, A. 1993: «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria: el penado como víctima del sistema legal». *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, XV: 287-315.
- GARCÍA, A. 2014: *Tratado de Criminología* (5.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA, E. 2017: «Criminología crítica en América Latina: origen, problemas y perspectivas». En M. Viera: *Lecturas Complementarias sobre criminología*. La Habana: Ministerio de Educación, 125-186.
- HERNÁNDEZ, R.; FERNÁNDEZ, C. y BAPTISTA, P. 2014: *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill/Interamericana Editores.
- HIKAL, W. 2013: «Prevención social del crimen». *Derecho y Cambio Social*, 2013, 10(34): 1-19.
- IGLESIAS, G. A. 2017: *Los sentidos de la educación en cárceles en la política pública nacional*. Buenos Aires: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Argentina.
- LARRAURI, E. 2018: *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Trotta.
- LEZCANO, L. 2016: *La Regla de Ocha o Santería como control social informal*. La Habana: Universidad de La Habana.
- MELOSSI, D. 2015: «Las estrategias de control social en el capitalismo». *OSERA: Observatorio Social sobre Empresas Recuperadas y Autogestionadas*, 2015, 11: 165-196.
- MORILLAS, L. 2002: «Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, 4: 1-23.

- MUNNÉ, F. (1979): *Grupos, masas y sociedades. Introducción sistemática a la sociología general y especial*. Barcelona: Hermes.
- MUÑOZ CONDE, F. 2016: *Derecho Penal y Control Social. Sobre la función motivadora de la norma jurídico-penal*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- ROBLES, G. 2018: *Sociología del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- RODRÍGUEZ, C. 2016: *Influencia reguladora positiva del protestantismo en las relaciones sociales como agente de control social informal*. La Habana: Universidad de La Habana.
- ROSS, E. A. 1910: *Social Control: A survey of the Foundations of orders*. New York: The Macmillan Company.
- RÖSSNER, D. 2018: «Los imprescindibles deberes del derecho penal en el sistema de control social (elementos de una teoría intercultural del Derecho Penal)». *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2018, 9: 153-180.
- SILVA, J. M. 2012: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Montevideo: Edifitorial B de F.
- SUASNABAS, L. S. y JUÁREZ, J. F. 2020: «Calidad de la educación en Ecuador. ¿Mito o realidad?». *Dominio de las Ciencias*, 2020, 6(2): 133-157.
- TERRAGNI, M. A. 2014: *Manual de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*. Buenos Aires: La Ley.
- VARONA, G. 2018: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares.
- VÁZQUEZ, A. y SOÑORA, M. 2018: *El proceso de socialización y la formación de las orientaciones valorativas*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ZAFFARONI, E. R. 1997a: «La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo». *THEMIS: Revista de Derecho*, 1997a, 35: 179-191.
- ZAFFARONI, E. R. 2017b: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. 2020: *Lineamientos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- ZALAMEA, D. 2017: *Del Derecho penal mínimo al Derecho penal estratégico: Una propuesta político criminal desde el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género: un reto para el poder judicial salvadoreño

Access to Justice for Women who Suffer Gender-Based Violence: A Challenge for the Salvadoran Judiciary

Morena Guadalupe QUINTANA MARXELLY

Doctorado en Derecho (1.ª edición) por la Universidad Americana, UAM (Nicaragua) y la Universidad de Salamanca, España. Máster en Derecho Internacional, Derecho Comunitario y Comercio Internacional. Conferencista Nacional e Internacional en materia de justicia y género.

Universidad Americana (UAM)

Nicaragua

mgquintana@uamv.edu.ni

ORCID No. <https://orcid.org/0000-0003-4633-8771>

Recibido: 01/09/2022

Aceptado: 14/11/2022

Quando creíamos que teníamos todas las respuestas,
de pronto, cambiaron todas las preguntas.

Mario Benedetti.

Resumen

Esta investigación contiene un análisis que vincula estudios de género y administración de justicia en El Salvador. Presenta un problema sociojurídico sobre las barreras en el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género, enfocándose en los derechos fundamentales de la mujer en el curso y resolución de procesos judiciales. Se sostiene la metodología jurídica de análisis de género, en cuanto herramienta eficaz para impartir justicia a la luz de estándares internacionales y constitucionales sobre derechos humanos y aplicación del principio de igualdad. Produciendo este estudio en el marco de la formación Doctoral de esta autora. Se aborda esta problemática desde la ciencia del derecho, apoyándose en fuentes doctrinales, jurisprudenciales y legislativas en materia de derechos humanos.

Se presenta en esta investigación el argumento fundamental de considerar una figura legal que unifique la incorporación del género en todo el proceso judicial, desde la calificación del delito, la valoración de la prueba y el fallo judicial y así dar mayor certeza y seguridad jurídica a las mujeres al pie de igualdad que los hombres.

El estudio concluye proponiendo algunos criterios básicos para la implementación de la perspectiva de género en la administración de justicia.

Para sustentar posiciones en este artículo, se analiza la realidad en la que la autora se desempeña: El Salvador. Pero también se retoman las buenas prácticas de aplicación de justicia en otros contextos legales como México, Chile, Guatemala y Nicaragua. Para que puedan ser retomadas para garantizar el debido proceso de los derechos de las mujeres hacia una sociedad igualitaria en donde el derecho y la justicia sirvan como instrumentos de paz para la construcción de una cultura de legalidad y de protección

Abstract

This research contains an analysis that links gender studies and the administration of justice in El Salvador. It presents a socio-legal problem on the barriers in access to justice for women victims of gender violence, focusing on the fundamental rights of women in the course and resolution of judicial processes. It is argued that the legal methodology of gender analysis, as an effective tool to impart justice in light of international and constitutional standards on human rights and application of the principle of equality. Producing this study within the framework of the doctoral training of this author. This problem is addressed from the science of law, based on doctrinal, jurisprudential and legislative sources on human rights.

This research presents the fundamental argument of considering a legal figure that unifies the incorporation of gender throughout the judicial process, from the classification of the crime, the assessment of the evidence and the judicial ruling and thus give greater certainty and legal certainty to women on an equal footing with men. The study concludes by proposing some basic criteria for the implementation of the gender perspective in the administration of justice.

To support positions in this article, the reality in which the author works is analyzed: El Salvador. But the good practices of applying justice in other legal contexts are also taken up, such as Mexico, Chile, Guatemala and Nicaragua. So that they can be taken up again to guarantee the due process of women's rights towards an egalitarian society where law and justice serve as instruments of peace for the construction of a culture of legality and protection of the rights of human beings. Pretending to enhance the role of the judiciary with the use of gender analysis as a tool to administer justice in light

de los derechos de los seres humanos. Pretendiendo enaltecer el rol de la judicatura con la utilización del análisis de género como herramienta para administrar justicia a la luz de estándares jurídicos internacionales sobre los derechos humanos.

Palabras clave: justicia; género; discriminación; impunidad; acceso a la justicia.

of international legal standards on Human Rights.

Keywords: justice; gender; discrimination; impunity; access to justice.

La violencia contra la mujer es quizás la violación de derechos humanos más vergonzosa. Y es quizás la más generalizada. No conoce ningún límite de geografía, cultura o riqueza. Siempre que siga, no podemos alegar estar logrando avances reales hacia la igualdad, el desarrollo y la paz.

Citando a Kofi Annan (ONU, 1999)

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se propone reflexionar sobre la importancia de aplicar la perspectiva de género en los procesos de la administración de justicia salvadoreña. Siendo este un gran desafío, ya que corresponde a la judicatura salvadoreña desplegar todo el enfoque protector a las personas en situación de vulnerabilidad, en especial a las que históricamente han sido discriminadas y que han sufrido desigualdades por razón de su género: las mujeres.

Es por ello que esta autora sostiene la tesis de que, en el contexto salvadoreño, el problema no es causado por las leyes vigentes, sino que es un problema de aplicación de la Ley, el cual es agravado en los casos de violencia contra las niñas, adolescentes y mujeres con principal impacto en sus familias. Todo ocasionado, según hallazgos de esta investigación, por la ineficacia en la interpretación de las formulaciones del Derecho positivo.

Este trabajo pone de relieve un problema complejo, siendo que en la praxis judicial salvadoreña se observa, según hallazgos de este estudio, la ausencia de la perspectiva de género en todas las etapas del proceso, ocasionado por el desconocimiento o por la ignorancia sobre la utilización de la metodología del análisis de la perspectiva de género en un caso concreto, por lo que el judicial no verifica la existencia de las categorías sospechosas de discriminación ni la condición de vulnerabilidad de las mujeres por razón de su género.

No obstante que el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia es un derecho humano, reconocido desde preceptos constitucionales y supranacionales, al igual que el derecho a la igualdad y no discriminación, según expertos, esta materia ha sido poco analizada.

Precisamente por eso surge la pertinencia de esta investigación para buscar las respuestas al problema de estudio sobre: ¿Cuáles son las barreras en la respuesta judicial y en el debido proceso en el contexto del Derecho salvadoreño que obstaculizan a las mujeres el acceso de jure y de facto a los recursos judiciales idóneos y efectivos?

Resultando que el problema se origina porque hasta el momento no se ha elaborado en la doctrina, un método uniforme, con una figura jurídica o un protocolo, para analizar el fenómeno jurídico con perspectiva de género, y así evitar que se produzcan decisiones judiciales permeadas con estereotipos discriminatorios, lo cual tiene graves efectos negativos de desigualdad y discriminación en la vida de las mujeres y sus familias.

A pesar de los diferentes esfuerzos realizados por El Salvador para reconocer jurídicamente el grave problema de violencia contra las mujeres, resulta, según hallazgos de esta investigación, que la respuesta judicial no es suficiente.

Así lo reitera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su *Informe de acceso a la justicia a las mujeres* expone que «Existe una gran brecha entre la incidencia, la gravedad del problema y la calidad de la respuesta judicial ofrecida» (CIDH, 2007, p. VIII).

Según lo han expuesto numerosos estudios en la región latinoamericana, la violencia contra la mujer es un grave problema de violación de humanos, es como una pandemia que permea toda la sociedad y destroza no solo la vida de la mujer misma, sino que impacta principalmente en su familia y en toda la nación.

En efecto, los avances en la respuesta a la violencia contra las mujeres en el contexto del Derecho salvadoreño, ya sea desde leyes, políticas, jurisprudencia, doctrina; este flagelo continúa siendo una amenaza a los derechos humanos, la salud pública, la seguridad ciudadana y la autonomía física, política y económica de un sector históricamente discriminado: las mujeres. Siendo los niveles de violencia que enfrentan las mujeres salvadoreñas inaceptables.

Tal y como lo sugieren las doctoras Yamila GONZÁLEZ FERRER (2020), quien cita a la magistrada KEMELMAJER DE CARLUCCI (2019), precisa sobre: «Las consecuencias específicas que tienen para las mujeres las actuaciones basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, las que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente en prácticas, específicamente en el razonamiento de las autoridades» (GONZÁLEZ FERRER, 2020, p. 77).

Por ello, se propone como argumento principal para atender esta problemática considerar una figura legal, una herramienta que permita unificar la visión de género en todo el proceso judicial, que integre una metodología clara en materia de igualdad de género para interpretar los hechos de una manera neutral y sin estereotipos discriminatorios al momento de la decisión judicial para garantizar el debido proceso en el abordaje de la interseccionalidad que representa esta materia.

Asimismo, que responda a los problemas detectados que impiden el acceso a la justicia a las mujeres desde cualquier rama del Derecho, ya que la misma permea todo el sistema y así hacer realidad el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución y

en tratados internacionales en materia de DD. HH. y género. Por consiguiente, reducir la brecha significativa existente entre la teoría y la práctica hacia el ejercicio efectivo de la tutela de los derechos de las mujeres y la erradicación de la violencia de género.

El presente trabajo se estructura en tres tópicos, con el objetivo de analizar las fragilidades normativas, jurisprudenciales y doctrinales en la respuesta judicial y en el debido proceso salvadoreño y poner en relieve el problema fundamental de los obstáculos de acceso a la justicia que sufren las mujeres por razón de género.

Para la consecución del objetivo general se han planteado los siguientes objetivos específicos: 1. Analizar el marco jurídico nacional y supranacional que protege los derechos humanos de mujeres contra la violencia de género. 2. Conceptualizar qué significa administrar justicia con perspectiva de género para que sirva de fundamento para la elaboración de un protocolo en clave de género para que se pueda aplicar en la práctica jurídica de El Salvador. 3. Analizar cuáles son las barreras normativas, jurisdiccionales y doctrinales en el sistema jurídico salvadoreño que obstaculizan a las mujeres el acceso de jure y de facto a recursos judiciales efectivos.

Las ideas presentadas y los resultados de este trabajo se sustentan en una investigación de tipo cualitativo y teórico, con empleo de los siguientes métodos de investigación, elaborados por VILABELLA ARMENGOL (2016): el método análisis-síntesis ha servido para hacer interpretaciones de las normas legales y emitir juicios de opinión sobre su aplicación práctica y definir brechas que tiene la justicia de El Salvador en materia de género; el método inductivo-deductivo ha permitido hacer análisis inductivos sobre la actuación judicial y deducir las causas de las mismas para proponer medidas correctivas; el método de Derecho comparado permitió tomar referentes de protocolos de actuación y guías para aplicar justicia con perspectiva de género en los procesos judiciales de El Salvador; y el método de la observación participativa de la autora permitió incorporar a este escrito afirmaciones sobre la práctica judicial de El Salvador con base en la experiencia que acumula esta autora por su desempeño en el sector policial de este país. La técnica de investigación empleada ha sido la documental.

El actual trabajo se propone orientar la utilización del análisis del género como una metodología clara, como guías de actuación en materia de igualdad para interpretar los hechos de una manera neutral y sin estereotipos discriminatorios al momento de la decisión judicial para garantizar el debido proceso en el abordaje de la interseccionalidad que esta materia representa.

Al fin planteado es necesario visibilizar los prejuicios y estereotipos discriminatorios en las labores de investigación, persecución y sanción en los procesos judiciales, buscando remover los obstáculos para dar mayor certeza y seguridad jurídica a las mujeres en pie de igualdad que los hombres.

Desde este momento se adelanta, como hallazgo de esta investigación, que en la práctica jurisdiccional de El Salvador se observan decisiones judiciales permeadas de estereotipos de género, discriminatorios hacia las mujeres solo por el hecho de haber nacido mujer. Estereotipos que no permiten verificar la situación de vulnerabilidad de la mujer en los procesos judiciales y dotarla de las garantías procesales con base en el principio de igualdad y no discriminación.

Al respecto nos preguntamos ¿será que la justicia no tiene rostro de mujer? En palabras de BALBUENA (2004):

El acceso a la justicia constituye un derecho fundamental que nace en una de las fundamentales obligaciones del Estado, que es la de atender al ciudadano o ciudadana que recurre a los órganos jurisdiccionales para que protejan sus derechos vulnerados o amenazados. El derecho al acceso a la justicia es un componente del debido proceso y es considerado, por tanto, un derecho fundamental. (p. 3)

Evidenciándose, según hallazgos de este estudio, que en El Salvador continúan produciéndose sentencias que carecen de la perspectiva de género y que discriminan a la mujer por razón de su género, es que, en la respuesta judicial, al momento de hacer efectivos los derechos de las mujeres se ignora la visión de género.

En función de lo anterior, podría afirmarse que existe una clara vinculación entre los estereotipos, el género, la desigualdad, la discriminación y la violencia contra la mujer, lo cual se observa en prácticas judiciales discriminatorias que perpetúan y refuerzan la desigualdad en la vida de las mujeres salvadoreñas y sus familias. En efecto, según lo expone la magistrada POYATOS MATAS: «Si una sociedad mide con el mismo rasero a los desiguales, genera más desigualdad» (POYATOS MATAS, 2019, p. 1).

Por lo que este es un trabajo original y novedoso para El Salvador, porque no se encuentran estudios precedentes que analicen este tema puntual; si bien, se ubica jurisprudencia nacional que permite el análisis en estudios elaborados por la Corte Suprema de justicia de El Salvador (2021), en *Compilación y Análisis de criterios Jurisprudenciales sobre una vida libre de violencia para mujeres y niñas*. No obstante, según hallazgos de este estudio, se observó que el esfuerzo es aún incipiente.

En Derecho Comparado se observan buenas prácticas de aplicación de la Justicia con perspectiva de género, de las cuales este estudio retoma principalmente las desarrolladas desde la Jurisprudencia de México, Chile, Cuba, Argentina, Guatemala, Nicaragua, quienes a la luz de la jurisprudencia y normativa del Sistema Interamericano han incorporado como metodología de análisis el género en las decisiones judiciales para garantizar el debido proceso de los derechos de las mujeres hacia una sociedad igualitaria. Asimismo, el modelo de protocolo propuesto por la Cumbre Judicial Iberoamericana (2013).

Con ello, quedan en evidencia las barreras en el acceso a la justicia de las mujeres que sufren violencia por razón de su género. Podemos apreciar, a lo largo de esta investigación, que la igualdad sigue siendo una quimera para la mayoría de mujeres de El Salvador. De lo que se trata es de frenar esta problemática. En este sentido, la responsabilidad se encuentra del lado del poder judicial salvadoreño.

Ofrecer una solución a esta grave problemática que sufren las mujeres salvadoreñas representa grandes retos para el poder judicial, quien hoy tiene relevantes oportunidades sobre su mesa para construir un discurso por la igualdad real, impulsando una figura legal clara con la creación de un protocolo que incorpore criterios de aplicación del principio de igualdad, seguridad jurídica y no discriminación en todo el proceso

judicial para «juzgar con perspectiva de género», en donde se clarifiquen las categorías sospechosas de discriminación hacia las mujeres y se establezcan los criterios claros para ponderar derechos y ofrecer argumentos para aplicar el derecho que más favorezca a la persona sin ningún tipo de discriminación, configurando un nuevo Derecho familiar y materialización de la tutela efectiva de los derechos de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y discriminación.

Es oportuno mencionar que, en los informes y estudios analizados en este trabajo, se reiteran las voces de las víctimas y los familiares, clamando justicia y señalando que en muchos casos, cuando acuden en búsqueda de justicia, son objeto de nuevos malos tratos y discriminación por parte del sistema de justicia penal.

Sobran razones para sostener que el reto actual para juristas y la academia es el de romper con los paradigmas androcéntricos de la dogmática tradicional, para buscar la aplicación de la perspectiva de género desde el derecho, a la luz de la supranacionalidad de los estándares jurídicos internacionales y de control de convencionalidad en materia de derechos humanos en condiciones de igualdad de género, con la incorporación de la visión de género como una respuesta a la grave problemática de violencia de género que a diario sufren mujeres, adolescentes, niñas y sus familias frente al machismo de sus agresores.

En donde el derecho y la justicia sirvan como el principal instrumento de paz y de seguridad jurídica para las mujeres salvadoreñas y sus familias.

2. MARCO JURÍDICO NACIONAL Y SUPRANACIONAL QUE PROTEGE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Empezaré por considerar que en el contexto jurídico salvadoreño la administración de justicia cuenta con un marco jurídico nacional y supranacional para la protección de los derechos humanos de las mujeres, siendo que cuenta con Principios Constitucionales, leyes especializadas y ha ratificado los distintos convenios internacionales y regionales.

Comenzando con su Constitución Política (1983), que en los arts. 3 y 180 establece la protección de los derechos de las mujeres salvadoreñas desde principio a la igualdad y principio a la no discriminación por género.

El tema de la mirada de la mujer en el Derecho, según numerosos estudios, es algo muy reciente. En El Salvador, debemos tomar en cuenta que no fue sino hasta 1950 que se reconoció constitucionalmente el derecho al voto a las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres, tal como lo plantea el artículo 22 de dicha Constitución: «Son ciudadanos todos los salvadoreños sin distinción de sexo mayores de 18 años» (Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983). De lo anterior, se colige que la mujer salvadoreña se vio negada a ejercer sus derechos ciudadanos hasta 1950, que la condición de ciudadano solamente correspondía hasta hace 72 años a los hombres.

Asimismo, El Salvador cuenta con leyes especializadas de protección de los derechos de las mujeres como: la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres (2011), el Código de familia (1993), la Ley de Igualdad y Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las mujeres (2011), La Ley Especial contra la Trata de Personas (2014), entre otras, las cuales desarrollan los tratados internacionales en materia de protección de los derechos de las mujeres ratificados por El Salvador. Por otra parte, es importante señalar que se cuenta con una política nacional de las mujeres (2011), la cual desarrolla los compromisos adquiridos por el Estado.

También, El Salvador crea en el año 2016 la Jurisdicción Especializada para una Vida libre de Violencia y Discriminación para las mujeres, según Decreto Legislativo n.º 286, para cumplir con los compromisos adquiridos por El Salvador en la legislación nacional e internacional para garantizar los derechos de las mujeres salvadoreñas.

Resultando que a nivel legal se han expedido variedad de leyes que buscan, desde diversos puntos de vista, eliminar la brecha histórica y cultural que existe en el país entre mujeres y hombres. Asimismo, se han adoptado medidas legislativas y jurisprudenciales en temas económicos, laborales, de protección de maternidad, de acceso a cargos públicos, del derecho a una vida libre, de violencia y discriminación, de igualdad y oportunidades, entre muchas otras. Por supuesto, también se encuentra legislación referente a la violencia contra la mujer y las formas para combatirla.

En el plano internacional, El Salvador ha suscrito convenios internacionales para la protección de los derechos de las mujeres; en tal sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969).

En este sentido, El Salvador ha suscrito distintos tratados y convenciones como parte de sus compromisos en materia de derechos humanos, de los cuales se destacan la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1953; la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967; la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer, más conocida como CEDAW (ONU, 1979), en vigor desde 1981. Respecto de la CEDAW, cabe mencionar que El Salvador no ratifica aún el Protocolo Facultativo de esta Convención que data del año 2001; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer-Convención de Belém do Pará.

Este marco normativo internacional, integrado al ordenamiento jurídico nacional por fuerza del precepto 144 de la Constitución Política, se armoniza con las obligaciones convencionales suscritas por El Salvador ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde la cláusula general de protección y garantía que corresponde a los Estados parte por conducto de sus agentes frente a sus ciudadanos.

De manera que se cuenta con un marco jurídico nacional y supranacional que protege los derechos humanos de las mujeres contra la violencia de género, los cuales tienen como fuentes no solo normas jurídicas de obligatorio cumplimiento para el Estado, sino también instrumentos jurídicos no vinculantes, como las declaraciones internacionales, las reglas generales, los principios y las opiniones consultivas, que, en tanto desarrollan el contenido y alcance de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, también son un referente necesario.

Adicionalmente, todos los tratados internacionales antes expuestos, al estar debidamente ratificados por El Salvador, forman parte integrante del ordenamiento jurídico interno. En consecuencia, deben ser utilizados como fundamentos normativos para proteger a las mujeres salvadoreñas de cualquier tipo de discriminación o violencia a nivel nacional. No obstante, del análisis de diversas fuentes se extrae que, en la práctica jurisdiccional, poco se hace uso de estos, porque han sido considerados como declaraciones de buena voluntad.

En este orden de ideas, hay que tomar en cuenta que todos los documentos antes citados contienen principios generales del Derecho Internacional y normas de *ius cogens* que, al tratarse de normas imperativas que no admiten práctica, en contrario, los Estados no pueden dejar de cumplir. Y siendo el acceso a la justicia un principio básico del Estado de Derecho y la ausencia del mismo provoca que las personas no puedan hacer oír su voz y ejercer sus derechos. El acceso a la justicia es uno de los principales derechos reconocidos para las mujeres, niñas y adolescentes en los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado de El Salvador.

Según se evidencia en este estudio, el derecho al acceso a la justicia adquiere mayor relevancia en la medida en que se establece la existencia de herramientas judiciales efectivas para contar con recursos efectivos en el ámbito judicial ante las violaciones de los derechos humanos. En efecto, el poder judicial en todos los casos de violencia contra la mujer que se presenten tiene la obligación constitucional de aplicar los principios de igualdad, libertad y seguridad jurídica que tutelan los derechos de las mujeres salvadoreñas, sin ningún tipo de discriminación.

Los compromisos adquiridos por el Estado de El Salvador no se contraen solo frente a otros Estados en la arena internacional, sino también y sobre todo son compromisos adquiridos ante las mujeres, niñas, adolescentes y familias salvadoreñas.

En definitiva, según esta autora, considera que, a pesar de todos los avances, en la transversalización de la perspectiva de género en el Derecho interno del El Salvador, no se dispone de una figura legal o un protocolo que sistematice la incorporación de la visión de género, con base a una metodología vinculante a la justicia equitativa.

Sin embargo, según hallazgos de esta investigación, este esfuerzo todavía no es suficiente, ya que se necesita visualizar la problemática en la administración de justicia para cumplir con los compromisos de carácter convencional, jurisprudencia y doctrinal para incorporar la obligatoriedad de «juzgar con perspectiva de género», y así integrar la dimensión del género, en la aplicación de todas las normas tanto si se trata de normas procesales, como las probatorias, así como de normas sustantivas.

2.1. *¿Cuáles son los estándares jurídicos internacionales de derechos humanos para administrar justicia con perspectiva de género?*

Para dar respuesta a esta interrogante, esta autora se basa en postulados de convenios internacionales y en la jurisprudencia de la Corte IDH, donde se ubican definiciones sobre los estándares internacionales para administrar justicia con perspectiva de género. También se basa en pronunciamientos de la jurisprudencia, donde se lee la integración de la metodología en clave de género, mediante la interpretación de las normas jurídicas y la valoración de las pruebas, con perspectiva de género.

Es así que, desde la ciencia jurídica, se ha avanzado en la consagración normativa del principio de igualdad y no discriminación, en materia de género, el cual ha sido desarrollado a partir de herramientas basadas en los estándares tanto en el plano internacional como en el ordenamiento jurídico interno.

En el plano internacional, los tratados e instrumentos de mayor relevancia son la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en adelante CEDAW (1981); la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993); y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Todos estos emanados de diversas dependencias de la Organización de Naciones Unidas, ONU.

A nivel regional, la Organización de Estados Americanos, OEA, en las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos e Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, «Convención de Belém do Pará» (1995), proscribire este tipo de discriminación.

Como parte del marco normativo que existe en El Salvador, se mencionan las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2008), conocidas también como Cien reglas de Brasilia. Es este un compromiso asumido por la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador, en Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre XIV Judicial Iberoamericana en 2008, donde se aprobó un conjunto de reglas mínimas para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, siendo el género una de ellas.

Debe ponerse de manifiesto que todos estos instrumentos internacionales consagran el principio de igualdad y no discriminación y, adicionalmente, algunos definen de diversa forma los conceptos de discriminación y violencia contra la mujer, así como se ubican los estándares internacionales para administrar justicia en clave de género.

Así, por ejemplo, en el preámbulo de la CEDAW (1979) se reconoce la preocupación de que las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones. Y que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y el respeto de la dignidad humana.

Al respecto se puede citar el art. 1 de la CEDAW, que precisa que se entenderá por discriminación contra la mujer:

Denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural, civil o en cualquier esfera. (CEDAW, 1979)

En función de lo anterior, discriminar por razón de género significa que no se otorgue igual valor, iguales derechos, responsabilidades y oportunidades a hombres y mujeres, ya que a las mujeres por el hecho de serlo se las menosprecia y se les pone en desventaja en relación con los varones.

Por otra parte, la definición de discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en género. Así lo ha sostenido la Corte IDH en la Sentencia del Caso Inés Fernández Ortega vs. México (2010). En este caso se establece que:

Como ha sido señalado anteriormente por este Tribunal, el Comité para la Eliminación de la discriminación contra la mujer ha sostenido que la definición de discriminación contra la mujer «incluye la violencia basada en sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer i) porque es mujer, ii) porque la afecta en forma desproporcionada». (párr. 130)

Asimismo, el Comité de la CEDAW (1992) en Recomendación General n.º 19 establece que «la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con los hombres» (párr. 1).

Siendo así que la discriminación contra la mujer ha sido reconocida como una forma de violencia, lo cual compromete a la administración de justicia tanto en su conocimiento y comprensión como en su abordaje integral.

Respecto de la definición de violencia contra la mujer, el artículo 1.º de la Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993), señala que por esta «se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada».

Esta definición incluye hechos violentos dirigidos en contra de las mujeres por su pertenencia al sexo femenino, por razones de género. En tanto, los estereotipos de género se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas y sexuales, que asignan atributos y roles que deben ser cumplidos.

Tal definición, según el artículo 2.º de esa misma Declaración, comprende diversos actos como la violencia física, sexual y psicológica que:

1. Se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación.

2. Se perpetúe dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada.
3. Se perpetúe o tolere por el Estado, donde quiera que ocurra.

En tanto, es relevante, como marco jurídico, consignar que la obligación de erradicar estereotipos de género se encuentra consagrada explícitamente en el artículo 5(a) de la CEDAW y en los artículos 6(b) y 8(b) de la Convención Belém do Pará, resultando ilustrativa la Recomendación General número 33 del Comité de la CEDAW, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, que constata la existencia de «una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad [...]. Esos obstáculos —dice más adelante— se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria...».

La importancia de la definición de discriminación desde los tratados internacionales estriba, según expone en Corte IDH (1984) el juez Rodolfo E. PIZA en opinión consultiva 4/84, en que:

Los conceptos de igualdad y no discriminación se corresponden mutuamente como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, y la discriminación es la cara negativa de la igualdad y en ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común. (párr. 10)

Cabe destacar que la CIDH (2001) en informe de relatoría sobre los Derechos de la mujer (2001) sobre el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas y citando el informe de fondo n.º 4/01 del caso María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), expone que:

Reconoce expresamente la relación entre la violencia de género y la discriminación, ya que la violencia es un reflejo de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres y que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados. (párr. 11)

Es así que la Comisión se ha manifestado sobre las consecuencias graves que pueden tener la discriminación y la violencia contra las mujeres y nociones estereotipadas de su rol en la sociedad.

Asimismo, la CIDH (2001) cita el informe de fondo n.º 4/01 del Caso de María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala) así:

La Comisión halla que, lejos de asegurar la «igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades» dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges [...] El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece

una situación de dependencia de jure para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. [...] «Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes». (párr. 44)

En tanto, la Convención Belém do Pará, en su preámbulo y en los arst. 4 y 5 establece que «El Estado tiene la obligación de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, tanto en espacios públicos como privados, que ocurra dentro del hogar o de la comunidad, perpetrada por individuos o agentes estatales».

Es importante resaltar que las Naciones Unidas, en su recomendación general n.º 33 del Comité de la CEDAW (2015), establece que:

La presencia de estereotipos y prejuicios de género en el sistema de justicia tiene consecuencias de gran alcance al impedir a las mujeres su derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad. También establece que los estereotipos de género pueden estar presentes en todas las fases de los procesos e investigaciones de los casos de violencia contra la mujer y que, por tanto, no solo la judicatura los replica. (p. 14)

En función de lo anterior, cabe señalar que el principio de igualdad consagrado unánimemente en las constituciones modernas y en los tratados internacionales implica, en uno de sus sentidos posibles, que «todos» están bajo el paraguas salvador del poder judicial que debería protegerlos frente a la afectación de sus derechos, de cualquier derecho en cualquier circunstancia. Resultando que la no discriminación junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituyen un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos de las mujeres.

Por el contrario, los prejuicios predisponen a quien juzga y comprometen la imparcialidad que debe regir la actividad jurisdiccional, sobre todo en casos de sobrecarga judicial que facilita el camino simple y acrítico de dar por válidos los mandatos sociales.

En definitiva, la efectividad y garantía del derecho a la igualdad tiene como uno de sus presupuestos necesarios el acceso de las mujeres a la justicia; resulta la obligación actual de jueces/as, magistrados/ as de aplicar el derecho de manera tal que sea una realidad la equidad de hombres y mujeres en las decisiones judiciales.

Al respecto quisiera plantear una pregunta que pretende llamar la atención acerca del tema que hoy nos convoca: ¿Cuál es la importancia de la perspectiva de género para el acceso a la justicia?

Para intentar una respuesta, mi investigación utiliza los casos que el Derecho ha tenido que abordar con diversos resultados, siendo que desde la Jurisprudencia de la Corte IDH observamos emblemáticas sentencias: la del Campo algodoner (2009),

caso Ramírez Escobar vs. Guatemala (2018), caso Velásquez Paiz vs. Guatemala (2015), caso Flor Freire vs. Ecuador (2016), caso Espinoza González vs. Perú (2014) y Caso Manuela y otros vs. El Salvador (2021) en donde se condenó al Estado Salvadoreño.

En todas estas sentencias encontramos respuestas abrumadoras: todas las mujeres y niñas fueron discriminadas y los respectivos sistemas nacionales de justicia actuaron con toda su fuerza para perpetuar dicha desigualdad. Asimismo, estas sentencias han sentado importantes precedentes que alumbran la labor judicial local, orientando la metodología de análisis con perspectiva de género.

En efecto, la violencia contra la mujer es un grave problema de violación de los DD. HH., una pandemia que permea toda la sociedad y destroza no solo la vida de la mujer misma, sino que impacta principalmente en su familia y en toda la nación. No cabe duda de que una de las causas de desigualdad más graves es la que proviene de la violencia y la discriminación que sufren las mujeres por razón de su género.

Por otra parte, es relevante mencionar que, conforme a los tratados internacionales y varios mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres, entre ellos el Comité de Derechos Humanos de ONU y la Corte IDH, son los Estados los que asumen tres tipos de obligaciones generales para implementar los estándares internacionales de DD. HH. frente a las normas internacionales de derechos de las mujeres, las cuales son:

- 1. Respetar:** Los juzgadores/ras deben abstenerse de realizar o tolerar cualquier violación a un derecho por parte de un agente estatal; tienen el deber de respetar al conducir los procesos judiciales conforme a las debidas garantías procesales, aplicando la perspectiva de género, sin permear sus decisiones estereotipos de género y ser respetuosos de los derechos de las mujeres víctimas de violencia.
- 2. Proteger:** Las juzgadoras(es) deben impedir la violación de un derecho por parte de otras personas o agentes no estatales, cumpliendo con el deber de proteger el interés superior de la víctima, al adoptar las medidas necesarias con la debida diligencia para asegurar que frente a hechos de violencia contra las mujeres se realicen investigaciones efectivas, en donde se procese y sancione debidamente a los responsables y se repare a las víctimas.
- 3. Garantizar:** Las juzgadoras(es) deben asegurar y adoptar las medidas administrativas, legislativas y judiciales adecuadas para hacer que las personas puedan gozar de sus derechos, cuando no estén en posibilidad de hacerlos por ellos mismos, cumpliendo con el deber de garantizar, al contribuir con la transformación de los contextos de violencia contra la mujer por medio de sus resoluciones judiciales. Esto se logra cuando los procesos penales y las sentencias logran restituir los derechos de las mujeres víctimas de violencia, al combatir los patrones socioculturales históricos de discriminación, para así desmontar las estructuras desiguales de género, visibilizando los estereotipos de género.

Ahora bien, al analizar la evolución de la práctica jurisdiccional de la Corte IDH en materia de derechos de la mujer, observa esta autora que la doctrina del órgano en la

materia se ha concentrado en materia de violencia de género y del acceso de las víctimas de violencia a la justicia, quedando muchos vacíos en cuanto al establecimiento de los estándares, criterios judiciales para juzgar con perspectiva de género.

En palabras de KEMELMAJER DE CARLUCCI (2019) resulta que «El análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una prueba de su importancia como instrumento para la protección de los derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad. Las condenas a los diversos países denunciados han servido para luchar contra los estereotipos, aun cuando la violencia de género no encuentra todavía métodos eficaces» (p. 15).

Al respecto se evidencia según este estudio la evolución de la práctica jurisdiccional de la Corte IDH con el análisis del Caso González y otros «Campo algodoner» vs. México (2009), que dice que: «Obligación de no discriminar»:

La violencia contra la mujer como discriminación. La Comisión señaló que «[e]s esencial entender el vínculo entre la violencia contra las mujeres y la discriminación que la perpetúa, para apreciar el alcance del deber de debida diligencia en el presente caso». Según la Comisión, «actitudes discriminatorias contra las mujeres por parte de funcionarios estatales influenciaron en la investigación de estos asesinatos» (párr. 390).

En esta sentencia es posible distinguir diferentes rubros en los que el Tribunal Interamericano ha utilizado ese método de análisis para identificar de qué forma impacta el género en la controversia. De lo cual esta autora lo resume así:

1. Al estudiar el contexto.
2. En la apreciación de los hechos.
3. En la valoración de pruebas (valor reforzado de la víctima y sus familiares).
4. En la verificación de las previsiones adoptadas durante la investigación de delitos que comprenden hechos violentos contra mujeres y niñas.
5. En la identificación de distintos niveles de discriminación por condiciones de identidad adicionales al género (interseccionalidad).
6. En la identificación de estereotipos, prejuicios, prácticas y roles de género.
7. En la determinación de medidas de reparación.

En función de lo anterior, teniendo como precedente los estudios teóricos que se han mencionado a lo largo de este trabajo, la posición que ha mostrado la Corte IDH en materia de derechos de la mujer y sus notables pronunciamientos que abogan por aplicar justicia con perspectiva de género, unido a la realidad que observa en su diario bregar sobre derechos de la mujer en la justicia de El Salvador, es que esta autora afirma la importancia de contar, en el Poder Judicial salvadoreño, con una figura legal, mediante guías o protocolos de actuación, que garanticen la aplicación de justicia con perspectiva de género y que se lean en las sentencias que dictan, con empleo de una metodología y de los estándares internacionales de derechos humanos y género, antes expuestos en este estudio, que permita a las personas que imparten justicia tomar decisiones judiciales equitativas y garantes de los derechos de mujeres, niñas y adolescentes.

Todo con el fin de garantizar el debido proceso en el abordaje de la interseccionalidad que representa esta materia. Esto conlleva la reducción de la brecha significativa existente entre teoría y *praxis*, hacia el ejercicio efectivo de la tutela de los derechos de las mujeres y la erradicación de la violencia de género. Debe recordarse que el acceso a la justicia constituye un principio básico del Estado de Derecho, cuya ausencia provoca que las personas no puedan hacer oír su voz ni ejercer sus derechos.

3. ¿QUÉ ES LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO?

Administrar justicia con perspectiva de género implica un esfuerzo intelectual por comprender la complejidad social, cultural y política que existe entre mujeres y hombres para visualizar las situaciones de opresión de un género sobre el otro, basadas en una relación de desigualdad.

La inclusión de la perspectiva de género en el ámbito del derecho es una obligación *erga omnes*, la cual alcanza a todos los órganos del Estado, fundado en los compromisos internacionales asumidos al ratificar los tratados internacionales que promueven la igualdad en el ejercicio de los derechos humanos.

El derecho a la igualdad y el acceso a la justicia son normas imperativas del derecho internacional público, generadoras de obligaciones *erga omnes*, según lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificadas por El Salvador, que en su art. 53, se establece asimismo el concepto de *ius cogens*, así:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (ONU)

Por tanto, quienes juzgan se encuentran vinculados en hacer realidad ambos derechos; para hacerlos realidad necesitan una serie de herramientas jurídicas: de análisis, procesales e interpretativas para incorporar la perspectiva de género en sus sentencias.

Según lo expone la magistrada POYATOS MATAS (2019):

Quienes juzgan quedan especialmente vinculados a hacer que ambos derechos se traduzcan en realidades [...] De no utilizarlas, podrían estar no solo perpetuando la discriminación y revictimización a las mujeres, sino negándoles el acceso a sus derechos y comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado, a tenor de lo dispuesto en el art. 2 c), d) y e), en relación con el art. 5.a) y Recomendación n.º 33 (2015) de la CEDAW y el art. 5 (diligencia debida) del Convenio de Estambul. (POYATOS MATAS, 2019, p. 10)

En este sentido, el derecho internacional exige a los Estados combatir la discriminación mediante el quehacer jurisdiccional, para asegurar el cumplimiento de los deberes jurídicos de acceso a la justicia y remediar las situaciones asimétricas, así como una justicia libre de estereotipos discriminatorios. Por lo que la integración de la dimensión de género en la actividad jurisdiccional es una obligación normalizada y vinculante para todos los órganos judiciales.

Es una materia que resulta difícil de aplicar, según hallazgos de esta investigación, por sus nuevos conceptos; por la necesidad de aplicar el enfoque contextualizado y pro-persona; por entrar en conflicto la dogmática jurídica tradicional; por la dificultad para identificar los estereotipos discriminatorios presentes en normas, jurisprudencia y doctrina; por la falta de formación en la administración de justicia, extensible a todos los estamentos que operan justicia: fiscalía, policía, forenses, litigantes, etc.

A pesar de las dificultades referidas en el camino judicial hacia la igualdad real, en efecto, según este estudio, las realidades que se juzgan deben ser analizadas con los lentes de género para desterrar sesgos discriminatorios, ya que poco sirve mejorar el acceso a la justicia si la justicia que se imparte no es imparcial por no visibilizar la violación a los derechos de las mujeres o bien por desconocerlos.

Al respecto, MEDINA (2018) expone que juzgar con perspectiva de género es la única forma de lograr que las previsiones legislativas se concreten en respuestas judiciales justas para las personas del género femenino que recurren a los tribunales para solucionar los problemas que la discriminación por el hecho de ser mujer les ha causado.

Por igual, POYATOS MATAS (2019) afirma que:

Juzgar con perspectiva de género puede definirse como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. (p. 7)

Por lo que la perspectiva de género debe ser aplicada aun cuando las partes involucradas en un caso concreto no la hayan incorporado en el proceso. Ya que no solo es pertinente en casos relacionados con mujeres, en tanto que este enfoque visualiza los impactos diferenciados que una norma produce y de la búsqueda de soluciones a través del derecho.

Asimismo, según hallazgos de este estudio, lo que determina si en un caso o proceso se debe o no aplicar la visión de género es la existencia de situaciones asimétricas de poder, o bien contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género o las preferencias sexuales de las personas. En tanto, la obligación de juzgar con perspectiva de género excede el ámbito del Derecho penal o de familias.

Cabe señalar que pueden existir contextos, ya sea en materia civil, penal, mercantil, derecho administrativo, constitucional, laboral y otros, que requieran la incorporación

de la perspectiva de género, siendo de plena aplicación en todo tipo de proceso que se necesite, ya que permea todo el ordenamiento jurídico salvadoreño.

A la luz del actualizado principio *iura novit curia*, la judicatura nacional debe conocer y aplicar el Derecho vigente y no pueden seguir siendo simples aplicadores de normativa nacional, sino que se convierten en auténticos guardianes de los tratados internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia emanada de las interpretaciones realizadas por los órganos supranacionales, facultados para ello.

Todavía más, las juezas y los jueces nacionales, dicho en palabras de FLORES y otros (2016), tienen la obligación de ejercer un doble control de la legalidad de los actos y omisiones de los poderes públicos: el control de constitucionalidad para determinar la congruencia de los actos y normas secundarias con la Constitución y el control de convencionalidad, para determinar la congruencia de los actos y normas internas con los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional.

Con esto se quiere señalar que la nueva realidad constitucional, derivada de la interacción del derecho interno y el derecho internacional, obliga a la judicatura a garantizar la supremacía constitucional y la garantía convencional en los casos que deben resolver.

Por lo que administrar justicia con perspectiva de género es la obligación que tiene el juez de desentrañar un caso concreto, partiendo del hecho que hay prejuicios, inclusive desde la ley y desde la jurisprudencia, desde la cultura, los cuales afectan injustamente a las mujeres, ya que, de por sí, solo ser mujeres, las mujeres históricamente, existe una presunción de discriminación. Siendo así necesario, por un lado, determinar el perímetro de los derechos vulnerados con perspectiva de género y, por otro, ofrecer razones desde el conocimiento jurídico para aplicarlos.

Justa razón para afirmar que la perspectiva de género es clave para aplicarse en la impartición de justicia, ya que permite identificar las relaciones desiguales y facilita el acceso a la justicia y el debido proceso para erradicar los estereotipos de género en la interpretación y aplicación judicial hacia la igualdad: «La perspectiva de género es como ponerse gafas y ver la realidad a través de un prisma específico, que sirve para identificar en todo, donde puede haber una discriminación» (CÉSPEDES, 2011).

En definitiva, según hallazgos de esta investigación, la persona juzgadora debería utilizar la metodología de análisis jurídico con perspectiva de género para hacer una motivación reforzada, considerando la condición de vulnerabilidad de las mujeres que sufren violencia basada en su género.

De manera que el concepto de género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y para decidir un caso concreto, puesto que, si no se parte de entender el concepto de género, no se pueden comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de serlo. Cabe mencionar que desde la judicatura existe la obligación de realizar una motivación reforzada para consagrar en sus sentencias la perspectiva de género, independientemente de la materia de que se trate.

3.1. ¿Qué es género?

Cómo es conocido, los estudios de género vinculados al Derecho se originan como parte de un movimiento social, siendo el antecedente más significativo el que se encuentra en la filosofía de una gran pensadora francesa, Simone de Beauvoir (1949), quien expresó en su magnífica obra *El segundo sexo*:

No se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado, al que se califica de femenino. (p. 87)

En la cita se encuentra el primer antecedente del significado de género, aunque no haya sido nombrado como tal. Con esa sola aseveración se reconoce que el significado de ser mujer se construye socialmente, esta frase ha sido comentada por SALGADO (2006), quien ha dicho que: no existen características y atributos naturalmente femeninos, ya que la diferencia (anatómica y genital) era un dato sobre el cual se inscriben ideas, imposiciones, normas y valores que daban contenido al significado de ser mujer. Esto supone que el significado de ser hombre también se construye socialmente (p. 163).

En la mencionada cita se reitera la existencia de algo independiente a la herencia biológica en el proceso de construcción de lo femenino y de lo relativo al influjo de la cultura y lo social. Esto asimismo supone que el significado de ser hombre también se construye socialmente.

Cabe destacar que estudios históricos para Latinoamérica revelan que esta categoría surge en los años setenta; CONWAY, BOURQUE y SCOTT (2013, p. 25) señalan que estudios realizados en los últimos quince años muestran el grado en que las categorías de género varían a lo largo del tiempo, y con ellas los territorios sociales y culturales asignados a mujeres y a hombres.

Así, sobre la definición de género reconocidos autores, con los que la suscrita coincide, han establecido posiciones. En una muestra de ellos, LAMAS (1996), citando a Scott, establece que: «El género es una categoría útil para el análisis histórico».

En un trabajo posterior, la misma autora M. LAMAS (2013) señala:

¿Qué significa esto? «Género» es un concepto, que si bien existe desde hace cientos de años, en la década de los setenta empezó a ser utilizado en las ciencias sociales como categoría con una acepción específica [...] La categoría género permite delimitar con mayor claridad y precisión cómo la diferencia cobra la dimensión de desigualdad. [...] Todos los trabajos parten del mismo cuestionamiento: ¿qué es lo que significan el género y la sexualidad en una cultura dada? Símbolos, productos o construcciones culturales, el género y la sexualidad son, por lo tanto, materia de interpretación y análisis simbólico (¡cuánta razón tenía Freud!), materia que se relaciona con otros símbolos y con las formas concretas de la vida social, económica y política.

A esa interpretación cultural de la diferencia biológica es a lo que se denomina género. El género se conforma por el conjunto de atributos asignados socialmente a las personas a partir de su sexo (LAGARDE, 1997, p. 27). Es el que define, de acuerdo con los parámetros que se establecen en cada sociedad, cómo deben ser los hombres y las mujeres, cómo deben verse, cómo deben comportarse, a qué deben dedicarse, cómo deben relacionarse entre sí, etcétera. La división que se hace de las personas en géneros, a partir de su anatomía, supone prescribir formas determinadas de sentir, de actuar y de ser; concibe dos modos de vida, dos formas de existir: uno para las mujeres y otro para los hombres (LAGARDE, 1997, p. 55).

Al ser el género una construcción cultural y no un rasgo que se deriva «naturalmente» del sexo con el que se nace, este es asumido por cada persona mediante un complejo proceso individual y social (LAMAS, 2013, pp. 97, 111).

De ahí que Joan W. SCOTT afirme que el género se instaura como la forma primaria de relaciones significantes de poder (SCOTT, citada en LAMAS, 2013, p. 289).

Esto da como resultado que el orden social de género persista a través del tiempo, siendo difícil de contrarrestar, debido a que se encuentra inscrito en la objetividad de las estructuras sociales y en la subjetividad de las estructuras mentales.

Así lo refería Pierre BOURDIEU, quien afirmaba que existe una gran dificultad en analizar la lógica del género, ya que se trata de una institución que ha estado inscrita por milenios en la objetividad de las estructuras sociales y en la subjetividad de las estructuras mentales (BOURDIEU citado en LAMAS, 2013, p. 345).

Las Dras. GONZÁLEZ FERRER y PÉREZ GUTIÉRREZ (2021) definen al género así:

Categoría de análisis entendida como construcción sociocultural e histórica de lo femenino y lo masculino a partir del reconocimiento de las diferencias sexuales. Está interrelacionada con otras condiciones humanas como el color de la piel, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, entre otras y estructurada en un sistema patriarcal que define relaciones asimétricas de poder, vinculadas al establecimiento de representaciones simbólicas, socialmente compartidas sobre conductas, responsabilidades, roles y valores; representaciones simbólicas, además, naturalizadas y justificadas a través de procesos ideológicos de educación y socialización; naturalización y justificación que conducen a su inconsciente instalación en la subjetividad de las personas. (p. 4)

Por otra parte, en la CEDAW (2004), en recomendación n.º 25, se ubica una esclarecedora definición sobre género. Este instrumento jurídico de gran importancia mundial por las pautas que marca en materia de derechos de la mujer, define el género así:

El género se define como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural, aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. [...] Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda [...] Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos. (párr. 1)

Resultando así que desde la CEDAW se afirma que el género es una construcción ideológica y cultural que se reproduce en el ámbito de las prácticas y a su vez influye en los resultados de tales prácticas. Por tanto, es probable que la desigualdad de la mujer y el hombre se construya a partir de patrones socioculturales y esto es lo que da lugar a la violencia estructural contra la mujer, ya que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos.

Cabe destacar que en las decisiones de los tribunales de justicia también se ubican definiciones sobre el género. En muestra de ello se cita la sentencia n.º 2198-2019 del Supremo Tribunal de Jujuy, Argentina, la Cámara Penal Sala II (2019) en donde se expone el concepto de género así:

SÁNCHEZ KALBERMATTEN recuerda que conforme lo determina la Organización Mundial de la Salud, el concepto de género alude a los estereotipos, roles sociales, condición y posición adquirida, comportamientos, actitudes y atributos apropiados que cada sociedad en particular construye y asigna a hombres y mujeres. Es el conjunto de comportamientos, pautas y actitudes que se asocia cultural e históricamente a las personas en virtud de su sexo. Al hablar de género nos remitimos a una categoría relacional, se trata de una construcción social. El Género se diferencia del sexo: el primero es lo culturalmente construido, pero el segundo es lo biológicamente dado. (párr. VI.1)

En este orden de ideas se observa en el contexto jurídico de El Salvador que también se ubican definiciones judiciales sobre género. En tal sentido se pronuncia en sentencia n.º 69-2019-SM-1 del Juzgado Especializado de Sentencia para una Vida libre de Violencia y Discriminación (2020) exponiendo que:

... Es menester comprender el alcance conceptual del término género, el cual no solo se habla de aquellas construcciones sociales que, a través de la historia, encasillan a las mujeres y a hombres bajo distintos roles y estereotipos, que ubican y/o posicionan a los hombres por encima de las mujeres, acrecentando las relaciones desiguales de poder dentro de un contexto social, [...] el género es la forma en que todas las sociedades del mundo determinan las funciones, actitudes, valores y relaciones que conciernen al hombre y a la mujer. Mientras que el sexo hace referencia a los aspectos biológicos que se derivan de las diferencias sexuales. (pp. 64-65)

Con base en lo expresado y a manera de resumen, la autora, estima que GÉNERO es una categoría útil para el análisis del fenómeno jurídico, de construcción relativamente nueva y generalmente mal comprendida o ignorada según hallazgos de esta investigación. Ya que el género es una categoría compleja, puesto que tiene elementos constitutivos de relaciones sociales y de las relaciones significantes de poder.

El género, por definición, es una construcción sociocultural e histórica de lo femenino y lo masculino a partir del reconocimiento de las diferencias sexuales y sus implicaciones en las relaciones de poder jerarquizadas y asimétricas entre los sexos, la desvalorización e interiorización de lo femenino frente a lo masculino, el androcen-trismo vigente.

Resultando, según hallazgos de este estudio, que el género se vuelve una pauta de expectativas y creencias sociales que traspasa la organización de la vida colectiva y produce desigualdad respecto a la forma en que las personas responden a las acciones de hombres y mujeres. Esta pauta hace que mujeres y hombres sean los soportes de un sistema de reglamentaciones, prohibiciones y opresiones recíprocas, establecidas y sancionadas por el orden simbólico. Al sostenimiento de ese orden simbólico contribuyen por igual mujeres y hombres, produciéndose y reproduciéndose, con papeles, tareas y prácticas que varían según el lugar o el tiempo.

3.2. *¿Cuál es la metodología a seguir para incorporar la perspectiva de género?*

Es relevante para dar respuesta a esta pregunta retomar las buenas prácticas desarrolladas desde el poder judicial en Argentina, México, Chile, Guatemala y Nicaragua con sus protocolos para juzgar con perspectiva de género a la luz de la normativa del sistema universal y de la normativa y jurisprudencia interamericana y los estándares internacionales sobre los derechos de las mujeres. Así como las experiencias en la materia desarrolladas desde la jurisprudencia española y los tribunales europeos.

Pongamos como ejemplo de buena práctica el caso *González y otras vs. México* conocida como «Campo Algodonero», sentencia emitida por la Corte IDH (2009) la cual representa un antes y un después para el Estado mexicano, puesto que en ella se plantea juzgar con perspectiva de género. Juzgar con perspectiva de género es una metodología que consiste, además del análisis tradicional de los hechos, en considerar los siguientes criterios: identificar (detectar) si existen: a) situaciones de poder, o b) contextos de desigualdad estructural, o c) contextos de violencia que por cuestiones de género evidencien cualquiera de los criterios mencionados, que evidencian un desequilibrio entre las partes de la controversia.

La relevancia de esta sentencia es que establece las bases para juzgar con perspectiva de género. Siendo que en los argumentos esgrimidos por la Corte IDH se determina lo que se debe entender por violencia de género, sus causas, características, consecuencias y las medidas que el Estado mexicano debe adoptar para evitarla y castigarla. Campo Algodonero es el nombre del Caso *González y otras vs. México*, en donde la Corte IDH condenó al Estado mexicano como responsable por la desaparición y muerte de tres mujeres, dos de ellas menores de edad. Siendo así que la Corte IDH (2009) en Sentencia «Campo Algodonero» Vs. México en donde:

En lo que se refiere a los hechos, la Corte observa que el Estado admitió, en términos generales, los hechos de contexto relativos a la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, particularmente los homicidios que se han registrado desde el inicio de los años 90, así como los hechos referentes a lo que el Estado denomina «primera etapa» de las investigaciones de los crímenes perpetrados en contra de las tres víctimas, que abarca el período 2001 a 2003. Además, México aceptó los hechos relativos a la afectación de la integridad psíquica y dignidad de los familiares de las tres víctimas. (párr. 27)

De acuerdo al Modelo de Protocolo de la Cumbre Iberoamericana (2013) se proponen como elementos necesarios para determinar la existencia de una discriminación valorar: 1. Objetividad y razonabilidad, 2. Categorías sospechosas de discriminación, 3. Afectación al ejercicio de un derecho.

En función de lo anterior, se observa que esta metodología permite conocer los aspectos generales del problema, en donde se deberá particularizar al justiciable, identificando si la persona presenta categorías sospechosas de discriminación, que la exponen a una situación agravada de discriminación, realizando el análisis del caso concreto leído a partir de los derechos humanos y la autonomía de las personas; asimismo determinar si nos encontramos en un caso de interseccionalidad o transversalidad, en donde la persona sufra múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociadas a su condición.

Cabe señalar que esta autora suscribe el pensamiento de MEDINA (2018) y del mismo se rescatan los principios que, desde el derecho comparado, deben ser tenidos en cuenta al juzgar con perspectiva de género, los cuales fueron extraídos de las decisiones de la Corte Internacional de Derechos Humanos y que han sido aplicados por la Corte Suprema de Justicia argentina y pueden ser aplicados por cualquier país:

- «1. Principio de razonabilidad sobre categorías sospechosas.
2. Inversión de la carga de la prueba en los supuestos de categoría sospechosas.
3. Fundamento de la teoría de las categorías sospechosas.
4. Estándar probatorio: con relación a las cargas probatorias.
5. El control de convencionalidad.
6. La protección de los derechos humanos debe darse contra ataques de la autoridad estatal y contra ataques de particulares.
7. Aplicación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque Argentina no haya sido parte.
8. Doctrina del margen de apreciación Nacional, es una doctrina utilizada por varios tribunales internacionales, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.» (MEDINA, 2018, p. 8)

Según hallazgos de este trabajo se evidencia que, para conocer los aspectos generales del problema en los casos de violencia contra la mujer, las personas que imparten justicia deberán particularizar al justiciable y se realizará un análisis del caso concreto en su contexto, leído a partir de los derechos humanos y la autonomía de las personas, lo cual requiere:

1. Una motivación reforzada y la razonabilidad del acto que se analiza;
2. Revisión de las categorías sospechosas de discriminación;
3. El análisis de la afectación producida por el trato diferenciado o por su ausencia, identificando si existen asimetrías de poder y violencia mediante el análisis de:
 - a) el contexto,
 - b) los hechos (situación objetiva y subjetiva),
 - c) las pruebas (analizar-valorar).

Por lo expuesto anteriormente, se observa con claridad que el Derecho no es neutro. En tanto, se necesitan normas que reviertan la desconfianza de las mujeres sobrevivientes a la violencia y que coloquen en el centro del debate, en el centro de la norma, a la mujer y al bien jurídico protegido de sus derechos humanos, a una vida libre de violencia y discriminación, normas que obliguen al juzgador a oír y a evaluar la problemática particular de las mujeres que acuden a él en busca de justicia, en busca de una puerta para acceder a la plena vigencia de sus derechos.

Y que los mismos sirvan para quienes realizan la labor de impartir justicia y traduzcan la normativa internacional en realidades para las mujeres que sufren violencia, lo que permitirá evidenciar el compromiso del Estado con la justicia. Siendo que el problema no es fundamentar los derechos de las mujeres, sino aplicarlos, por lo que el reto en el ámbito judicial de pasar del enunciado formal a la tutela efectiva de cada persona continúa vigente.

4. ¿CUÁLES SON LAS FRAGILIDADES EN LA RESPUESTA JUDICIAL Y EN EL DEBIDO PROCESO EN EL CONTEXTO SALVADOREÑO QUE OBSTACULIZAN A LAS MUJERES EL ACCESO DE JURE Y DE FACTO A LOS RECURSOS JUDICIALES IDÓNEOS Y EFECTIVOS?

Para buscar las respuestas a esta interrogante, comenzaré por señalar que esta grave problemática necesita ser abordada de acuerdo a la complejidad del grave problema que representa. Por tanto, es necesario considerar la premisa de que, si los instrumentos supranacionales del sistema universal e interamericano vigentes en El Salvador contienen el sustento normativo sobre la especificidad de la discriminación y la violencia experimentada por las mujeres, esto constituye un parámetro a partir del cual es posible adoptar respuestas concretas para garantizar el acceso a la justicia.

Debe ponerse de manifiesto que a pesar de que en El Salvador se reconoce jurídicamente el grave problema de la violencia de género, resulta que la respuesta judicial no suele ser suficiente y esta problemática, según expertos, ha sido poco analizada. Ya que el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia es un derecho humano reconocido desde preceptos constitucionales y supranacionales, al igual que el derecho a la igualdad y no discriminación, cuyo contenido y alcance en El Salvador.

Pero también es importante considerar que la vulneración del derecho de acceder a la justicia sucede también cuando no se reconocen las condiciones específicas que impiden el ejercicio de este derecho a grupos particulares en condición de vulnerabilidad, en especial, las mujeres, que históricamente han sufrido discriminación y desigualdad pese a que el impacto de la violencia de género es tan perjudicial en la vida de las mujeres y sus familias. Estos instrumentos como la CEDAW por sí solos no son suficientes para la efectiva protección de los derechos de las mujeres, por lo que es

ineludible incorporar el reconocimiento de las diferencias de género en la interpretación de todos los tratados generales sobre derechos humanos, que es lo que ha estado haciendo la CIDH, con la Convención Americana.

Por igual es necesario destacar los avances en materia de justicia y género en El Salvador con los aportes doctrinales de la Corte Suprema de Justicia (2021), que elaboró un documento de gran impacto para las mujeres, presentando una compilación de análisis de sentencias con el objetivo de «establecer una serie de criterios jurisprudenciales sobre vida libre de violencia para mujeres y niñas y así cumplir con los deberes convencionales de Juzgar con perspectiva de género y edad, que garantiza el derecho a la justicia sin discriminación a las poblaciones tratadas en opresión histórica y estructural, como son las mujeres, solo por su género y las niñas en función de su edad» (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 7).

Asimismo, se observa en el análisis de los criterios jurisprudenciales presentados que existe un consenso generalizado sobre el carácter fundamental del principio de igualdad al concretar su contenido y alcance, se observa que el consenso pierde contundencia y claridad. En tanto que los principios constitucionales y los instrumentos internacionales consagran el principio de igualdad y no discriminación, no todos contienen una definición clara sobre su contenido y alcance. Por lo que se considera que todavía estos no son suficientes para la gravedad del problema.

De especial referencia resulta el ya citado informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias sobre la Misión en El Salvador de 2004, en donde se expone la siguiente situación:

Los Magistrados a los que se asignan casos de violencia contra la mujer tienden a pensar que esta debe haber provocado la violencia de que ha sido objeto. A causa de estos estereotipos y de la idea de que la violencia sexista no es un asunto grave, los magistrados aplican o interpretan incorrectamente la ley, optando a menudo por la reconciliación en lugar del enjuiciamiento en los casos de violencia intrafamiliar [...]; sin embargo, la consolidación de la democracia en el país se ve obstaculizada por la falta de justicia y seguridad. (ERTÜRK, 2004, párrs. 67 y 78)

De lo anterior, resulta que el hecho de que las autoridades no investiguen, enjuicien y castiguen a los responsables de actos de violencia contra la mujer ha contribuido a crear un clima de impunidad de los delitos; las disparidades socioeconómicas y la cultura machista favorecen un estado generalizado de violencia en el que la mujer está sometida a una serie continuada de actos múltiples de violencia, como el asesinato, la violación, la violencia en el hogar, el acoso sexual y la explotación sexual comercial.

Si bien se ha escrito mucho sobre la necesidad de que las personas juzgadoras investiguen y juzguen con visión de género, los esfuerzos que se han realizado en El Salvador con la incorporación en su derecho interno de los estándares internacionales en materia de DD. HH. y género, asimismo con la creación de una Jurisdicción Especializada y la transversalización del género a través de Políticas Institucionales en todas las Instituciones Gubernamentales, todavía resta mucho por hacer.

En ello concuerda el Comité de la CEDAW (2017), en el Informe sobre El Salvador, donde expresa que «le preocupan los estereotipos patriarcales difundidos entre judicatura y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como las dificultades en la aplicación de la Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres» (CEDAW, 2017, Lit. D).

De lo antes mencionado, vemos cómo en El Salvador continúan produciéndose sentencias que carecen de la perspectiva de género y que discriminan a la mujer por razón de su género; es que, en la respuesta judicial al momento de hacer efectivos los derechos de las mujeres, estos solo se fundamentan en las sentencias, pero no se logra hacerlos efectivos.

Queremos enfatizar que hacer real el principio de igualdad impide tomar una postura neutral, como lo señala POYATOS (2019), por lo que hay que adoptar un enfoque constitucional, removiendo los obstáculos que lo dificulten e integrando la perspectiva de género como criterio de referencia en todos los casos que involucren relaciones asimétricas y patrones estereotipados de género.

Con lo antes expuesto, se evidencian las fragilidades en la respuesta judicial y en el debido proceso observadas por organismos internacionales y por la sociedad civil, desde las organizaciones de mujeres salvadoreñas y desde la opinión de las mujeres sobrevivientes de la violencia de género.

Debe señalarse que ORMUSA presentó un estudio en el que se analizan las resoluciones y sentencias sobre la aplicación de principios constitucionales y estándares internacionales de protección de los DD. HH. de las mujeres en El Salvador. El documento de ORMUSA presenta las fragilidades observadas desde la sociedad civil y desde las mujeres sobrevivientes de la violencia de género. Asimismo, las autoras sugieren la utilización de criterios claros para juzgar con perspectiva de género:

El uso desproporcionado del derecho a la igualdad formal, pero no a la aplicación de la igualdad sustantiva y la equidad, que aporta el derecho antidiscriminatorio por motivos de género o sexo; lo que vuelve las resoluciones violatorias del derecho humano de las mujeres, a vivir libres de violencia y discriminación. En otros fallos judiciales, las personas juzgadoras hacen algún uso de los estándares jurídicos convencionales y nacionales especializados en favor de la niñez y adolescencia, pero no de las mujeres, a quienes, al parecer, no la consideran, como una población en condición de desventaja por motivos de género o sexo. Por ejemplo: negarles la declaración testimonial anticipada. Por otra parte, en las resoluciones judiciales, donde las víctimas son mujeres que sufren violencia de género, por su condición de mujer, no se están fundamentando en los artículos 3, 144, 235 y 246 de la Constitución, que son la base para aplicar el derecho antidiscriminatorio por motivos de género. (ORMUSA, 2020, p. 24)

Con el estudio citado anteriormente, se evidencia que, en las sentencias analizadas, las personas juzgadoras siguen utilizando las normas procesales comunes y se evidencia una dificultad al momento de integrar esas disposiciones con otras normativas procesales, como las garantías procesales de las mujeres que enfrentan hechos

de violencia según el artículo 57 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia contra las Mujeres (LEIV) y la Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres (LIE).

El acceso a la justicia va más allá de las formas y formalidades del proceso en el ordenamiento jurídico del país, ya que está vinculado al derecho humano de la seguridad jurídica y alude a la aplicación del cumplimiento efectivo de la ley a fin de garantizar el libre ejercicio de los derechos de las personas y la protección por parte del Estado.

Asimismo, debe ponerse de manifiesto que, en los informes y estudios citados, se reiteran las voces de las víctimas y familiares, clamando justicia y señalando que cuando acuden a la justicia son objeto de nuevos malos tratos y discriminación por parte del sistema de justicia penal.

Por otra parte, se evidencian serias fragilidades en las decisiones judiciales en el contexto salvadoreño, como se puede comprobar al analizar el fallo de la sentencia emblemática 145/2012, emitida por la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en donde claramente se vulneran los principios de igualdad de las mujeres y de sus hijas e hijos, ya que, al analizarla, se discrimina a la mujer solo por haber nacido mujer y se le niega poder heredar su apellido materno.

Al respecto, observamos que existe una contradicción en la sentencia, puesto que los argumentos de los considerandos no coinciden con el fallo; esta incongruencia la encontramos por el hecho de que, a pesar de los razonamientos que dio la propia Sala Constitucional, en su fallo confirió la preeminencia a los apellidos paternos, según la literalidad del artículo 14 de la Ley del Nombre de personas naturales. Con lo cual se continúa vulnerando los derechos humanos de las mujeres y sus familias, negándoseles la igualdad jurídica.

Observamos en este punto que el juzgador no aplicó el principio de igualdad real y no discriminación, al no utilizar la perspectiva de género en su aplicación e interpretación. Con ello, se vulneraron los derechos fundamentales de la familia y el derecho fundamental al nombre y a la identidad en cuanto al orden de los apellidos, discriminando a las mujeres salvadoreñas y a sus apellidos maternos. Ello, a pesar de que uno de los fines del derecho es erradicar las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad que impactan en el proyecto de vida de las personas.

Con esta sentencia nos topamos con una norma jurídica de rango legislativo que viola tratados internacionales de protección de los derechos de las mujeres, y en donde el juzgador no consideró los derechos de las mujeres enunciados en la Constitución, pero que se encuentran desarrollados en los tratados internacionales.

La lógica de la inconstitucionalidad argumentada en el fallo es errónea, ya que el juzgador se encuentra en la obligación de utilizar la prevalencia aplicativa y la motivación reforzada, recursos argumentativos exigidos desde la jurisprudencia interamericana.

Con lo anteriormente citado podemos afirmar que la perspectiva de género se debe aplicar siempre, aunque las partes involucradas en el caso no lo contemplen en sus alegaciones, puesto que existe la obligatoriedad de cumplir con el control de convencionalidad consignado en la Convención Americana, según lo propuesto por el juez

GARCÍA RAMÍREZ en el Caso Aguado Alfaro y otros vs. Perú que es donde la Corte IDH desarrolla como tal el control de convencionalidad.

Para ilustrar mejor lo anterior, presento un caso observado por Yakin ERTÜRK (2004) en su informe sobre El Salvador:

Una niña de 10 años, que el padre había violado y dejado embarazada, tuvo que tener el hijo debido a la ley contra el aborto. En otro caso, el de una niña de 12 años que el padrastro había violado y embarazado, en el cual intervino la Procuradora General para la Defensa de los DDHH, el delito fue definido primero como violación con agravantes y luego reducido a seducción de menores, después de ello el caso se rebajó a una conciliación y por último se cerró cuando el padrastro aceptó contraer matrimonio con la hijastra. (ERTÜRK, 2004, párr. 31)

Con estos ejemplos hemos querido poner en relieve una serie de problemas estructurales dentro del sistema de justicia que afectan el procesamiento de casos de violencia contra las mujeres, al igual que el procesamiento de las violaciones de los DD. HH. y estereotipos de discriminación por razón de género, lo cual permea todo el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Se evidencia entonces que, a pesar de los esfuerzos, todavía persisten obstáculos para que la violencia contra la mujer pueda ser considerada un acto real de violencia. Todo debido a su normalización en las culturas patriarcales o su invisibilización.

En ese sentido, el acceso a la justicia de las mujeres presenta hoy en día numerosos obstáculos, un informe de la CIDH en relación con la violencia contra la mujer señala:

... la CIDH observa que a pesar del reconocimiento formal y jurídico de los Estados de que la violencia contra las mujeres constituye un desafío prioritario, existe una gran brecha entre la incidencia y la gravedad del problema y la calidad de la respuesta judicial ofrecida. Si bien la Comisión reconoce los esfuerzos de los Estados por adoptar un marco jurídico y político que permita abordar la violencia contra las mujeres, aún persiste una enorme distancia entre la disponibilidad formal de ciertos recursos y su aplicabilidad efectiva. La mayoría de los casos de violencia contra las mujeres no son formalmente investigados, juzgados y sancionados por los sistemas de administración de justicia en el hemisferio. En consecuencia, la CIDH ha constatado en varios países un patrón de impunidad sistemática en las actuaciones y en el procesamiento judicial de estos casos. Asimismo, la Comisión ha podido observar con especial preocupación la baja utilización del sistema de justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia, el maltrato que pueden recibir tanto las víctimas como sus familiares al intentar acceder a recursos judiciales, y su persistente desconfianza de que las instancias judiciales sean capaces de remediar los hechos perpetrados. Esta situación no sólo propicia una sensación de inseguridad, indefensión y desconfianza en la administración de justicia por parte de las víctimas, sino que este contexto de impunidad perpetúa la violencia contra las mujeres como un hecho aceptado en las sociedades americanas en menoscabo de sus derechos humanos.

Por todo lo anterior, es necesario que la sociedad y el Estado encaminen sus acciones hacia la generación de nuevos marcos de interpretación de la violencia contra la mujer, en donde se analice el problema personal que tiene determinada víctima con su agresor, bajo una concepción estructural y social del fenómeno de maltrato.

Sin embargo, en búsqueda de responder lo antes expuesto, queremos mencionar otro caso emblemático sobre el fallo de la Corte IDH (2021) en la sentencia del Caso Manuela y otros vs. El Salvador, en donde se condenó al Estado salvadoreño y se ordenaron reformas legales para que las mujeres no sean criminalizadas por acceder a salud reproductiva.

El Salvador, tras esta sentencia, debe asumir la responsabilidad por la violación de derechos humanos y muerte de Manuela. Ella fue denunciada por el supuesto delito de aborto y luego fue condenada a 30 años de prisión, al también adjudicársele el delito de homicidio agravado, luego de un proceso penal que estuvo plagado de estereotipos de género, tal como lo reconoció la Corte IDH. Al respecto, la Corte señaló que, en un contexto de penalización absoluta del aborto, se ha criminalizado a varias mujeres que han tenido emergencias obstétricas. Según el estudio titulado *Del hospital a la cárcel*, se encontraron en los juzgados 181 casos de mujeres procesadas judicialmente por dichas emergencias (Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, 2019, p. 15).

Por lo anterior, esta sentencia crea una jurisprudencia que deberá ser aplicada en América Latina y el Caribe. Asimismo, el reconocimiento de este contexto y de su impacto negativo en los derechos de las mujeres implica un avance en la lucha por la igualdad de género en El Salvador y en toda la región, puesto que las decisiones de la Corte son de obligatorio cumplimiento, de manera que la Corte IDH determinó que la legislación salvadoreña debe cambiar, así como las decisiones adoptadas por la judicatura.

Al respecto, es relevante mencionar que la Corte es competente para conocer estos casos, según el artículo 62.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en razón de que el Estado de El Salvador es parte de dicho instrumento desde el 23 de junio de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 6 de junio de 1995.

Además, el Estado salvadoreño depositó su instrumento de ratificación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en la Convención Belém do Pará, el 26 de enero de 1996.

A partir de todo lo analizado hasta ahora, es claro que, de los mandatos contenidos en los preceptos constitucionales y convencionales sobre protección de los derechos de la mujer, se deduce que el Estado tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su género.

Así, por ejemplo, se extrae que el Estado debe: *a)* garantizar a todos y todas una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo; *b)* prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra;

y c) investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras.

Cabe destacar que esta última obligación, en esencia, es uno de los principales retos del poder judicial; por lo que son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento.

En efecto, es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y, por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad.

En definitiva, se evidencia que el sistema judicial es parcializado y discriminatorio por razón de género; que los criterios y actitudes de las personas que imparten justicia están plagados con prejuicios discriminatorios contra la mujer, y que las sentencias dictadas no corresponden a una visión imparcial, dado que son el resultado de la formación sociocultural que corresponde a una sociedad androcéntrica, según ha sido expuesto por muchos estudios en esta materia.

Asimismo, hacer real el principio de igualdad no permite neutralidad, en palabras de POYATOS (2019), por lo que hay que adoptar un enfoque constitucional, removiendo los obstáculos que lo dificulten e integrando la perspectiva de género como criterio de referencia en todos los casos que involucren relaciones asimétricas y patrones estereotipados de género.

Ahora bien, de lo anteriormente dicho, cabe hacerse una pregunta; ¿por qué resulta tan difícil detectar los estereotipos discriminatorios de la normativa y utilizar nuevas herramientas para la interpretación jurídica? Parte de la respuesta viene dada, entre otras cosas, por el modelo educativo que se da a los abogados, consecuentemente a magistrados(as), jueces(zas). La interpretación jurídica rígida y limitada se aprende, en muchas ocasiones, desde los espacios universitarios.

Con lo antes expuesto, tenemos que la igualdad sigue siendo una quimera para la mayoría de mujeres salvadoreñas y latinoamericanas. En efecto, para El Salvador existe una Relatora Especial en Violencia contra las Mujeres desde el Sistema de la ONU y se cuenta con todo un *corpus iuris* nacional y supranacional de los derechos de las mujeres.

Pero también es cierto que casi nadie conoce estas declaraciones, mecanismos y leyes, incluyendo las personas que imparten justicia. En este sentido, la responsabilidad se encuentra del lado del poder judicial salvadoreño. Resulta, en ese sentido, necesario repensar el derecho, así como aprender a razonar con base en los derechos fundamentales, utilizando la incorporación de la perspectiva de género para construir bien los argumentos de las sentencias, de forma tal que se haga valer la prevalencia de los derechos humanos de las mujeres salvadoreñas que sufren violencia por razón de su género.

El hecho de ofrecer soluciones a esta grave problemática que sufren las mujeres salvadoreñas representa grandes retos a la Suprema Corte salvadoreña. Dicha instancia tiene actualmente grandes oportunidades sobre su mesa para articular coherentemente un discurso por la igualdad real, un discurso por la afirmación del derecho de las mujeres salvadoreñas a una vida libre de violencia y discriminación. Por tanto, se tienen que remover las legislaciones que discriminan a la mujer por razón de su género, cumpliendo con las recomendaciones internacionales emanadas desde el sistema universal y el interamericano.

Concluiré planteando que el poder judicial salvadoreño puede afirmar la igualdad, impulsando una figura legal clara con la creación de un protocolo que incorpore criterios de aplicación del principio de igualdad, seguridad jurídica y no discriminación en todo el proceso judicial para juzgar con perspectiva de género, en virtud de lo cual se clarifiquen las categorías sospechosas de discriminación hacia las mujeres y se establezcan los criterios claros para ponderar derechos y se ofrezcan argumentos para aplicar el derecho que más favorezca a la persona sin ningún tipo de discriminación, configurando un nuevo Derecho familiar.

En tal sentido, se podrían retomar las buenas prácticas desarrolladas desde México, Guatemala, Nicaragua, Argentina, Chile y España, entre otros países. Desde el poder legislativo es necesario avanzar en el plano normativo con las reformas de ley que sean pertinentes para este objetivo. Asimismo, la Legislatura puede suscribir el protocolo para juzgar con perspectiva de género y ratificar tanto el protocolo de la CEDAW como las recomendaciones del Comité de la CEDAW, entre otras medidas. De esta manera, se estarían sentando las premisas para poder superar los elementos discriminatorios, cumpliendo con las recomendaciones y los compromisos internacionales del país centroamericano.

En efecto, los compromisos adquiridos por el Estado de El Salvador no se contraen solo frente a otros Estados en la arena internacional, sino también, y sobre todo, son compromisos adquiridos ante las mujeres, niñas, adolescentes y familias salvadoreñas. De lo anterior resulta que la aplicación efectiva del marco jurídico para la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer y el enjuiciamiento de sus autores sigue siendo un reto.

5. CONCLUSIONES

Una primera conclusión que podríamos extraer de lo anterior es que la discriminación en razón del género constituye un factor que limita el acceso efectivo a la justicia, y como el deber de la administración de justicia es garantizar la tutela judicial en condiciones de igualdad y sin distinción de ninguna naturaleza, resulta que es una obligación ética y jurídica que las decisiones judiciales sean adoptadas con una perspectiva de género.

En segundo lugar, podemos concluir que, a partir de los hallazgos de esta investigación, se sostiene que existen suficientes elementos y fundamentos de carácter convencional, jurisprudencial y doctrinal para incorporar la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género, integrando la dimensión de género en la aplicación de todas las normas tanto si se trata de normas procesales, incluyendo las probatorias, como si se trata de normas sustantivas. Ello forma parte de los compromisos internacionales asumidos por El Salvador y responden también a una demanda de la Constitución y de la normativa nacional e internacional vigente para la nación en materia de derechos humanos y, en particular, en lo relativo a la aplicación del principio de igualdad, el cual permite visibilizar las diferencias para que no se conviertan en desventajas y la discriminación en razón del género.

Finalmente, esta autora señala que, como resultados de los hallazgos de esta investigación, se evidencia que la administración de justicia en El Salvador cuenta con un marco legal, nacional y supranacional suficientemente protector de los derechos de la mujer para aplicarse en la resolución de casos concretos que se presentan en la sociedad y en las más diversas esferas del Derecho, ya sea penal, laboral, etc. Por consiguiente, en todos los casos existe la obligación constitucional de aplicar los principios de igualdad, libertad y seguridad jurídica que tutelan los derechos de las mujeres salvadoreñas. Ello, sin ningún tipo de discriminación. Según este estudio puede concluirse que la responsabilidad total sobre esta problemática está en la cancha del poder judicial. Esta autora señala que es necesario aprender a razonar a partir de los derechos fundamentales y que las sentencias se motiven en clave de género. Asimismo, la autora señala la necesidad de construir bien los argumentos jurídicos, de forma que se haga valer la prevalencia de los derechos humanos de las mujeres salvadoreñas.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Fuentes doctrinales consultadas

- AGRUPACIÓN CIUDADANA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL SALVADOR. 2019: *Del hospital a la cárcel. Consecuencias para las mujeres por la penalización sin excepciones de la interrupción del embarazo en El Salvador. 1998- 2019*. Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto en El Salvador. <https://agrupacionciudadana.org/download/del-hospital-a-la-carcel-tercera-edicion/?wpdmml=13171&refresh=630ce36be1e6a1661789035>
- BALBUENA, P. 2004: *La justicia no tiene rostro de mujer. Obstáculos para el acceso de las mujeres a la justicia*. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/680/1/RAA-12-Balbuena-La%20justicia%20no%20tiene%20rostro%20de%20mujer.pdf>
- BEAUVOIR, S. 1997: *El segundo sexo*. Ediciones Siglo Veinte. https://www.segobver.gob.mx/genero/docs/Biblioteca/El_segundo_sex0.pdf

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR 2021: *Compilación y análisis de criterios jurisprudenciales sobre una vida libre de violencia para mujeres y niñas*. <https://ormusa.org/wp-content/uploads/2021/07/CompAnalisisCritJurisVidaLibreViolenciaMujeres-CSJ.pdf>
- DE GOUGES, O. 1791: *Declaración de los Derechos de la Mujer y la ciudadana*. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-derechos-de-la-mujer-y-de-la-ciudadana.pdf>.
- FACIO MONTEJO, A. 1992: *Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. ILANUD. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/16_DiplomadoMujeres/lecturas/modulo2/1_Alda%20facio_Cuando_el_gen_suena_cambios_trae.pdf
- FACIO MONTEJO, A. 2000: *El acceso a la justicia desde la perspectiva de género*. San José. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/57fe9f8043f84b0e9b94bf009dcdcf12/13.+El+acceso+a+la+justicia+desde+la+perspectiva+de+genero.pdf?MOD=AJPERES>
- FACIO MONTEJO, A. 2001: *Declaración Universal de Derechos Humanos: texto y comentarios inusuales*. Corte IDH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/11109.pdf>
- FLORES, R. et al. 2016: *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*. Casa San Ignacio Guaymuras. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34721.pdf>
- GONZÁLEZ FERRER, Y. 2020: *Discriminación por estereotipos de género (Herramientas para su enfrentamiento en el Derecho de las familias)*. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LIBRO-YAMILA2020CONTENIDO%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LIBRO-YAMILA2020CONTENIDO%20(1).pdf)
- GONZÁLEZ FERRER, Y. y PÉREZ GUTIÉRREZ, I. 2021: *Guía teórico-Práctica de aplicación del enfoque de Género y prevención de la violencia en el ámbito jurídico*. <https://cuba.unfpa.org/es/publications/gu%C3%ADa-te%C3%B3rico-pr%C3%A1ctica-de-aplicaci%C3%B3n-del-enfoque-de-g%C3%A9nero-y-prevenci%C3%B3n-de-la-violencia>
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. 2019: «Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de las mujeres». *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2019/1, 30: 15-60. <https://www.cairn.info/revue-journal-international-de-bioethique-et-d-ethique-des-sciences-2019-1-page-15.htm?contenu=resume>
- LAGARDE, M. 1996: *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Editorial Horas y horas, 13-38. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/08_EducDHyMediacionEscolar/Contenidos/Biblioteca/Lecturas-Complementarias/Lagarde_Genero.pdf
- LAMAS, M. 1996: *La perspectiva de género*. Observatorio Económico Latinoamericano (OBELA). <http://www.obela.org/system/files/La%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20-%20Marta%20Lamas.pdf>
- LAMAS, M. 2013: *El género, la construcción cultural de la diferencia sexual*. <https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/El%20genero.%20La%20construccion%20cultural%20de%20la%20diferencia%20sexual.pdf>
- MEDINA, G. 2018: «Juzgar con perspectiva de género- ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?» <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf>
- ONU Mujeres. 2012: *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (feminicidio)*. ONU Mujeres. <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2014/Modelo%20de%20protocolo.pdf>
- ORGANIZACIÓN DE MUJERES DE EL SALVADOR (ORMUSA). 2020: *Análisis de resoluciones y sentencias. Sobre aplicación de principios constitucionales y estándares internacionales de*

- protección de los derechos de las mujeres. ORMUSA. <https://ormusa.org/wp-content/uploads/2021/03/Estudio-Analisis-de-resoluciones-y-sentencias-antidiscriminatorias.pdf>
- POYATOS MATAS, G. 2019: Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, (2), 1-21. <https://revistas.um.es/igual/article/view/341501/257391>
- SALGADO, J. 2006. Género y Derechos humanos. *Foro revista de derecho*, (5), 163-173.
- UNESCO. s/f: *Metodología para juezas y jueces sobre aplicación perspectiva de género en decisión judicial*. Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la UNAM. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres_ORIGINAL/metodologia/metodologia.pdf
- VILLABELLA ARMENGOL, C. M. (2016) *Metodología de la Investigación Sociojurídica*. file:///C:/Users/Usuario/Documents/DOCTORADO%20EN%20DERECHO%20INTERNACIONAL%20%20LUPITA/LIBRO%20VILLABELLA/Metodolog%C3%ADa%20Investigaci%C3%B3n%20Socio%20Jurídica-Villabella%20(4).pdf

6.2. Instrumentos jurídicos salvadoreños consultados

- Asamblea Legislativa de El Salvador. 1972: *Código de Trabajo de El Salvador*, D.L. n.º 15, del 23 de junio de 1972. <https://www.refworld.org/es/docid/57f76da3a.html>
- Asamblea Legislativa de El Salvador. 1983a: *Código de Familia de El Salvador*. Decreto Legislativo n.º 677 de 1993, 11 de octubre de 1993. <https://www.pddh.gob.sv/mujer/wp-content/uploads/2017/10/CodigoDeFamilia.pdf>
- Asamblea Legislativa de El Salvador. 1983b: *Constitución Política de El Salvador*. https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf
- Asamblea Legislativa de El Salvador. 9 de mayo de 1990: *Ratificación de la Convención de los Derechos del Niño* (1990). <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/conna/documents/6182/download>
- Asamblea Legislativa de El Salvador. 8 de abril de 2011: «Ley de Igualdad y Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las mujeres». *Diario Oficial*, 8 de abril de 2011.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. 25 de noviembre de 2011: *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres* (2011). Decreto Legislativo n.º. 52025 de noviembre de 2011. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2011_decreto520_elsvd.pdf
- Asamblea Legislativa de El Salvador. 20 de octubre de 2014: *Ley especial sobre la trata de personas*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10431.pdf>
- Asamblea Legislativa de El Salvador. 25 de febrero de 2016: *Creación de Jurisdicción Especializada para una Vida libre de Violencia y Discriminación para las mujeres*. https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_073649411_archivo_documento_legislativo.pdf
- Gobierno de El Salvador. 9 de junio de 1981: *Ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*, 9 de junio de 1981. <https://isdemu.gob.sv/wp-content/uploads/2020/10/CEDAW.pdf>
- Gobierno de El Salvador. 23 de agosto de 1995: *Ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará*. https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_073547156_archivo_documento_legislativo.pdf

6.3. Jurisprudencia salvadoreña

- Corte Suprema de Justicia de El Salvador. 2018: *Sentencia definitiva n.º 24-COM-2018*. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2018/05/CDCEC.PDF>
- Corte Suprema de Justicia de El Salvador. 2021: *Compilación y Análisis de Criterios Jurisprudenciales sobre una vida libre de violencia para mujeres y niñas*. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/webj/CompAnálisisCritJurisVidaLibreViolenciaMujeres.pdf>
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 2012: *Sentencia de Inconstitucionalidad n.º 45-2012*. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2015/07/B3C56.PDF>
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia El Salvador. 2012: *Sentencia de inconstitucionalidad n.º 112-2012*. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2015/08/B2286.PDF>
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. 2016: *Sentencia de Inconstitucionalidad. n.º. 44-2015/103-2016*. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2017/10/C647D.PDF>

6.4. Instrumentos jurídicos internacionales consultados

- Asamblea Nacional de la República Francesa. 1789: *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf
- Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). 1992: *Recomendación General n.º19: la violencia contra la mujer. 11.º Período de sesiones, 1992*. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres3/html/cedaw/Cedaw/3_Recom_grales/19.pdf
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. J 23 de marzo de 2007. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-6115-consolidado.pdf>
- Naciones Unidas. 15-26 de junio de 1985: Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer. Igualdad, Desarrollo y Paz. (1985). Naciones Unidas, Nairobi. <https://www.un.org/es/conferences/women/nairobi1985>
- ONU Mujeres. 4-15 de septiembre de 1995: *Declaración y Plataforma de Beijing aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>
- Organización de Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. <https://www.pddh.gob.sv/portal/wp-content/uploads/2017/09/Convencion-Americana-Sobre-Derechos-Humanos.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. 1948: *Declaración Universal de Derechos Humanos* https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Organización de Naciones Unidas. 1991: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, ONU, 1966) aprobado en 1966 y en vigor desde 1976, y sus dos Protocolos facultativos, aprobados en 1966 y 1989, y en vigor desde 1976 y 1991 respectivamente*. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. 1993: *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>

Organización de Naciones Unidas. 1966: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo facultativo (PIDESC, ONU). https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/PIDESC_1966_ES.pdf

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. 4-6 de marzo de 2008: *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad* <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

6.5. Doctrina internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1995: *Informe 10/95, caso 10.580, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. CIDH. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/indice.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2007: *Informe sobre Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*. CIDH. <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>

Comité Naciones Unidas de la CEDAW. 2004: *Recomendación general n.º 25. Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Medidas especiales de carácter temporal*. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_S.pdf

Comité Naciones Unidas de la CEDAW. 2015: *Recomendación general n.º 33*. CEDAW. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

Comité Naciones Unidas de la CEDAW. 2017: *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de El Salvador*. CEDAW. <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhskcAJS%2FU4wb%2B-dlVicvG05RxAMurzF61tjPYIBtNYEUyGY5mvdYkWRPzo4D4YSKiUV0mlkZyksNQLhxP%-2F8PzVuY1eOocVKpWkdy%2BnPx80%2BF6O7Ave6M3gF9Rv%2FiaRymeag%3D%3D>

Corte IDH. 1984: *Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. https://ads-database.ohchr.org/Issuelibrary/CIDH_Opini%C3%B3n%20Consultiva_OC%204-84.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2001: *Informe de fondo n.º 4/01. María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*. Corte IDH. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Guatemala11.625.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2018: *Cuadernillo de jurisprudencia Corte IDH n.º 4: Derechos humanos y mujeres*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf>

Cumbre Judicial Iberoamericana. 2013: *Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias. Comisión Permanente y Acceso a la Justicia*. <https://escuelajudicialjp.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/otrasPublicaciones/Modelo%20de%20Incorporaci%C3%B3n%20de%20la%20Perspectiva%20de%20G%C3%A9nero%20en%20las%20Sentencias%20.pdf>

ERTÜRK, Y. 2004: *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*. (ONU, 2004), Sra. Yakin Ertürk. *Sobre Misión en El Salvador, Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de Género: la Violencia contra la mujer*. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. <https://undocs.org/es/E/CN.4/2005/72/Add.2>

- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. *Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37*, párr. 7; *Opinión Consultiva OC-18/03*, párr. 92. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>
- Organización de Estados Americanos. 2007: *Informe de Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. Deficiencias en la respuesta judicial en casos de violencia contra las mujeres: Obstáculos para cumplir con la obligación de debida diligencia y combatir la impunidad*. <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm>
- Sistema de Integración Centroamericana (SICA). 2013: *Política Regional de Igualdad y Equidad de Género del Sistema de la Integración Centroamericana*. SICA.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. 2008: *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, ciudad de Brasilia. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> y <https://www.pj.gov.py/images/contenido/acordadas/acordada633.pdf>

6.6. Jurisprudencia Interamericana y Tribunal Europeo

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 16 de noviembre de 2009: *Caso González y Otras («Campo Algodonero») Vs. México*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH. 2010: *Sentencia del Caso Inés Fernández Ortega Vs. México, serie C-215*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Internacional/Casos/2.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012: *Sentencia Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, en sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C n.º 246*. Corte Interamericana de Derechos Humanos https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2014: *Caso Espinoza González vs. Perú, párr. 278, y Serie C n.º 289*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 4. Género*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2020: *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesús vs. Brasil, supra, y Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador, supra*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2021: *Sentencia Caso Manuela y otros vs. El Salvador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf

6.7. Jurisprudencia de otros tribunales internacionales

- Superior Tribunal de Justicia, Jujuy, Argentina. 2018: *Sentencia del Expediente: CF-14246-2017*. http://www.justiciajujuy-juris.gov.ar:8081/firm_resultado_out_sentencias.aspx?id=335045

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias. 2017: *Sentencia de Sala de lo Social integrada por: Sres. Magistrados D. Humberto Guadalupe Hernández, Dña. María Jesús García Hernández y Dña. Gloria Poyatos Matas. Las Palmas de Gran Canaria, España.* <https://www.womenslinkworldwide.org/files/2950/sentencia-gloria-poyatos.pdf>

Tribunal en lo Criminal n.º 2 Ex Cámara Penal, Sala II, Jujuy, Argentina. 2019: *Sentencia expediente: --2198-2019.* http://www.justiciajujuy-juris.gov.ar:8081/frm_resultado_out_sentencias.aspx?id=357906

Una aproximación histórica y cultural de algunos conceptos jurídicos

A Historical and Cultural Approach to some Legal Concepts

Yun Li

Doctora en Derecho Privado de la Universidad Autónoma de Madrid y profesora titular en la Facultad de Estudios Extranjeros de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho (CUPL, Beijing, China)

carfield_9@163.com

Recibido: 09/09/2022

Aceptado: 10/10/2022

Resumen

Este artículo propone una mirada comparativa e interdisciplinaria, mediante herramientas históricas, en particular el modelo de historia social, a algunos conceptos jurídicos, como el Derecho Civil, la obligación y el contrato. El derecho de un país nunca ha existido independientemente, forma parte de su cultura y está influido profundamente por su historia y el modo de pensar particular. Tomamos estos conceptos básicos del derecho de contratos como ejemplo y muestra. Los conceptos más importantes con los que vamos a trabajar

Abstract

This article proposes a comparative and interdisciplinary view at some legal concepts, trying to analyze their historical semantics, using historical tools, in particular the social history model, to discover the changes in the social structure behind these concepts and also to examine their possible links with modern law at the level of conceptual evolution. In other words, conceptual history explores conditions and situations over a long period of time, clarifying the evolution of law in terms of the interconnection between social structures and legal concepts.

son los siguientes: ¿Qué se entiende por *Civil Law*? Y, en particular, ¿qué se entiende por obligación y contrato en los sistemas chino y latinoamericano? ¿La tradición jurídica china es igual que la de Europa y de América Latina? Para el Derecho chino, la evolución histórica de los conceptos del Derecho civil, la obligación y el contrato fue un proceso de recepción del Derecho extranjero, lo cual fue en todo caso complicado, pues siempre existían conflictos y debates sobre ello, por lo tanto, estos conceptos del derecho chino, comparados con los del derecho extranjero, muestran características particulares.

Palabras clave: derecho comparado; derecho civil; obligación; contrato.

We are going to answer the following questions: How are legal concepts and terms originating from a particular historical situation in European history used in other civilizations? Can legal concepts and terms developed in the Western European social model be generalized? Does the transposition of concepts or terminology hide significant historical differences? How has China taken the initiative to participate in this project of legal transformation?

The law of a country has never existed independently, it is part of its culture, and is deeply influenced by its history and particular way of thinking. We take these basic concepts of contract law as an example and sample. The most important concepts we are going to work with are the following: What is meant by Civil Law? And, in particular, what is understood by obligation and contract in the Chinese and Latin American systems? Is the Chinese legal tradition the same as that of Europe and Latin America? For Chinese law, the historical evolution of the concepts of civil law, obligation and contract was a process of reception of foreign law, which was in any case complicated, because there were always conflicts and debates about it, therefore these concepts of Chinese law, compared with those of foreign law shows the particular characteristics.

Keywords: comparative law; civil law; obligation; contract.

1. INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS

Los conceptos fundamentales del Derecho civil chino se originan en las tradiciones del Derecho romano y del Derecho continental moderno, como sucede con los conceptos del Derecho Civil de España y de América Latina. Tienen pues el mismo origen. Los conceptos jurídicos occidentales se introdujeron en China de dos maneras: la primera fue a través de la traducción e introducción de conocimientos y conceptos occidentales por parte de los misioneros occidentales. La segunda vía fue la absorción e introducción de los conceptos jurídicos modernos a través de Japón tras la guerra chino-japonesa, ya que China podía utilizar directamente las traducciones japonesas de las palabras chinas porque pertenecían al mismo círculo cultural de los caracteres chinos.

Sin embargo, algunas veces estas tradiciones jurídicas se mezclan en China con el pensamiento jurídico tradicional (China Antigua y Moderna, y/o socialista) y la mentalidad jurídica china. Lo mismo sucede a los conceptos del Derecho Civil de España y América Latina: también han recibido muchas influencias por la tradición del Derecho europeo y latinoamericano, respectivamente.

A continuación, se expondrá el origen, la evolución histórica y cultural y la situación actual de estos conceptos en el Derecho Civil chino, español y latinoamericano. Para ello conviene aclarar, en primer lugar, que todos estos sistemas se entroncan en el gran sistema del *Civil Law*, si bien reciben actualmente —en mayor o menor medida— la influencia del *Common Law*, como veremos más adelante, debido a que el proceso de la globalización ha supuesto un influjo mutuo entre *Civil Law* y *Common Law*.

2. LA PERTENENCIA AL CIVIL LAW COMO NOTA COMÚN A LOS SISTEMAS CHINO, ESPAÑOL Y LATINOAMERICANO¹

2.1. Introducción

Todo estudio de Derecho comparado debe basarse en un conocimiento previo de la terminología jurídica empleada en los diversos sistemas. Como ha expresado Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO,

en primer lugar, conviene hacer una matización en cuanto a la nomenclatura que usamos. En lo que se ha venido denominando derecho comparado, la terminología usada por los autores que se han ocupado de realizar los estudios y análisis comparativos entre ordenamientos jurídicos ha variado dependiendo de su nacionalidad. Es decir, la terminología varía dependiendo del punto de vista desde el cual se posiciona la persona que realiza la comparación. En un principio, cuando el contraste de sistemas jurídicos provenía de autores europeos se distinguía entre el Derecho inglés y el Derecho continental².

Actualmente solemos hablar de *Common Law* y *Civil Law*, respectivamente.

Como afirma el profesor José María de EIZAGUIRRE, «la noción del Derecho civil (en inglés: *Civil Law*) caracteriza a la manifestación o formulación del Derecho en el ordenamiento español, de igual modo que en el continente europeo, América Latina y China. En todos estos ámbitos geográficos el juez resuelve con arreglo a la ley escrita.

1 Véase en VÁZQUEZ DE CASTRO, E. 2002: «Los contratos ilegales en el *Common Law*». *Anuario de Derecho Civil*, 2002, enero-marzo, tomo LV, fasc. I: 116; EIZAGUIRRE, J. M.^a de. 2012: «*Civil law*: la vigencia de una categoría convencional». *Anuario de Derecho Civil*, 2012, tomo LXV, fasc. II: 535.

2 VÁZQUEZ DE CASTRO (2002, p. 116).

Ello diferencia al llamado Derecho continental del Derecho anglosajón guiado por el precedente». El autor explica que la denominación *Civil Law* resulta de la contraposición del régimen jurídico propio de la Europa continental, respecto del sistema jurídico angloamericano conocido como *Common Law*; por lo que forma parte de la dicotomía en la que tradicionalmente se han venido dividiendo los ordenamientos jurídicos del mundo³.

Es sobradamente conocido, en España y Latinoamérica, su pertenencia al sistema del *Civil Law*. Veamos a continuación, con mayor detalle, la pertenencia también del sistema chino a esta gran familia del Derecho civil continental, haciendo alusión a sus orígenes.

Actualmente el término «Derecho civil» que se traduce a la lengua mandarín es *Min Fa*. En cuanto a su origen, hay debates entre la recepción del Derecho continental europeo y la creación propia de la literatura jurídica china. En el aspecto del análisis doctrinal, el Derecho civil chino muestra las características particulares con los elementos chinos.

2.2. Debates sobre el origen de *Min Fa* en China: ¿la recepción del Derecho continental europeo vs. la creación propia de la literatura jurídica china?

Hay dos opiniones sobre el origen de *Min Fa* en China. Una destaca que la noción *Min Fa* en China es la recepción del Derecho continental europeo, introducida por las traducciones jurídicas a japonés de los términos jurídicos del ordenamiento europeo, mientras que la otra sostiene que ya existía la noción *Min Fa* en la literatura jurídica antigua de China.

a) Como veremos a continuación, el concepto de Derecho civil en Asia coincide con el español y latinoamericano, pues —como ellos— es resultado de la influencia del Derecho continental europeo.

En la literatura jurídica china, hay dos términos que corresponden al término *jus civile* del Derecho romano: *Min Lv* y *Min Fa*. De acuerdo con la investigación china, el término *Min Lv* fue de creación propia china. En el año 1880, el profesor de francés BI LIGAN del Instituto Tongwen Guan tradujo el *Code Civil* francés como «法国律例 (*Fa Guo Lv Li*)⁴: 民律 (*Min Lv*)». La otra forma de traducción: *Min Fa*, fue introducida de la traducción japonesa del mismo *Code Civil* francés. Desde los finales del siglo XIX hasta los principios del siglo XX, los dos términos: *Min Lv* y *Min Fa* se utilizaron de la misma manera y ambos significaban el «Derecho civil» en español. El Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing y el Anteproyecto del Código Civil Republicano emplearon el término *Min Lv*, mientras que el Código Civil Republicano de 1930 empleó el término

3 MARÍA DE EIZAGUIRRE (2012, p. 535).

4 Significa Derecho francés.

Min Fa. Desde entonces, el término *Min Lv* comenzó a desaparecer poco a poco hasta que se ha convertido hoy en día en un término muerto en la historia jurídica china.

Por otra parte, al hablar de la evolución histórica del concepto del Derecho Civil en el régimen jurídico chino, no podemos dejar de mencionar la influencia que el Derecho japonés ha tenido en China.

En primer lugar, conviene destacar el proceso de recepción del Derecho en Japón⁵, que, por los conflictos de intereses políticos y económicos, también fue bastante complicado⁶.

Hasta la traducción del Código civil francés por el jurista japonés Mitsukuri, la sociedad japonesa no contaba con la palabra que equivaldría a «derechos» ni «deberes» del concepto occidental. Como es lógico, la traducción constituía una parte fundamental en el proceso de recepción de Derechos extranjeros, aunque sin ser fenómeno de la aculturación ya que la incorporación del Derecho extranjero no significó imposición ni deterioro de la cultura propia de Japón. Este proceso de recepción consistió en tres fases, la selección del Derecho extranjero más conveniente, la traducción al japonés y la aplicación de la misma. Verdaderamente la traducción al japonés fue la base de la conversión o transformación del Derecho extranjero en el Derecho japonés⁷.

A su vez, el Derecho japonés utiliza un concepto de Derecho civil derivado del Derecho holandés (*Burgerlijkrecht*)⁸.

Por consiguiente, el término «Derecho civil» que se traduce a la lengua mandarín es *Min Fa*. Esta es una noción prestada y exótica para la población china. Podemos concluir que el concepto actual de «Derecho Civil» en China coincide hoy con el europeo: el *bürgerliches* del *bürgerliches Gesetzbuch* en alemán, el *civile* del *jus civile* en latín,

5 BARBERÁN, F. y DOMINGO, R. 2006: *Código civil japonés*. Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 27 y ss.; ASAMI, E. 2013: *Los sistemas del derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*. Tesis doctoral de la Universidad Complutense, 126.

6 BARBERÁN y DOMINGO (2006, p. 27).

7 ASAMI, E. 2013: p. 126 y nota 218. Según explican los juristas españoles Francisco BARBERÁN y Rafael DOMINGO, la traducción del *Code* «se inició en 1869 cuando el Ministro de Justicia Shimpei Eto (江藤新平, 1834-1874), condenado cuatro años después a la pena capital, encomendó al intelectual Rinsho Mitsukuri (其作麟祥, 1846-1897) la traducción al japonés del Código penal francés. Contenido con la labor realizada por el traductor, le encargó la compleja traducción del *Code civil*».

Por otra parte, la autora ha señalado la importancia de la traducción de los conceptos jurídicos: «Generalmente cuando la traducción conlleva nuevos conceptos ajenos o bien incorpora un término completamente desconocido podría producirse una distorsión o abrir la brecha entre el texto original y la traducción, a no ser que se encuentre algún modo de conciliación. Este fue el caso de la palabra «Derecho» inexistente antes de la Restauración Meiji».

8 También hay otra versión del origen de la noción 民法 en Japón: antes que la traducción del *Code Civil* francés de Rinshō Mitsukuri, en 1868, el estudioso jurídico japonés Mamichi Tsuda tradujo el término holandés *burgerlykrecht* como 民法 en japonés.

el *burgerlijk* del *Burgerlijkregt* en holandés, el *civile* de francés y el civil en español. Con todo, internamente, en China se ha puesto de manifiesto algún matiz crítico⁹.

b) La segunda idea surge porque en el texto titulado «Tang Gao»¹⁰ del libro *Shang Shu*¹¹ se registra una frase en el idioma chino antiguo diciendo que «Jiu Dan Zuo Min

9 Aunque el jurista japonés tradujo la noción del Derecho civil como *民法*, (*Min Fa*), la teoría jurídica japonesa explica que el Derecho civil es la ley de la sociedad ciudadana, lo cual significa *市民法*, (*Shi Min Fa*). Durante el proceso de la legislación china de la dinastía Qing, los juristas japoneses fueron invitados a China para la elaboración de las leyes, de esta manera, ellos introdujeron la traducción de la noción del Derecho civil: *民法*, (*Min Fa*), a la sociedad china.

Hay otra versión del origen de la noción del Derecho civil a China: después de que el estudioso japonés Mita Rinsho tradujera el *Code Civil* francés a *民法*, (*Min Fa*), Huang Zunxian (abril de 1848-marzo de 1905), el diplomático y político chino de la dinastía Qing, mediante su obra *Mentalidad Japonesa* (en chino, *日本国记*, *Ri Ben Guo Ji*) introdujo esta traducción japonesa en China en 1887 y esta traducción se afirmó por Liang Qichao. Luegó esta noción se desarrolló rápidamente en China.

Durante la dinastía Qing, los legisladores habían realizado pequeñas modificaciones de la noción de *Min Fa* a la de *Min Lv*, y utilizaron esta noción cuando se elaboró el *Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing* en el agosto de 1911.

Muchos juristas chinos han propuesto algunos análisis señalando la distinción entre *Min Fa* y *Min Lv*, especialmente entre *Fa* y *Lv*. Algunos juristas expresan que esta distinción no tiene mucho sentido. A mi juicio, tampoco es necesario hacer esta comparación y distinción: a los ojos de una gran parte de los juristas chinos a principios de la República China, *民法* *Min Fa* y *Min Lv*, especialmente *Fa* y *Lv* son equivalentes; la única diferencia consiste en que se utilizaba en diferentes épocas (la noción del *Min Lv* se utilizaba en la dinastía Qing, mientras que la noción del *Min Fa* se utilizaba en la historia después de la dinastía Qing).

10 «Tang Gao»: un texto del libro *Shang Shu*. El texto «Tang Gao» puede considerarse como una conversación entre el emperador Tang y los soberanos o príncipes súbditos a él. «Tang» se refiere a Cheng Tang, aproximadamente 1670-1587 a. de J. C., también se denomina emperador Tang), el primer emperador de la dinastía Shang, quien venció al emperador Xia Jie de la dinastía Xia (XXI-XVI a. de J. C.), puso fin a la dinastía Xia, estableció el imperio Shang y llegó a ser su primer emperador. «Gao» significa decreto imperial, según el Nuevo Diccionario chino-español. El contexto histórico de este texto trata de que Cheng Tang, guiando a los soberanos o príncipes súbditos a él, lanzó una expedición punitiva contra Xia Jie, llegó a vencer a Xia Jie en Ming Tiao, situado al oeste de An Yi y al norte del río Amarillo. Después Cheng Tang volvió a su capital Bo (亳), los soberanos o príncipes súbditos ya se pasaron a él, llegó a ser el primer emperador, en aquel entonces, Cheng Tang declaró públicamente a toda la nación las razones por las que él quería lanzar la expedición punitiva contra Xia Jie y le advirtió los consejos a toda la nación. El historiador oficial registró este acontecimiento y completó este texto.

11 *Shang Shu*, la primera colección documental histórica de la antigua China y escrita en el período de los Estados Combatientes (475-221 a. C.), aproximadamente s. V a. C., es la primera colección clásica de obras literarias, archivos y documentos imperiales de la antigüedad china y también es el documento histórico más antiguo de China. Este gran libro registró la historia de dos mil años desde los emperadores Yao y Shun, monarcas legendarios en la China antigua-sabios antiguos, hasta la dinastía Zhou (siglo XI-256 a. de J. C.). *Shang Shu* se

Ju». Según las investigaciones de historiadores de las dinastías Ming y Qing, en los Reinos de Wei (220-265) y Jin (265-420), de los Tres Reinos, encargaron a Kong Anguo, especialista del estudio de las obras clásicas confucianas de la dinastía Han del Oeste (206 a. de J. C.-24 d. C.), poner notas explicativas sobre la gran obra *Shang Shu*, de esta manera, este especialista llevó a cabo una nueva obra titulada *Shang Shu Kong Shi Zhuan*¹² con sus notas explicativas. Él puso nota a esta frase como «Jin Dan¹³, chen¹⁴ ming¹⁵, zhu¹⁶ tu di¹⁷ zhi¹⁸ guan¹⁹; zuo²⁰ ming ju²¹ min fa²² yi²³ bian²⁴; wang²⁵,²⁶, la traducción al español de esta frase es la siguiente: «Jin Dan, nombre de un súbdito, se encargó de los asuntos relacionados con la tierra, escribió un tomo titulado «Ming Ju Min Fa (Derecho Civil Ming Ju)» y murió».

A finales de la dinastía Qing los gobernantes decidieron elaborar la legislación civil, en el memorial del Ministerio de Asuntos Civiles presentado al emperador, escrito en papel plisado, se registraba que «la noción del ‘derecho civil’, se leía en la obra *Shang Shu.Kong Shi Zhuan* (Comentarios de Kong sobre la obra clásica confuciana *Shang Shu*)».

considera el manual de gobernanza para los emperadores de las dinastías del pasado de China. Según lo que se transmite en forma oral, de generación en generación, el gran sabio Confucio compiló este libro, y fue una de las obras clásicas de la escuela confucianista (una escuela de pensamiento de una época de gran expansión cultural e intelectual conocida, primeramente, como período de Primavera y Otoños, después, como período de los Reinos Combatientes, 770-221 a. de J. C.).

12 *Shang Shu*, el mismo título de la obra clásica confuciana a que añadió las notas explicativas. Kong: el apellido del especialista Kong Anguo. Shi significa apellido. Kong Shi significa de apellido Kong. Zhuan significa comentarios sobre libros clásicos. En conclusión, el título *Shang Shu Kong Shi Zhuan* significa comentarios hechos por un especialista del estudio de las obras clásicas confucianas de apellido Kong sobre la obra clásica confuciana *Shang Shu*.

13 Apellido y nombre del autor de la obra *Ming Ju Min Fa (Derecho Civil Ming Ju)*.

14 Significa súbdito.

15 Significa nombre. Chen Ming significa nombre del súbdito.

16 Significa «se encarga; es responsable de...».

17 Significa la tierra.

18 Significa la preposición de.

19 Significa funcionario, oficial.

20 Significa «realizó; completó; escribió; compuso, etc.».

21 Nombre de la obra.

22 Significa derecho civil.

23 Significa uno.

24 Significa parte de un libro, tomo, volumen, etc.

25 Significa murió.

26 La frase en chino es: «咎单, 臣名, 主土地之官, 作《明居民法》一编, 亡.».

2.3. Análisis doctrinal. Contrastes de la definición de Min Fa en China

2.3.1. Derecho civil en la China antigua vs. derecho civil posterior

Nadie pone en duda que había el Derecho civil en la China antigua, por ejemplo, en la dinastía Tang, ya existía la *Ley de Matrimonio*²⁷ de aquel entonces, una legislación sobre el matrimonio y la familia de la sociedad feudal, que estipulaba mayoritariamente los reglamentos de prohibición; por ejemplo, que a una persona no le estaba permitido casarse con otra persona con el mismo apellido²⁸ (por la cultura jurídica de la China antigua, mayoritariamente las normas de aquel entonces eran de prohibición, que hemos mencionado en la primera parte de este trabajo). La *Ley del Ministerio de Hacienda* en la China antigua se considera como el primer Derecho civil de China, que estipula los reglamentos sobre el matrimonio, la tierra y la obligación pecuniaria.

No obstante, por falta de conexiones internas y la sistematización entre las normas estipuladas tanto en la *Ley de Matrimonio* de la dinastía Tang, como en la *Ley del Ministerio de Hacienda* en la China antigua, carecía de la doctrina del Derecho civil, entonces, en la China antigua no había el Derecho civil, no contaba con su propio doctrina ni disciplina.

2.3.2. Derecho romano vs. Common Law

El Derecho romano tenía el carácter de codificación y sistematización, mientras que el *Common Law* se caracteriza por estar constituido sobre casos judiciales precedentes (jurisprudencial) y las costumbres de los países anglosajones. El Derecho civil antiguo de China pertenecía al sistema jurídico de origen romano o al *Common Law*, lo analizaremos a continuación.

La mentalidad de la propiedad privada es la condición esencial para el desarrollo del derecho civil, pero desafortunadamente el término «propiedad» conlleva el sentido despectivo en la China antigua. Por falta del concepto propiedad y el régimen correspondiente del derecho civil, había principalmente reglamentos del derecho público²⁹ en la sociedad feudal de la antigüedad china, concentrándose en el derecho penal.

En el sector civil, la institución Li (cortesía, legalismo), la principal fuente del derecho civil de la China antigua, representada por el confucianismo, se considera como la ética jurídica y se trata de un instrumento para ejercer la ética. La tradición del confucianismo, que no distinguía entre la familia y el Estado, la ética y el derecho, ni la vida individual y la vida pública, llevaba a cabo la política moral de la sociedad feudal en China. Es decir, la familia y el Estado son lo mismo, la familia es el Estado y el Estado es

27 Pronunciación: Hu Hun Lv.

28 Se preocupaba por la calidad del embrión de la pareja del mismo apellido.

29 No es lo mismo derecho público que derecho romano.

la familia. En la antigua China, la institución Li estaba estrechamente relacionada con la vida cotidiana de la gente, cubría sus necesidades básicas y abarcaba casi todos los aspectos (político, económico, militar, legal, cultural, educacional, religioso, moral, etc.) de la sociedad feudal. La institución Li guiaba a la gente a salir de la naturaleza y entrar a la civilización. En conclusión, en la cultura jurídica tradicional china no hay una distinción clara entre la moral, la política y el derecho. Eso conduce a que el derecho civil chino, al tramitar causas civiles, tenga la característica de flexibilidad y equilibrio entre la ética, la costumbre, la razón y el derecho estipulado; por consiguiente, la doctrina actual destaca que el derecho civil de la China antigua trata del derecho integral entre el derecho romano y el *Common Law*.

3. EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

El concepto de obligación, que —tanto en Europa como en América Latina— hunde sus raíces en el Derecho romano, llega a China a través de la recepción del Derecho civil europeo. Desde el punto de vista de la filología, explicaré a continuación algunos aspectos interesantes para avanzar en el conocimiento mutuo de nuestros correspondientes sistemas jurídicos, así como de su evolución (en muchos casos paralela).

3.1. El concepto de obligación recibido en el Derecho civil chino

El concepto jurídico de «obligación» fue una noción extraña para los juristas chinos antes de la introducción del Derecho de los países occidentales al final de la dinastía Qing³⁰. Los juristas chinos tradujeron la noción «obligación» por el término «债» o «賁» de la lengua china («债» es la forma de escritura moderna de la lengua china, mientras que «賁» es su forma de escritura antigua). Estos términos chinos solo se corresponden parcialmente con la noción jurídica de «obligación» del Derecho occidental, ya que esta abarca tanto el deber como el derecho, mientras que en el lenguaje chino este concepto tan completo no existe, sino solo referido al deber o aspecto pasivo.

En la lengua china, «债» o «賁» significa préstamo del dinero o de cosa consumible. En el Libro Han. Biografía de Huan Yang Xian Wang Qin, de la dinastía Han, se contempla la definición expresa de la noción «债»: «债, 谓假贷, 人财务, 未偿者也。»³¹.

30 Aquí se refiere al siglo XIX. La introducción del Derecho occidental se realizó después de la Guerra del Opio (1840-1842). La dinastía Qing empezó el año 1636 y terminó el año 1912, duró 296 años.

31 «Huan Yang Xian Wang Qin Zhuan», Han Shu, Shi Gu Zhu (en chino: 汉书·淮杨宪王钦传, 师古注).

Su traducción es: «债 (Obligación)», significa que se debe el dinero, o la cosa; que todavía no se ha devuelto. Según el Diccionario de lengua china moderna, «债» (Obligación) significa deuda de dinero (o cosa). De acuerdo con el Diccionario moderno español-chino, chino-español: «债» (zhai) tiene diverso significado según de qué concepto vaya acompañado:

huan zhai: pagar la deuda;
jie zhai: pedir un préstamo;
qian zhai: deber;
zhai wu: deuda; pasivo.

La introducción del término «债» supuso intensos debates sobre el uso o la adaptación de la noción «债» en el Derecho civil chino: los juristas contrarios a la recepción de este concepto opinaban que esta noción era extranjera y extraña, y que tenía un significado diferente al significado propio de su correspondiente traducción en chino; su admisión en el Derecho civil chino llevaría a usar una misma noción para referirse a dos cosas diferentes, provocando malentendidos y confusión. Sin embargo, actualmente está admitida y generalizada. De este modo, actualmente en China (como sucede en España) convive el concepto común de obligación o deuda (socialmente entendido como deber) con el concepto jurídico de obligación o deuda (que comprende tanto el lado pasivo como el activo; es decir, la deuda y el derecho).

3.2. Origen de la obligación de la China antigua

El origen de la obligación de la China antigua proviene del contrato de préstamo y del contrato de compraventa, que a continuación detallaremos.

3.2.1. Obligación proveniente del contrato de préstamo

En la gran obra *Ritos de la dinastía Zhou* destaca una frase diciendo que «Ting Cheng Zhai Yi Fu Bie». chēng zhài significa pedir prestado dinero. Fu bie es un tipo de contratos, en aquel entonces, los contratos escritos se clasifican de dos tipos: «fu bie» (en chino: «傅別») y «zhi ji» (en chino: «质剂»). «fu bie» trata de contratos de préstamo. En esos contratos de préstamo escribieron un carácter chino bastante grande en el derecho y el revés del contrato respectivamente; luego dividieron este contrato en dos partes, el prestatario y el deudor; guardaron la mitad de este contrato como certificado, claro, cada mitad del contrato contaba la mitad del carácter chino. En caso de que ocurrieran disputas del contrato de préstamo, el funcionario-juez responsable tomaba la decisión con el certificado unido y ofrecido por dos partes.

Para asegurar el cumplimiento de la obligación, las dos partes interesadas necesitan concluir un contrato «fu bie». «fu» significa atar, poner trabas, se refiere al acto

de escribir el objeto de la obligación, los derechos y deberes de las dos partes en el contrato, es decir, la obligatoriedad de las dos partes en el contrato escrito; «bie» significa dividir, se refiere al acto de escribir el carácter chino grande en la mitad del contrato y dividir el contrato en dos para que cada parte contara la mitad del carácter y que cada una de las dos partes interesadas solamente pudiera guardar una mitad del contrato.

De los documentos históricos de la China antigua, podemos deducir que la obligación en la antigüedad china ocurre del contrato de préstamo.

3.2.2. Obligación proveniente del contrato de compraventa

La obra clásica *Shi Zi* registra las transacciones hechas por Shun, el soberano legendario en la China antigua, aprovechándose de la diferencia de precios entre lugares distintos, diciendo que «顿丘买贵。于是贩于顿丘。传虚卖贱，于是债于传虚。」 («Dun qiu mai gui. Yu shi fan yu dun qiu. Chuan xu mai jian, yu shi zhai yu chuan xu»). El contexto histórico de esta frase trata de que en el lugar Dunqiu, como faltaban productos agrícolas y acuáticos, artículos de artesanía y de uso diario, sobre todo, los artículos de alfarería, es decir, aquí estas mercancías eran de fácil venta y de precio alto, entonces, Shun transportó estas mercancías a Dunqiu para intercambiar más productos que en su pueblo natal faltaban; mientras que Chuanxu abundaba en productos agrícolas y acuáticos, artículos, cerámicas, etc., entonces, aquí estas mercancías eran de precio bajo, por eso, Shun las compró a crédito, debió el «dinero» (o, mejor dicho, el valor de las mercancías)³², para venderlas en Dunqiu. Esta frase significa que (Shun) vendió mercancías en Dunqiu donde las mercancías eran de precio alto, mientras que las compró a crédito en Chuanxu donde las mercancías eran de precio bajo.

3.2.3. La responsabilidad civil

El carácter esencial del Derecho antiguo de China es prestar más atención al castigo penal y menos a la pena, es decir, para la causa civil también se aplica el castigo penal. Desde la dinastía Zhou del Oeste (1066-771 a. de J. C.) había existido el régimen de multa hasta la República de China (1912-1949), que impuso al delincuente pagar al Estado la multa de una suma de dinero con carácter obligatorio, que no se pagaría a las víctimas, entonces esta suma de dinero no se considera como la obligación.

³² Shun devolvió después otras mercancías como intercambio o las conchas, que servían de monedas en China antigua.

3.3. La huella de la *Obligatio* del Derecho romano y su posterior evolución

El concepto de obligación que, en Europa y Latinoamérica, se hereda del Derecho romano, está sometido hoy a revisión en algunos países, tras la influencia que, a través de la CISG, ha dejado el concepto de obligación procedente del Derecho anglosajón.

Como afirma el jurista Luis DíEZ-PICAZO, «El concepto de obligación (*obligatio*) procede del Derecho Romano»³³. José Luis LACRUZ BERDEJO y otros autores explican que «la etimología más aceptada hace derivar el vocablo obligación de *ob* (alrededor) *ligare* (atar). El verbo latino obligarse es antiguo; pero el sustantivo jurídico *obligatio* es relativamente tardío; surge a fines de la República (s. I a. de C.); pero el instituto romano de la obligación es muy anterior, designado con el verbo *oportere*; el término *obligatio* es el adoptado por la primera jurisprudencia clásica para designar la relación patrimonial sancionada con una acción *in personam* (D'ORS)»³⁴.

El jurista Luis DíEZ-PICAZO explica que «en las fuentes romanas la *obligatio* se define como *vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*»³⁵. En este sentido, José Luis LACRUZ BERDEJO y otros autores explican que esta definición fue incluida por JUSTINIANO en sus *Instituciones* que FERRINI atribuye a FLORENTINO y KÜBLER a PAPINIANO³⁶, y «en cualquier caso, la opinión dominante la considera clásica»³⁷.

Luis DíEZ-PICAZO sigue explicando que «la *obligatio* ha sido, pues, originariamente un *vinculum*. Esta palabra ha ido perdiendo con los siglos su fuerza primitiva»³⁸. Así, deja de ser un poder que alcanzaba incluso la esfera física de la persona, permitiendo al acreedor vender o incluso matar al deudor que no paga.

El autor sigue explicando que

en este momento inicial la idea de *obligatio* es independiente de la idea de *debere*. Se puede *deber* y no estar *obligatus* y al revés se puede estar *obligatus* y no *deber*. Es incluso posible que fuera normal que las ideas de *debere* y de *obligatio* se presentaran separadamente. El *obligatus* no es un deudor, sino una persona dada o entregada como rehén para asegurar que el deudor cumplirá aquello que debe. El *debere*, por sí mismo, es inexigible e irrealizable si no es por la voluntad de quien debe. En cambio, la

33 DíEZ-PICAZO, L. 2008: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las relaciones obligatorias*. Navarra: Thomson Civitas, 66-67.

34 LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. 2011: *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, volumen primero, Parte General, Teoría General del Contrato*. Madrid: Dykinson, 4.

35 DíEZ-PICAZO (2008, pp. 66-67). José Luis LACRUZ BERDEJO y otros autores expresan como «*obligatio est iuris vinculum quod necessitate adstringimur, alicuius solvendi rei, secundum nostrae civitatis iura* (3.13, pr.)», véase en LACRUZ BERDEJO et al. (2011, p. 4).

36 LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2011, p. 4).

37 LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2011, p. 4).

38 DíEZ-PICAZO (2008, p. 66).

obligatio confiere, como antes decíamos, un poder de naturaleza física o cuasi física. El debere lo asume, por ejemplo, un pater familias, pero obligatus resulta una de las personas sometidas a la potestad de aquél, a quien entrega como rehén o una persona que se coloca voluntariamente en dicha situación para asegurar el cumplimiento³⁹.

Porque el deudor puede quedar liberado de este modo, «la solutio primitiva no es en rigor el cumplimiento de un deber, sino el rescate de la propia libertad»⁴⁰.

José Luis LACRUZ BERDEJO (y otros autores) sigue explicando que

el Digesto, recogiendo un texto atribuido a Paulo (pero que los romanistas, casi unánimemente —SCHULZ, KASER, MARCHI, etc.—, tienen por elaboración post-clásica), traza el siguiente parangón entre obligación y derecho real: obligationum substantiam non in eo consistit, ut, aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel prestandum (44, 7,3, pr.). POTHIER combinó ambos fragmentos para formular, con referencia a los juriconsultos romanos, la definición de obligación: «un lazo de derecho que nos constriñe a dar a otro alguna cosa, o bien, a hacer o no hacer tal o cual cosa»⁴¹.

En el mismo sentido que los autores anteriores, MORALES MORENO ha explicado que la teoría de las obligaciones tuvo su origen en «el modelo romano de obligación unilateral»⁴² y logró la plenitud de su desarrollo en el Derecho romano, de donde pasó a los sistemas latinos⁴³. «Justiniano la contempla en sus Instituciones 3, 13 pr.⁴⁴, cuyo texto dice lo siguiente: La obligación es un vínculo jurídico, por el cual somos compelidos a pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad»⁴⁵.

Volviendo al Derecho civil chino, a juicio del autor chino CHEN Gengsheng, si comparamos la palabra «债» en la tradición china antigua con la «obligatio» del Derecho romano, podemos llegar a la siguiente conclusión: hay algo en común entre las dos palabras, pero también hay diferencias. La diferencia principal consiste en que la palabra china «债» solo expresa la responsabilidad (deuda), mientras que el concepto romano justiniano significa —a la vez— el derecho y la obligación, es decir, se contempla la obligación desde el punto de vista de la relación jurídica⁴⁶. Sin embargo, a mi juicio, el

39 DÍEZ-PICAZO (2008, pp. 66-67).

40 DÍEZ-PICAZO (2008, pp. 66-67).

41 LACRUZ BERDEJO *et al.* (2011, p. 4).

42 MORALES MORENO, A. M. 2006: «Evolución del concepto de obligación en Derecho español». En *La modernización del Derecho de obligaciones*. Navarra: Thomson Civitas (Aranzadi), 21.

43 MORALES MORENO (2006, p. 21).

44 Citado por el autor: «tomada probablemente de las Instituciones de Florentino, jurista que vivió en el s. II d. C.».

45 MORALES MORENO (2006, p. 21).

46 CHEN, G. 1986: «El Derecho civil chino debe emplear el concepto de la obligación». *Chinese Journal of Law*, 1986, 2: 44-46.

concepto original chino de obligación sí coincide con la noción *obligatio* del Derecho romano. Lo que sucede es que el concepto de obligación en Europa ha evolucionado por la influencia del Derecho anglosajón, ampliándose (la obligación se contempla como deber de prestación, pero, a la vez, como garantía de satisfacción del interés del acreedor), razón por la cual podemos encontrar divergencias entre el concepto de obligación recibido originariamente en China del Derecho europeo y el actual concepto revisado de obligación en Europa.

Ahora bien, en la medida en la que el Derecho chino también ha evolucionado, modernizándose, es posible afirmar que el moderno Derecho español y el Derecho chino coinciden actualmente en la noción de obligación, como tendremos ocasión de comprobar. En cuanto al Derecho latinoamericano, el proceso parece ir más lentamente pero probablemente en la misma dirección.

Diríase que la huella de la *obligatio* romana, heredada por los sistemas español (europeo), chino y latinoamericano, se ha desdibujado parcialmente (ampliándose el concepto) en algunos de estos sistemas (europeos y chino), por la irrupción del Derecho anglosajón sobre el moderno *Civil Law*.

Esta evolución la ha explicado magistralmente el jurista español MORALES MORENO⁴⁷:

Heredado el concepto de obligación del Derecho romano (es decir, de la relación unilateral), el Derecho civil continental define la obligación como «un vínculo jurídico que impone deberes de conducta (deuda): el deber de prestación (dar, hacer o no hacer alguna cosa)»⁴⁸. Aquí, la vinculación contractual se refiere al cumplimiento de los deberes de conducta⁴⁹. Sin embargo, el Derecho anglosajón utiliza un concepto más amplio de la obligación: «Afirmar que el deudor garantiza un resultado (un nivel de satisfacción del interés del acreedor) supone que la vinculación contractual tanto puede referirse al cumplimiento de deberes de conducta, como a hechos, situaciones o estados de la realidad (presente o futura), que constituyan presuposiciones del contrato»⁵⁰.

En el sistema clásico codificado de Derecho civil continental o *Civil Law* —heredero del Derecho Romano— la obligación se concibe como deber de prestación del deudor (así, por ejemplo, el deudor debe entregar la cosa al acreedor). Si se produce la entrega de la cosa, en principio, hay cumplimiento⁵¹.

El jurista chileno Álvaro VIDAL OLIVARES ha explicado las circunstancias que en aquella época romana y posterior justificaron la construcción de ese concepto de obligación. Él sostiene que

47 MORALES MORENO (2006, p. 21).

48 MORALES MORENO (2006, p. 19).

49 MORALES MORENO (2006, p. 19).

50 MORALES MORENO (2006, p. 19).

51 JEREZ DELGADO, C. 2013: «Los remedios frente al incumplimiento contractual en el moderno Derecho de obligaciones». Trabajo inédito (conferencia impartida en la Universidad Jorge Tadeo de Bogotá, 25 noviembre 2013).

a la época de emisión del Código Civil, el modelo de obligación imperante era la obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto, ello como una consecuencia de la realidad de la economía de ese tiempo. En tal modo, la satisfacción del interés del acreedor, que es el fin del contrato según se ha explicado, se logra sólo con la entrega de esa especie y no otra, simplemente porque no la había. Esta circunstancia explica la preeminencia del cumplimiento específico como remedio primario y la indemnización como secundario, o la satisfacción se producía in natura o en equivalente, pues no había otra posibilidad⁵².

Como veremos, esta evolución del concepto de obligación afecta actualmente al concepto de incumplimiento del contrato. El nuevo concepto del incumplimiento abarca todo supuesto de insatisfacción del interés contractual del acreedor. El deudor garantiza la satisfacción del interés del acreedor en el contrato. La deuda deja de ser el mero deber de realizar la prestación y pasa a ser una garantía de satisfacción del interés contractual del acreedor, aproximándose así a la noción anglosajona⁵³.

En este sentido, el profesor español Antonio Manuel MORALES MORENO al que siguen los autores antes citados (JEREZ DELGADO y VIDAL OLIVARES) sostiene que «la relación obligatoria es, primordialmente, un vínculo jurídico que impone deberes de conducta (deuda): el deber de prestación (dar, hacer o no hacer alguna cosa, art. 1088 CC) y, junto a él, otros deberes accesorios. El cumplimiento de la obligación es la ejecución de la conducta debida. Esta idea la expresa el artículo 1091 CC en estos términos: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos». Pero el contenido vinculante de la relación obligatoria no se agota en el deber de conducta del deudor. La relación obligatoria puede implicar, también, la garantía, a cargo del deudor, de satisfacción de un determinado interés del acreedor; es decir, la garantía de ese resultado»⁵⁴.

El término de la «obligación», como veíamos, siempre ha sido un término que causa confusión, dada la diferencia entre el lenguaje vulgar o común y el jurídico o técnico. Por esta razón, a veces, los juristas emplean expresiones tales como «la relación jurídica obligacional» o «relación obligacional»⁵⁵ para referirse a su uso jurídico.

En sentido semejante, el jurista JOSÉ PUIG BRUTAU recuerda que

la palabra «obligación» se utiliza con distintos sentidos, tanto en el lenguaje vulgar y corriente como en el de las leyes. Muchas veces se emplea como equivalente a deber, y concretamente a «deber jurídico», que en realidad es un concepto más amplio que el de obligación. El «deber jurídico» significa la necesidad de respetar las leyes, y de manera más determinada es la necesidad, impuesta por el ordenamiento legal, de observar

52 VIDAL OLIVARES, Á. 2010: «La noción de 'incumplimiento esencial' en el Código Civil». En C. Pizarro Wilson y Á. Vidal Olivares (coords.): *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 495-496.

53 JEREZ DELGADO (2013, pp. 7-8).

54 MORALES MORENO (2006, p. 19).

55 LACRUZ BERDEJO *et al.* (2011, p. 3).

determinado comportamiento frente a otras personas. Es la adaptación de la conducta libre a un mandato superior, en interés de la convivencia social⁵⁶.

En el manual de Derecho Civil coordinado por Rodrigo BERCOVITZ se dice que

es la obligación una relación jurídica que vincula al sujeto pasivo —el deudor— con el sujeto activo de la misma —el acreedor—. La conducta de un sujeto queda vinculada a la voluntad de otro. De ahí que se pueda hablar de la existencia de un vínculo entre ambos. El acreedor o sujeto activo tiene el derecho (poder) de exigir al deudor o sujeto pasivo una determinada conducta y este último tiene el deber de cumplirla. El acreedor es titular de un derecho de crédito mientras que el deudor es titular de una deuda; también se utiliza frecuentemente el término obligación como equivalente de deuda o de derecho de crédito. Esa conducta exigible y debida respectivamente constituye el objeto de la obligación, consistente en una prestación de hacer o de no hacer. La prestación tiene normalmente un contenido de valor patrimonial. Incluso en aquellos supuestos en los que la prestación carece de un valor económico propio directo, no hay que olvidar que el deudor responde patrimonialmente (art. 1911 CC) del cumplimiento de la obligación⁵⁷.

El jurista Manuel ALBALADEJO explica que

vulgarmente obligación equivale a deber, pero, en el sentido que importa ahora, obligación significa vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor), para la satisfacción de un interés de éste digno de protección; y a éste (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender y poder exigir tal prestación. El deudor queda sujeto de tal forma que si voluntariamente no cumple como debe (o sea si no realiza la prestación o la realiza inexactamente) puede ser constreñido a hacerlo, y en última instancia responde con sus bienes del incumplimiento (responder con ellos es que estén sometidos a las resultas de las consecuencias jurídicas del incumplimiento) (art. 1911 CC). Lo que constituye una garantía para el acreedor⁵⁸.

Vemos así cómo es posible afirmar que en el moderno Derecho español cabe el concepto anglosajón de obligación: a diferencia del Derecho romano y del Derecho civil continental clásico, el Derecho anglosajón define la obligación como una «garantía», que asegura que el resultado de la prestación pueda satisfacer el «determinado interés del acreedor»⁵⁹. Por lo tanto, cualquier desviación que insatisface este interés

56 PUIG BRUTAU, J. 1988: *Fundamentos de Derecho Civil, tomo I, volumen II, Derecho General de las Obligaciones*. 4.^a ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 5.

57 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.); ÁLVAREZ OLALLA, P. et al. 2011: *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*. Madrid: Bercal, S. A., 15-16.

58 ALBALADEJO, M. 2004: *Derecho civil II Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer, S.L., 15-16.

59 MORALES MORENO (2006, p. 19).

del acreedor puede constituir un incumplimiento de la obligación. Más adelante volveré sobre el tema del incumplimiento. De momento, baste concluir que el moderno concepto de obligación (de corte anglosajón) parece que irá implementándose progresivamente en los sistemas de *Civil Law*.

Según afirma el jurista español Luis DÍEZ-PICAZO

a lo largo del siglo XIX y a principios del XX, la doctrina ha hecho objeto de crítica a la concepción tradicional de la obligación tal y como ha quedado expuesta en líneas anteriores, como correlación entre un derecho subjetivo que tiene como contenido la persona del deudor y un deber jurídico que consiste en la adopción de un determinado comportamiento. Esta crítica se ha movido en torno a varios hilos conductores que han permanecido inalterables a lo largo del tiempo. En síntesis, estos hilos conductores han dado lugar a una polémica que, esquemáticamente, puede describirse así. Hay en primer lugar una polémica en torno a la idea de deber jurídico, que trata de determinar hasta qué punto puede hablarse rigurosamente de un deber jurídico del deudor. Hay, en segundo lugar, una polémica en torno a la idea de derecho de crédito que intenta puntualizar hasta qué punto puede hablarse de un auténtico derecho subjetivo del acreedor y cuál es el alcance de este derecho subjetivo. Hay finalmente una polémica en torno al fin o interés que constituye el sustrato de la obligación, que busca establecer en qué medida en la obtención de ese fin y en la satisfacción de ese interés está la meta de la obligación y, por consiguiente, en qué medida condiciona los derechos y los deberes⁶⁰.

4. EL CONCEPTO DEL CONTRATO

Del estudio comparado podemos deducir que el concepto del contrato presenta rasgos comunes en Derecho chino, español y latinoamericano, pudiendo definirse como el acuerdo de voluntades que crea vínculos jurídicos entre los contratantes. Este mismo concepto lo encontramos en el Derecho anglosajón⁶¹.

Sin embargo, existen también algunas diferencias, pues China, en cuanto heredera del Derecho continental europeo, es más deudora de Alemania que de Francia, mientras que España y Latinoamérica lo son del Código Civil francés en este punto. Esto marca alguna diferencia en lo que se refiere a los elementos del contrato y, en particular, a la causa del contrato, propia del sistema francés.

60 DÍEZ-PICAZO (2008, p. 111).

61 «We talk about a contract as a meeting of the minds of the parties, and thence it is inferred in various cases that there is no contract because their minds have not met; that is, because they have intended different things or because one party has not known of the assent of the other». HOLMES, O. W. Jr., 1897: «The Path of the Law». *Harvard Law Review*, 1897, 457: 99 y ss.

Ahora bien, la causa del contrato, bien entendida, siempre está de algún modo presente, y muestra de ello es la doctrina anglosajona de la consideración⁶².

4.1. *El concepto del contrato en el Derecho romano*

El profesor LACRUZ explica que la autonomía de la voluntad, como fuente de efectos jurídicos, es fruto de la evolución del Derecho de contratos: «En Roma el ordenamiento no presta su fuerza coactiva más que a un *numerus clausus* de contratos, fuera del cual las convenciones podrán tener validez social, pero no tutela jurídica. La voluntad de los contratantes no tiene fuerza para crear un vínculo de obligación entre ellos si no se vierte en el molde predeterminado de uno de los tipos de contratos admitidos y protegidos por el ordenamiento»⁶³.

Como explica el jurista Luis DÍEZ-PICAZO

originariamente, la voz *contractus* no parece haber poseído un preciso significado técnico jurídico. Etimológicamente, *contractus* es el participio pasivo del verbo *contrahere*, por lo cual designa genéricamente «lo contraído». Lo contraído es un negocio o, más exactamente, una obligación (*negotium contractum obligatio contracta*). *Contractus* es, pues, aquella situación que da origen a ese especial *vinculum iuris* en que la obligación consiste (Bonfante, Betti)⁶⁴.

También LACRUZ indica que «el propio nombre de *contractus* durante gran parte de la historia de Roma se refiere a cualquier vínculo; a cualquier *obligatio contracta*:

62 «Los jurisconsultos ingleses han adoptado la siguiente definición del contrato: el contrato es una convención fundada sobre una causa suficiente, por la cual una o varias personas se obligan respecto de otra u otras, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa [...]». (François Frédéric PONCELET, F. F. y WESTOBY, W. A. S. 2000: *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*. Traducciones y Prólogo a cargo de Eduardo Pardo Unanua. Edición, revisión de la traducción y notas adicionales a cargo de María Encarnación Gómez Rojo. Zaragoza).

Aunque es frecuente asociar el concepto de contrato en Derecho anglosajón al solo acuerdo de las partes, cabe afirmar que esto no sería absolutamente exacto, pues hay que tener en cuenta en particular la doctrina de la *consideration* (que se aproxima a la causa del contrato) (CARTWRIGHT, J. 2007: *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyers*. Hart Publishing, 85 y ss.).

En relación con el Derecho norteamericano, el profesor Antonio Manuel MORALES MORENO ha destacado el *Restatement (Second) Section 1* que define el contrato del siguiente modo: «A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty» [MORALES MORENO (2006, p. 22)].

63 LACRUZ BERDEJO *et al.* (2011, p. 325).

64 DÍEZ-PICAZO, L. 2007: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen primero, Introducción Teoría del Contrato*. Navarra: Thomson Civitas, 134.

se habla, así, de *contrahere sponsalia*, *crimen*, *delictum*. Para indicar lo que llamamos ahora «acuerdo de voluntades» o «contrato», los romanos adoptaron otros términos: *convenio*, *consensus* y, sobre todo, *pactum*, *pactio*, *pactum conventum* que será ineficaz si no entra dentro de alguna categoría de «contratos prevenidos con el Derecho»⁶⁵.

4.2. *El concepto del contrato en el Derecho civil chino*

El contrato escrito más temprano en China se trata de un contrato de compraventa de tierra, escrito, o mejor dicho grabado, en un objeto de bronce, ocurrida en la dinastía Zhou del Oeste (1066-771 a. de J. C.). En aquel entonces, los contratos podían ser orales o escritos. Los contratos escritos son de transacciones de suma grande. Aparte de objetos de bronce, los contratos de la China Antigua también estaban grabados en estelas, piel de carnero o de oveja, artículos de alfarería, tejido de seda, etc. Hasta los Reinos de Wei (220-265) y Jin (265-420), con el desarrollo de la tecnología de fabricación de papel, el papel no se convirtió en la materia principal para escribir contratos.

En la China antigua, desde la dinastía Zhou del Oeste, los contratos ya se clasificaban de dos tipos: de compraventa (contrato *Zhi ji*) y de préstamo (contrato *Fu bie*). En caso de compraventa, escribieron dos copias del contenido de contrato en la misma tablilla de bambú, la dividieron en dos piezas, así el vendedor y el comprador guardó cada uno una mitad de la tablilla respectivamente, pero donde estaba completo el contenido del contrato. En caso del préstamo, escribieron solo una copia del contrato en la tablilla de bambú, la dividieron en dos partes, de esta manera, el deudor y el acreedor, cada uno guardaba solamente la mitad de la tablilla, donde estaba también la mitad del contenido del contrato de préstamo. El contrato de préstamo estaba completo solamente cuando las partes se reunían.

Actualmente el término «contrato» se traduce como «*he tong*» (*he tong*) en chino, pero en la China antigua, se refiere a los sinónimos «*qi*» o «*yue*», en aquel entonces, «*qi*» o «*yue*» tenía varias formas, como «*dan qi*», contrato unilateral; «*he tong*», también denominado «*he tong qi*», etc., es decir, «*he tong*» es el subconcepto de «*qi*» o «*yue*». Esta situación duraba hasta los finales de la década 50 del siglo XX cuando el concepto «*he tong*» se convirtió en un término independiente y de uso común.

«*dan qi*», el contrato unilateral, apareció aproximadamente en las dinastías del Sur y Norte (420-589), y se trata del contrato de una sola copia. Una parte preparó el contrato y lo entregó a la otra parte para que la otra parte lo guardara, mientras que la otra parte le expidió un recibo, entonces, «*dan qi*» presta más atención a los deberes y garantías de la parte que preparó el contrato.

En casos de compraventa complicada, empeños o préstamos, la gente suele recurrir al «*he tong qi*». Cada una de las partes interesadas guarda una copia del

65 LACRUZ BERDEJO (2011, p. 325).

contrato, tiene su propio derecho y se encarga de su deber correspondiente. Al firmar el contrato, sellaron una juntura del carácter «tong» o dos caracteres «he tong» entre los bordes de las copias del contrato.

Otra idea sostiene que, igual que la recepción del término «min fa» en China, el término «qi yue» fue introducido de la traducción japonesa del término «contrato». Los juristas-lingüistas japoneses tradujeron el término «contrato» como «he tong»; al introducir el derecho japonés a China, este término de traducción japonés fue introducido al mismo tiempo. No obstante, cabe mencionar que, como hemos mencionado arriba, en la China antigua, la literatura jurídica china ya contaba con el término «qi» y «yue», los dos términos son sinónimos y tenían el significado de contrato, pero se usaban independientemente, no existía el uso común de «qi yue». Llevada por la influencia de la mentalidad antigua entre los términos «qi» o «yue» y el término «he tong» o «he tong qi», la gente china solía considerar en aquel entonces que el término «he tong» también era el subconcepto del término «qi yue» de traducción del japonés, es decir, «he tong» es un tipo particular de los varios tipos de «qi yue». Esta situación duró hasta la fundación de la República Popular de China en 1949. Desde este punto de partida, el término «he tong» se ha convertido, del subconcepto de «qi yue», al sinónimo del «qi yue», y ha sustituido el concepto «qi yue» poco a poco. Los documentos legales y las traducciones jurídicas ponían de manifiesto este cambio, por ejemplo, el jurista He Weifang investigó bastantes documentos legales de aquel entonces; por fin, el término «qi yue» comenzó a desaparecer poco a poco hasta que se ha convertido hoy en día en un término muerto en la literatura jurídica de la parte continental de China. Cabe mencionar que, en Taiwán, el término jurídico «qi yue» todavía está vivo tanto en la literatura jurídica como en la vida cotidiana. En Taiwán hay diferencia entre el término «qi yue» y el término «he tong». En caso de la manifestación de dos voluntades contrarias, por ejemplo, el contrato de compraventa, se trata del acto «qi yue»; en caso de la manifestación de voluntades iguales, se trata del acto «he tong», por ejemplo, el contrato de establecimiento de empresa. En la parte continental de China, el término «he tong» ha sustituido al «qi yue», el acto «he tong» se considera como el acto común. En la práctica jurídica, tampoco se distingue el acto «he tong» y el acto «qi yue», ambos actos se denominan actos «he tong».

Los términos «qi yue» y «he tong» han tenido una confusión de significado en la década 50 del siglo XX.

Aunque antes hemos analizado la evolución histórica del concepto de contrato en el Derecho civil chino, haremos aquí una breve descripción de dicho concepto a fin de compararla con la propia del Derecho español y latinoamericano.

El artículo 2 del Capítulo I (Disposiciones Generales) de la Ley de Contratos de 1999 de China establece que «el contrato es el acuerdo entre personas físicas, personas jurídicas u otras organizaciones, como partes iguales, para establecer, modificar o extinguir los derechos y obligaciones civiles. Los acuerdos relativos a las relaciones

personales, como el matrimonio, la adopción, la tutela, etc., se rigen por otras leyes»⁶⁶. Por tanto, los acuerdos relativos a las relaciones personales no son «contratos» en el Derecho Contractual de China y quedan excluidos de la aplicación de la ley.

Cabe mencionar que, aunque el concepto del contrato de la Ley de Contratos contiene los elementos básicos del contrato clásico (es decir, consentimiento más los derechos y obligaciones), la Ley citada no define el contrato como un «acto jurídico» sino como un «acuerdo», lo cual es un gran inconveniente según algunos juristas chinos⁶⁷. A su juicio, de esta manera, se separa el contrato del acto jurídico, lo cual producirá un efecto negativo para el estudio del contrato y la práctica judicial. Por lo tanto, la definición de contrato en la Ley de Contrato debería ser: «El contrato es el acto jurídico entre personas físicas, personas jurídicas u otras organizaciones en condición de igualdad para establecer, modificar o extinguir los derechos y obligaciones civiles». Esta opinión encaja muy bien con la definición de contrato que encontramos en el europeo DCFR⁶⁸: «Un “contrato” es un acuerdo dirigido a crear una relación jurídica vinculante o producir otro efecto jurídico. Es un acto jurídico bilateral o multilateral». Es más, la definición del DCFR es más completa ya que, además de hablar de acto jurídico, define el contrato como un «acuerdo», lo que lo distingue de otros actos jurídicos (por ejemplo, de un testamento o del reconocimiento de un hijo).

Li Yongjun⁶⁹ opina que la definición del contrato en la Ley de Contratos de China ha perdido la relación con los Principios Generales de Derecho Civil de China y se ha separado del marco básico del «acto jurídico». Aunque actualmente China no cuenta con un Código Civil como otros países del Derecho continental, es un sistema integrado por los Principios Generales del Derecho Civil⁷⁰, las leyes especiales civiles y las interpretaciones judiciales. Si los Principios Generales del Derecho Civil de China han empleado la noción del «acto jurídico», también debería hacerlo la Ley de Contratos. Como es sabido, los «actos jurídicos» incluyen contratos, matrimonios y testamentos. A juicio del autor, el contrato es el «acto jurídico» más importante, ya que las

66 En inglés: «Article 2 For the purpose of this Law, a contract means an agreement on the establishment, alteration or termination of a civil right-obligation relationship between natural persons, legal persons or other organizations as subjects with equal status. Agreements on establishing such personal relationships as marriage, adoption and guardianship shall be governed by the provisions of other laws». Véase en la página web oficial de la Asamblea Popular Nacional: <http://www.npc.gov.cn/>

67 Li, Y. 2004: *Derecho de los contratos*. Beijing: Law Press de China, 4.

68 *Draft Common Frame of Reference [Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law] (DCFR)*; en español: el Borrador del Marco Común de Referencia, en adelante: DCFR.

69 Li Yongjun, uno de los civilistas más prestigiosos en China, es catedrático de Derecho civil y vicedecano de la Facultad de Derecho civil, mercantil y económico de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho (abreviatura en inglés: *CUPL*).

70 Véase, más adelante, en la parte III (Perspectiva histórico-comparada del Derecho contractual) de este capítulo.

características más típicas de los actos jurídicos se reflejan perfectamente en el contrato, razón por la cual la definición de contrato en la Ley de Contratos debería incluir también el concepto de «acto jurídico».

Antes del año 2021, como China todavía no contaba con un Código Civil⁷¹, por lo que existía la Ley especial de Contratos en la legislación china. Transcurridos varios intentos de codificación del Derecho Civil chino desde el principio de la historia moderna (así, el Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing de 1911, el Anteproyecto del Código Civil Republicano de 1925 y el Código Civil Republicano de 1930), por fin el proyecto del código civil de China se presentó en la tercera sesión de la XIII Asamblea Popular Nacional (APN, máximo órgano legislativo) el 28 de mayo de 2020 para su debate⁷², fue aprobado por este órgano y entró en vigor el 1 de enero de 2021.

Con el proyecto planificado del Código Civil chino⁷³, cuando fue promulgado, la Ley de Contratos de China dejó de ser una ley especial, y se incorporó al Código Civil chino en la Parte de fuentes de la obligación con algunas modificaciones.

A juicio del prestigioso jurista de Taiwán WANG Zejian, el contrato contribuye a reflejar la libertad de la personalidad, satisfacer el deseo de la vida individual y las necesidades de la vida social, y cumple la función económica de la asignación de recursos y la utilización eficaz del valor en la economía de mercado⁷⁴.

4.3. El concepto del contrato en el Derecho civil español

En España, el contrato se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, y consiste en un acuerdo de los contratantes, vinculante para ellos. Así, el artículo

71 El *Código Civil Republicano* se aplicó en las zonas donde estaban bajo la gobernanza del Partido Guomindang durante 20 años, hasta que en el 1949 el Partido Comunista de China emitió una proclama anunciando la abolición de sistema jurídico del Partido Guomindang, incluido el *Código Civil Republicano*. Después de la fundación de la República Popular de China del 1 de octubre de 1949, el *Código Civil Republicano* fue abolido en la zona continental y solamente se aplica en Taiwán.

72 Noticia Xinhua, consulta de fecha: 2019-12-12. El órgano legislativo comenzó la segunda fase de redacción del código civil de China luego de la adopción de sus disposiciones generales en marzo de 2017. El proyecto de código civil fue enviado en su totalidad al Comité Permanente de la APN para su primera lectura en agosto de 2018. Los títulos del proyecto sobre contratos y responsabilidad civil fueron enviados al Comité Permanente de la APN para una segunda revisión en diciembre. El proyecto tiene seis secciones sobre propiedad, contratos, derechos de personalidad, matrimonio y familia, sucesiones y responsabilidad civil.

73 «Actualmente, China está elaborando un Código Civil cuyo proyecto comenzó en 1998». Véase en: ZHANG, L. 2009: «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino». *Revista Chilena de Derecho*, 2009, 36(3): 474.

74 WANG, Z. 2013: *Principios del derecho de obligaciones*. Beijing: Editorial de la Universidad de Pekín, 1.

1.254 del Código Civil español establece que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». En su manual, Carlos LASARTE explica que «el contrato, por ende, es un mecanismo de generación de derechos y obligaciones respecto de las partes, quienes se encuentran vinculadas a la realización de su promesa por el mero hecho de haberse comprometido a ello, por haber prestado su consentimiento»⁷⁵. Las normas imperativas intervienen para corregir o limitar la autonomía material de las partes, evitando la eficacia de los contratos con causa ilícita (artículos 1275 y 1276 Código Civil español).

El concepto de contrato no es objeto de controversia en la doctrina española. Veamos la definición que dan de él otros autores. Pilar ÁLVAREZ OLALLA ha definido el contrato de la siguiente forma:

El contrato es el acuerdo de dos o más sujetos (las partes del contrato) por el que se comprometen a una determinada conducta encaminada a proporcionar algún beneficio, o bien a todos, o bien a alguno de ellos, o bien a terceros, cuya consecución les interese. Se trata pues de un pacto o acuerdo para satisfacer intereses de los participantes en él, con un valor económico directo o indirecto. Ese compromiso genera obligaciones para las partes (las de cumplir la conducta acordada), que vienen a constituir reglas que les vinculan. Por ello se dice que el contrato es fuente de obligaciones (arts. 1089 y 1254 CC) y que su contenido, esto es, esas obligaciones, es ley para las partes (arts. 1091 y 1257 CC). De ahí que el contrato constituya el principal exponente de la autonomía privada, y deba ser calificado, por consiguiente, como un negocio jurídico, y, más concretamente, como un negocio jurídico con más de un sujeto, un negocio jurídico bilateral o plurilateral⁷⁶.

El jurista Manuel ALBALADEJO explica que

El término «contrato» se utiliza (principalmente) en dos sentidos, uno amplio y otro estricto. En el primero, «contrato» significa negocio jurídico bilateral (o plurilateral) consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que derivan cualesquiera efectos jurídicos (pues, éstos, cabe que sean los más diversos). En tal sentido «contrato» es sinónimo de convenio o convención jurídica y el campo en que puede darse es «en cuanto aquí importa» el de todo el Derecho civil. [...] En el segundo sentido, o sentido estricto, el término contrato se reduce al campo del Derecho de obligaciones, significando, esencialmente, acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican o extinguen obligaciones⁷⁷.

El maestro de civilistas españoles Luis DíEZ-PICAZO explica:

75 LASARTE ÁLVAREZ, C. 2011: *Principios de Derecho civil III, Contratos*. Madrid: Marcial Pons, 2.

76 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), ÁLVAREZ OLALLA *et al.* (2011, p. 21).

77 ALBALADEJO (2004, p. 363).

Nuestro Código Civil dedica el título segundo del Libro IV (arts. 1.254-1.314) a establecer una amplia reglamentación de los contratos. No define, sin embargo, lo que el contrato sea, acaso porque no es, en verdad, función del legislador la de proporcionar definiciones doctrinales y acaso también por presuponer el concepto vigente en el momento de su redacción. Nos suministra, sin embargo, valiosos materiales para poder ensamblar el concepto que del contrato tuvieron los autores del Código: el art. 1.089 menciona al contrato al enumerar las «fuentes de las obligaciones»; el art. 1.091 afirma que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos»; y el art. 1.254 dice que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio»⁷⁸.

Y, así, el autor concluye que de estas tres normas cabe deducir que el concepto de contrato incluye dos características, que son: el «consentimiento común de dos o más personas», y «la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes»⁷⁹.

4.4. *El concepto del contrato en el Derecho de los países latinoamericanos y en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*

El Derecho latinoamericano recibe, como es sabido, una gran influencia del Código Civil francés, directa o indirectamente. Esto afecta al concepto de contrato, como afectó también al concepto de obligación. En este sentido, por ejemplo, podemos ver que los sistemas latinoamericanos son sistemas causalistas como lo es el español, por ser herederos del Derecho francés en este punto. Así, como sostiene el jurista chileno Alejandro GUZMÁN BRITO,

en el libro *De los contratos y obligaciones convencionales del llamado «Primer Proyecto de Código Civil de Chile»*, que Andrés Bello elaboró entre 1833 ó 1834 y 1840, encontramos el siguiente artículo 11: «Todo contrato supone el consentimiento de las partes y para que este consentimiento sea válido es necesario...: 4.º Que tenga una causa lícita». Esta disposición recuerda al artículo 1.108 del Code Civil: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention...: 4º Une cause licite dans l'obligation», y, en efecto, es claro que esa norma sirvió a Bello de punto de partida [...]⁸⁰.

78 DÍEZ-PICAZO (2007, p. 133).

79 DÍEZ-PICAZO (2007, p. 133).

80 GUZMÁN BRITO, A. 2005: *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 197-198. Originalmente publicado en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2001, 23: 209-367.

Semejante a las definiciones del contrato que encontramos en España, el jurista peruano Aníbal TORRES VÁSQUEZ da la siguiente: «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (obligación) (art. 1351)»⁸¹.

En la actualidad del Derecho latinoamericano, el concepto del contrato comienza a recibir lentamente la influencia de la modernización del Derecho europeo de obligaciones, especialmente la modernización del Derecho de obligaciones de España y los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL). En la investigación de este tema, cabe destacar a dos juristas chilenos: Álvaro VIDAL OLIVARES y Carlos PIZARRO WILSON, quienes se esfuerzan por introducir las experiencias europeas (especialmente españolas), promover la modernización del Derecho latinoamericano de obligaciones y la unificación del Derecho de los contratos en Latinoamérica. Ambos juristas tienen la experiencia del estudio en Europa. El jurista chileno Álvaro VIDAL OLIVARES obtuvo su doctorado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y se nota en sus obras que recibe mucha influencia del gran jurista español Antonio Manuel MORALES MORENO; el jurista chileno Carlos PIZARRO WILSON cursó su doctorado en la Universidad París II (Panthéon-Assas)⁸².

Como el jurista chileno Álvaro VIDAL OLIVARES sostiene, mirando atrás —desde la tendencia y la actual modernización del Derecho de obligaciones—, el contrato en el vigente Código Civil chileno «deja de concebirse únicamente como un instrumento creador de derechos y obligaciones (art. 1438 Código Civil)⁸³; hoy se impone una noción más realista que atiende sobre todo al interés de las partes»⁸⁴. Citando a MORALES MORENO, el jurista chileno afirma que «el contrato debe ser entendido no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, aunque también le cabe ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio para organizar los particulares sus propios intereses. Efectivamente, el contrato, primero que todo, se ocupa de la organización, regulación y la ulterior satisfacción de los intereses de las partes. Las partes, al contratar, buscan la consecución de un propósito práctico que alcanzarán a través de la ejecución del contrato, propósito que interesa en la medida en que se hubiere incorporado, explícita

81 TORRES VASQUEZ, A. 2009: *Rescisión y resolución del contrato*, 1. Disponible en www.otorresvasquez.com.pe [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2014].

82 Fuente de información: Introducción de autores de PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á. 2010: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario; VIDAL OLIVARES, Á. 2006: *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; y PIZARRO WILSON, C. (coord.). 2012: *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*. Santiago de Chile: Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.

83 El autor se refiere al Código Civil chileno.

84 VIDAL OLIVARES (2010, p. 491).

o implícitamente, a la regla contractual»⁸⁵. En relación con el propósito práctico del contrato, cabe apreciar la influencia de la doctrina española⁸⁶.

El citado autor chileno sostiene que «el fin del contrato es la satisfacción del interés contractual del acreedor, que, [...], precisamente se dibuja, caso por caso, a partir del propósito práctico incorporado al contrato»⁸⁷.

En los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, un artículo del Título II (Del contrato y sus elementos) de la Primera Parte⁸⁸ dispone de la siguiente manera: «El contrato es un acuerdo de dos o más partes por el cual crean, modifican o extinguen un vínculo jurídico»⁸⁹.

4.5. *La concepción del contrato en el Derecho anglosajón y en los sistemas continentales: Contraste*⁹⁰

Luis Díez-PICAZO ha destacado la doctrina del profesor MORALES MORENO en relación con la comparación del concepto de contrato entre el Derecho anglosajón y los sistemas continentales, europeos o de *Civil Law*. Por la autoridad de uno y otro autor en la materia, dejemos que sea él mismo quien lo explique:

A. M. MORALES MORENO (DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. La Compraventa Internacional de Mercaderías, Comentario de la Convención de Viena, Madrid, Civitas, 1998) ha destacado, agudamente, cómo, aun procediendo de una originaria matriz romana y romanista, existe alguna diferencia destacable en la forma de concebir el contrato que diferencia los llamados sistemas continentales (latinos o germánicos) frente a la concepción de contrato que es propia del Derecho angloamericano. En los primeros, entre los cuales evidentemente se incluye el nuestro, el contrato, al menos el contrato obligacional, se crea como un vínculo que genera deberes. La *lex contractus*, es primariamente una norma según la cual tiene que dirigir su conducta el obligado. Este punto de vista, dice A. M. MORALES, determinó una importante consecuencia, como es que la responsabilidad contractual tiende a ser construida con ciertas dosis de subjetivismo, fundada en el incumplimiento de deberes contractuales, y bajo el presupuesto de la culpabilidad, porque se tiende a pensar que todo incumplimiento ha de ser reprochable al deudor. En cambio, en la concepción del Derecho angloamericano, sobre la idea de

85 VIDAL OLIVARES (2010, pp. 491-492).

86 Véase el trabajo de MORALES MORENO, A. M. 1983: «El 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro». *Anuario de Derecho Civil*, 1983, 36(4): 1529-1546.

87 VIDAL OLIVARES (2010, pp. 494).

88 MORALES MORENO, A. M. 2014: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación, Anexo Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos». *Anuario Derecho Civil*, 2014, tomo LXVII, fasc. I: 241.

89 MORALES MORENO (2014, p. 241).

90 Díez-PICAZO, Luis (2007), pp. 137-138.

deberes o de obligaciones prevalece la de garantía de un resultado a cargo del deudor, que es la consecuencia del «compromiso», del cruce de promesas, lo que a su vez determina una serie de notables consecuencias como son una construcción unitaria de la responsabilidad contractual y, sobre todo, la posibilidad de generar vinculaciones sobre hechos o estados de la realidad presente o futura, que por sí solos son difícilmente concebibles si la vinculación sólo se construye sobre la idea de obligación. En este sentido se puede recordar que «praestare» significa precisamente garantizar algo o responder de ello⁹¹.

Advierta el lector la transcendencia que tienen estas observaciones, ya que nos hablan, a la vez, de la influencia que el Derecho anglosajón está teniendo sobre el Derecho europeo continental, a través de la Convención de Viena especialmente, como el mismo Antonio Manuel MORALES MORENO ha dejado claramente explicado en varias de sus obras⁹².

No solo Europa sino también China, ha sido alcanzada por esta influencia, y —como ya Álvaro VIDAL explicaba, parece alcanzar también a Latinoamérica, si bien más incipientemente⁹³.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho forma parte de la cultura y está influido profundamente por su historia particular y el modo de pensar. El análisis que hemos llevado a cabo nos ha confirmado la importancia de los factores históricos y culturales en el proceso del desarrollo de los conceptos de Derecho civil, obligación y contratos tanto en China como en los países hispanohablantes. Llegamos a la conclusión de que la tradición jurídica de China es diferente a la tradición de los países hispanohablantes. Igual como la tradición jurídica europea y latinoamericana, que cuenta con la diversidad variada entre diferentes países, la tradición jurídica de China tampoco ha formado un sistema cerrado.

De esta manera, comparado con el derecho extranjero, el Derecho Civil, la obligación y el contrato del derecho chino muestran la característica dualista, tanto de mantener la tradición cultural y jurídica china como de absorber la tradición del derecho extranjero.

91 DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1998) *La Compraventa Internacional de Mercaderías*, Comentario de la Convención de Viena, Madrid, Civitas.

92 Véase MORALES MORENO, A. M. 2006: *La modernización del Derecho de obligaciones*. Navarra: Thomson Civitas (Aranzadi).

93 VIDAL OLIVARES, Á. y PIZARRO WILSON, C. 2010: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario; VIDAL OLIVARES, Á. (2006); etc.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. 2004: *Derecho civil II Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer, S. L.
- ASAMI, E. 2013: *Los sistemas del derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*. Tesis doctoral de la Universidad Complutense.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M. (2001). Poncelet, François Frédéric - Westoby, William Amos Scarborough, Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés, Grupo de Investigación de «Historia de las Instituciones Jurídicas, de los Sistemas Políticos y las Organizaciones Sociales de la Europa Mediterránea». *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (23), 677-680. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552001002300032>
- BARBERÁN, F. y DOMINGO, R. 2006: *Código civil japonés*. Navarra: Editorial Aranzadi, SA.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.); ÁLVAREZ OLALLA, P. et al. 2011: *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*. Madrid: Bercal, S.A.
- CHEN, G. 1986: «El Derecho civil chino debe emplear el concepto de la obligación». *Chinese Journal of Law*, 1986, 2. Beijing.
- DÍEZ-PICAZO, L. 2007: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen primero, Introducción Teoría del Contrato*. Navarra: Thomson Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. 2008: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las relaciones obligatorias*. Navarra: Thomson Civitas.
- EIZAGUIRRE, J. M.^a de. 2012: «Civil law: la vigencia de una categoría convencional». *Anuario de Derecho Civil*, 2012, tomo LXV, fasc. II.
- FRIEDMAN, L. M. 1969: «Legal culture and social development». *Law & Society Review*, 1969, 4(1).
- GARRIDO NOMBELA, R. 1999: «Traducción jurídica y derecho comparado». En Miguel Ángel Vega Cernuda y Rafael Martín-Gaitero (coords.): *Lengua y cultura: estudios en torno a la traducción*. Actas de los VII Encuentros Complutenses en torno a la traducción, vol. II. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Lenguas Modernas y Traductores.
- GUZMÁN BRITO, A. 2005: *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 197-198.
- JEREZ DELGADO, C. 2013: «Los remedios frente al incumplimiento contractual en el moderno Derecho de obligaciones». Trabajo inédito (conferencia impartida en la Universidad Jorge Tadeo de Bogotá, 25 noviembre 2013).
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. 2011: *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, volumen primero, Parte General, Teoría General del Contrato*. Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. 2011: *Principios de Derecho civil III, Contratos*. Madrid: Marcial Pons.
- LI, Y. 2004: *Derecho de los contratos*. Beijing: Law Press de China.
- LÓPEZ MEDINA, R. del C. 2014-2015: «Cultura jurídica». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014-2015, 7.
- MORALES MORENO, A M. 1983: «El 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro». *Anuario de Derecho Civil*, 1983, 36(4).
- MORALES MORENO, A. M. 2006a: «Evolución del concepto de obligación en Derecho español». En *La modernización del Derecho de obligaciones*. Navarra: Thomson Civitas (Aranzadi).
- MORALES MORENO, A. M. 2006b: *La modernización del Derecho de obligaciones*. Navarra: Thomson CIVITAS (Aranzadi).

- MORALES MORENO, A. M. 2014: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación, Anexo Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos». *Anuario Derecho Civil*, 2014, tomo LXVII, fasc. I.
- PIZARRO WILSON, C. (coord.). 2012: *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*. Santiago de Chile: Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.
- PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á. 2010: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- PUIG BRUTAU, J. 1988: *Fundamentos de Derecho Civil, tomo I, volumen II, Derecho General de las Obligaciones*. 4.ª ed. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S. A.
- ROCHA HERRERA, L. 2005: *Antropología y moral en René Descartes*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid.
- SARCEVIC, S. 1997: *New Approach to legal translation*. The Hague: Kluwer Law International.
- SUN, Y. 1999: *Nuevo diccionario chino-español*. Beijing: The Commercial Press.
- TORRES VASQUEZ, A. 2009: *Rescisión y resolución del contrato*, 1. Disponible en www.ettorresvasquez.com.pe [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2014].
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. 2002: «Los contratos ilegales en el *Common Law*». *Anuario de Derecho Civil*, 2002, enero-marzo, tomo LV, fasc. I.
- VELA, J. A. 2009: «Reflexiones de un teólogo 'pastoralista' sobre la teología». *Theologica Xaveriana*, 2009, 59(167).
- VIDAL OLIVARES, Á. 2006: *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- VIDAL OLIVARES, Á. 2010: «La noción de 'incumplimiento esencial' en el Código Civil». En C. Pizarro Wilson y Á. Vidal Olivares (coords.): *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- VIDAL OLIVARES, Á. y PIZARRO WILSON, C. 2010: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- WANG, Z. 2013: *Principios del derecho de obligaciones*. Beijing: Editorial de la Universidad de Pekín.
- ZHANG, L. 2009: «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino». *Revista Chilena de Derecho*, 2009, 36(3).

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN

ENERO-JUNIO 2022

COORDINADORA:

Estrella TORAL LARA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación en este número:

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal. USAL

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria [BOE-A-2022-2978], por Marcos FERNANDO PABLO
2. Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación [BOE-A-2022-5140], por Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS
3. Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular [BOE-A-2022-5809], por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
4. Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura [BOE-A-2022-9837], por M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
5. Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones [BOE-A-2022-10757], por Paula M.ª TOMÉ DOMÍNGUEZ

DERECHO MERCANTIL

1. Real Decreto-Ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre; la Ley 11/2015, de 18 de junio; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria [BOE-A-2022-800], por Jaume MARTÍ MIRAVALLS
2. Circular 1/2022, de 24 de enero, del Banco de España, a los establecimientos financieros de crédito, sobre liquidez, normas prudenciales y obligaciones de información, y que modifica la Circular 1/2009, de 18 de diciembre, y la Circular 3/2019, de 22 de octubre [BOE-A-2022-1718], por José Ramón BUITRAGO RUBIRA
3. Circular 3/2022, de 30 de marzo, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 2/ 2016, de 2 de febrero, la Circular 2/ 2014, de 31 de enero, y la Circular 5/ 2021, de 27 de junio [BOE-A-2022-5524], por Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
4. Reglamento (UE) 2022/720. de la Comisión. de 10 de mayo de 2022. relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas [DOUE-L-2022-80724], por Andrés TRUJILLO JIMÉNEZ
5. Modificaciones al Reglamento del Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT) adoptadas el 8 de octubre de 2021 por la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en materia de patentes (Unión PCT) en su 53.º periodo de sesiones (23.º ordinario) [BOE-A-2022-8828], por Mercedes CURTO POLO

DERECHO CIVIL

1. Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia [BOE-A-2022-9838], por Felisa-María CORVO LÓPEZ
2. Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos [BOE-A-1994-26003], por María José VAQUERO PINTO
3. Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual [BOE-A-2022-11311], por Laura CABALLERO TRENADO

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género [BOE-A-2022-4516], por María Concepción TORRES DÍAZ
2. Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2022-6044], por Sergio MARTÍN GUARDADO

DERECHO PENAL

1. Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2022-6044], por Cecilia CUERVO NIETO

DERECHO PROCESAL

1. Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género [BOE-A-2022-4516], por Selena TIerno BARRIOS
2. Real Decreto 268/2022, de 12 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario [BOE-A-2022-6046], por José Carlos GÓMEZ DE LIAÑO POLO
3. Instrumento de ratificación del Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales, hecho en Medellín el 25 de julio de 2019 [BOE-A-2022-6675], por Adán CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL
4. Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal [BOE-A-2022-7184], por Jesús Miguel HERNÁNDEZ GALILEA

Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria [BOE-A-2022-2978]

¿ES NECESARIA UNA LEY DE CONVIVENCIA UNIVERSITARIA?

Con el único objetivo declarado de proceder a la derogación formal del Decreto de 8 de septiembre de 1954, en lo que pudiera considerarse vigente, y de introducir en la ordenación de las Universidades públicas una norma que, juntamente con la Ley Orgánica 6/2021, de Universidades, y alguna otra posterior (Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario), permitiera introducir expresamente los valores de las Leyes Orgánicas 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, el legislador promulgó la Ley comentada a comienzos de 2022.

La tramitación de la Ley, con informe del Consejo de Universidades y de la Conferencia General de Política Universitaria, pero no del Consejo de Estado, pese a ser una iniciativa gubernamental, ya indica el carácter escasamente decisivo de la Ley en la intención de sus patrocinadores.

La norma, además de establecer un régimen sustantivo de ordenación de la «disciplina académica» (ahora trasmutada en «convivencia académica»), contiene una remisión a las «normas de convivencia» que habrán de elaborar las Universidades y resultarán «de obligado cumplimiento para todos los miembros de la comunidad universitaria, tanto respecto de sus actuaciones individuales, como colectivas».

La caracterización jurídica de tales normas no parece fácil, pues no se trata de normas reglamentarias, a menos no mientras las Universidades Públicas no incluyan tales normas en sus Estatutos, sino más bien un acabado ejemplo de las «normas internas», vinculantes, como se cuida de señalar el art. 3 de la Ley, «respecto de los miembros de la comunidad universitaria». Respecto de terceros ajenos a la organización, no cabe duda de que podrán invocarlas en su favor, pero no podrán oponerse, por sí mismas, a su esfera jurídica, a menos que se trate de simples normas que reproducen obligaciones o prohibiciones que resulten del ordenamiento general.

La conexión de tales normas internas con otros preceptos, muy abiertos, del ordenamiento general, y el contexto de la expansión de la «cultura de la cancelación», pueden ocasionar que, invocando, por ejemplo, el respeto a la «tolerancia» (art. 3 de la Ley) alguna norma de convivencia prohíba la utilización de los espacios universitarios para manifestaciones o actividades que los órganos respectivos entiendan ser contrarios a ese principio o valor, mientras los organizadores o participantes pretendan ampararse en la libertad de expresión o la propia libertad de cátedra.

Es el riesgo de cierta tendencia (por el momento muy americana) que determina lo que se puede o no se puede plantear en el entorno de esta o aquella universidad que ha optado por un imaginario ideológico absolutamente convencional, pero compartido y defendido por la mayoría de la comunidad universitaria que, precisamente, *no quiere* que su convivencia se vea alterada por otras temáticas, ideologías, problemas o discursos que no comparte. Es también, en España, el peligro de los, desgraciadamente, no escasos episodios de *boicot* a este o aquel personaje, su ideología o su discurso.

Mucho tendrán que afinar las normas de convivencia, y mucha praxis congruente y persuasiva tendrán que desarrollar los órganos de las Universidades previstos en la Ley (las comisiones de convivencia) para que (más allá de los problemas habituales de disciplina académica ordinarios en materia de trato con los alumnos, práctica docente o evaluadora, honestidad científica...) se termine imponiendo la idea de que la libertad, frente a terceros ajenos a la comunidad universitaria, pero también con relación a ella, es, siempre, *la libertad del otro*. Puede que no sean pocos los conflictos en que un derecho fundamental (tal, por ejemplo, la libertad de expresión) se enfrente a decisiones de las Universidades amparadas en normas de convivencia.

Por lo demás, el régimen disciplinario académico que ahora se introduce con rango de ley (Título II de la Ley 3/2022) parece adecuado a las mínimas exigencias de una comunidad docente e investigadora, integrada por personas adultas y responsables. Su problemática quizá más trascendente radica en que las conductas descritas como infracción administrativa en no pocas ocasiones se desarrollan en un marco de relaciones personales no igualitario, por cuanto la posición del docente debe ser admitida como diferente a la del alumno.

Este hecho tiñe las conductas descritas, en ocasiones, de cierta connotación penal, ante la «superioridad» del profesor. Alguna de las infracciones muy graves parecen abocar a la instrucción y enjuiciamiento penal más que al ejercicio de la potestad disciplinaria, al menos en los contextos en que aquella diferente posición se torna relevante: Acosar o ejercer violencia grave contra cualquier miembro de la comunidad universitaria, acosar sexualmente por razón de sexo (infracciones muy graves, art. 11) seguramente no debieran, sin matices, incluirse entre las infracciones disciplinarias, sin la coletilla (que parece darse por supuesta) «salvo que constituyan infracción penal».

El resto del contenido de la Ley (medios alternativos de resolución de conflictos, promoción de una cultura de respeto y aceptación de las diferencias, integración de las discrepancias) pertenece a lo mejor de la tradición universitaria europea y, si se trata de medios y finalidades necesarios en general, no podían ser olvidados en el contenido de una ley de convivencia universitaria.

Marcos FERNANDO PABLO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
macfer@usal.es

Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación [BOE-A-2022-5140]

Siendo consciente de que la accesibilidad es un requisito previo para que las personas con discapacidad puedan vivir independientemente, así como condición sine qua non para que las mismas puedan participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones; y, a pesar de que España cuenta con legislación relativa a la accesibilidad universal desde el año 2003 (con la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad [LIONDAU] —posteriormente integrada, junto con otras ordenaciones legales, en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social—), lo cierto es que, hasta la aprobación de esta Ley 6/2022, las personas con dificultades de comprensión y comunicación se han enfrentado, al menos normativamente, a diario a entornos cognitivamente no accesibles que se caracterizan por la presencia de barreras técnicas y ambientales.

Efectivamente, hasta la aprobación de dicha Ley 6/2022, la accesibilidad cognitiva no se ha tenido en consideración a la hora de desarrollar e instaurar actuaciones relacionadas con la accesibilidad universal. Por ello, era necesario reparar el déficit normativo existente en materia de accesibilidad cognitiva, entendida como «la característica de los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que permiten la fácil comprensión y la comunicación», tal y como se reconoce en el Preámbulo (I) de dicha disposición normativa.

Para paliar este déficit normativo en materia de accesibilidad universal cognitiva, la Ley 16/2022 incorpora un artículo único que incluye tanto la modificación como la adición de diversos artículos del Real Decreto Legislativo 1/2013. Entre las aportaciones normativas más relevantes, destacamos las siguientes:

- Se modifica el art. 2, letra k) al objeto de incorporar a la definición de accesibilidad universal la consideración de accesibilidad cognitiva, recalcando que la misma se incluye en aquella, entendiéndola como el elemento que va a permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas, y apuntando que la accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva mediante la lectura fácil, los sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, los pictogramas, así como por otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin.

- Se modifica el art. 23, apartado 1, remarcando la obligación del Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales, de llevar a cabo la regulación de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, englobándose, también, en dicha obligación la de efectuar la determinación y regulación de estas condiciones básicas cuando se trate de accesibilidad cognitiva.
- En este sentido, se añade un nuevo art. 29 bis para establecer lo que debe considerarse condiciones básicas de accesibilidad cognitiva, así como para prever su desarrollo normativo mediante el pertinente reglamento específico de ejecución, que determine los plazos y términos en los que estas condiciones serán exigibles.
- Se modifica el art. 23, apartado 2.c) con el fin de incluir, dentro de los apoyos complementarios previstos, la lectura fácil y los pictogramas.

Por otra parte, La Ley 6/2022 se completa con cuatro disposiciones adicionales y cuatro finales.

La Disposición Adicional primera señala que, en el plazo de dos años, el Gobierno deberá llevar a cabo los estudios específicos sobre accesibilidad cognitiva en los aspectos que se consideren más relevantes de, al menos, cada uno de los ámbitos particulares indicados en el art. 5 de la Ley 6/2022 (entre ellos: telecomunicaciones y sociedad de la información; espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; transportes; etc.).

La Disposición Adicional segunda, por su parte, señala que, en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la misma, el Gobierno deberá haber aprobado el Reglamento específico por el que se desarrollan las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva previstas en dicha norma.

La Disposición Adicional tercera remarca que el Gobierno, también, deberá aprobar el II Plan Nacional de Accesibilidad; indicando que dicho Plan ha de contener, transversalmente, los aspectos relativos a la accesibilidad cognitiva, promoviendo su conocimiento, difusión y aplicación.

La Disposición Adicional cuarta apunta la creación del Centro Español de Accesibilidad Cognitiva, como organismo dependiente del Real Patronato sobre Discapacidad, con la finalidad de realizar estudios, investigaciones, fomentar la generación y transparencia de conocimiento, la formación y cualificación, el registro y extensión de buenas prácticas, la observación de la realidad y las tendencias, las acciones de prospectiva, el seguimiento y la evaluación, así como, en general, la promoción de todo lo relativo a la accesibilidad cognitiva en España.

Para ir concluyendo, la Disposición Final primera aclara que esta Ley 6/2022 se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales —art. 149.1.1.^ª CE—.

Por último, la Disposición Final segunda indica que, en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley 6/2022, el Gobierno deberá haber modificado el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad con el objetivo de regular las

atribuciones, estructura, tareas y funcionamiento del Centro Español de Accesibilidad Cognitiva. Y la Disposición Final tercera habilita al Gobierno para aprobar cuantas disposiciones se estimen necesarias para el desarrollo y ejecución de la misma, siendo la Disposición Final cuarta la que contempla la entrada en vigor de la Ley 6/2022, que será, con carácter general, el día siguiente al de su publicación en el *BOE* —que fue el viernes, 1 de abril de 2022—.

Ahora solo queda por testar, pues, el verdadero grado de sensibilización y compromiso del Gobierno respecto de la satisfacción del loable objetivo de la accesibilidad universal cognitiva, lo que se verificará, sin duda, con el cumplimiento o no, por su parte, de los mandatos antes apuntados en los plazos convenidos.

Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS
Prof. Titular de Universidad
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
miguelin@usal.es

Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular [BOE-A-2022-5809]

NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE RESIDUOS Y ECONOMÍA CIRCULAR

La formación de residuos no es patrimonio exclusivo de los seres humanos, sino que existe en cualquier forma de vida. Sin embargo, los residuos de las especies de fauna y de flora sirven desde siempre a la vida de los ecosistemas.

Por otra parte, el problema de las basuras (que es el término tradicional) y de los residuos no es nuevo para la Humanidad; de hecho, la historia de los residuos es paralela a la propia de la sociedad [MARTÍN MATEO, R. y ROSA MORENO, J. 1998: *Nuevo Ordenamiento de la Basura*. Madrid: Ed. Trivium; ALENZA GARCÍA, J. F. 1997: *El sistema de gestión de residuos sólidos urbanos en el derecho español*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública-Boletín Oficial del Estado, 1997, y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2008: «La política ambiental de la Unión Europea en materia de residuos». *Noticias de la Unión Europea*, 2008, 276: 21-41]. No obstante, en las primeras etapas históricas la formación de desechos no se consideraba todavía un problema, ya que tales desperdicios y desechos habitualmente se depositaban en las cercanías de las ciudades formando auténticas colinas (como, p. ej., en Roma).

Avanzando el tiempo, en las ciudades de mayor tamaño se seguían arrojando los desperdicios y basuras a las mismas calles (p. ej., en Atenas), si bien, a veces, se ponían en marcha unos incipientes servicios de recogida (así, en Roma con el emperador César Augusto y, más tarde, en París); obligándose, mucho tiempo después, a barrer y limpiar a los propietarios el frente de sus viviendas (p. ej., en Francia hacia 1270). No obstante, en el siglo XVIII, en Japón ya se establecen servicios de recogida de basura.

En España, la Instrucción de 23 de junio de 1813 para el Gobierno económico-político de las Provincias (art. 1-Decreto CCLXIX) [http://www.memoriademadrid.es/doc_anexos/Workflow/0/10390/bhm_c-58666-269.pdf] ya atribuye a los municipios la competencia sobre la limpieza de las calles, mercados y plazas públicas. Años después, las Ordenanzas de Policía Urbana y Rural para la Villa de Madrid y su término, de 16 de noviembre de 1847, prohíbe depositar en las calles, plazas y portales las basuras procedentes de las casas, estableciéndose la obligación, por los dependientes de la Villa, del recogimiento de las basuras, barrido y limpieza de las calles, y la de los vecinos de bajar a la puerta de la calle las basuras al paso de los carros de la Villa, con previsión de multas por incumplimiento.

Textos estos que son comunes en otras ciudades europeas, debiendo destacarse, como antecedente de la recogida de residuos, los decretos de 24 de noviembre de 1883 y 7 de marzo de 1884, firmados por el prefecto del Sena (Sr. Eugène POU-BELLE), que aprueban la reglamentación de eliminación de los residuos domésticos,

prohibiendo sacar a la calle las basuras antes de las 5 h de la mañana y obligaba a sacarlas en tres cajas (que los propietarios debían proporcionar a los inquilinos), para materiales putrescibles; para papeles y tejidos, y para vidrio, cerámica y «conchas de ostras»; cajas o cubos de basura que tomarán el nombre de *poubelle* [ver GRISON, G. 1884: «M. Poubelle et les mauvaises langues». *Le Figaro*, 16 janvier 1884: 2 (<https://fr.calameo.com/read/0000259010a2b56ea43fc>), y SÉGARD, J. F. 2004: «La poubelle a 120 ans!». *L'Hermine (Bulletin d'Information de Planète Écho)*, 2004, 9 (<https://fr.calameo.com/read/000025901f10cdc1d1c8b>)].

En general, en el siglo XIX las ciudades del mundo hedían a basura. Será ya en el siglo XX cuando la recogida se comience a realizar en camiones cerrados y especiales.

En esta misma línea, en España se prevé la destrucción por el fuego de las basuras de la población (Real Orden de 12 de octubre de 1910, *Gaceta de Madrid* de 9 de diciembre), y se establece un régimen jurídico relativamente completo en la Real Orden de 3 de enero de 1923 (*Gaceta* del 10), que aprueba las Instrucciones Técnico-Sanitarias para los Pequeños Municipios.

Por otra parte, en la historia, los seres humanos se han esforzado por crear materiales que ofrecieran beneficios o funciones de los que carecen los recursos naturales [sobre la historia de la baquelita, el celuloide, el nylon, etc., ver BAKER, I. 2018: *Fifty Materials That Make the World*. Cham (Switzerland): Springer]. Así, los antecedentes del plástico están en el uso de materiales naturales que tenían propiedades plásticas intrínsecas, como la laca o la goma de mascar; seguidamente, se procedió a la modificación química de materiales naturales como el caucho, la nitrocelulosa, el colágeno o la galalita, y, finalmente, la gran diversidad de materiales completamente sintéticos que reconocemos como plásticos modernos empezaron a aparecer en el siglo XIX (cuyos precursores fueron en 1839 Charles GOODYEAR y en 1843 Thomas HANCOCK), con el invento de Alexander PARKES en 1855, denominado *parkesina*, que patentó (aunque no tuvo mucho éxito comercial debido al elevado coste de producción); posteriormente, John W. HYATT, sobre 1868, mejoró el producto desarrollado por PARKES, consiguiendo un producto económicamente viable, al que denominó *celuloide*, debiendo considerarse las bolas de billar que se produjeron como el primer producto fabricado en plástico, y que fue patentado en 1870 (la primera fábrica de este nuevo material fue la *Albany Dental Plate Company*, fundada este mismo año, debido a la importancia que tuvo el material para los dentistas de entonces) [sobre las primeras épocas, *vid.* YARSLEY, V. E. y COUZENS, E. G. 1941: *Plastics*. Hardmondsworth (London)-New York: Penguin Books].

Asimismo, el conocido policloruro de vinilo (PVC) fue polimerizado por primera vez entre 1838 y 1872, y en 1907 el químico belga-americano Leo Hendrik BAEKELAND creó la *baquelita*, patentada en Estados Unidos el 7 de diciembre de 1909 (US No. 944.699), que es el primer plástico fabricado en serie realmente sintético [sobre su figura y sus descubrimientos, ver STROM, E. Th. y RASMUSSEN, S. C. 2011: *100+ Years of Plastics. Leo Baekeland and Beyond*. ACS Symposium Series 1080. American Chemical Society, Washington DC (USA) (<https://pubs.acs.org/isbn/9780841226777>)],

y especialmente la excelente obra de MERCELIS, J. 2020: *Beyond Bakelite: Leo Baekeland and the Business of Science and Invention*. Cambridge (Mass., USA): The Massachusetts Institute of Technology Press], a partir de las investigaciones de Adolf von BAEYER sobre la resina de formaldehído. Después, Hermann STAUDINGER (1881-1965) comenzó en 1920 los estudios teóricos sobre la estructura y la propiedad de los polímeros naturales (recibiendo el Premio Nobel de Química en 1953, por sus estudios y descubrimientos sobre la estructura química de las macromoléculas); entre 1930 y 1942 se descubrieron otros polímeros, y en 1938 la empresa *Dupont* comenzaría a producir nailon. Durante los años 60, los plásticos pasaron a sustituir a otros productos en los embalajes; en los años 70, sustituirán a algunas aleaciones ligeras y a algunos metales, y durante los años 80 del siglo XX la producción de plásticos se intensificó y diversificó convirtiéndose en una de las principales industrias del mundo.

Actualmente, el mundo no se puede imaginar sin los plásticos; creándose y desarrollándose muchos nuevos plásticos que ofrecen una amplia gama de propiedades, y que se utilizan en todas partes y para todo. De hecho, de los 2 millones de Tm de plásticos producidos en 1950 se ha pasado a 359 millones de Tm en 2018, y con un crecimiento que continúa.

Sin embargo, desde los años 50 del siglo XX, se plantea el problema ambiental de los residuos, los envases y los plásticos [vid. FOROÉTICA. 2020: *La realidad de los plásticos. Mitos y verdades*. Madrid, mayo [\[https://foretica.org/publicacion/la-realidad-de-los-plasticos-mitos-y-verdades/\]](https://foretica.org/publicacion/la-realidad-de-los-plasticos-mitos-y-verdades/), y se hace más preocupante debido al modelo industrial y de sociedad implantado, basado en un fuerte consumo de todo tipo de productos y bienes, con envases y con un uso importante de plásticos, la mayoría de los cuales (sobre todo desde hace unos 30 años) no son asimilables completamente ni por la naturaleza ni por las actividades humanas (sistema que se resume en la idea de «extraer, fabricar, usar y tirar»). Esta situación de los residuos y el mal uso de los envases y los propios plásticos trae consigo problemas ambientales, problemas sanitarios (como vertidos incontrolados, inadecuados sistemas de recogida y tratamiento, procesos de contaminación del suelo y del agua, contaminación atmosférica o problemas de malos olores, entre otros), el despilfarro y la inadecuada utilización de recursos naturales, materiales y energía o el gran impacto sobre el paisaje.

Las causas del fuerte incremento en la formación de residuos, envases y plásticos pueden resumirse en el rápido crecimiento demográfico; la concentración de la población en áreas urbanas; la utilización generalizada de bienes de envejecimiento muy rápido; el uso común de envases y plásticos sin retorno, fabricados con materiales no degradables, y, en general, el aumento del nivel de vida y riqueza.

No obstante, debe resaltarse asimismo la utilidad y el carácter positivo de los envases y particularmente de los plásticos (que suponen el 40 % de la fabricación de envases), en particular en el sector alimentario o en el ámbito sanitario, tal como se ha puesto de manifiesto durante la etapa más problemática de la epidemia del coronavirus, durante los meses del estado de alarma, y en la situación actual, debido a las propiedades específicas de los plásticos que les hacen ser buenos materiales de

envasado para muchos productos, que permiten hacer llegar el producto en las mejores condiciones y que se conserve el mayor tiempo posible.

Además, el sector de los plásticos constituye económicamente un sector importante, que genera en la Unión Europea, antes de la crisis del coronavirus, más 360.000 millones de euros, con 1,7 millones de empleos y 60.000 empresas, la mayoría Pymes, implicadas, y en España el volumen de negocio es de 30.000 millones de euros, implicando a 4.000 empresas y generando 250.000 empleos, y destacando el dedicado a envases y embalajes (con el 40 % del total) [ver FOROÉTICA. 2020: *La ambición empresarial para avanzar hacia la nueva economía de plástico*. Madrid, julio (https://foretica.org/publicacion/la_ambicion_empresarial_para_avanzar_hacia_la_nueva_economia_de_plasticos/), y, más en general, sobre la responsabilidad social de las empresas, *vid.* FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2004: «La Responsabilidad Social Corporativa en materia ambiental. Estado de la cuestión». *Boletín Económico de Información Comercial Española*, 2004, 2824: 27-43 (<http://www.revistasice.com/index.php/BICE/article/view/3682>)]

En este contexto, la intervención del Derecho en relación con los residuos, los envases y los plásticos, tanto en la Unión Europea como en España, se justifica por razones de seguridad, higiene, salud, calidad, ambientales y de fomento de la actividad industrial, entre otras.

Las actuaciones de la Unión Europea en esta materia se enmarcan desde su origen en la Política Ambiental, articulada sobre los tratados europeos (en la actualidad, teniendo en cuenta el Tratado de la Unión Europea, principalmente en los arts. 191 a 193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece su régimen); de los Programas Ambientales de la UE (actualmente, en el VIII PAM, aprobado el 6 de abril de 2022); de algunas estrategias o planes específicos sobre residuos, envases y plásticos, y finalmente de las normas específicas en esas materias [sobre el origen de las acciones en esta materia, por todos, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2008: «La política ambiental de la Unión Europea en materia de residuos». *Noticias de la Unión Europea*, 2008, 276: 21-41, y la bibliografía citada, y, más en general, sobre la Política Ambiental de la Unión Europea, *vid.* FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2021: *Sistema Jurídico-Administrativo de Protección del Medio Ambiente*. 10.^a ed. Salamanca: Ed. Ratio Legis].

En el año 2014 comienza a plasmarse la nueva filosofía europea en materia de recursos y residuos, que es la economía circular, aunque tiene objetivos más generales y amplios; elaborando la Comisión esta nueva estrategia en la Comunicación «Hacia una economía circular: un programa de cero residuos para Europa», adoptada el 2 de julio de 2014 [COM (2014) 398 final, Bruselas], en la que pretende cambiar el modelo que desde la Revolución Industrial las economías europeas, y otras en el mundo, han desarrollado, concretamente un patrón de crecimiento sustentado en la secuencia «tomar-fabricar-consumir y eliminar», un modelo lineal basado en la hipótesis de la abundancia, disponibilidad, facilidad de obtención y eliminación barata de los recursos, hacia otro basado en la economía circular, concebida como aquella en la que el valor

de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos.

La Comisión continuó avanzando en su diseño y desarrollo mediante la adopción de la Comunicación «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular» [COM (2015) 614 final, y Anexo, Bruselas, 2.12.2015].

De acuerdo con el marco anterior, la Comisión presentó el 16 de enero de 2018 la «Estrategia europea para el plástico en una economía circular» [COM (2018) 28 final, y Anexo, Estrasburgo, 16.1.2018], que resalta la importancia del plástico en el mundo actual y en la propia Unión Europea, y con la finalidad de avanzar hacia una nueva economía del plástico, la Comisión propone, entre otras medidas, mejorar el reciclado de los plásticos, fomentar la demanda de plásticos reciclados, reducir los residuos de plásticos, prevenir el plástico en el entorno, establecer un marco normativo claro para los plásticos con propiedades biodegradables o adoptar medidas sobre los microplásticos, así como orientar la innovación y la inversión hacia soluciones circulares. Junto a la Estrategia anterior, la Comisión aprobó también la Comunicación sobre «Un marco de seguimiento para la economía circular» [COM (2018) 29 final, Estrasburgo, 16.1.2018].

Teniendo en cuenta los documentos estratégicos citados, y algunos otros, la política actual de la Unión Europea en materia de economía circular, así como sobre residuos, envases y plásticos, se diseña y establece en el ambicioso Pacto Verde Europeo (*European Green Deal*), adoptado en 2019 [COM (2019) 640 final, Bruselas, 11.12.2019] [ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2020: «El ambicioso Pacto Verde Europeo». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 12 de mayo de 2020, n.º 101, 31 pp. (https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/05/2020_05_12_Fdez-Gatta-Pacto-Verde-Europeo.pdf), y 2020: «Unión Europea: el ambicioso Pacto Verde Europeo y el futuro de la política ambiental de la Unión». En G. García Álvarez, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda y A. Nogueira López (coords.) y otros: *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*. Madrid: Ed. CIEDA-CIEMAT-Ministerio de Ciencia e Innovación, 40-85 (https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/08/2020_OPAM.pdf), y particularmente en el «Nuevo Plan de acción para la economía circular: por una Europa más limpia y más competitiva» [COM (2020) 98 final, y Anexo, Bruselas, 11.3.2020], adoptado por la Comisión, que incluye un programa para crear una Europa más limpia y más competitiva construida de acuerdo con los agentes económicos, los consumidores, los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil, y su objetivo es acelerar el cambio transformador que requiere el Pacto Verde Europeo, e incluyendo medidas en favor de la economía circular aplicadas desde el anterior plan de 2015.

Por otra parte, la legislación general de la Unión Europea en este ámbito está constituida en la actualidad, principalmente, por la Directiva 2008/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos (*DOUE L 312*, 22.11.2008), modificada en varias ocasiones y que deroga varias Directivas anteriores (de 1975, 1991 y 2006), y por la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases (DOCE L 365, 31.12.1994), modificada asimismo en varias ocasiones; debiendo tenerse en cuenta, además, las normas más específicas (p. ej., sobre pilas y acumuladores, aparatos eléctricos y electrónicos, vertido y traslados de residuos, etc.).

En relación con la legislación sobre residuos, envases y plásticos, debe mencionarse, en primer lugar, la Directiva (UE) 2015/720, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE en lo que se refiere a la reducción del consumo de bolsas de plástico ligeras (DOUE L 115, 6.5.2015).

Posteriormente, se aprobarán tres directivas [GARCÍA GARCÍA, A. 2018: «La Unión Europea hace público un paquete de Directivas que modifican el panorama, hasta ahora vigente, en materia de residuos». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 11 de julio de 2018 (<https://www.actualidadjuridicaambiental.com/legislacion-al-dia-union-europea-residuos-vertidos-envases/>)], que modifican las de carácter general para avanzar en el régimen del tratamiento de los residuos y envases y en la economía circular. En efecto, la Directiva (UE) 2018/850, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos (DOUE L 150, 14.6.2018), tiene por finalidad reforzar los objetivos establecidos en la Directiva sobre vertidos de 1999, que impone restricciones al depósito en vertederos, a fin de que reflejen mejor la ambición de la Unión de avanzar hacia una economía circular, reduciéndose gradualmente al mínimo el vertido de residuos destinados a vertederos de residuos no peligrosos, en particular de los vertidos aptos para el reciclado u otro tipo de valorización, lo que es coherente con la economía circular.

A continuación, la Directiva (UE) 2018/851, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos (DOUE L 150, 14.6.2018), establece medidas destinadas a proteger el medio ambiente y la salud humana mediante la prevención o la reducción de la generación de residuos y de los impactos negativos de la generación y gestión de los residuos.

La tercera norma es la Directiva (UE) 2018/852, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases (DOUE L 150, 14.6.2018), que establece medidas destinadas, como primera prioridad, a la prevención de la producción de residuos de envases y, atendiendo a otros principios fundamentales, a la reutilización de envases, al reciclado y demás formas de valorización de residuos de envases y, por tanto, a la reducción de la eliminación final de dichos residuos, con el objeto de contribuir a la transición hacia una economía circular.

Un paso más en la filosofía de la economía circular, y en la política europea sobre los plásticos, lo constituye la Directiva (UE) 2019/904, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente (DOUE L 155, 12.6.2019) [ver el detallado análisis de LOZANO CUTANDA, B. y POVEDA, P. 2019: «Directiva (UE) 2019/904, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la reducción de determinados productos de plástico en el medio ambiente». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 de

septiembre de 2019 n.º 93 (https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/08/2019_09_03_Lozano_Poveda_Directiva-plastico.pdf).

Por su parte, en relación con *España*, los antecedentes históricos de esta legislación se remontan, sin perjuicio de alguna otra norma aislada, a la etapa preconstitucional, concretamente a la Ley sobre Desechos y Residuos Sólidos Urbanos de 1975, que, por la fecha, no menciona el concepto de economía circular.

Posteriormente, de acuerdo ya con la Constitución española de 1978 (que prevé la protección medioambiental en el art. 45 y establece el régimen de distribución de competencias, en los arts. 148 y 149-CE, previendo la competencia del Estado sobre la legislación básica en materia ambiental y, por tanto en materia de residuos) [ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2021: *Sistema Jurídico-Administrativo de Protección del Medio Ambiente*. 10.ª ed. Salamanca: Ed. Ratio Legis] y con la integración del Reino de España en las entonces Comunidades Europeas, se aprobarían nuevas normas, que modernizaron el ordenamiento en la materia (concretamente, la Ley básica de residuos tóxicos y peligrosos y la modificación de la Ley sobre desechos y residuos sólidos urbanos, ambas de 1986).

La siguiente etapa incluye una renovación de la legislación [MARTÍN MATEO, R. y ROSA MORENO, J. 1998: *Nuevo Ordenamiento de la Basura*. Madrid: Ed. Trivium, y ALENZA GARCÍA, J. F. 1997: *El sistema de gestión de residuos sólidos urbanos en el derecho español*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública-Boletín Oficial del Estado], que está integrada por la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases (BOE del 25), modificada posteriormente, y un año después se aprobaría la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (BOE del 22), que establece la primera regulación con carácter general de los residuos en nuestro Ordenamiento jurídico, y que tampoco, asimismo por la fecha, menciona la economía circular, aunque establece el régimen de la producción, posesión y gestión de los residuos (incluyendo normas específicas sobre residuos urbanos y peligrosos); los instrumentos económicos en la producción y gestión de residuos, incluyendo los fiscales; los suelos contaminados, y finalmente el sistema de inspección y vigilancia y el régimen sancionador [MARTÍN MATEO, R. y ROSA MORENO, J. 1998: *Nuevo Ordenamiento de la Basura*. Madrid: Ed. Trivium, y PAVEDA GÓMEZ, P. 1998: *Comentarios a la Ley 10/1998, de 21 de Abril, de Residuos*. Granada: Ed. Comares].

El régimen general vigente en materia de residuos se establece en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados (BOE del 29) [*Código de Residuos y Sustancias Peligrosas*. Madrid, 2022.

Por otra parte, la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases (BOE del 25) [POVEDA GÓMEZ, P. (coord.) y otros. 1999: *Reflexiones sobre la normativa de envases y residuos de envases* Madrid: Ed. IDELCO-Ministerio de Medio Ambiente; POVEDA GÓMEZ, P. 1997-1998: *Envases y Residuos de Envases. Nueva legislación*. Madrid: Ed. Exlibris, y SERRANO LOZANO, R. 2007: *El régimen jurídico de los residuos de envases*. Madrid: Ed. Dykinson], modificada posteriormente, que, por la fecha de nuevo, no menciona aún la economía circular, pero asume algunos pasos de esa filosofía, sin mencionarla, al establecer el régimen y algunas medidas que tratan de reducir los residuos de envases, fomentar su valorización y al final reducir el consumo de recursos. El Reglamento de desarrollo y ejecución se aprobó por Real Decreto 782/1998, de 30 de abril (BOE del 1 de mayo), modificado más adelante.

De acuerdo con las leyes anteriores y con la obligación de cumplir con la normativa europea, se aprobó el Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo, sobre reducción del consumo de bolsas de plástico y por el que se crea el Registro de Productores (BOE del 19) [LOZANO CUTANDA, B. y POVEDA GÓMEZ, P. 2018: «Real Decreto 293/2018 sobre reducción del consumo de bolsas de plástico». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 20 de junio de 2018, n.º 80, 8 pp. https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2018/06/2018_06_20_Lozano-Poveda_Real-Decreto-293-2018-bolsas-plastico.pdf].

Aunque puedan encontrarse en el anterior real decreto, y en los planes y programas que le sirven de marco, algunas ideas y medidas que pueden integrarse en la filosofía de la economía circular, no será hasta el 2 de junio de 2020 cuando el Consejo de Ministros apruebe la Estrategia Española de Economía Circular «España Circular 2030» [MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO. 2020: *España Circular 2030. Estrategia Española de Economía Circular*. Madrid. https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/espanacircular2030_def1_tcm30-509532.PDF], que asume el nuevo modelo de producción y consumo de la economía circular en el marco de la política europea en esta materia.

Con el fin de impulsar la economía circular en España, el Consejo de Ministros de 2 de junio de 2020 adoptó y comenzó la tramitación del Anteproyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados [MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (Secretaría de Estado de Medio Ambiente-Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental). 2020: *Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados*. Madrid, 2 de junio. https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/participacion-publica/200602mainanexasaplrc_informacionpublica_tcm30-509527.pdf], que, una vez finalizada su tramitación parlamentaria como Proyecto de Ley, se ha convertido en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular (BOE del 9) [ver, por todos, BLASCO HEDO, E. 2022: «Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular: Una visión general». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 16 de mayo de 2022, n.º 123: 67-92. [Comentario de](#)

legislación: «Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular: una visión general» « Actualidad Jurídica Ambiental | AJA (actualidadjuridicaambiental.com); PERNAS GARCÍA, J. J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. (eds.) y otros. 2022: «Estudio sistemático sobre la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una economía circular (Ley 7/2022, de 8 de abril)». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico 21, 695 pp. [Revista Aragonesa de Administración Pública. 2022, n.º Extra 21 - Dialnet \(unirioja.es\)](http://RevistaAragonesa.deAdministraciónPública.2022,n.ºExtra21-Dialnet(unirioja.es)), y REDACCIÓN-DIARIO LA LEY. 2022: «La Ley de residuos declara la guerra al plástico y crea dos nuevos impuestos». *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), 13 de abril de 2022, n.º 10049, 7 pp.], que se enmarca en los textos estratégicos en la materia, tanto europeos como internos, y cumple con los nuevos objetivos establecidos en las Directivas del «paquete de economía circular» de 2018, principalmente, la Directiva (UE) 2018/851, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos, así como los derivados de la Directiva de plásticos de un solo uso de 2019 [Directiva (UE) 2019/904, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente (apdos. II y III-Preámbulo de la Ley)].

La nueva Ley consta de nueve títulos relativos a las disposiciones y principios generales; a los instrumentos de la política de residuos; a la prevención de residuos; a la producción, posesión y gestión de los residuos; a la responsabilidad ampliada del productor del producto; a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente; a la información; a las medidas fiscales para incentivar la economía circular; a los suelos contaminados y a la responsabilidad, vigilancia, inspección, control y régimen sancionador; así como diversas disposiciones adicionales, transitorias y finales, y procede a derogar, entre otras normas, la Ley de Residuos y Suelos Contaminados de 2011 y la parte del régimen sancionador de la Ley de Envases de 1994, permaneciendo vigentes con rango reglamentario el resto de los preceptos de esta última.

La nueva Ley tiene por objeto regular el régimen jurídico aplicable a la puesta en el mercado de productos en relación con el impacto en la gestión de sus residuos, así como el régimen jurídico de la prevención, producción y gestión de residuos, incluyendo el establecimiento de instrumentos económicos aplicables en este ámbito, y el régimen jurídico aplicable a los suelos contaminados. Su finalidad es la prevención y la reducción de la generación de residuos y de los impactos adversos de su generación y gestión; la reducción del impacto global del uso de los recursos y la mejora de la eficiencia de dicho uso con el objeto de, en última instancia, proteger el medio ambiente y la salud humana y efectuar la transición a una economía circular y baja en carbono con modelos empresariales, productos y materiales innovadores y sostenibles para garantizar el funcionamiento eficiente del mercado interior y la competitividad de España a largo plazo, y, asimismo, tiene por finalidad prevenir y reducir el impacto de determinados productos de plástico en la salud humana y en el medio ambiente, con especial atención al medio acuático (art. 1).

En relación con el ámbito de aplicación, la Ley se aplica a todo tipo de residuos (si bien, se prevén algunas exclusiones), a los productos de plástico de un solo uso enumerados en el Anexo IV [vasos para bebidas, incluidos sus tapas y tapones; recipientes para alimentos, tales como cajas, con o sin tapa, utilizados para contener alimentos, con ciertos requisitos; bastoncillos de algodón; cubiertos (tenedores, cucharillos, cucharas, palillos), platos, pajitas, etc.] y a cualquier producto fabricado con plástico oxodegradable, y a las artes de pesca que contienen plásticos; precisándose que, cuando las medidas que se establezcan para estos productos de plástico puedan entrar en conflicto con las restantes previsiones que se establezcan en esta Ley o en la normativa de envases, prevalecerán las medidas establecidas en esta Ley para esos productos de plástico. Se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley las emisiones a la atmósfera, los residuos radiactivos, los explosivos desclasificados o las materias fecales, así como las aguas residuales, los subproductos y cadáveres de animales, los residuos resultantes de la prospección, de la extracción, del tratamiento o del almacenamiento de recursos minerales y de la explotación de canteras, entre otros (art. 3).

Además, y con una relación muy estrecha con la economía circular, una sustancia u objeto, resultante de un proceso de producción, cuya finalidad primaria no sea la producción de esa sustancia u objeto, puede ser considerada como subproducto y no como residuo, cuando, entre otras condiciones, se tenga la seguridad de que la sustancia u objeto va a ser utilizado ulteriormente. Y se prevén las condiciones para que un residuo deje de ser considerado como tal (arts. 4 y 5).

De acuerdo con la filosofía ambiental actual, se prevé que las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para asegurar que la gestión de los residuos se realice sin poner en peligro la salud humana y sin dañar al medio ambiente y, en particular, no generarán riesgos para el agua, el aire o el suelo, ni para la fauna y la flora; no causarán incomodidades por el ruido, los olores o humo, y no afectarán negativamente a paisajes, a espacios naturales ni a lugares de especial interés legalmente protegidos; medidas que deberán ser coherentes con las estrategias de lucha contra el cambio climático y con las correspondientes políticas de salud pública (art. 7).

El art. 8 de la Ley confirma la jerarquía de los residuos, previendo que las autoridades competentes, en el desarrollo de las políticas y de la legislación en materia de prevención y gestión de residuos, aplicarán, para conseguir el mejor resultado ambiental global, el orden de prioridad de la prevención, preparación para la reutilización, reciclado, otro tipo de valorización, incluida la valorización energética, y eliminación; aunque, para conseguir el mejor resultado medioambiental global, se permite apartarse de dicha jerarquía en la gestión de determinados flujos de residuos, en supuestos concretos y mediante la justificación adecuada. Además, se reafirman los principios de autosuficiencia y proximidad en la gestión de los residuos, la aplicación de derechos de acceso a la información y a la justicia, y participación en materia de residuos, y se concreta la aplicación del principio «quien contamina paga», estableciendo que los costes de la gestión de los residuos, incluidos los costes correspondientes a la infraestructura necesaria y a su funcionamiento, así como los costes relativos a los impactos

medioambientales y en particular los de las emisiones de gases de efecto invernadero, tendrán que ser sufragados por el productor inicial de residuos, por el poseedor actual o por el anterior poseedor de residuos, con ciertas precisiones (arts. 9 a 11).

Los arts. 12 y 13 regulan las distintas competencias administrativas en la materia (Administración General del Estado, Administraciones autonómicas y Administraciones locales) y se establece el régimen de la Comisión de Coordinación en materia de residuos como órgano colegiado de cooperación técnica, colaboración y coordinación entre las administraciones públicas competentes en materia de residuos adscrito al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

Los instrumentos de la política de residuos previstos en la Ley (arts. 14 a 16) son:

- Los programas de prevención de residuos, que han de aprobarse por la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, y potestativamente por las Entidades Locales, y adoptarse de forma independiente o integrarse en los planes y programas sobre gestión de residuos u otros planes ambientales, debiendo incluirse en los mismos las medidas establecidas en el art. 18, entre las que pueden destacarse: promover y apoyar los modelos de producción y de consumo sostenibles y circulares; fomentar el diseño, la fabricación y el uso de productos que sean eficientes en el uso de recursos, duraderos y fiables, también en términos de vida útil y ausencia de obsolescencia programada, reparables, reutilizables y actualizables; reducir la generación de residuos en la producción industrial, en la fabricación, en la extracción de minerales y en la construcción y demolición; reducir la generación de residuos alimentarios en la producción primaria, en la transformación y la fabricación, en la venta minorista y otros tipos de distribución de alimentos, en restaurantes y servicios de comidas, así como en los hogares; reducir la generación de residuos, particularmente de los residuos que no son aptos para su preparación para reutilización o para su reciclado; identificar los productos que constituyen las principales fuentes de basura dispersa, especialmente en el entorno natural y marino; promover y facilitar la reincorporación en las cadenas de valor de subproductos o de materias, sustancias u objetos para los que se ha declarado el fin de la condición de residuo, etc.
- Planes y programas de gestión de residuos (concretamente, el Plan estatal marco de gestión de residuos, los planes autonómicos de gestión de residuos y los programas de gestión de residuos de las Entidades Locales; estos dos últimos se elaborarán conforme con el Plan estatal), que establecerán el diagnóstico de la situación, la estrategia general y las orientaciones de la política de residuos, así como los objetivos de recogida separada, preparación para la reutilización, reciclado, valorización y eliminación, y
- Las medidas e instrumentos económicos, previendo que las autoridades competentes deberán establecer medidas económicas, financieras y fiscales para fomentar la prevención de la generación de residuos, la reutilización y reparación, implantar la recogida separada, mejorar la gestión de los residuos, impulsar y fortalecer los mercados de productos procedentes de la preparación para la

reutilización y el reciclado, así como para que el sector de los residuos contribuya a la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero y se prevé que las Administraciones Públicas incluirán, en el marco de contratación de las compras públicas, el uso de productos de alta durabilidad, reutilizables, reparables o de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, o subproductos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas, y, en este sentido, se fomentará la compra de productos con la etiqueta ecológica de la Unión Europea [sobre la inclusión de criterios y cláusulas medioambientales en la contratación pública, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2021: «Aspectos estratégicos de la contratación pública». En VV. AA.: *Manual de Contratación del Sector Público*. Cizur Mayor (Navarra): Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 199-253, y 2020: «La contratación del sector público y la protección del medio ambiente. Objetivos y medios». En T. Quintana López (dir.); S. Rodríguez Escanciano y A. Casares Marcos (coords.) y otros: *La contratación pública estratégica en la contratación del Sector Público*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 157-212].

El Título II (arts. 17 a 19), relativo a la prevención de residuos, impone objetivos obligatorios de reducción del peso de los residuos producidos, incluidos envases y plásticos. A continuación, establece, en un largo precepto, medidas concretas para prevenir la generación de residuos, destacando, además de las ya señaladas, conforme con la propuesta europea, y con el objetivo de reducir el consumo de envases de un solo uso, las Administraciones Públicas fomentarán el consumo de agua potable en sus dependencias y otros espacios públicos, mediante el uso de fuentes en condiciones que garanticen la higiene y la seguridad alimentaria o el uso de envases reutilizables, entre otros, sin perjuicio de que en los centros sanitarios se permita la comercialización en envases de un solo uso, y, con ese mismo objeto, en los establecimientos del sector de la hostelería y restauración se tendrá que ofrecer siempre a los consumidores, clientes o usuarios de sus servicios la posibilidad de consumo de agua no envasada de manera gratuita y complementaria a la oferta del mismo establecimiento. Además, se precisan las medidas para llevar a cabo una reducción de los residuos alimentarios.

Los arts. 20 a 36 (Título III) establecen el régimen de la producción, posesión y gestión de los residuos; regulándose, en primer lugar, la producción y posesión de los residuos, estableciendo las obligaciones del productor inicial u otro poseedor relativas a la gestión de sus residuos, y las del productor inicial u otro poseedor relativas al almacenamiento, mezcla, envasado y etiquetado de residuos, así como el régimen de los residuos domésticos peligrosos. A continuación, se establecen las medidas de la gestión de residuos, regulando las obligaciones de los gestores de residuos; las medidas sobre preparación para la reutilización, reciclado y valorización de residuos, con la obligación de recogida por separado para facilitar su valorización; las medidas sobre eliminación de los residuos; las obligaciones sobre residuos específicos (biorresiduos, aceites usados y residuos de construcción y demolición) y el régimen de los traslados de residuos, tanto en el interior del territorio nacional como fuera del mismo. Asimismo,

se prevé el régimen de autorización y comunicación de las actividades de producción y gestión de residuos.

Desde el punto de vista de los costes de la gestión de los residuos, de acuerdo con el principio de «quien contamina paga», se prevé, con carácter general, que los costes relativos a la gestión de los residuos, incluidos los costes correspondientes a la infraestructura necesaria y a su funcionamiento, así como los costes relativos a los impactos medioambientales y en particular los de las emisiones de gases de efecto invernadero, tendrán que correr a cargo del productor inicial de residuos, del poseedor actual o del anterior poseedor de residuos (art. 11). Pero, además, de acuerdo con las normas europeas, se establece, con detalle, un régimen de responsabilidad ampliada del productor del producto (Título IV, arts. 37 a 54), previendo que, con la finalidad de promover la prevención y de mejorar la reutilización, el reciclado y la valorización de residuos, los productores de productos podrán ver ampliada su responsabilidad y ser obligados (precisándose en un Real Decreto) a:

- diseñar productos y componentes de productos de manera que a lo largo de todo su ciclo de vida se reduzca su impacto ambiental y la generación de residuos, tanto en su fabricación como en su uso posterior, y de manera que se asegure que la valorización y eliminación de los productos que se han convertido en residuos se desarrolle de conformidad con lo establecido en la Ley, y estableciendo obligaciones concretas;
- aceptar la devolución de productos reutilizables, la entrega de los residuos generados tras el uso del producto; asumir la subsiguiente gestión de los residuos, incluidos aquellos abandonados en el medio ambiente, en los términos previstos en la Ley, y la responsabilidad financiera de estas actividades;
- ofrecer información a las instalaciones de preparación para la reutilización sobre reparación y desguace y al resto de instalaciones de tratamiento para la correcta gestión de los residuos, así como información fácilmente accesible al público sobre las características del producto relativas a la durabilidad, capacidad de reutilización, reparabilidad, reciclabilidad y contenido en materiales reciclados;
- establecer sistemas de depósito que garanticen la devolución de las cantidades depositadas y el retorno del producto para su reutilización o del residuo para su tratamiento;
- responsabilizarse total o parcialmente de la organización de la gestión de los residuos, pudiendo establecerse que los distribuidores de dicho producto compartan esta responsabilidad;
- utilizar materiales procedentes de residuos en la fabricación de productos;
- proporcionar información sobre la introducción en el mercado de productos que con el uso se convierten en residuos y sobre la gestión de estos, así como realizar análisis económicos o auditorías; —informar sobre la repercusión económica en el producto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada;
- aumentar los periodos de garantía de los productos, tanto los nuevos como los reparados;

- cumplir las condiciones necesarias para garantizar el derecho a reparar del consumidor, y
- proporcionar información sobre las características del producto que permitan evaluar las posibles prácticas de obsolescencia prematura.

En relación con los plásticos, la Ley dedica el Título V (arts. 55 a 62) a establecer las disposiciones y medidas sobre reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente, con mucho detalle en la regulación sobre productos de plástico de un solo uso; bandejas de plástico que sean envases, con productos monodosis de plástico, anillas de plástico y palitos de plástico de caramelos, helados y otros productos; bastoncillos de algodón, cubiertos, platos, pajitas, palitos, etc.; cualquier producto de plástico fabricado con plástico oxodegradable y ciertos productos cosméticos y detergentes y limpiadores; requisitos de diseño para recipientes de plástico para bebidas; objetivos de recogida separada de los productos de plástico, etc.

El Título VI (arts. 63 a 66) se dedica a la información en esta materia (registro de producción y gestión de residuos, archivo cronológico, obligaciones de información y sistema electrónico de información de residuos).

Quizás la medida más polémica y complicada de la nueva Ley, dada la situación sanitaria y económica actual, es la implantación de dos nuevos impuestos. En primer lugar, se crea el impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables (Título VII, arts. 67 a 83) [CASAS RONDONÍ, E. 2020: «El futuro impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables. Principales características y algunas dudas acerca de su compatibilidad con el Derecho de la UE». *Diario La Ley*, 15 de junio de 2020, n.º 9653, 5 pp. [<https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/06/22/el-futuro-impuesto-especial-sobre-los-envases-de-plastico-no-reutilizables>]. Este impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre la utilización, en el territorio de aplicación del impuesto, de envases no reutilizables que contengan plástico, tanto si se presentan vacíos, como si se presentan conteniendo, protegiendo, manipulando, distribuyendo y presentando mercancías, y su finalidad es el fomento de la prevención de la generación de residuos de envases de plástico no reutilizables, así como el fomento del reciclado de los residuos plásticos, contribuyendo a la circularidad de este material. En su ámbito objetivo se incluyen los envases no reutilizables que contengan plástico; los productos plásticos semielaborados destinados a la obtención de los envases anteriores, tales como las preformas o las láminas de termoplástico, y los productos que contengan plástico destinados a permitir el cierre, la comercialización o la presentación de envases no reutilizables, e incluyendo también a aquellos productos mencionados que, estando compuestos de más de un material, contengan plástico, los cuales se gravarán por la cantidad de plástico que contengan. Su tipo impositivo es de 0,45 €/kg (de esos envases).

Además, la Ley (arts. 84 a 99) crea el impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos, que es un tributo de carácter indirecto que recae sobre la entrega de residuos en vertederos, instalaciones de incineración o de coincineración para su eliminación o valorización energética, y

cuya finalidad es el fomento de la prevención, la preparación para la reutilización y el reciclado de los residuos, con la fracción orgánica como fracción preferente y la educación ambiental, al objeto de desincentivar el depósito de residuos en vertedero, la incineración y su co-incineración.

La nueva Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular establece a continuación (Título VIII, arts. 98 a 103), precisamente, el régimen de los suelos contaminados, regulando las actividades potencialmente contaminantes, la declaración de suelos contaminados, los sujetos responsables de la descontaminación y recuperación de suelos contaminados, la descontaminación y recuperación de suelos contaminados, la recuperación voluntaria de suelos contaminados y el inventario de declaraciones de suelos contaminados y de descontaminaciones voluntarias.

El Título IX (arts. 104 a 118) de la nueva Ley se dedica a la responsabilidad, vigilancia, inspección, control y régimen sancionador, y finalmente incluye diversas disposiciones adicionales, transitorias y finales relativas a cuestiones variadas.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
dgatta@usal.es

Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura [BOE-A-2022-9837]

Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia [BOE-A-2022-9838]

LA EDIFICACIÓN COMO CAUSA PARA LOGRAR LA EFICIENCIA ENERGÉTICA A TRAVÉS DE LA CALIDAD DE LA ARQUITECTURA

El desarrollo sostenible en su triple vertiente social, económica y ambiental supone uno de los grandes retos a los que se enfrenta nuestra sociedad. La Agenda 2030, aunque sin fuerza vinculante, está siendo el punto de partida a la hora de tomar decisiones por parte de los poderes públicos junto con el Acuerdo de París de 2015 o el Pacto Verde Europeo.

La crisis sanitaria derivada de la COVID-19 ha puesto sobre la mesa las deficiencias de nuestro sistema y ha llevado a nuevos y urgentes retos, entre los que cabe destacar la apuesta por la rehabilitación de los edificios, así como por la calidad arquitectónica que incide directamente sobre numerosos aspectos de la sostenibilidad como es el valor económico a través de la generación de empleo, ingresos o de la economía circular, el valor social unido a la dimensión cultural de la misma o el valor medioambiental al optimizar los recursos naturales y reducir el gasto de energía... Una arquitectura de calidad traerá consigo un ahorro energético del parque edificatorio, tanto de los edificios públicos como privados.

La *Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura* (<https://www.boe.es/boe/dias/2022/06/15/pdfs/BOE-A-2022-9837.pdf>) completa la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=-BOE-A-1999-21567>), así como el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11723>), configurando el marco legal estatal de la calidad de la edificación.

Se concibe la arquitectura como una actividad multidisciplinar, es decir, el resultado de un esfuerzo colectivo y coordinado en el que distintos profesionales aportan su conocimiento, respetando sus respectivas atribuciones (Preámbulo de la LCA).

Esta Ley se enmarca entre las iniciativas legislativas relativas a la eficiencia energética de los edificios, la conservación del patrimonio cultural o la rehabilitación del parque público edificado. Se alinea con la Agenda urbana española incorporando las líneas estratégicas establecidas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia aprobado por el Gobierno de España.

El objetivo de la LCA es el de proteger, fomentar y difundir la calidad de la arquitectura como bien de interés general señalando una serie de fines específicos dirigidos

a conseguirlo. Para lo cual declara la arquitectura como un bien de interés general, lo que le otorga una especial protección por parte de los poderes públicos ya que la arquitectura contribuye a la creación de la identidad cultural; la calidad de vida; al bienestar, cohesión e inclusión sociales, y a la salud, además de a la protección de la seguridad y salud de la ciudadanía, a la mitigación de los efectos del cambio climático y tiene gran trascendencia económica (art. 3.1 LCA).

El principio de calidad en la arquitectura debe respetar una serie de criterios relacionados con el modo de vida de la población, la cultura, la gestión óptima de los recursos, la eficiencia energética, la seguridad, la inclusión social... (art. 4 LCA) para conseguir políticas públicas eficaces.

Se contemplan un conjunto de medidas específicas para que los poderes públicos puedan lograr los fines perseguidos en la ley destacando la difusión nacional e internacional de la arquitectura; el apoyo a las empresas y a los profesionales españoles; el establecimiento de incentivos; el impulso de la investigación; la protección de los valores del patrimonio construido, y el fomento de la rehabilitación, regeneración y renovación urbana (art. 5 LCS).

Se crean dos órganos específicos orientados a conseguir la calidad arquitectónica: Consejo sobre la calidad de la arquitectura y la Casa de la Arquitectura, dirigidos respectivamente a mejorar la calidad del sector y contribuir a la comunicación de la arquitectura a la sociedad cuyos desarrollos reglamentarios se tendrán que hacer en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la Ley de Calidad de la Arquitectura, es decir, antes del 16 de diciembre del 2022.

El Consejo sobre la calidad de la arquitectura coge el testigo del anterior Consejo para la Sostenibilidad, Innovación y Calidad de la Edificación (RD 315/2006, de 17 de marzo) que es suprimido por esta ley, asumiendo las competencias de este, y sirviendo de plataforma de intercambio de conocimientos, participación, consulta y asesoramiento. Son de destacar las funciones en materia de contratación que asume el Consejo en las que se necesitará del informe favorable de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Por su parte, la Casa de la Arquitectura se concibe como una herramienta de diplomacia cultural y es heredera del Museo Nacional de Arquitectura y Urbanismo regulado por RD 1636/2006, de 29 de diciembre, disposición que deberá ser adaptada a la nueva configuración de la Casa de la Arquitectura. De esta forma este organismo se configura como un museo de titularidad y gestión estatal que ejercerá funciones de divulgación, colaboración, mecenazgo y apoyo, protección del patrimonio a través de la creación de un catálogo de obras arquitectónicas de interés, promoción de la incorporación de la perspectiva de género en la arquitectura... (art. 7 LCA).

Como herramienta de gobernanza y seguimiento de la ley se prevé la elaboración de una Estrategia Nacional de Arquitectura.

Son de reseñar las disposiciones que afectan a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector público que son modificadas por la Ley que se analiza, y que afectan a determinados contratos complementarios permitiendo la agilización de su

tramitación, como el caso de los contratos de servicios complementarios de un contrato menor de obras que se podrán tramitar también como contrato menor, aunque exceda del año siempre que cumpla los requisitos del art. 118 de la LCSP. Se facilita también la contratación conjunta del proyecto y de la obra para que haya continuidad entre la fase de redacción del proyecto y la ejecución de la obra, y no haya una merma de la calidad de las prestaciones objeto del contrato; y se permite, con carácter excepcional, la contratación conjunta cuando el contrato se vaya a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

En el mismo *BOE*, y teniendo presente la preocupación por la eficiencia energética del parque edificatorio y la necesidad de adoptar medidas urgentes para la rehabilitación energética de los edificios siendo uno de los sectores más contaminantes, se aprobó la *Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-9838). Dicha disposición tiene un marcado carácter fiscal al establecer una serie de deducciones fiscales como medidas para impulsar la actividad de rehabilitación residencial, así como líneas de avales para la cobertura parcial por cuenta del Estado de la financiación de obras de rehabilitación que contribuyan a la mejora de la eficiencia energética. Todas las inversiones que se encuentren financiadas con cargo a los fondos de la Unión Europea o a través del PRTR de España deberán cumplir con el principio de no causar daño significativo al medio ambiente.

Esta Ley introduce la regulación del principio de eficiencia primero (art. 5) que contribuye a conseguir una sociedad inclusiva, justa y próspera con una economía moderna, eficiente en recursos y competitiva. De conformidad con dicho principio las soluciones energéticas deben tenerse en cuenta en la planificación, políticas y principales decisiones de inversiones que se realicen cuando tengan su impacto en el consumo y en la eficiencia energética. Por soluciones energéticas entendemos aquellas destinadas a reducir el consumo energético y optimizar el sistema energético.

Por consiguiente, estas leyes conforman el marco legal necesario para que el parque edificatorio, tanto en el espacio urbano como en el rural, cumpla con los estándares de calidad y eficiencia energética necesarios y alineados con el desarrollo sostenible.

M.^a Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
mgbustos@usal.es

Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones [BOE-A-2022-10757]

Como consecuencia de la aprobación de la Directiva (UE) 2018/1972¹, también denominado Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, se lleva a cabo la elaboración de un nuevo marco jurídico en el sector de las telecomunicaciones que tendrá como consecuencia la aprobación de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

En el preámbulo de la misma se reconocen los datos esperanzadores del avance en la cobertura de banda ancha mediante fibra óptica en los últimos años en nuestro país (de una velocidad de al menos 30 Mbps) en comparación con la media europea, alabándose que nos situamos en un 34 % de cobertura, por encima de los países de nuestro entorno y que el 95,2 % de los hogares tienen acceso a banda ancha FTTH de una velocidad mínima de 30 Mbps. Sin embargo, las zonas donde existe una menor cobertura se caracterizan por su baja densidad poblacional, por lo que existen menos hogares y, por tanto, en términos porcentuales, parece mínimo ese margen restante que aún queda por cubrir, pero no en términos territoriales. Si queremos fomentar el progreso y la cohesión social y territorial en todo el territorio no podemos hacerlo más que estableciendo como objetivo la cobertura territorial y no poblacional y en términos exclusivamente porcentuales.

Igualmente, se reconoce la relevancia de las redes de muy alta capacidad como el 5G, relacionándolo también con su contribución a la descarbonización de la economía y a los objetivos en materia medioambiental prefijados para el año 2030. Los principales argumentos a este respecto es que fomenta la digitalización y consolidación de empresas, lo que impulsa a su vez los servicios en línea y el teletrabajo, que, en consecuencia, derivan en una menor necesidad de desplazamientos físicos.

Así mismo, y como se viene reivindicando desde hace tiempo, la extensión y el establecimiento de redes en todo el territorio contribuye a la vertebración social del mismo, puesto que impulsa la fijación de población y revierte o, al menos, puede revertir la despoblación de las áreas rurales, cuestión que, en última instancia, también podría paliar los efectos del calentamiento global.

De esta manera, señala que «el despliegue de nuevas redes en el medio rural, en especial en los territorios con gran dispersión poblacional y complicada orografía, resulta imprescindible para posibilitar un adecuado desarrollo económico y fomentar el emprendimiento y la creación de empleo».

¹ Directiva (UE) 2018/1972, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

En otro orden de cosas, esta ley también contribuye al cumplimiento de las medidas previstas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia español (PRTR), componente 15 PRTR «Conectividad digital, impulso a la ciberseguridad y despliegue del 5G», que ejecuta la medida C15.R1 «Reforma del marco normativo de telecomunicaciones: Ley General, instrumentos regulatorios e instrumentos de aplicación». También la reforma del marco normativo de las telecomunicaciones es una de las medidas fundamentales del Plan España Digital 2025, en concreto la número 2 de un conjunto de 50 medidas y 10 ejes estratégicos que pretenden, como objetivo general, impulsar definitivamente la transformación digital de nuestro país.

Así, la ley establece como objetivo principal el fomento de la inversión en redes de muy alta capacidad, destacando como novedad la realización de estudios geográficos (artículo 48), prevista en esta ley, que permitan conocer el estado de la cuestión y determinar cuáles son las medidas necesarias y cuál es el ámbito de actuación específico en el que deben centrarse. A su vez, debe hacerse una previsión por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que será quien se encargue de llevar a cabo el informe. Previsión que, en todo caso, deberá someterse a consulta pública que tendrá como objeto que los operadores se ofrezcan a desplegar dichas redes de banda ancha en los territorios donde exista una mayor carencia, quienes, según la norma, deben ofrecer al menos una velocidad de 100 Mbps (Disposición Adicional Trigésima, aunque con matices, que explicamos a continuación).

Si esto se produjera, el incumplimiento de este compromiso sería castigado atendiendo al régimen sancionador que establece esta ley en su Título VIII². Como ya hemos mencionado, los resultados de estos informes geográficos se tendrán en cuenta para la elaboración de los planes especiales de extensión de banda ancha, cuyo diseño prestará especial atención a las zonas rurales, cuestión diferencial que encarnan estas áreas que también se tendrá en cuenta para configurar una nueva perspectiva respecto a la normativa europea y nacional en materia de ayudas de Estado.

De forma paralela, se incorpora como novedad la figura de la coinversión en el artículo 20, que pretende fomentar el despliegue del último tramo de fibra óptica que llegue definitivamente hasta el usuario final en determinadas zonas, cuestión que quedó inconclusa en ocasiones previas. De este modo, se pretende facilitar que cualquier operador pueda participar en esa extensión, sería un modo de ampliar el ámbito de influencia de operadores menores o no dominantes en régimen de coinversión con los grandes operadores, que en un inicio se encargaron de la extensión en su momento originario.

2 Art. 48. 2 LGTL: «Esta declaración de intenciones supone un compromiso en firme por parte del operador, de forma que su incumplimiento por causas imputables al operador que produzca un perjuicio al interés público en el diseño de planes nacionales de banda ancha, en la determinación de obligaciones de cobertura ligadas a los derechos de uso del espectro radioeléctrico o en la verificación de la disponibilidad de servicios en el marco de la obligación de servicio universal, o bien un perjuicio a otro operador, podrá ser sancionada en los términos previstos en el título VIII».

Los acuerdos de coinversión pueden llevarse a cabo mediante diversas fórmulas, y serán acuerdos sujetos a evaluación por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de acuerdo con los criterios del apartado segundo del artículo 20³, que garantizan la apertura de los mercados, en general, a todos los operadores, bajo el principio de no discriminación y transparencia y que imponen que los operadores desplieguen ese último tramo de tal manera que las condiciones del servicio prestado a través del mismo cumpla con lo reflejado en el Anexo IV de la Directiva, «criterios de evaluación de las ofertas de coinversión». Además, se prevé garantizar el uso compartido del dominio público (en concreto y de especial relevancia, es el uso compartido del espectro radioeléctrico, arts. 46 y 92) y se prevé un nuevo régimen de instalación de puntos de acceso inalámbrico en los municipios menos poblados.

En concreto, en el Título II (arts. 5-34) se regula el régimen general de prestación de servicios y suministro de redes de comunicaciones electrónicas en un contexto, evidente, de libre competencia, aunque con excepciones que se incluyen en el artículo 5. El artículo 6, por su parte, es especialmente importante, ya que señala cuáles son los requisitos que debe cumplir un operador para llevar a cabo la prestación de este servicio o para el suministro de redes. Uno de los requisitos más importantes es que todo operador, sea privado o público, debe cumplir con la notificación preceptiva al Registro de Operadores (art. 7).

Así, si una Administración Pública quisiera prestar ese servicio directamente o bien a través de una entidad vinculada, debe darse de alta como un operador más en el mercado, salvo que se trate de prestación de servicios de régimen de autoprestación o se trate de comunicaciones interpersonales independientes de numeración. En este punto, los datos del Registro de Operadores deben enviarse al Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), art. 6.4. Sin embargo,

3 «a) se encuentra abierta a cualquier operador de redes o servicios de comunicaciones electrónicas en cualquier momento de la vida útil de la red; b) permite a otros coinversores que sean operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas competir de forma efectiva y prolongada en los mercados descendentes en los que ejerce su actividad el operador con peso significativo en el mercado, en condiciones que incluyan: 1.º condiciones justas, razonables y no discriminatorias que permitan acceder a la plena capacidad de la red en la medida en que sea objeto de coinversión; 2.º flexibilidad en términos del valor y del tiempo de la participación de cada coinversor; 3.º la posibilidad de aumentar dicha participación en el futuro, y 4.º derechos recíprocos conferidos por los coinversores tras el despliegue de la infraestructura objeto de coinversión; c) el operador la hace pública al menos seis meses antes del inicio del despliegue de la nueva red, salvo que se trate de un operador exclusivamente mayorista en los términos indicados en el artículo 21; d) los operadores solicitantes de acceso que no participen en la coinversión pueden beneficiarse desde el principio de la misma calidad y velocidad, de las mismas condiciones y de la misma penetración entre los usuarios finales [...] y e) satisface como mínimo los criterios que figuran en el anexo IV del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas y se hace de buena fe».

esta cuestión se remite a una regulación y desarrollo posterior, más detallada, de tipo reglamentario mediante Real Decreto (art. 6.3).

Añadido a esto, en lo relacionado con las Administraciones Públicas que quieran ejercer como operador en régimen de autoprestación, se prevé en el art. 7.6, que estas deben comunicar al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital «toda instalación o explotación de redes de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación que haga uso del dominio público, tanto si dicha instalación o explotación se realiza de manera directa, a través de cualquier entidad o sociedad dependiente de ella o a través de cualquier entidad o sociedad a la que se le haya otorgado una concesión o habilitación al efecto». En cualquier caso, en estos supuestos, el Ministerio verificará el cumplimiento del art. 13 (*Suministro de redes públicas y prestación de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por las Administraciones públicas*).

Igualmente, en el artículo 6.7 se remite a desarrollo reglamentario una cuestión muy importante relacionada con el régimen de autoprestación de las Administraciones Públicas, ya que se prevé una exención de esa comunicación al Registro de Operadores, cuando así sea necesario como consecuencia de la naturaleza de los servicios o el tamaño de la instalación, de tal modo que, mediante real decreto, se podrán concretar los casos concretos en los que no existiría esa obligación a la Administración de inscribirse como un operador más.

Por otro lado, se contemplan mecanismos de colaboración entre las diferentes Administraciones Públicas con el objetivo prioritario de facilitar la extensión de redes de comunicaciones electrónicas, incluso se impone un deber de colaboración de la Administración Pública que corresponda cuando afecte a su ámbito territorial. Si no se produjera un acuerdo exitoso en términos de colaboración entre esas administraciones, se contemplan mecanismos de resolución de desacuerdos, como la intervención final del Gobierno, de forma proporcionada, para autorizar la extensión de una infraestructura concreta, siempre respetando las diferentes atribuciones competenciales.

Así mismo, en relación con el dominio público del espectro radioeléctrico se establece como objetivo prioritario su uso para garantizar una extensión real en el territorio de la cobertura correspondiente, lo más amplia posible, a la vez que se contempla favorecer las inversiones de los operadores. Para ello se prevé una racionalización de la gestión y, fundamentalmente, de la adjudicación del mismo, favoreciendo el uso compartido (arts. 46 y 92).

De otra parte, se reitera que el servicio de telecomunicaciones es un servicio de interés general (SIG), al que se aplican obligaciones de servicio público (OSP), en virtud de lo establecido en el Título III. En esta línea, como ya harían otras normas previas, el artículo 2.2. califica de servicio público algunos servicios de telecomunicaciones que aparecen en el artículo 4 (*Servicios de telecomunicaciones para la seguridad nacional, la defensa nacional, la seguridad pública, la seguridad vial y la protección civil*). Así, se asocia al concepto clásico de servicio público en tanto en cuanto se reserva al Estado su titularidad y se regula en virtud de una norma específica. Es decir, no se sujetaría a las normas de la competencia, por motivos de interés general.

A continuación, los objetivos específicos de la ley aparecen en el artículo 3, entre ellos, son especialmente relevantes los apartados c), d) y j), que reconocen la importancia de la extensión de redes y servicios para el desarrollo y la cohesión social, económica y territorial, y la necesidad de mejorar y garantizar ciertas condiciones de acceso a Internet, así como el cumplimiento de las obligaciones de servicio público:

c) promover, en aras de la consecución del fin de interés general que supone, el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad, el acceso a las redes de muy alta capacidad, incluidas las redes fijas, móviles e inalámbricas y la interoperabilidad de extremo a extremo, en condiciones de igualdad y no discriminación;

d) impulsar la innovación en el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones, en aras de garantizar el servicio universal y la reducción de la desigualdad en el acceso a internet y las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), con especial consideración al despliegue de redes y servicios a la ciudadanía vinculados a la mejora del acceso funcional a internet, del teletrabajo, del medioambiente, de la salud y la seguridad públicas y de la protección civil; así como cuando faciliten la vertebración y cohesión social y territorial.

j) garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

Igualmente, el apartado m) del artículo 3 establece como uno de los objetivos la «universalización del acceso a redes» como esencial para la «vertebración territorial y social [...] especialmente en aquellas que necesitan de la instalación de redes de comunicaciones electrónicas y la mejora de las existentes para permitir impulsar distintas actividades económicas y sociales».

De esta manera, conviene detallar cuál es el marco normativo que habilitaría para el cumplimiento de estos objetivos. Así, el artículo 6 recoge los requisitos necesarios para proporcionar el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas, más allá de la necesidad de notificación al Registro de Operadores (art. 7), que ya mencionamos (en el art. 11 aparecen los derechos aparejados a la notificación)⁴,

4 Artículo 11. Derechos derivados de la notificación. «2. En particular, la notificación habilita a la siguiente lista mínima de derechos:

a) suministrar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas; b) poder obtener derechos de uso y ocupación de propiedad privada y de dominio público en los términos indicados en el título III; c) poder obtener derechos de uso de dominio público radioeléctrico en los términos indicados en el título V; d) poder obtener derechos de uso de los recursos de numeración, en los términos indicados en el capítulo VII; e) negociar la interconexión y, en su caso, obtener el acceso o la interconexión a partir de otros proveedores de redes públicas de comunicaciones electrónicas o de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público habilitados; f) tener oportunidad de ser designados para suministrar diferentes elementos de servicio universal de telecomunicaciones o cubrir diferentes partes del territorio nacional; g) poder resultar seleccionados para el suministro de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en procedimientos de licitación convocados por las Administraciones públicas».

condiciones que se unen a lo previsto en el artículo 13.2 para el supuesto de prestación por operadores controlados por una Administración Pública, a terceros, en cuyo caso, la instalación de las redes necesarias debe sujetarse al principio de inversor privado, no distorsión de la competencia, principio de transparencia, principio de neutralidad y principio de no discriminación, teniendo presente siempre la normativa en materia de ayudas de Estado (arts. 107 y 108 TFUE).

Será entonces vía Real Decreto cuando se concreten las condiciones específicas a las cuales deben sujetarse los operadores controlados por las Administraciones Públicas en estos casos, en el suministro de redes y servicios a terceros, y, además, podrán reflejarse en el mismo los casos particulares en los que se podría dispensar al operador del cumplimiento del principio de inversor privado. Así, esto podrá producirse cuando se garantice que no se distorsiona de forma significativa la competencia y siempre que existe fallo de mercado, esto es, que no exista interés por parte de un operador privado de prestar el servicio, debiendo ajustarse «la inversión pública al principio de necesidad, con la finalidad de garantizar la cohesión territorial y social».

En esta línea, el artículo 13 dictamina que las Administraciones Públicas podrán llevar a cabo esta prestación de servicios o explotación de redes, para poner a disposición la conexión a terceros, siempre que cumpla con lo reflejado en el art. 13.4 y en el art. 8. El artículo 13.4 establece al derecho de acceso de otros operadores a las infraestructuras, es decir, el derecho de uso compartido respecto a esas infraestructuras creadas o explotadas por un ente vinculado a una Administración Pública «en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias».

Por otro lado, se contempla la instalación de puntos de acceso Wifi en lugares públicos, que difiere de lo anterior, por parte de los municipios («suministro público de acceso a RLAN») para el cual se establece una excepción a las reglas de la competencia y al principio de inversor privado. Además, el artículo 13.6 exceptúa la inscripción de la Administración como operador cuando reciba ayudas para la instalación y/o prestación de este servicio por la Unión Europea, supuesto en el que se regirá por la normativa europea, así como por el instrumento que lo regule.

Por su parte, el Título III (arts. 35-43) presenta las OSP que deben imponerse a los operadores para el cumplimiento de los objetivos prefijados y del interés general, en última instancia. Estas obligaciones serán aplicables sobre cualquier operador con independencia de la tecnología o el servicio que presten (fibra óptica, 5G...), y se contempla la aplicación supletoria del régimen jurídico de los contratos de concesión de servicios que aparece en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, respetándose en todo momento los principios de continuidad, transparencia, no discriminación, disponibilidad, permanencia, adaptabilidad y accesibilidad universal. Las obligaciones de servicio universal, que se corresponden con aquellas que pretenden garantizar la prestación de determinado nivel de servicios a toda la ciudadanía con independencia de su ubicación geográfica (art. 37), así como las obligaciones de servicio público impuestas por motivos de interés general, forman parte de las OSP. En ese sentido, una de las cuestiones que se deben garantizar a través de la imposición

de estas obligaciones es el cumplimiento de las condiciones de velocidad en cuanto al acceso a Internet establecidas en la Disposición Adicional trigésima⁵, velocidad mínima de 100 Mbps y la elección de los operadores prestadores de ese servicio universal se realizará mediante licitación pública (art. 40 LGTL). La financiación de este servicio universal se sigue realizando a través del fondo creado en 1998 con la configuración inicial del servicio universal, el Fondo Nacional del Servicio Universal, al que deben contribuir todos los operadores proporcionalmente.

Finalmente, existen nuevas previsiones en materia de infracciones y sanciones, respecto a la normativa anterior del año 2014, de tal manera que ahora el incumplimiento de una obligación de servicio público, alterar los estudios geográficos o el despliegue de redes en determinadas circunstancias⁶ se considera infracción grave (*vid.* art. 107.29, 30 y 33). La sanción que se impone en caso de infracción grave es de 2 millones de euros, a la que se pueden aplicar modificaciones posteriores en su importe (art. 109.1.c)) y el plazo de prescripción será de dos años (art. 113).

Como vemos, el régimen sancionador se ha endurecido en lo que tiene que ver con el cumplimiento de las OSP y, además, como novedad, se impulsa una mayor coordinación de los planes, medidas y ayudas destinadas a la extensión de la banda ancha, a través de la Disposición adicional decimoséptima «Coordinación de las ayudas públicas a la banda ancha y al desarrollo de la economía y empleo digitales y nuevos servicios digitales», que establece un conjunto de preceptos mínimos⁷. Suma-

5 Esta disposición establece la «universalización del acceso a internet a una velocidad mínima de 100 Mbit por segundo», pero fija este objetivo de manera genérica y nada concreta ya que señala que será el Gobierno quien establecerá medidas cuyo objetivo último sea el citado, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma. No obstante, sin duda alguna, es un avance muy importante, ya que se señala que esa cobertura y velocidad de acceso debe posibilitar «el acceso de los ciudadanos a los más diversos y necesarios servicios, cada vez más básicos y esenciales, que se prestan a través de estas redes, como el teletrabajo, la telemedicina o la enseñanza online, y con ello fortalecer la vertebración social y territorial, coadyuvando al objetivo de afrontar el reto demográfico y de ayudar a la fijación de la población en el territorio, combatiendo la despoblación rural».

6 «33. El incumplimiento, por causas imputables al operador, del compromiso en firme de desplegar, extender o mejorar redes de banda ancha en los términos indicados en el artículo 48, que produzca un perjuicio al interés público en el diseño de planes nacionales de banda ancha, en la determinación de obligaciones de cobertura ligadas a los derechos de uso del espectro radioeléctrico o en la verificación de la disponibilidad de servicios en el marco de la obligación de servicio universal, o bien un perjuicio a otro operador».

7 Disposición adicional decimoséptima. Coordinación de las ayudas públicas a la banda ancha y al desarrollo de la economía y empleo digitales y nuevos servicios digitales. «Por real decreto se identificarán los órganos competentes y se establecerán los procedimientos de coordinación entre Administraciones y Organismos públicos, en relación con las ayudas públicas a la banda ancha, cuya convocatoria y otorgamiento deberá respetar en todo caso el marco comunitario y los objetivos estipulados en el artículo 3 y en relación con el fomento de la I + D + I y a

do a lo anterior y como comentario final, cabe destacar que en los artículos 85 y 86 se explican los tipos de uso del dominio público radioeléctrico y el tipo de autorizaciones o concesiones que se habilitarán en cada caso y en el artículo 94.6.a) se establecen los plazos mínimos y máximos, en este sentido.

Paula M.^a TOMÉ DOMÍNGUEZ
Investigadora en Formación (FPU⁸)
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
paulatomedom@usal.es

las actuaciones para el desarrollo de la economía, el empleo digital y todos los nuevos servicios digitales que las nuevas redes de alta y muy alta capacidad permiten, garantizando la cohesión social y territorial».

8 Ministerio de Universidades, Formación de Profesorado Universitario, Ref. FPU20/01381.

Real Decreto-Ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre; la Ley 11/2015, de 18 de junio; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria [BOE-A-2022-800]

NUEVO RÉGIMEN PARA LA SAREB Y EL FROB¹

El Real Decreto-Ley 1/2022 es una norma de título extenso y contenido sencillo. Su «nomen iuris» es «Real Decreto-Ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria». Pero, en realidad, su contenido consiste en una serie de reformas legales que afectan a la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (en adelante, SAREB) y al FROB (Autoridad de Resolución Ejecutiva, con anterioridad, Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria), por lo que su estructura es simple: consta de un preámbulo, cuatro artículos, una disposición adicional, una transitoria, otra derogatoria y cuatro finales.

En lo que interesa respecto de la SAREB y el FROB, el artículo primero modifica la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; el segundo modifica la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el tercero modifica el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos. El artículo cuarto y la disposición adicional tienen un contenido diverso, que no interesa a esta reseña. En concreto, el artículo cuarto modifica el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo; y la disposición adicional prevé un régimen transitorio relativo a las declaraciones de zonas de gran afluencia turística reguladas en la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales.

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.^a, 11.^a, 13.^a y 14.^a de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva

¹ Trabajo elaborado en el marco del Proyecto para Grupos de Excelencia PROMETEO/2021/013 «Responsabilidad social de la empresa: hacia un sistema financiero socialmente responsable» de la Generalitat Valenciana.

sobre la legislación mercantil, procesal y civil; bases de la ordenación del crédito, banca y seguros; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; y de Hacienda general.

Pues bien, en lo que respecta a los cambios en el régimen jurídico de la SAREB, destaca la eliminación de los límites a la participación del Estado en su accionariado, permitiendo así un posible aumento del peso del Estado en su capital. Para ello, se modifica la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre. Y, junto a ello, se prevé el procedimiento mediante el cual el FROB podrá llevar a cabo la adquisición de participaciones en el capital de SAREB, con el objetivo de hacer efectiva la toma de control de la sociedad.

Ahora bien, la norma prevé que el FROB pueda llegar a una posición mayoritaria en el capital de SAREB sin que esta adquiera la condición de sociedad mercantil estatal. En concreto, para garantizar que la potencial toma de control del FROB no suponga un cambio en su capacidad de actuación como instrumento de resolución, la sociedad se mantendrá sometida al ordenamiento jurídico privado, con las especificidades que le son de aplicación. En concreto, SAREB se someterá al régimen de contratación que le corresponda de conformidad con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y le será de aplicación el régimen de los contratos mercantiles y de alta dirección de la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Como este cambio no es sencillo, para garantizar una transición ordenada, se establece un régimen transitorio de 3 meses como máximo para que SAREB se adapte a las especialidades del real decreto-ley desde la efectiva toma de control pública, a excepción del régimen de indemnizaciones por extinción de los contratos mercantiles o de alta dirección, que fue de aplicación desde su entrada en vigor —día 20 de enero de 2022—.

En otro orden de cosas, pero, en consonancia con estos cambios, la norma modifica también el régimen de supervisión y de fiscalización de la SAREB, así como del seguimiento del cumplimiento de sus objetivos. En concreto, se elimina la Comisión de Seguimiento de SAREB, dado que el seguimiento de la actividad de la sociedad y la comprobación del cumplimiento de sus objetivos se realizará directamente a través de los órganos de control de la sociedad. Y, respecto de la fiscalización, la externa del Tribunal de Cuentas se llevará a cabo teniendo en cuenta la especial naturaleza de la entidad. Si bien, se mantiene el actual régimen de supervisión y sanción atribuido al Banco de España.

Por su parte, la norma realiza una modificación de cierto calado al trasladar la toma de las decisiones por parte del FROB, que afecten a la gestión de su cartera de participaciones, acciones, títulos y demás instrumentos, a su Comisión Rectora en su composición reducida, con el fin de evitar la participación de los supervisores en las decisiones estratégicas y corporativas de una entidad supervisada.

Además, en la línea del movimiento de responsabilidad social corporativo y sostenibilidad, incorpora la posibilidad de enajenación de activos en base al principio general

de sostenibilidad. De este modo, la SAREB podrá ceder, como parte de su política de sostenibilidad, la propiedad o uso de activos a otros organismos que desarrollen políticas de vivienda social u otras políticas con alto valor social, incorporando este factor dentro del objetivo de optimización del valor.

Por último, en lo que interesa, la norma exime a la SAREB de la aplicación del artículo 327 LSC, exceptuando a la compañía de la obligatoriedad de la reducción de capital cuando las pérdidas contables hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto. Con ello se añade, en el ámbito de excepcionalidad de no aplicación de normas de la LSC, el artículo 327 a los ya previamente excepcionados artículos 348 bis y 363.1.e) de dicha Ley.

Jaume MARTÍ MIRAVALLS
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia
jaime.marti@uv.es

**Circular 1/2022, de 24 de enero, del Banco de España,
a los establecimientos financieros de crédito, sobre liquidez,
normas prudenciales y obligaciones de información, y que modifica
la Circular 1/2009, de 18 de diciembre, y la Circular 3/2019,
de 22 de octubre [BOE-A-2022-1718]**

ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO. LIQUIDEZ, NORMAS PRUDENCIALES Y OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN

El 3 de febrero de 2022 fue publicada en el *BOE* la Circular 1/2022, de 24 de enero, del Banco de España, a los establecimientos financieros de crédito, sobre liquidez, normas prudenciales y de información. Esta norma modifica la Circular 1/2009, de 18 de diciembre, a entidades de crédito y otras supervisadas, en relación con la información sobre estructura de capital y cuotas participativas de las entidades de crédito, y sobre sus oficinas, así como sobre los altos cargos de las entidades supervisadas. También vino a modificar la Circular 3/2019, de 22 de octubre, por la que se ejerce la facultad conferida por el Reglamento (UE) 575/2013, de definir el umbral de significatividad de las obligaciones crediticias vencidas.

Los establecimientos financieros de crédito eran considerados, hasta finales de 2013, entidades de crédito, y como tales se regían, en materia de supervisión y solvencia, por la legislación sobre fondos propios y supervisión en base consolidada de las entidades de crédito, dictada a partir de la Ley 36/2007, de 16 de noviembre.

Los establecimientos financieros de crédito perdieron su condición de entidad de crédito, con la adaptación del derecho español al régimen jurídico fundamental de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia y de acceso a la actividad de las entidades de crédito, materializado en la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

En particular, es el Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, el que introdujo en el ordenamiento jurídico español la definición actualizada de entidad de crédito contenida en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, que, con efectos de 1 de enero de 2014, excluía los establecimientos financieros de crédito, por no estar entre sus actividades el recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables.

La Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, estableció el nuevo régimen jurídico general de los establecimientos financieros de crédito. Esta norma pone de manifiesto la voluntad del legislador de que los establecimientos financieros de crédito permanezcan sometidos a unos requisitos prudenciales comparables

en términos de solidez a los de las entidades de crédito a efectos de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 119 del Reglamento (UE) n.º 575/2013. Por este motivo, el artículo 7 de la Ley 5/2015 establece que los establecimientos financieros de crédito se regirán por lo dispuesto en dicha ley y en su normativa de desarrollo, y que, para todo lo no contemplado en la citada normativa, su régimen jurídico será el previsto para las entidades de crédito.

Por su parte, el Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y por el que se modifican el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, se encargó de desarrollar el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito previsto en el título II de la Ley 5/2015. En lo que respecta a las diferencias con la normativa de entidades de crédito, el artículo 3 del Real Decreto 309/2020 introduce particularidades adicionales y concreta el alcance de la aplicación supletoria a los establecimientos financieros de crédito del régimen jurídico de las entidades de crédito.

De la Circular objeto de estas líneas cabría destacar los siguientes aspectos:

Requerimientos de liquidez. Los establecimientos financieros de crédito no reciben depósitos ni fondos reembolsables del público, y su actividad de transformación de plazos y de transformación de liquidez es más limitada que la de las entidades de crédito. Asimismo, los establecimientos financieros de crédito presentan un menor riesgo para la estabilidad financiera, en comparación con las entidades de crédito, dados su reducido tamaño y las escasas interconexiones que presentan con las entidades de crédito.

Además, la norma subraya que los establecimientos financieros de crédito, en la actualidad, no tienen acceso a las facilidades permanentes ni a las operaciones de mercado abierto del Eurosistema. Tampoco tienen acceso al mercado de préstamos interbancarios. Por este motivo, el conjunto de elementos con los que un establecimiento financiero de crédito puede hacer frente a las salidas netas de liquidez en el período definido es más restringido que el disponible para las entidades de crédito.

En cuanto a su estructura, la circular establece unos requerimientos de liquidez inspirados en la ratio de cobertura de liquidez (LCR, por sus siglas en inglés) —exigida a las entidades de crédito en virtud del Reglamento Delegado (UE) 2015/61 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe al requisito de cobertura de liquidez aplicable a las entidades de crédito— y en el cálculo simplificado de la ratio de financiación estable neta (NSFR, por sus siglas en inglés) —recogido en los capítulos 5, 6 y 7 del título IV de la parte sexta del Reglamento (UE) n.º 575/2013—.

En cuanto al contenido, la circular contempla que los componentes que integran los requerimientos de liquidez incorporan criterios de adaptación y proporcionalidad, tomando en consideración la idiosincrasia y la naturaleza de los establecimientos financieros de crédito, su particular estructura de financiación y el riesgo de liquidez de sus actividades.

Por lo que respecta al colchón de liquidez, la circular mantiene, en su norma 5, una estructura de colchón en tres categorías de liquidez análogas a las determinadas para las entidades de crédito —nivel 1, nivel 2A y nivel 2B—, con exigencias mínimas de composición por categoría de liquidez, que han sido adaptadas a la naturaleza de la operativa de los establecimientos financieros de crédito. Esta estructura garantiza que un elevado volumen de activos clasificados como nivel 1 pueda ser utilizado de forma inmediata en una situación de tensión de liquidez.

La circular fija un valor mínimo del colchón menor que el de las entidades de crédito que se justifica por los menores riesgos para la estabilidad financiera que presentan en comparación con la actividad de las entidades de crédito. Además, añade, «reducir el peso del colchón mínimo en los períodos con entradas de liquidez altas permite que el tamaño del colchón se adapte mejor a la operativa de cada establecimiento financiero de crédito». También señala que «la reducción del valor mínimo del colchón mediante el incremento de la computabilidad de las entradas no implica desproteger el perfil de liquidez de los establecimientos financieros de crédito, dado que los índices de entrada y de salida que la circular establece reflejan exigentes hipótesis de grave inestabilidad financiera».

Obligaciones de información. En cuanto a obligaciones de información se refiere y

con la intención de adaptar las obligaciones de información al tipo de actividad, modelo de negocio, tamaño e importancia relativa de los establecimientos financieros de crédito, se habilita al Banco de España para fijar una frecuencia de remisión menor que la prevista, fijar umbrales en función de determinadas variables relevantes, establecer que no se remitan determinadas plantillas que las entidades no utilicen en el cálculo de sus requerimientos de recursos propios, o cualquier otra que se considere poco relevante, o que no completen aquellos elementos que no les sean de aplicación, y establecer requerimientos de información sobre riesgo de tipo de interés en el balance y sobre remuneraciones adaptados o simplificados.

Por lo que atañe a la composición del capital social, la disposición adicional primera modifica la Circular 1/2009, de 18 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito y otras supervisadas, en relación con la información sobre la estructura de capital y cuotas participativas de las entidades de crédito, y sobre sus oficinas, así como sobre los altos cargos de las entidades supervisadas. En este sentido, se rebaja el umbral de la obligación de declarar los accionistas que no tengan la consideración de entidades financieras desde el 2,5 % al 1 %.

Informe anual de autoevaluación del capital interno. La circular, teniendo en cuenta el peso relativo

por volumen de activos, de los establecimientos financieros de crédito en el conjunto del sistema financiero español y el hecho de que no captan depósitos ni otros fondos reembolsables del público, se ha considerado oportuno no sujetar, con carácter general, a los establecimientos financieros de crédito a la obligación de realizar el informe anual de autoevaluación del capital interno, ni al Banco de España la revisión y evaluación

supervisoras, reservando al Banco de España la posibilidad de exigir las según el caso, tras la valoración de los riesgos a los que esté sometido un establecimiento financiero de crédito, el tipo de actividad que realice, su estructura societaria y organizativa, y las posibles deficiencias identificadas en los procedimientos y funciones de control interno.

José Ramón BUITRAGO RUBIRA
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
rubira@usal.es

[Circular 3/ 2022, de 30 de marzo, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 2/2016, de 2 de febrero; la Circular 2/2014, de 31 de enero, y la Circular 5/2021, de 27 de junio \[BOE-A-2022-5524\]](#)

SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE ENTIDADES DE CRÉDITO. TRANSPARENCIA DE SERVICIOS BANCARIOS Y RESPONSABILIDAD EN LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y DE PROVEEDORES DE SERVICIOS DE PAGO

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como se refleja en su título, la Circular 3/2022, de 30 de marzo, del Banco de España tiene por objeto la modificación de las Circulares del Banco de España 2/2016, de 2 de febrero; la Circular 2/2014, de 31 de enero; y la Circular 5/2012, de 27 de junio. Sus previsiones inciden, principalmente, en las exigencias que han de concurrir en las entidades de crédito y empresas de inversión para que puedan realizar su actividad, en el régimen de supervisión prudencial de las entidades de créditos y empresas de inversión. Y ello a efectos de actualizar sus disposiciones e incorporar, al igual que ya se había hecho en otras disposiciones de rango legal o reglamentario, las previsiones contenidas en la Directiva (UE) 2019/878 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 y en el Reglamento (UE) 2019/876 del Parlamento Europeo y del Consejo. *La Directiva (UE) 2019/ 878, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 (CRD V)* por la que se modifica la Directiva 2013/36/UE en lo que respecta a los entes exentos, las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera, las remuneraciones, las medidas y las facultades de supervisión y las medidas de conservación de capital. Incidiendo, por tanto, en las exigencias para el acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión. E, igualmente, adaptar nuestro Derecho a las previsiones que resultan del *Reglamento (UE) 2019/876 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 575/2013, en lo que se refiere a la ratio de apalancamiento, la ratio de financiación estable neta, los requisitos de fondos propios y pasivos admisibles, el riesgo de crédito de la contraparte, el riesgo de mercado, las exposiciones a entidades de contrapartida central, las exposiciones a organismos de inversión colectiva, las grandes exposiciones y los requisitos de presentación y divulgación de información y el Reglamento (UE) n.º 648/2012.*

2. MODIFICACIÓN DE LA CIRCULAR 2/2016, DE 2 DE FEBRERO, DEL BANCO DE ESPAÑA, A LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

La Circular 3/2022, de 30 de marzo, del Banco de España se divide en tres normas, una disposición transitoria, dos disposiciones finales y tres anejos. La primera de las normas actualiza la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, *sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013*. En virtud de la Circular 3/2022 se modifica la norma 1 del capítulo 1 de la Circular 2/2016 relativa a sus definiciones y ámbito de aplicación. En este sentido se introduce una definición de delegación que se alinea con las directrices sobre externalización de la Autoridad Bancaria Europea (EBA), y se aclara también la equivalencia del concepto de delegación con el de externalización. Así, se define la delegación como «el acuerdo entre una entidad y un proveedor de servicios, que podrá pertenecer al mismo grupo de la entidad o a un tercero, por el que dicho proveedor de servicios podrá realizar, de forma continuada o recurrente, un proceso, un servicio o una actividad que, de otro modo, podría realizar razonablemente la propia entidad, incluyendo la prestación de servicios de computación en la nube».

La Circular 3/2022 aclara el contenido de lo dispuesto en la norma 2 de la Circular 2/2016. Concretamente el de las previsiones contenidas en sus apartados 1; 4; 5; 6 y 7. Así, en relación al apartado 1 se introduce una aclaración para que se tenga en cuenta que los requisitos o facultades de supervisión se aplican en base consolidada o subconsolidada a las sociedades financieras de cartera y a las sociedades financieras mixtas de cartera aprobadas de conformidad con el artículo 15 bis de la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito (Ley 10/2014). En relación al apartado 4 de la norma 2 de la Circular 2/2016, relativo a la extensión subjetiva de la norma 2 en materia de idoneidad, se aclara que la norma es aplicable a todas las sociedades financieras de cartera y a las sociedades financieras mixtas de cartera, y no solo a las dominantes. El apartado 5 de la norma 2 de la Circular 2/2016 se modifica por la Circular 2/2022 a los efectos de tener en cuenta las excepciones establecidas en los apartados 4 y 5 del artículo 32 de la Ley 10/2014, así como la discrecionalidad para el Banco de España establecida en el apartado 6 del mismo artículo. En su apartado 6 sobre delegación de la prestación de servicios o del ejercicio de funciones, se ha revisado el ámbito de aplicación para ajustarlo a las modificaciones operadas en el artículo 109 de la CRD V y en el artículo 43.4 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, que establecen el ámbito de aplicación de los sistemas, procedimientos y mecanismo de gobierno interno de las entidades. Y, en el apartado 7 de la norma 2, se ha modificado el ámbito de aplicación de la autoevaluación de capital para incorporar algunos supuestos que no se contemplaban y que han surgido de la experiencia supervisora. En la norma 4 del capítulo 1.º de la Circular 2/2016, sobre sucursales y prestación de servicios sin sucursal en España de

entidades de crédito con sede en Estados no miembros de la Unión Europea, a través de la Circular 3/2022 se ha ejercido la habilitación relativa a información adicional que el Banco de España puede solicitar a las sucursales de entidades de crédito con sede en Estados no miembros de la Unión Europea, y se ha alineado el contenido y la terminología de la norma relativa a la prestación de servicios sin sucursal en España con el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero.

En el capítulo 2 de la Circular 2/2016, sobre el ejercicio por el Banco de España de opciones regulatorias permanentes previstas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, se aclara que las fundaciones públicas sanitarias pueden recibir la misma ponderación de riesgo que las exposiciones frente a la Administración General del Estado. El capítulo 3 de la Circular 2/2016 también ha sufrido modificaciones al objeto de incorporar los cambios que resultan de la CRD V en materia de requerimientos de capital que no pueden cubrirse con el capital destinado al cumplimiento combinado de colchones de capital; lo mismo en relación a las consecuencias del incumplimiento del requerimiento combinado de colchones por razones distintas a la satisfacción de los requerimientos mínimos de fondos propios y pasivos admisible. También se modifica la definición de colchones de capital para entidades de importancia sistémica y el colchón contra riesgos sistémicos. En relación a estas entidades de importancia sistémica, se modifica la norma 14 de la Circular 2/2016. Se eleva el porcentaje máximo del colchón del 2 % al 3 %. Estos niveles pueden rebasarse con la correspondiente autorización de la Comisión Europea. Por otro lado, y pese a la redacción más genérica que de las mismas resulta de la CRD V, la Circular 3/2022 del Banco de España no modifica la tabla existente en la norma 13.4 de la Circular 2/2016 para la concreción del colchón de capital para las entidades de importancia sistémica mundial. La norma 17 de la Circular 2/2016 también se ha modificado para incorporar los cambios que la CRD V introduce en materia de definición, procedimiento de fijación y reconocimiento del colchón contra riesgos sistémicos. Estos cambios han obligado a modificar el contenido de la norma 18 de la Circular 2/2016. Las normas 18 y 20 de la Circular 2/2016 se han derogado.

El capítulo 4 de la Circular 2/2016 de 2 de febrero, bajo el epígrafe *Organización Interna*, se divide en cuatro secciones. La sección 1.ª está dedicada a *Gobierno Interno*; la sección 2.ª *Idoneidad*, la 3.ª *Remuneraciones* y la 4.ª a la *Delegación de prestación de servicios o del ejercicio de funciones*. La reforma de las normas que incorpora la sección 2.ª, la dedicada a la *idoneidad*, especifica que los miembros del consejo de administración y los directores generales y asimilados de las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera están ahora sujetos a las exigencias de idoneidad que impone la propia circular. Y, además, y pese a que ya merecen la consideración de personal clave, se introduce una previsión específica a estos efectos que afecta a los responsables de las funciones de control interno.

También en esta sección 2.ª del capítulo 4.º de la Circular 2/2016 la norma 33 ha sido objeto de modificación. Esta norma, bajo la rúbrica de *Evaluación de la idoneidad de los miembros del consejo de administración, directores generales y asimilados por la autoridad competente*, incorpora nuevas obligaciones de información en relación a

los préstamos que reciban consejeros y terceros vinculados. En sede de política de remuneraciones, sección 3.^a del capítulo 4 de la Circular 2/2016, la Circular 3/2022 especifica que, entre los aspectos a evaluar de la política de remuneraciones, habrá de incidirse en que no sea discriminatoria en cuanto al género. Señalar, por último, que la sección 4.^a del ya tantas veces mentado capítulo 4.^o de la Circular 2/2016, la sección relativa a la *Delegación de la prestación de servicios o del ejercicio de funciones* incorpora ahora algunos preceptos de las directrices sobre externalización emitidas por la Autoridad Bancaria Europea (EBA por sus siglas en inglés) y que han sido adoptadas por el Banco de España.

Se suprime la evaluación del riesgo sistémico en el capítulo 5 de la Circular 2/2016. Ello encuentra su justificación en que instaurado el nuevo sistema de autoridades macroprudenciales, alertas y normas de vigilancia, ya no se justifica la supervisión de este riesgo por el supervisor microprudencial, ni el que haya de tenerlo en cuenta a la hora de cuantificar requisitos de fondos propios adicionales. La Circular 2/2016 se adapta al régimen de riesgo de tipo de interés que ha introducido la CRD V. De ahí que su capítulo 6 también haya sido objeto de reforma. Las reformas introducidas en los capítulos 8 y 9 de la Circular 2/2016 refuerzan las exigencias informativas a las entidades de crédito en relación a su conformación orgánica. Así, en las normas 60 y 61, capítulo 8, se exige un mayor detalle sobre la estructura organizativa, gobierno corporativo y política de remuneraciones. Por último, se modifica la norma 64 contenida en el capítulo 9 de la Circular 2/2016 —*obligaciones de información al Banco de España*— al objeto de armonizar la información periódica que hay que rendir sobre remuneraciones con lo establecido en las directrices de la EBA sobre el ejercicio de comparación de remuneraciones y las directrices sobre el ejercicio de recopilación de información relativa a personas con alta remuneración.

3. MODIFICACIÓN DE LA CIRCULAR 2/2014, DE 31 DE ENERO, DEL BANCO DE ESPAÑA, A LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

La norma segunda de la Circular 3/2022 se ocupa de introducir modificaciones en la Circular 2/2014, de 31 de enero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre el *ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012*. La norma 1, contenida en el capítulo 1 de la Circular 2/2014 intitulado *Cuestiones generales*, ha sido modificado a efectos de especificar el alcance subjetivo de las previsiones contenidas en la circular. En la misma norma 1 se aclaran las referencias de aplicación de los requisitos o facultades de supervisión. De esta forma se incide en que a los efectos de su adecuada aplicación en base consolidada o subconsolidada, se entiende que los términos

entidad, entidad matriz de un Estado miembro, entidad matriz de la UE y empresa matriz también incluirán a las sociedades financieras de cartera y a las sociedades financieras mixtas de cartera. Esto es, a las entidades referidas en las letras a); b) y c) del artículo 1 bis de la Ley 10/2014. Se han eliminado las normas tercera de la Circular 2/2014, *Tratamiento de determinadas exposiciones*, y tercera bis, *Salidas de liquidez en productos relacionados con las partidas de fuera de balance de financiación comercial*. Por su parte, son objeto de modificación las normas tercera *ter* y tercera *quater*. Se incorporan cinco normas. Las normas tercera *sexies*, *septies*, *octies*, *nonies* y *decies*. A efectos de la determinación del impago de un deudor, la nueva norma tercera *sexies* de la Circular 2/2014 se refiere al artículo 178.1.b del Reglamento (UE) n.º 575/2013 que indica que las autoridades competentes podrán considerar, para ciertas categorías de exposición, que se produce una situación de impago del deudor cuando este mantenga importes vencidos significativos durante más de 180 días, en vez de durante más de 90 días. En la norma tercera *decies* se aplican las previsiones contenidas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 y se amplía la lista de las exposiciones cuyos límites pueden ser eximidos por la autoridad competente cuando se esté tratando con grandes exposiciones.

4. MODIFICACIÓN DE LA CIRCULAR 5/2012, DE 27 DE JUNIO, DEL BANCO DE ESPAÑA A ENTIDADES DE CRÉDITO Y PROVEEDORES DE SERVICIOS DE PAGO

La norma tercera de la Circular 3/2022 modifica la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, *sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*. Se modifica la norma primera, ubicada en el capítulo 1 de la Circular 5/2012 bajo la referencia *Objeto y ámbito de aplicación*. De esta forma se introduce la referencia como objeto de la circular al desarrollo y ejecución de las obligaciones de información de los proveedores de servicios de pago que ofrezcan los servicios de cambio de divisa, de conformidad con lo dictado por el artículo 4 de la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y por la que se modifica la orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Se procede, en definitiva, a la actualización del ámbito objetivo de la circular a las referencias regulatorias.

También es objeto de modificación el apartado 2.3 de la norma sexta —*Informaciones exigibles referidas a los créditos al consumo sujetos, en todo o en parte, a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*—. Esta norma se ubica en el capítulo 3 de la Circular 5/2012, rubricado *Información precontractual*. Por otro

lado, la norma octava también ha sido objeto de modificación. Esta norma se encuentra ubicada en el capítulo 4 rotulado *Información contractual e información posterior al contrato*. Las referencias regulatorias que se contienen en esta norma octava han sido actualizadas. Esta previsión se refiere a las exigencias contractuales de información en *casos especiales*. Así se sanciona cómo, en lo no previsto en relación a la entrega y el contenido de los contratos correspondientes a la prestación de servicios bancarios de consumo, se estará a lo dispuesto en la Ley 16/2011 atendido su ámbito objetivo. En lo no previsto en dicho texto legal serán de aplicación las disposiciones contenidas en la Orden 1263/2019 y en la Circular 5/2012. Se ha procedido, por lo tanto, a la actualización de las referencias normativas que incorpora la norma que se modifica.

Por último, la Circular 3/2022 ha servido para añadir un nuevo apartado 8 a la norma undécima de la Circular 5/2012. Esta norma se refiere al contenido imperativo de las comunicaciones periódicas a los clientes en operaciones de crédito al consumo. De esta forma se dispone el contenido de la información periódica que estos han de recibir cuando su remisión tenga carácter debido, e incluya ejemplos de escenarios sobre el posible ahorro que represente el aumento del importe de la cuota de pago aplazado flexible por encima del establecido en un momento anterior.

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
ignacio.moralejo@unizar.es

Reglamento (UE) 2022/720, de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas [DOUE-L-2022-80724]

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ACUERDOS VERTICALES. REGLAMENTO UE DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS

En virtud del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la protección de la competencia es uno de sus objetivos principales, junto al amparo a los consumidores y usuarios, y, del mismo modo, a optimizar el correcto desarrollo de los sistemas de producción y distribución de bienes y servicios. Esto conduce a que el legislador europeo, en su afán de preservar estos objetivos de protección de funcionamiento del mercado, considere imprescindible la actualización de la legislación en materia de competencia conforme a las necesidades que se presentan en la medida que evoluciona el mercado, mediante, por ejemplo, el crecimiento del comercio electrónico, así como de las novedades respecto a los tipos de acuerdos verticales.

Con la expiración el 31 de mayo de 2022 del Reglamento (UE) n.º 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 102 de 23.4.2010, p. 1), la Comisión, a la luz de su capacidad innovadora, adoptó un nuevo Reglamento con el fin de atender las condiciones previstas en el artículo 101, apartado 3, del Tratado. Por este motivo, se promulgó el nuevo Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 134/6 de 11.5.2022), cuya entrada en vigor fue el pasado 1 de junio de 2022.

Al igual que en el extinto Reglamento (UE) n.º 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, el ámbito de aplicación del citado Reglamento (UE) n.º 2022/720, de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, establece el alcance de exención por categorías de acuerdos que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3 TFUE. De igual modo, según el considerando tercero del presente reglamento, se incluyen los acuerdos verticales de compra o venta de bienes o servicios cuando dichos acuerdos son celebrados entre empresas no competidoras. Así como aquellos acuerdos verticales que contengan cláusulas accesorias sobre la cesión o explotación de derechos de propiedad intelectual. Ahora bien, el nuevo Reglamento, al igual que el recientemente extinto, definen los acuerdos verticales como «los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción

o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios».

Al referirse el comentado Reglamento 2022/720 sobre las condiciones de exención del artículo 101.3 TFUE, es conveniente identificar esta disposición normativa. Este precepto determina la viabilidad de eximir de la prohibición del artículo 101.1 TFUE a aquellos acuerdos que puedan resultar favorables al fomento de la eficiencia económica y a la mejora de la producción y distribución de bienes y servicios. Siguiendo lo expuesto por la profesora María Mercedes CURTO POLO, la exoneración de la prohibición del artículo 101.1 TFUE recaerá sobre «actos que, no obstante, tengan carácter restrictivo, puedan generar efectos beneficiosos que compensan las limitaciones que producen sobre la competencia» [CURTO POLO, M.^a M. 2017: «Prohibición de las conductas colusorias (I): Prácticas prohibidas y régimen de exenciones». En F. Carbajo Cascón (coord.): *Manual práctico de Derecho de la Competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 95-125/122]. Por lo tanto, el artículo 101.3 TFUE versa sobre la inaplicabilidad de las disposiciones de prohibición de acuerdos del 101.1 TFUE, cuando estas «contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante».

A tenor de lo establecido por el considerando séptimo del Reglamento 2022/720, la eficacia económica que puede surgir de este tipo de acuerdos estará sujeta a la capacidad de mercado de las partes del acuerdo, es decir, a la cuota de mercado que tiene cada una de las partes. Pero se impone un límite máximo de cuota de cada empresa parte del acuerdo del 30 % en el que no es posible que se supere este valor, ya que se entenderá que estos acuerdos no serán cubiertos por el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE o que no cumplen con los requisitos del 101.3 TFUE. Por lo que, insiste el Reglamento, si se supera este valor máximo de cuota de mercado de las partes no se producirán ventajas objetivas que compensen las limitaciones que causan a la competencia.

Una de las novedades que plantea el Reglamento 2022/720 se desarrolla respecto de la importancia en la distribución de bienes y servicios a través de las plataformas en línea, las cuales amplían la forma de realización de negocios. Sin embargo, llama la atención que los acuerdos que se realizan por medio de la aplicación de este tipo de plataformas no encuentran su cabida en la clasificación que se aplica a los acuerdos verticales en la economía tradicional (considerando 10 del Reglamento 2022/720). Se hace referencia de manera precisa a los denominados servicios de intermediación en línea. Este tipo de servicios proporciona a las empresas aumentar su campo de acción, debido a que permite un acercamiento comercial más directo con otras empresas y con los consumidores. El Reglamento 2022/720 reconoce los servicios de intermediación en línea como acuerdos verticales, por lo que serán acogidos por los beneficios de la exención de categorías con arreglo a la propia norma. A través de la definición de servicios de intermediación en línea del artículo 2.2 del Reglamento (UE) 2019/1150, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de

la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (DO L 186/51 de 11.7.2019), el legislador europeo ha querido que esa definición esté adaptada al ámbito de aplicación de 101 TFUE, por lo tanto, tal definición debe referirse a las empresas, a las transacciones directas entre empresas y entre empresas y consumidores.

A raíz de las distintas estructuras de acuerdos verticales, presentan gran importancia para el legislador los llamados sistemas de distribución dual. Se entiende por distribución dual aquellos acuerdos en que el proveedor va a comerciar con sus bienes o servicios no solo a nivel ascendente, sino también a nivel descendente, con la característica de estar compitiendo con sus distribuidores independientes. En otras palabras, la distribución dual es una situación en donde un fabricante decide distribuir sus productos de manera directa, por ejemplo, utilizando sus propios distribuidores y, de igual forma, realiza contratos con distribuidores independientes. Ahora bien, el Reglamento identifica el impacto de estos acuerdos sobre la competencia. El resultado de esta valoración en la relación competitiva de estos será determinante para considerar que este tipo de acuerdos de distribución dual quedan exentos en virtud de las categorías de prácticas concertadas que se rigen en esta norma. Es decir, y a tenor literal, el reglamento en su considerando n.º 12 expresa que:

[...] en ausencia de restricciones especialmente graves, y siempre que el comprador no compita con el proveedor en el nivel ascendente, el impacto negativo potencial de acuerdo vertical en la relación competitiva entre el proveedor y el comprador a nivel descendente es menos importante que el impacto positivo potencial del acuerdo vertical sobre la competencia en general a nivel ascendente o descendente. Por consiguiente, han de quedar exentos en virtud del presente Reglamento los acuerdos verticales celebrados en dichas situaciones de distribución dual.

Consiguientemente, el Reglamento 2022/720 plantea un requisito para este tipo de situaciones de distribución dual. Respecto al intercambio de información que se tiene que dar entre el proveedor y el comprador, la información en distribución dual debe estar dirigida a la mejora de los procesos de producción y distribución, y solamente quedará exento del reglamento el intercambio de información que tiene como objeto la aplicación de un acuerdo vertical que cumpla con los fines de optimización de producción y distribución de los bienes y servicios objeto del negocio jurídico. Cabe destacar que el reglamento propone una excepción a la justificación de la exención de los acuerdos verticales en situación de distribución dual, cuando los acuerdos se realizan a través de la aplicación de servicios de intermediación en línea, cuando los proveedores del servicio de intermediación en línea son igualmente competidores en el mercado de referencia (*vid.* Considerando n.º 14 del Reglamento 2022/720).

Entre tanto, el Reglamento 2022/720 presenta unas limitaciones a la exención de las prohibiciones del 101.1 TFUE, en aquellos acuerdos verticales que presenten restricciones graves que puedan afectar de forma negativa la competencia y perjudicar a los consumidores, o que, de no contener restricciones graves, simplemente que no

sean necesarias para lograr los objetivos de optimización de la eficiencia económica. El Considerando n.º 15 del reglamento plantea un listado de acuerdos verticales que contengan tipos de restricciones graves para la competencia, que no estarán amparados por la exención. Entre otras cuestiones, el reglamento menciona los precios de reventa mínimos y fijos, determinados tipos de protección territorial y, a su vez, incluye los actos que impiden el uso efectivo de internet para la venta, así como restringir la publicidad en línea.

Las restricciones de las ventas en línea no deben beneficiarse de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento cuando su objetivo sea reducir significativamente el volumen agregado de las ventas en línea de los bienes o servicios contractuales en el mercado de referencia o la posibilidad de que los consumidores compren los bienes o servicios contractuales en línea.

De la misma forma que el Reglamento 2022/720 dispone de unos límites dentro de su ámbito de aplicación, propone un límite temporal como condición a la exención por categorías. Así pues, con el objetivo de impedir una colusión en el mercado y garantizar el acceso al mismo, la exención de las cláusulas de no competencia no debe superar un periodo máximo de duración de cinco años. En suma, los límites establecidos por el Reglamento para la aplicación de la exención conforme a la cuota de mercado (30 %), así como los límites temporales, tienen como finalidad permitir que los acuerdos a los que se aplica la exención por categorías no faculten a las partes participantes de estos a eliminar la competencia en cuanto a una parte significativa de los bienes y servicios de que se trate el acuerdo (Considerando n.º 17 Reglamento 2022/720).

Ahora bien, el Reglamento 2022/720, a través de su articulado, identifica, en primer lugar, un listado de conceptos importantes y directamente relacionados con la estructura, forma y partes de los acuerdos verticales. Como novedad respecto del anterior Reglamento 330/2010, en el artículo 1 apartado e), de la nueva norma llamado «Definiciones», se incluyen los «servicios de intermediación en línea». A través de estos servicios, las empresas están capacitadas para ofrecer bienes o servicios a otras empresas, con el fin de facilitar el inicio de actividades comerciales directas; también, para facilitar actividades comerciales directas con los consumidores finales. Otra de las incorporaciones que hace el legislador en el artículo 1 de la nueva norma tiene que ver con los conceptos de *ventas activas* y *pasivas*, apartados l) y m). Las primeras se caracterizan por el trato directo hacia los clientes a través de medios de comunicación directa o publicitarios personalizados, en línea o fuera de línea. Por otro lado, las ventas pasivas consisten en la venta de bienes o servicios sin necesidad de dirigirse directa y activamente al cliente para que los obtenga. Es decir, en el caso de la venta pasiva, es el cliente quien se dirige activamente al oferente para adquirir el bien o servicio. Estas ventas pasivas se caracterizan por ser más accesibles y menos costosas que las ventas activas.

Seguidamente, el artículo 2 del Reglamento expone con claridad el objetivo de la *Exención*, los requisitos de aplicabilidad por los cuales un acuerdo vertical puede

beneficiarse de esta medida y, de igual forma, se identifican los límites, las prohibiciones y las restricciones que conlleva esta dispensa. El artículo 1.1 de Reglamento presenta las directrices de aplicabilidad de la exención. A continuación, se plantean diferentes ejemplos de acuerdos verticales susceptibles de aplicación de la exención (apartados 2 y 3 del artículo 2). Por otra parte, el apartado cuarto de artículo en cuestión presenta los límites de aplicación de la exención para aquellos acuerdos verticales que hayan sido celebrados entre empresas competidoras. De igual forma, el propio apartado responde a esta limitación por medio de una excepción, y para su aplicación se debe cumplir con tres condiciones. En primer lugar, el acuerdo vertical suscrito no debe ser recíproco. En segundo lugar, el proveedor opera de forma ascendente como fabricante y a nivel descendente como importador, pero el comprador es importador a nivel descendente. En último lugar, el proveedor debe ser un prestador de servicios en diferentes niveles de la actividad comercial y el comprador debe ser un prestador de servicios a nivel minorista (*vid.* art. 2.4 a) y b) y 2.5 del Reglamento 2022/720). De la misma forma que se expresó anteriormente, los acuerdos verticales que se apoyan en la prestación de servicios de intermediación en línea quedan fuera del ámbito de aplicación de la exención (*vid.* art. 2.6).

En cuanto a las restricciones por la retirada del beneficio de la exención por categorías, lo que se mencionó previamente como restricciones graves, el artículo 4 del reglamento enumera las diferentes situaciones en las que la exención no se aplicará a los acuerdos verticales cuando estos tengan como finalidad, entre otras, la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el vendedor pueda imponer precios de venta máximos (art. 4, a). La letra b) del artículo 4 del reglamento incluye la operabilidad del proveedor en un sistema de distribución exclusiva. Sin embargo, lo interesante de este apartado son las excepciones que la propia norma menciona, por ejemplo, por citar algunas, la restricción de las ventas activas del distribuidor exclusivo y sus clientes directos en un territorio o a un grupo de clientes reservado al proveedor; la restricción de las ventas activas o pasivas del distribuidor exclusivo y sus clientes a distribuidores no autorizados situados en un territorio en el que el proveedor gestione un sistema de distribución selectiva de los bienes o servicios contractuales. Algo parecido ocurre en el caso de que el proveedor opere un sistema de distribución selectiva. En esta situación la restricción se centra en la territorialidad de los clientes a los que los miembros del sistema de distribución selectiva pueden vender los bienes de forma activa o pasiva. Seguidamente, se restringe la distribución selectiva de suministros cruzados (*vid.* Art. 4 c) ii y iii). Posteriormente, el artículo 4 enuncia otras restricciones que tienen que ver con impedir el uso efectivo de internet y otras restricciones de venta en línea. Finalmente, el Reglamento pone de manifiesto las restricciones que serán excluidas de la aplicación de la exención prevista en el artículo 2, previamente analizado.

En conclusión, el legislador comunitario ha realizado un exhaustivo trabajo de actualización de la normativa relacionada con los acuerdos verticales; ha demostrado que, a efectos de la aplicación del artículo 101.3 TFUE, es necesaria la evaluación

individual de los acuerdos con el objetivo de determinar los factores determinantes para aplicar la exención, y, a su vez, demostrar que, a través de un crecimiento del comercio electrónico, y de nuevos tipos de acuerdos verticales, se produce una evolución en la competencia que posibilita, por una parte, la optimización de la eficiencia económica y, por otra parte, refuerza el control y supervisión de las redes paralelas de los acuerdos verticales en beneficio del propio sistema de la competencia del mercado.

Andrés TRUJILLO JIMÉNEZ
Doctor en Derecho
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
andtruji@sal.es

**Modificaciones al Reglamento del Tratado de cooperación
en materia de patentes (PCT) adoptadas el 8 de octubre de 2021
por la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación
en materia de patentes (Unión PCT) en su 53.º periodo de sesiones
(23.º ordinario) [BOE-A-2022-8828]**

NUEVAS MODIFICACIONES DEL REGLAMENTO DEL TRATADO DE COOPERACIÓN EN MATERIA DE PATENTES (PCT)

Durante los días 4 a 8 de octubre de 2021 tuvo lugar el quincuagésimo tercer periodo de sesiones de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en materia de patentes (Unión PCT), en el cual se acordaron algunas modificaciones del Reglamento del Tratado de cooperación en materia de patentes (adoptado el 19 de junio de 1970 y reformado en sucesivas ocasiones) (*vid.* texto vigente en https://www.wipo.int/export/sites/www/pct/es/texts/pdf/pct_regs.pdf).

En concreto se aprobó la modificación de las Reglas 5, 12, 13 ter, 19, 49 y 82 quater del citado reglamento. Las Reglas 5, 12, 13 ter, 19 y 49 vienen referidas a la implementación de la Norma ST. 26 que ha sustituido a la Norma ST.25 a partir del 1 de julio de 2022, como «Norma recomendada para la presentación de listas de secuencias de nucleótidos y aminoácidos en lenguaje extensible de marcado (XML)» (*eXtensible Markup Language*) (https://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo_ga_54/wo_ga_54_14.pdf). Las modificaciones de estos artículos del reglamento entraron en vigor igualmente el 1 de julio de 2022 y son aplicables a las solicitudes internacionales de patente con tal fecha de presentación o una posterior.

Estas modificaciones reflejan esencialmente dos cuestiones: en primer lugar, ya no será posible presentar una lista de secuencias en forma impresa o en un formato electrónico distinto del XML. De esta forma, seguirá siendo posible obtener una fecha de presentación para las solicitudes internacionales que divulguen secuencias, pero no como una lista de secuencias conforme con la Norma ST.26, como se exige en la Regla 5.2.a) del Reglamento. La Regla 13 ter seguirá siendo aplicable en el caso de que las secuencias de la solicitud, tal como se presenten, no se incluyan en una lista de secuencias en el formato requerido, pero la disposición relativa a la presentación de listas de secuencias en formato impreso ya no resulta pertinente.

En segundo lugar, ya no será necesario repetir el texto libre dependiente del idioma contenido en la lista de secuencias en el cuerpo principal de la memoria descriptiva. A fin de que ese texto pueda consultarse y utilizarse en la práctica en el contexto apropiado, las traducciones exigidas deberán presentarse dentro de una lista de secuencias completa. En determinados casos, será posible incluir el texto libre dependiente del idioma en dos versiones lingüísticas dentro de una única lista de secuencias. Ocasionalmente, tras la presentación en la fase internacional puede ser necesario presentar

una traducción del texto libre en forma de una nueva lista de secuencias, a los efectos de la búsqueda y el examen preliminar internacionales o de la publicación internacional.

La modificación de la Regla 82 quater está dirigida a reforzar las salvaguardias en favor de los solicitantes y terceros para el caso de perturbación generalizada que obstaculice el cumplimiento de los plazos en la fase internacional del PCT. Se trata de establecer mecanismos adecuados de salvaguardia contra la pérdida de derechos de los solicitantes en relación con una solicitud a causa del incumplimiento de un plazo fijado en el Reglamento del PCT debido a la pandemia de COVID-19 y a situaciones similares como las enumeradas en la Regla 82 *quater*.1.a).

El PCT ya preveía la excusa de los retrasos o la prórroga de los plazos en la fase internacional en diversas circunstancias. Sin embargo, la emergencia debida a la COVID-19 ha puesto de manifiesto que el actual marco jurídico del PCT no prevé un recurso razonable, eficaz y flexible que pueda ser aplicado fácilmente por las oficinas y utilizado por los solicitantes en caso de que se produzca una perturbación generalizada en el Estado en el que se encuentra la oficina mientras esta siga abierta al público. En particular, es innecesario exigir en tal situación la presentación de una petición y las pruebas correspondientes que justifiquen el incumplimiento de un plazo. La Oficina Internacional intentó subsanar esta deficiencia con su *Declaración interpretativa y recomendación para la modificación de prácticas relativas al Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) en el marco de la pandemia de COVID-19* («Declaración interpretativa»), publicada el 9 de abril de 2020. Con todo, se ha considerado oportuno consolidar tal solución en el Reglamento del PCT.

Mercedes CURTO POLO
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED
curtopoml@der.uned.es

Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia [BOE-A-2022-9838]

ASPECTOS CIVILES DE LA LEY 10/2022, 14 JUNIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA IMPULSAR LA ACTIVIDAD DE REHABILITACIÓN EDIFICATORIA EN EL CONTEXTO DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

Tres son las razones que justifican la necesidad y la urgencia de las reformas operadas por la [Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#) [BOE n.º 142, de 15-VI-2022]:

- 1) Necesidad de adoptar medidas de aplicación inmediata que permitan revertir el grave deterioro del parque edificatorio y de la vivienda en particular.
- 2) Necesidad de cumplir, por parte de España, los compromisos incluidos, entre otros, en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030.
- 3) Oportunidad de destinar a corto plazo un importante volumen de recursos en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Avanzando en la aplicación del principio de eficiencia energética primero (art. 5), dicha ley introduce medidas en el ámbito de la fiscalidad, mejoras en el régimen de las comunidades de propietarios y fórmulas para facilitar la financiación de las actuaciones de rehabilitación, fundamentalmente.

En el ámbito del Derecho civil, destacan las modificaciones efectuadas en la [Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal](#) [BOE n.º 176, de 23-VII-1960], con el fin de promover la realización de reformas y mejoras en los edificios por parte de las comunidades de propietarios, facilitando la toma de decisiones por parte de las comunidades de propietarios para llevar a cabo obras de renovación de edificios que contribuyan a mejorar la eficiencia energética del edificio o a implantar fuentes de energía renovable de uso común, así como el acceso a la financiación bancaria para tal fin. Concretamente:

- A) Se añade un nuevo párrafo al art. 17.2, en virtud del cual se establece un régimen de mayoría simple para la realización de tales obras, así como para la solicitud de ayudas y financiación para su desarrollo. Así, al igual que venía sucediendo con la adopción de acuerdos por parte de la junta de propietarios en relación con la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con discapacidad y, en todo caso, el establecimiento de los servicios de ascensor [sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 10.1.b)], aunque implicasen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, se exige ahora el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que, a su vez, representen la

mayoría de las cuotas de participación para los acuerdos relativos a «la realización de obras o actuaciones que contribuyan a la mejora de la eficiencia energética acreditables a través de certificado de eficiencia energética del edificio o la implantación de entes de energía renovable de uso común, así como la solicitud de ayudas y subvenciones, préstamos o cualquier tipo de financiación por parte de la comunidad de propietarios a entidades públicas o privadas para la realización de tales obras o actuaciones». La diferencia entre ambos supuestos reside en que, en el caso de las obras de accesibilidad, adoptado válidamente el acuerdo para su realización, «la comunidad quedará obligada al pago de los gastos, aun cuando su importe repercutido anualmente exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes». En el caso de las obras o actuaciones que contribuyan a la mejora de la eficiencia energética a que acabamos de hacer referencia el acuerdo solo puede adoptarse por mayoría simple de propietarios y cuotas si su importe repercutido anualmente, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas y aplicada en su caso la financiación, no supera la cuantía de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. El propietario disidente no tendrá el derecho reconocido en el art. 17.4.

- B) Se precisa que el coste de las referidas obras o actuaciones o el pago de las cuantías necesarias para cubrir los préstamos o financiación que haya sido concedida para tal fin tendrá la consideración de gastos generales a los efectos de la aplicación de las reglas de preferencia establecidas en el art. 9.1e) de la propia Ley 49/1960 (art. 17.2 *in fine*). En concordancia con ello, se modifican también las obligaciones del propietario, a fin de incluir la aportación a los mencionados gastos. En este sentido, se modifica el primer párrafo del art. 9.1 f) de la Ley 49/1960, dejando claro que es obligación de los propietarios «Contribuir, con arreglo a su respectiva cuota de participación, a la dotación del fondo de reserva que existirá en la comunidad de propietarios para atender las obras de conservación, de reparación y de rehabilitación de la finca, la realización de las obras de accesibilidad recogidas en el art. 10.1.b) de esta ley, así como la realización de las obras de accesibilidad y eficiencia energética recogidas en el art. 17.2 de esta ley». Dicho fondo de reserva —cuya titularidad corresponde a todos los efectos a la comunidad— debe estar dotado con una cantidad de, al menos, el 10 por ciento de su último presupuesto ordinario. Nótese a este respecto que el [Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler \[BOE n.º 55, de 5-III-2019\]](#) elevó la cuantía destinada a este fondo de reserva del 5 % al 10 %, contemplando su disposición transitoria 2.ª la posibilidad de efectuar ese incremento a lo largo de los tres ejercicios presupuestarios siguientes a aquel que se encontrara en curso a la fecha de entrada en vigor del referido real decreto-ley. Con cargo a dicho fondo de reserva, como ya venía diciendo este precepto, «la comunidad podrá suscribir un contrato de seguro que cubra los daños causados en la finca o bien concluir un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones generales».

- C) Se introducen modificaciones en el art. 21, que afectan al régimen del impago de los gastos comunes, las medidas preventivas de carácter convencional, la reclamación judicial de la deuda, la mediación y el arbitraje. A estos efectos:
- Se permite a la junta de propietarios acordar medidas disuasorias frente a la morosidad por el tiempo en que se permanezca en dicha situación (ej. establecer intereses superiores al interés legal o privar temporalmente del uso de servicios o instalaciones), siempre y cuando no puedan reputarse abusivas o desproporcionadas o afecten a la habitabilidad de los inmuebles. Tales medidas no pueden tener carácter retroactivo y pueden incluirse en los estatutos de la comunidad. En todo caso, los créditos a favor de la comunidad devengarán intereses desde el momento en que deba efectuarse el pago correspondiente y este no se haga efectivo.
 - Se afirma claramente que la comunidad podrá reclamar del obligado al pago de todas las cantidades que le sean debidas en concepto de gastos comunes (ya sean ordinarios o extraordinarios, generales o individualizables, o fondo de reserva), a través del proceso monitorio especial aplicable a las comunidades de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal. Podrá ser demandado el titular registral, a efectos de soportar la ejecución sobre el inmueble inscrito a su nombre. El secretario administrador profesional, por su parte, podrá exigir judicialmente la obligación del pago de la deuda a través de este procedimiento cuando así lo acuerde la junta de propietarios.
 - Se establece que, si se reclama mediante el procedimiento monitorio, deberá acompañarse a la demanda un certificado del acuerdo de liquidación de la deuda emitido por quien haga las funciones de secretario de la comunidad con el visto bueno del presidente, salvo que el primero sea un secretario-administrador con cualificación profesional necesaria y legalmente reconocida que no vaya a intervenir profesionalmente en la reclamación judicial de la deuda, en cuyo caso no será precisa la firma del presidente; en dicho certificado deberá constar el importe adeudado y su desglose. Asimismo, deberá aportarse documento acreditativo en el que conste haberse notificado al deudor, pudiendo también hacerse de forma subsidiaria en el tablón de anuncios o lugar visible de la comunidad durante un plazo de, al menos, tres días. En la petición inicial del procedimiento monitorio se pueden incluir: 1) las cuotas aprobadas que se devenguen hasta la notificación de la deuda; y 2) todos los gastos y costes que conlleve la reclamación de la deuda, incluidos los derivados de la intervención del secretario administrador, que serán a cargo del deudor.
 - Se mantiene la norma de acuerdo con la cual, en caso de oposición por parte del deudor a la petición inicial del proceso monitorio, la comunidad podrá solicitar el embargo preventivo de bienes suficientes de aquel, para hacer frente a la cantidad reclamada, los intereses y las costas. En todo caso, el tribunal acordará el embargo preventivo sin necesidad de que el acreedor preste caución. Se faculta, no obstante, al deudor para enervar el embargo prestando las garantías establecidas en la Ley procesal (anterior art. 24.5, hoy 21.4).

- Se mantiene también la norma relativa a la obligación del deudor de pagar los honorarios de abogado y procurador que intervengan en representación de la comunidad en el proceso de reclamación de las cantidades debidas a la comunidad con los límites fijados en el art. 394.3 LEC, puntualizando ahora que se incluyen «los de ejecución, en su caso» (anterior art. 24.6, hoy art. 24.5).
- Se contempla expresamente la posibilidad de acudir a mediación-conciliación o arbitraje para resolver los conflictos en torno a la reclamación de los gastos de comunidad y del fondo de reserva o cualquier otra cuestión relacionada con la obligación de contribuir en los mismos.

Directamente conectadas con estas modificaciones se encuentran las ejecutadas en el [Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana](#) [BOE n.º 261, de 31-X-2015], con el fin de reforzar las facultades de las comunidades de propietarios con plena capacidad jurídica para las operaciones crediticias relacionadas con el cumplimiento del deber de conservación o con la rehabilitación y mejora de los edificios [modificación del art. 9.5 a) y h)].

El impulso de las obras de rehabilitación viene de la mano de la creación, en el art. 4, de una línea de avales, por un plazo de 20 años, para la cobertura parcial, por cuenta del Estado, de la financiación de obras de rehabilitación que contribuyan a la mejora de la eficiencia energética de los edificios de vivienda. Mediante esta línea de avales se ofrecerá cobertura para que las entidades de crédito puedan ofrecer financiación, en forma de préstamo con un plazo de devolución de hasta quince años, en virtud de convenio entre el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Instituto de Crédito Oficial (ICO).

La Ley 10/2022 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, el 16 de junio de 2022.

Felisa-María CORVO LÓPEZ
 Profesora Contratada Doctor de Derecho civil
 Universidad de Salamanca
marcorvo@usal.es

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos
[BOE-A-1994-26003]

**LIMITACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LA RENTA
DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA**

1. LA INCORPORACIÓN DE UNA LIMITACIÓN EXTRAORDINARIA A LA ACTUALIZACIÓN DE LA RENTA EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

La exposición de motivos de la [Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos \[BOE n.º 982, de 25-XI-1994\]](#), en adelante LAU, afirma que «el régimen de rentas se construye en torno al principio de la libertad de pactos entre las partes para la determinación de la renta inicial». Sin embargo, el art. 18 LAU, en su redacción original, estableció un sistema de actualización anual de la renta que, durante los primeros cinco años, solo podía llevarse a cabo por referencia al Sistema de Índices de Precios al Consumo (IPC), si bien a partir del sexto año la actualización podía someterse a lo estipulado por las partes. Las posteriores modificaciones del art. 18 LAU incrementaron el ámbito de la libertad contractual en este asunto. Así, la [Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas \[BOE n.º 134, de 5-VI-2013\]](#) permite durante toda la vigencia del contrato la actualización de la renta conforme a lo pactado, entrando —necesariamente— en juego, en defecto de previsión, la necesaria actualización conforme al IPC. La [Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española \[BOE n.º 77, de 31-III-2015\]](#) impone la actualización de la renta, en defecto de pacto, e incorpora el Índice de Garantía de Competitividad (IGC) como referencia para la actualización estipulada, sin haberse detallado metodología al respecto. El [Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler \[BOE n.º 304, de 18-XII-2018\]](#) añade un límite a la actualización de la renta en los contratos de renta reducida, que no podía exceder de la variación del IPC, pero la norma fue derogada por acuerdo del Congreso de los Diputados de 22 de enero de 2019. Sin embargo, el [Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler \[BOE n.º 55, de 5-III-2019\]](#) retoma la variación porcentual del IPC como límite para la actualización de la renta, en cualquier caso.

Mientras que el sistema del art. 18 LAU, tal como resulta de la evolución normativa expuesta, somete a la voluntad de las partes el asunto de la actualización anual de las rentas, con el único límite de la variación del IPC; el art. 46 del [Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el plan nacional](#)

[de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania \[BOE n.º 76, de 30-III-2022\]](#), establece, entre las medidas de apoyo a colectivos vulnerables, una limitación extraordinaria y temporal a la actualización de la renta. Dicha limitación resulta prorrogada por el [Real Decreto-Ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma \[BOE n.º 152, de 26-VI-2022\]](#).

El Real Decreto-Ley 6/2022 prevé que la persona arrendataria de un contrato de alquiler de vivienda sujeto a la LAU, cuya renta deba ser actualizada, por cumplirse la anualidad de vigencia en el período comprendido entre su entrada en vigor (31-III-2022) y el 30 de junio de 2022, puede negociar con el arrendador el incremento, aunque hace una distinción según la condición del arrendador. Por un lado, se refiere al gran tenedor, considerando como tal a la persona física o jurídica titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 metros cuadrados de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. En este caso, el incremento de la renta será el pactado, pero sin poder exceder la variación del IGC. En ausencia de pacto, el incremento de la renta quedará sujeto a la misma limitación. Por otro lado, contempla al arrendador que no es gran tenedor. En este supuesto, el incremento de la renta será el pactado y, en defecto de estipulación, no podrá exceder de la variación del IGC. Para seguir respondiendo a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, el Real Decreto 11/2022 extiende la aplicación de la norma a los contratos cuya renta deba actualizarse antes del 31 de diciembre de 2022. Además, al tratarse de una limitación temporal y extraordinaria, no puede descartarse que en el futuro se proceda a una nueva prórroga.

2. LAS RAZONES DE LA LIMITACIÓN EXTRAORDINARIA: OBSERVACIONES CRÍTICAS

La limitación extraordinaria se introduce en una situación de acusada inflación para apoyar a los arrendatarios como colectivo vulnerable, pues la mayoría de los contratos de alquiler prevén la actualización conforme a la variación del IPC que, en el último año, ha experimentado un aumento de más del 10 %. Al establecerse como tope para la actualización de la renta el IGC se modera notablemente el incremento. Este último índice, de cuyo cálculo y publicación mensual es responsable el Instituto Nacional de Estadística, establece una tasa de revisión de precios consistente con la recuperación de competitividad frente a la zona euro. Conforme a la Ley 2/2015, cuando la tasa de variación del IGC es negativa no procede revisión y, cuando exceda el límite superior del objetivo a medio plazo de inflación del Banco Central Europeo (2 %), se considerará este como valor de referencia para las revisiones.

La medida excepcional suscita una serie de reflexiones. En primer término, tal y como ocurre con las medidas excepcionales, se produce una aleatoriedad de los beneficiados con la limitación de la subida de la renta, al tratarse de una disposición temporal que no modifica la LAU y al dejar al margen de la norma los contratos de arrendamiento de vivienda no sujetos a la misma. En segundo lugar, proporciona, aparentemente, una solución más favorable para los arrendadores que no tienen la condición de grandes tenedores, pues cabe que a través del pacto la actualización no se someta a límite alguno, pero lo cierto es que a los inquilinos les basta con negarse a pactar para que entre en juego el IGC, como límite de la actualización, de modo que la diferencia de tratamiento es más teórica que real.

En cualquier caso, el asunto más delicado es el de si se ha conseguido una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues los arrendadores que ven limitada la actualización de la renta con el tope del 2 % también están sufriendo la extraordinaria inflación y, en muchos casos, la subida de la cuota hipotecaria, al tiempo que se ven expropiados de su derecho a la actualización de la renta establecido en el contrato (art. 33 CE). En este sentido, llama la atención que no se haya previsto un sistema de compensación de los arrendadores. El legislador no desconoce la posibilidad de recurrir a ese mecanismo y, de hecho, la Disposición Adicional segunda del [Real Decreto-Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes \[BOE n.º 334, de 23-XII-2020\]](#) establece un mecanismo compensatorio para los supuestos en que el propietario se ve afectado por la suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos, en los términos previstos por los arts. 1 y 1 bis del [Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 \[BOE n.º 91, de 1-IV-2022\]](#).

3. PERSPECTIVAS DE FUTURO: PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

Sin perjuicio de la eventual prórroga de la limitación extraordinaria de actualización de la renta, cabe destacar que la limitación de precios se baraja como un instrumento aplicable en los casos de oferta limitada de viviendas en alquiler. La limitación de las rentas en mercados tensos de vivienda (riesgo de insuficiente dotación de viviendas) es la solución temporal que proporcionaba en Cataluña la [Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda \[BOE n.º 258, de 29-IX-2020\]](#), aunque los artículos que regulaban la contención de la renta fueron declarados inconstitucionales por la [STC de 10 de marzo de 2022 \[BOE n.º 84, de](#)

[8-IV-2022](#)], al vulnerar la competencia exclusiva estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales.

La limitación de los precios, como mecanismo excepcional para intervenir en el mercado de la vivienda es una de las propuestas del [Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda de 18 de febrero de 2022](#) que tiene como propósito establecer, para todo el territorio español, las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda. Según el art. 18 del Proyecto, pueden las Administraciones competentes declarar zonas de mercado residencial tensionado cuando exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población. A su vez, la Disposición Final primera modifica el art. 10 LAU, estableciendo la posibilidad de que, en caso de encontrarse la vivienda en una zona residencial de mercado tensionado, pueda el arrendatario disfrutar de una prórroga extraordinaria, de carácter anual, y por un periodo máximo de tres años, en los mismos términos y condiciones del contrato en vigor. También se modifica el art. 17 LAU para establecer que, dándose el mismo presupuesto (zona tensionada), y con relación a los nuevos contratos de viviendas que ya hubiesen estado arrendadas, queden sometidos los mismos a la cláusula de actualización de la renta del contrato anterior, si bien permitiendo un incremento del 10 % en ciertos casos. Por otro lado, cuando el propietario sea una persona jurídica gran tenedor, la renta de los nuevos contratos suscritos en áreas tensionadas no podrá exceder del límite máximo del sistema de índices de precios de referencia que habrá de elaborarse en el futuro. No obstante, se establece un período de 18 meses desde la aprobación de la ley para la aplicación de esta última limitación (Disposición Transitoria séptima).

María José VAQUERO PINTO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
chevaq@usal.es

Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual [BOE-A-2022-11311]

La Ley 13/2022, de 7 de julio, objeto de esta reseña, actualiza el marco jurídico que ordena y adapta la nueva realidad del mercado audiovisual, que concita una multiplicidad de actores diversos sujetos hasta ahora a distintas regulaciones.

Los antecedentes del nuevo texto legal que disciplina el audiovisual han sido procelosos *ab initio*. De hecho, su entrada en vigor —el 9 de julio del corriente— implica un retraso de casi dos años, pues el mandato contenido en la Directiva que esta norma transpone estipulaba como fecha tope el 19 de septiembre de 2020¹.

A este retraso han contribuido los aplazamientos sucesivos de la aprobación de distintos anteproyectos, lo que da cuenta de las dificultades de conjugar la pluralidad de intereses contrapuestos que aglutina esta industria.

Heredera de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, la nueva norma recoge el *guante* de lo que ha pretendido el legislador europeo con la promulgación de la Directiva UE 2018/1088, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre.

En concreto, el objetivo primordial es hacer extensivas las obligaciones inherentes a los operadores audiovisuales a todos los prestadores de servicios audiovisuales sin distinción; dicho de otro modo, se trata de reequilibrar las reglas de juego, pues la asimetría era la nota dominante de partida (algunos *players* permanecían anclados a una regulación sectorial pétrea, muchos estaban sumidos en regulaciones más laxas e, incluso, otros habían permanecido al margen en una situación límbica que les ha permitido soslayar obligaciones a las que ni siquiera han estado sujetos).

Precisamente, la LGCA justifica la dificultad de esta voluntad de armonización en la extensión de su clausulado —166 artículos— (105 preceptos más que su predecesora).

En este sentido, el *Corpus* legal de la LGCA // está conformado en torno a un título preliminar al que siguen diez títulos (cuatro más que la LGCA I). También el preámbulo —el pórtico de la Norma— es mucho más extenso.

En concreto, el Título Preliminar recoge disposiciones generales y regula la prestación del servicio de comunicación audiovisual y del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma. Este último es un aspecto novedoso que no recogía la Ley de 2010, a pesar de que ya operaban en el mercado prestadores de servicios de

¹ En efecto, la nueva LGCA, que desplaza a su predecesora —la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual—, tendría que haberse promulgado como muy tarde en septiembre de 2020, pues la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (Directiva UE 2018/1088, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre) así lo preceptuaba.

intercambio de vídeos (*YouTube*, por ejemplo), que hasta ahora habían permanecido como convidados de piedra pues, en puridad, la normativa audiovisual tan solo afectaba a radiodifusores y operadores de radio y televisión.

Cabe subrayar que permanecer anclados en esta condición no ha sido una cuestión menor, pues los «nuevos» actores han podido soslayar hasta ahora obligaciones de calado (por ejemplo, la de destinar un porcentaje de sus resultados a la promoción de obras europeas o hacer efectivas sus obligaciones fiscales en España).

También la prelación del articulado es, jurídicamente, relevante; en este caso concreto, implica mucho más que una mera declaración de intenciones, pues el Texto normativo anticipa una regulación más restrictiva que la planteada por el legislador europeo.

De hecho, para despejar cualquier atisbo de duda, el precepto primero, en línea con el *Commercial Law* anglosajón, muy dado a incluir definiciones, aclara que el servicio de comunicación audiovisual es aquel «prestado con la finalidad principal propia o de una de sus partes disociables de proporcionar, bajo la responsabilidad editorial de un prestador del servicio de comunicación audiovisual [...]».

Como se comprueba, la inclusión en este artículo de la eventual responsabilidad en que incurran los sujetos obligados que abarcan un amplio espectro y que se inspira en otros textos normativos europeos —como la Directiva de Derechos de Autor— proyecta una regulación en clave restrictiva, que se refleja en el régimen sancionador que incluye esta Ley en su Título X, como se expondrá más adelante.

Por su parte, el Título I regula los principios generales que ordenan la comunicación audiovisual, cuyos elementos basilares deben respetar la dignidad humana y los valores constitucionales, así como transmitir una imagen igualitaria y no discriminatoria de mujeres y hombres.

Seguidamente, el objeto del Título II es la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo; esencialmente, recoge las normas básicas que deben orientar la regulación estatal y autonómica de dicho servicio.

El vector que atraviesa el Título III es la definición del objeto de servicio público de comunicación audiovisual. Atravesado de principios contingentes que reflejan la nueva realidad del ecosistema digital actual —conformado por una amalgama de radiodifusores tradicionales, prestadores de servicios por Internet y contenidos generados por usuarios—, el servicio público es un concepto poroso que absorbe la confluencia de formas de consumo de contenidos audiovisuales, tanto las basadas en la difusión a través de banda ancha como las tradicionales (televisión lineal a través de la señal hertziana digital).

Históricamente, la legislación del sector audiovisual ha estado atravesada por la salvaguarda del presupuesto de la *exception culturelle française*. En este sentido, la nueva norma no es una excepción, por cuanto no solo conserva este principio, sino que lo hace extensivo a los nuevos actores.

En el Título IV —rubricado *La prestación del servicio de comunicación audiovisual radiofónico y sonoro a petición*—, el legislador ha optado por deslindar y regular en

un título propio la normativa aplicable a estos servicios, con particularidades notables frente a los televisivos. Por lo tanto, el régimen que les resulta de aplicación —el más breve de este cuerpo legal— supone una novedad con respecto a la anterior LGCA.

Novedosa resulta también la inclusión del Título V, que contiene la normativa de referencia aplicable a la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y, en su caso, de los servicios de medios o redes sociales cuya funcionalidad esencial permita el intercambio de vídeos.

Del Título VI (*Obligaciones de los servicios de comunicación audiovisual televisivos*), mención especial requieren los capítulos primero y segundo, dedicados a la protección que requieren menores y discapacitados, respectivamente.

Así mismo, en el precitado título se contiene la regulación de dos de las cuestiones más espinosas de la Ley —la promoción de obra europea y las cuotas lingüísticas—.

El precepto que actúa de pórtico del capítulo, que está dividido en cuatro secciones, es el artículo 110, contiene toda una declaración de intenciones por parte del Gobierno español:

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo que ofrezcan sus servicios en España contribuirán al reflejo de la diversidad cultural y garantizarán unos niveles suficientes de inversión y distribución de las obras audiovisuales europeas en los términos previstos en este Capítulo.

En la Sección 1.^a, los artículos 111 a 113 contienen las definiciones de lo que debe entenderse por obra audiovisual europea, productor independiente y película cinematográfica.

Por su parte, la Sección 2.^a recoge la obligación de cuota audiovisual europea en tres artículos (114 a 116). En concreto, se estipula que el contenido de obras europeas que deberán incluir los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición en sus catálogos será de, al menos, un 30 por ciento. De esta cuota, el cincuenta por ciento se reservará a obras en la lengua oficial del Estado o en alguna de las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas.

Mientras, la Sección 3.^a recoge la obligación de financiación anticipada de obra audiovisual europea a través de tres artículos (117 a 119).

Cierra el Capítulo la Sección 4.^a que contiene un único precepto —el 120—, que atribuye el control y seguimiento de la obligación de promoción de obra audiovisual europea a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previo dictamen preceptivo del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

Cabe advertir que la verificación del cumplimiento efectivo de la obligación se torna una cuestión muy compleja. De hecho, la posibilidad de establecimiento de la que disfruta un prestador de servicios de comunicación audiovisual en distintos Estados resta jurisdiccionalidad al país que pretenda exigir tal cumplimiento. Ejemplos de esta merma son *Amazon Prime Video* o *Google TV*, gigantes digitales radicados en Irlanda o *Netflix*, cuya matriz europea se encuentra en Holanda.

En otras palabras, aunque todas ellas difundan contenidos audiovisuales en otros Estados, el establecimiento en estos países dificulta enormemente el efectivo cumplimiento de la obligación de incluir «contenido europeo» en sus catálogos respectivos que teóricamente pueden requerir los Estados receptores de dichos servicios. Dicho de otro modo, la implementación de esta exigencia está revestida de una enorme complejidad.

En este escenario, de un lado, si se tiene en cuenta el efecto directo que tiene el derecho europeo (criterio establecido desde 1963, tras el caso *Van Gend & Loos* y consolidado por el TJUE a través de jurisprudencia reiterada, en particular, cuando hay un retraso por parte de un Estado miembro en la implementación de una Directiva), tanto las plataformas españolas que ofertan contenido bajo demanda como terceros perjudicados podrían eventualmente activar acciones por el perjuicio ocasionado.

Y, de otro, la imposición de cuotas de contenido en catalán, euskera o gallego, aunque esté alineado con la tendencia creciente de consumo de contenidos propios en detrimento de contenidos importados y no sea inusitado (Bélgica ha impuesto cuotas en la transposición de la Directiva) se trata de una medida inoportuna.

Incluso, puede resultar potencialmente perjudicial para la industria nacional al ahuyentar a las plataformas extranjeras que operan en España a la par que disuadir a futuros inversores (¿para qué invertir en un producto con escasa audiencia?).

En este sentido, la querencia por un mayor proteccionismo tanto del legislador europeo como nacional podría tener un efecto *boomerang* y actuar como palanca contraria al efecto pretendido —reajustar la situación asimétrica de la que parten algunos *players* frente a otros, al hacer extensivas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual bajo demanda obligaciones como la promoción de obra europea—.

Y, por lo tanto, puede resultar un conato frustrado *ab initio*, al situar en desventaja a unos operadores frente a otros, dado que las plataformas de *streaming* extranjeras podrían soslayar parte de estas obligaciones legales, lo que sitúa en desventaja a los operadores con sede en nuestro país, que quedan anclados a unas condiciones legales más duras, lo que anticipa un horizonte de litigiosidad.

Del Título VII (*La contratación en exclusiva de la emisión de contenidos audiovisuales*) interesa destacar como aspecto novedoso el artículo 146 —*Catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad*—.

En este sentido, el «interés general» es un concepto jurídico indeterminado que ha evolucionado, pues hasta ahora ha sido patrimonio de la legislación del sector de las telecomunicaciones.

Por su parte, el Título VIII —rubricado *Política audiovisual estatal*— contiene en cuatro preceptos (149 a 152) las líneas de base de la gobernanza del sector.

Planteado en torno a un único precepto —artículo 153—, el Título IX (*Autoridades audiovisuales competentes*) articula la competencia estatal en torno al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia para los prestadores de ámbito nacional, mientras que aquellos prestadores de ámbito autonómico quedan sometidos al control de las

autoridades autonómicas (por lo tanto, a los Consejos Audiovisuales catalán y andaluz, respectivamente).

Cierra este cuerpo legal el Título X, que contiene el régimen sancionador, en el que se ha buscado una definición precisa de los tipos de infracción, se gradúan dichos tipos en función de la gravedad y se ha fijado con claridad la cuantía máxima de las sanciones correspondientes a cada tipo infractor, establecidas en términos de un porcentaje del volumen de ingresos del responsable.

Puede afirmarse, con carácter general, que el nuevo texto legal ha cumplido el anhelo del legislador europeo quien, con la promulgación de la *DSCA II*, se proponía, esencialmente, acabar con la asimetría que caracterizaba al sector.

En este sentido, las nuevas obligaciones se extienden a todos los prestadores de servicios de comunicación audiovisual (incluso a los llamados «prescriptores sociales», más conocidos como *influencers*).

No estamos ante un *lapsus calami*. Aspectos novedosos son también, de un lado, la eliminación de la obligación de contribuir a la financiación de la Corporación de RTVE por parte de los operadores de telecomunicaciones y la de informar de la programación con tres días de antelación, lo que deja la puerta abierta a la contraprogramación de otro.

A pesar de su abrupta gestación (otra prueba de ello es la provisionalidad de la obligación de registro de los operadores, cuya entrada en vigor se posterga), la nueva Ley proyecta un sector audiovisual más equilibrado al inyectar más seguridad jurídica a través del establecimiento de unas reglas de juego en sintonía con un panorama global.

Laura CABALLERO TRENADO

Doctora acreditada por la ANECA y abogada (ICAM)
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España
lcaballero@der.uned.es

Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género [BOE-A-2022-4516]

EL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS HUÉRFANAS Y LOS HUÉRFANOS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El 22 de marzo de 2022 el *Boletín Oficial del Estado* publicaba la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género. Una norma clave en el marco del derecho a la reparación integral (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) de las víctimas de la violencia de género y, en concreto, de las huérfanas y huérfanos de este tipo de violencia. Una norma que evidencia el sinsentido normativo al permanecer en nuestro ordenamiento jurídico preceptos que venían a poner en cuestión el espíritu y los esfuerzos de la propia Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección contra la Violencia de Género y, más exactamente, su abordaje jurídico integral. Y es que pese a los avances normativos y jurisprudenciales de los últimos años fruto, entre otros, del impulso de la Estrategia Nacional para Erradicar la Violencia de Género 2013-2016 y del Pacto de Estado contra la Violencia de Género (2017) —a saber: introducción en el ámbito penal de la agravante de discriminación por razón de género, tipificación de los delitos de acoso, acecho u hostigamiento (*stalking*), tipificación del *sexting* en el marco de los delitos relativos a la intromisión en la intimidad, supresión de la atenuante de confesión y de la atenuante de la reparación del daño en contextos de violencia de género, reconocimiento de las y los menores como víctimas directas de la violencia de género sufrida por sus madres, entre otras modificaciones importantes—, todavía persistían incongruencias normativas en el ámbito de la tutela de los derechos de las hijas e hijos huérfanos de mujeres asesinadas en contextos de violencia de género. Incongruencias difíciles de entender desde un enfoque transversal como el que resulta obligado desde el ámbito jurídico ante situaciones de violencia de género. Piénsese en las dificultades de muchas huérfanas y huérfanos a la hora de acceder a las indemnizaciones civiles derivadas de este ámbito delictual, así como los obstáculos normativos y jurisprudenciales subyacentes en el ámbito sucesorio advertidos tras el crimen.

En este contexto ve la luz la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo. Una ley que trata de dotar de eficacia normativa a medidas recogidas en el Eje 4 del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en materias tales como sucesión hereditaria (vigente la sociedad de gananciales), competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer de la liquidación de la sociedad de gananciales, régimen fiscal de las indemnizaciones correspondientes por responsabilidad civil derivada del delito cuando dichas responsabilidades civiles se satisfacen a través de bienes, prestación de orfandad en contextos de violencia de género, etc.

Procede, en este sentido, referenciar brevemente las novedades normativas más significativas. Y es que la Ley Orgánica objeto de comentario modifica el apartado 2 del artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial a efectos de ampliar la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Para ello añade la letra h) al precepto mentado a efectos de atribuir competencias a dichos juzgados en los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial instados por los herederos de la mujer víctima de violencia de género, junto a los que se puedan instar frente a estos. Por conexión material, la reforma del artículo 87 *ter* de la LOPJ obliga al legislador a dar una nueva redacción a los artículos 807 (competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer), 808 (solicitud de inventario) y 810 (liquidación del régimen económico matrimonial) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En materia fiscal y tributaria la ley modifica el apartado 3 del artículo 104 del Real Decreto Legislativo 2/2004, sobre Haciendas Locales, dando una nueva redacción al precepto mentado, e incluyendo supuestos de no sujeción como el que afecta a la transmisión de bienes inmuebles a título lucrativo en beneficio de las hijas e hijos, menores o personas con discapacidad sujetas a patria potestad, tutela, etc., de mujeres asesinadas como consecuencia de la violencia de género. En la misma línea, y con el mismo espíritu reparador, la ley modifica el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a efectos de dejar exentas de tributación las transmisiones por cualquier tipo de bienes o derechos efectuadas en pago de indemnizaciones en beneficio de hijas, hijos y menores o personas incapacitadas sujetas a tutela o guarda y custodia de mujeres fallecidas como consecuencia de la violencia de género. En materia de Seguridad Social, la Ley Orgánica de marzo de 2022 modifica los siguientes preceptos: 216 y 224. El objetivo no es otro que ampliar el reconocimiento del derecho a la prestación de orfandad a las hijas e hijos de la causante fallecida como consecuencia de la violencia contra las mujeres por el mero hecho de serlo. Conviene significar que el concepto de violencia de género que recoge la norma para reconocer la prestación es un concepto extenso, como el que opera a nivel internacional. La redacción en los términos que sigue del precepto mentado da muestras de ello, a saber: «[...] como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España [...]». La sola alusión a la violencia de género en los términos en los que se defina por los instrumentos internacionales ratificados por España resulta clarificadora en la medida en que obliga a pensar en la delimitación conceptual de violencia de género del Convenio de Estambul. Igualmente, la norma objeto de comentario añade un nuevo apartado 10 al artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado al objeto de reconocer la pensión de orfandad a las hijas e hijos de mujeres asesinadas por violencia de género, pero producida por un agresor distinto del progenitor. En este caso, el reconocimiento de la pensión vendrá condicionado por que los rendimientos de la unidad de convivencia en donde se integre la o el menor no superen, en cómputo anual, el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional.

Lo sucintamente expuesto sobre las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 2/2022 pone de manifiesto la importancia del abordaje jurídico integral de la violencia contra las mujeres. Téngase en cuenta que lo que se busca es dotar de materialidad y efectividad a la tutela y garantía de los derechos de las víctimas. De todas las víctimas de este tipo de violencia teniendo en cuenta que es una violencia extendida a nivel subjetivo, además de continuada en el tiempo, racionalizada, controlada, meditada, mediatizada y dirigida a perpetuar el control sobre la víctima, afectando de forma directa a las mujeres en un contexto de asimetría de poder socio-sexual, pero también a sus hijas e hijos, huérfanos de la violencia de género cuando la manifestación más cruel de este tipo de violencia dirigido contra sus madres (asesinato u homicidio) tiene lugar.

María Concepción TORRES DÍAZ
Abogada y profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2022-6044]

Entre las muchas imposibilidades que se encuentran las mujeres que deciden, en el ejercicio de su libertad personal, interrumpir voluntariamente el embarazo o ejercer su «derecho al aborto», desde la despenalización en los supuestos y plazos permitidos, están los acosos ejercidos por ciertas organizaciones y personalidades de ámbito religioso o «provida». Por ello, el legislador ha entendido que el reconocimiento del derecho de las mujeres a interrumpir libre y voluntariamente el embarazo debe ser un derecho real, esto es: que se permita su ejercicio sin injerencias ilegítimas por parte de aquellos que están moral o ideológicamente contra la práctica legal del aborto.

Se pretende otorgar seguridad jurídica a estas mujeres, entendiendo que este tipo de hazañas constituyen una violación de los derechos sexuales y reproductivos, puesto que no pretenden más que forzar a las mujeres a continuar con su embarazo o postergar el aborto, lo que supone *per se* un atentado también contra su integridad física y moral. También, esta reforma legislativa es un aporte en favor de los profesionales y organizaciones que promueven y practican abortos con todas las condiciones de seguridad y salud para las mujeres que no quieren autoobligarse a ser madres.

La confidencialidad y la privacidad en la toma de la decisión de interrumpir el embarazo es una condición *sine qua non* para poder hablar de un derecho real a hacerlo, tal y como contempla la Exposición de Motivos de la norma en cuestión. Esta ley orgánica sigue así las recomendaciones de la CEDAW y de la OMS otorgando una mayor libertad a las mujeres, protegiendo estos derechos fundamentales y libertades públicas legítimas, reconocidas por nuestra Constitución, sin que tengan que ser sometidas a tratos degradantes consistentes en ofensas, intimidaciones y coacciones que, al no estar tipificadas específicamente como tales, escapaban de la acción represiva del Derecho Penal en nuestro país.

Ha sido hasta ahora una constante la presión a que se ha sometido a aquellas mujeres, atribuyendo bajo presión la idea (de legítima defensa, en el marco de la libertad ideológica y religiosa) de que el feto es un ser humano con el objetivo de coartar su libertad para abortar. En términos concretos: se legisla en favor de articular un delito de obstaculización del aborto con el fin de hacer efectivo el derecho legal reconocido en nuestro país desde el año 1985.

Los bienes jurídicos a proteger por el tipo penal que se articula son los ya mencionados: la libertad y la seguridad (art. 17 CE), la integridad física y moral (art. 15 CE), así como el derecho a su libertad de acudir a las clínicas que garantizan la seguridad y salud de las mujeres que deciden interrumpir su embarazo. Por tanto, el fin no es otro que garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que, en el ejercicio

de su libertad personal e individual, no deben sufrir injerencias de otras personas o colectividades contra esta decisión.

Así, se ha modificado la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, añadiéndole un nuevo art. 172 *quarter*, en vigor desde el 14 de abril de 2022, que queda redactado del siguiente modo:

1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.
2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.
3. Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.
4. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.
5. En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal.

El nuevo tipo penal se enmarca en el Título VI («De los delitos contra la libertad») teniendo como sujetos pasivos de la acción típica tanto a las mujeres que acuden a abortar como a los profesionales sanitarios que llevan a cabo, en condiciones de seguridad y dentro del marco de la legalidad, las prácticas abortivas, incluyendo actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad. Entendiendo así que quedan fuera del Derecho Penal meras sugerencias o recomendaciones que no entrando en el ámbito de las coacciones intenten hacer reflexionar a las mujeres sobre la decisión final de abortar o no, pero en ningún caso podrán condicionar esta decisión o posicionarse contra la misma una vez tomada. Es decir, no deben menoscabar su libertad para interrumpir voluntariamente el embarazo. Tampoco el ejercicio de la profesión sanitaria de aquellos que optan por brindar condiciones de seguridad a las mujeres en su decisión de abortar y hacer realidad tal decisión: tampoco pueden obstaculizar el trabajo de estos profesionales.

Cualquier persona puede ser el sujeto activo, siempre que exista dolo, puesto que el tipo penal por la forma en que está redactado requiere de una voluntad y conocimiento tales que se traducen en la vigilancia que ejercen sobre la libertad de las mujeres que acuden a estos centros sanitarios, impidan o no su ejercicio final.

Sergio MARTÍN GUARDADO
Investigador «Margarita Salas»
Área de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca
martinguardado@usal.es

Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2022-6044]

EL NUEVO ART. 172 QUATER CP: ESTRUCTURA DEL TIPO Y PROBLEMAS APLICATIVOS

1. INTRODUCCIÓN

En relación con los delitos contra la Libertad (Título VI del Libro II CP), el delito de coacciones ha sido sin duda el que más adendas ha experimentado. Es decir, se ha venido produciendo una notable expansión en el ámbito de aplicación del injusto mediante la incorporación de diversas modalidades de coacciones que tratan de amparar otros bienes jurídicos, más allá del de la libertad general de actuación que tradicionalmente tutela el tipo principal u original del art. 172 CP. Este crecimiento del delito de coacciones fue especialmente intenso a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015 (véase <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>) que incorporó *ex novo* los tipos penales de matrimonio forzado y acoso en los art. 172 *Bis* y 172 *Ter* respectivamente. No obstante, esta tendencia, lejos de debilitarse, se ha mantenido, y muestra de ello es el recientemente introducido art. 172 *Quater* CP (aprobado en virtud de la LO 4/2022 de 12 de abril, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo, BOE núm. 88, de 13 de abril de 2022. Véase <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/04/12/4>).

El citado art. 172 *Quater* CP castiga a quienes obstaculizaren el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosando a la mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos.

2. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO

A tal efecto, el bien jurídico que se pretende tutelar es, como el mismo precepto expresamente enuncia, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, derecho que si bien no se formula como tal en la aún vigente LO 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, BOE núm. 55, de 04/03/2010 (véase <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>, actualmente en fase de reforma parlamentaria), sí que encuentra un claro anclaje en el derecho a la maternidad libremente decidida (art. 3.2 de la citada ley), así como en los derechos al libre

desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad o a la intimidad que el legislador enuncia en el art 12, en relación con la garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Además, no hay que olvidar que dicha interrupción se configura como una prestación sanitaria incluida dentro del sistema público de salud, incluyéndose así como parte integradora del derecho a la salud reconocido en el art. 43 CE. Recuérdese asimismo la célebre sentencia del Tribunal Constitucional STC 53/1985 que excluyó al *nasciturus* de la titularidad del derecho fundamental a la vida consagrado en el art. 15 CE (véase al efecto <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1985-9096>).

Respecto del sujeto activo del delito, en un primer momento, se pretendía que la conducta solamente llegara a ser típica cuando los hechos fueran cometidos por un grupo de personas revelando una cierta organización o estructura (se pensaba así en los grupos o asociaciones provista de diferente ámbito territorial). No obstante, durante la tramitación de la proposición de ley, se decidió extender la condición de sujeto activo a cualquier persona, aun actuando a título meramente particular (mediante la abierta fórmula de «El que...»), configurándose el tipo penal como un delito común, que no exige ninguna peculiaridad ni condición a quien lo comete, sin que, no obstante, se contemplen reglas concretas que delimiten autoría y participación.

En cuanto al sujeto pasivo, como titular del bien jurídico protegido, viene evidentemente constituido por la mujer que libremente acude a las clínicas sanitarias autorizadas para someterse a un aborto y cuya libertad y facultad decisoria se ve en este sentido condicionada, influenciada o comprometida de manera más o menos intensa por la presencia (más o menos activa) de personas que o bien a título individual o bien mediante grupos *ad hoc* se congregan en las proximidades de tales clínicas portando pancartas o lanzando consignas en contra del aborto y dirigidas pues a que la mujer reconsidere su decisión para que finalmente desista de la misma.

No obstante, el tipo penal extiende su protección más allá, amparando igualmente (con los mismos umbrales penológicos de entre tres meses y un año de prisión a quienes realicen los hechos típicos) a «los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo» de las clínicas autorizadas. Si bien se trata aquí de un bien jurídico diferente, como es el legítimo ejercicio de la profesión, que podría reconducirse quizás incluso al delito de trato degradante ex. art. 173.1 CP, por razón de la materia y de mayor sistematicidad es homogeneizado mediante un tratamiento conjunto por el legislador.

Atendiendo a la conducta típica, considero que se trata de un delito de mera actividad que no requiere para su configuración dogmática de la producción de un resultado concreto. Es decir, por la sola realización del comportamiento descrito en la norma, el delito se consumaría, con independencia de que la mujer llegue o no a culminar su decisión de interrumpir su embarazo (no obstante, hay que tener en cuenta la regla concursal prevista en el apartado cuarto, que, de manera análoga al controvertido art. 183 *ter* o a los art. 187 o 173 CP, parece consagrar con el término «sin perjuicio de» un concurso real ex art. 73 CP en caso de comisión de diferentes infracciones penales).

Sin embargo, el nuevo tipo delictivo se presenta excesivamente abierto, provocando con ello lógicos problemas interpretativos. ¿Qué se entiende por algo tan vago, que además roza la irrelevancia, como «actos molestos»? Está claro que el verbo que vertebra el núcleo de la acción típica es acosar y que los actos descritos tienen esa concreta finalidad, pero hubiera sido deseable mayor taxatividad por parte del legislador penal en este punto.

Por lo que concierne al tipo subjetivo, estamos ante un delito doloso, que no admite modalidad imprudente de comisión (tégase en cuenta el restrictivo régimen de incriminación que ex art. 10 y 12 CP en España presenta la comisión imprudente de delitos). Cabe señalar además que, como elemento diferenciado del dolo, el tipo contempla un concreto móvil que ha de guiar la conducta del sujeto activo, que no es otro que «obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo» (de modo que al incorporarse el móvil expresamente al tipo del injusto goza de plena relevancia penal).

En cuanto a las condiciones de perseguibilidad, llama la atención la configuración del delito como un delito perseguible de oficio, en tanto que el precepto expresamente elimina en su apartado quinto la exigencia de denuncia para proceder a la persecución de los hechos. En una intención de ofrecer una suerte de acompañamiento institucional a las mujeres víctimas, el legislador opta por seguir el modelo de otros tipos penales, tales como el propio art. 172 CP en relación con las víctimas de violencia de género o doméstica respecto de las coacciones leves o del art. 172 *Ter* CP cuando la víctima del acoso sea igualmente alguna de las personas descritas en el *maremágnum* del art. 173.2 CP.

Por último, en relación con las penas, siguiendo los criterios del art. 33 CP, el delito se incluye dentro de la categoría legal de los delitos menos graves, contemplando penas de prisión de tres meses a un año, así como trabajos en beneficio de la comunidad de entre treinta y uno a ochenta días de duración (con una relación alternativa entre ambas penas). Además, se formula la posibilidad, no preceptiva en ningún caso, de facultar a los jueces respecto de supuestos de especial gravedad a imponer la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.

3. VALORACIÓN PERSONAL

Finalmente, quisiera realizar ciertas valoraciones críticas de este nuevo tipo penal, más allá de lo ya expuesto en relación con la mejorable precisión de los términos que integran la redacción de la conducta típica.

En primer lugar, resulta cuando menos cuestionable la práctica ya generalizada por parte de gobiernos de diferente signo político de pretender a través del Derecho Penal solucionar toda clase de problemas o conflictos obviando el carácter subsidiario y de *ultima ratio* que nunca debería perder esta particular rama del ordenamiento

jurídico. Dicho esto, es evidente que existe un problema real cuando, de manera no meramente esporádica sino habitual, se producen concentraciones en las proximidades de las clínicas habilitadas para practicar abortos. No obstante, ¿cuál es el grado real —si es que este pudiera ser mensurable— de influencia, de obstaculización, de entorpecimiento en definitiva, que tales concentraciones ejercen en el ánimo y decisión de la mujer que acude a estas clínicas? ¿De verdad es el Derecho Penal el instrumento más idóneo para evitar estas conductas, máxime cuando más de dos meses después de la entrada en vigor del nuevo tipo delictivo la propia ACAI (Asociación de Clínicas Acreditadas para la interrupción del embarazo, uno de los principales promotores de esta regulación) ha reconocido que no se ha visto en modo alguno una reducción de estos comportamientos en las proximidades de sus clínicas? ¿No sería más adecuado regular esta cuestión a través del siempre mucho más ágil Derecho Administrativo Sancionador, mediante, por ejemplo, el establecimiento de un amplio perímetro de seguridad en las inmediaciones de las clínicas?

Asimismo, es igualmente criticable el cauce procedimental que ha alumbrado la reforma, configurado como un mero atajo dirigido fundamentalmente a eludir informes —que no por no vinculantes son menos significativos— de órganos consultivos en la materia tales como el Consejo de Estado o el CGPJ, puesto que se presentó la iniciativa no como un proyecto de ley del Gobierno —a través del Ministerio de Justicia— como hubiera sido parlamentariamente deseable, sino como una proposición de ley del grupo parlamentario socialista.

De esta manera, considero que nuevamente estamos ante un delito integrante del cada vez más amplio Derecho Penal simbólico (y así parece reflejarlo la realidad diaria de las clínicas, así como la propia inacción de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad debido a la dificultad de identificar conductas delictivas —piénsese en la persona que de manera pasiva y silenciosa exhibe un cartel con un feto muerto, ¿sería esta una conducta subsumible en el «acto molesto» referido por el legislador?—). Y ello sin perjuicio de problemas constitucionales que puedan derivarse, en relación con la libertad de circulación por la vía pública o el derecho de manifestación y reunión, problemas no menores que, de hecho, han motivado ya la interposición de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (que, por cierto, sigue sin pronunciarse tras más de doce años, sobre la constitucionalidad de la propia LO 2/2010, de la que se deriva en gran parte la legitimidad de este nuevo injusto penal). Cabe por ello preguntarse, ¿hasta cuándo vamos a seguir llenando el Código Penal de normas inoperantes, hasta engordar tanto su contenido que sus propias costuras lleguen a romperse?

*Todos los enlaces ofrecidos han sido consultados por última vez a fecha de 1 de septiembre del presente año 2022.

Cecilia CUERVO NIETO
Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca
España
u135160@usal.es

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN
(Enero-Junio 2022)
PENAL

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 10, Diciembre 2022, 205-208
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-ND

Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género
[BOE-A-2022-4516]

MEDIDAS DIRIGIDAS A LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS HUÉRFANAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ASPECTOS PROCESALES

En el avance hacia lograr el desiderátum que representa la igualdad de género y en conexión no solo con los textos internacionales aprobados en relación con la eliminación de la discriminación contra la mujer y la prevención y lucha contra la violencia de género, sino también con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, en especial con el ODS 5 sobre *Igualdad de Género*, una de las últimas reformas llevadas a cabo en España en la materia ha sido la aprobación de la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género (BOE núm. 69, de 22/03/2022), la cual parte de la desoladora situación a la que se enfrentan no pocos menores que han quedado huérfanos como consecuencia de delitos de violencia de género. Una cifra que desde el año 2013 asciende a más de 300 menores, siendo de 26 solo en el año 2020.

En este sentido, desde el Preámbulo, se pone de manifiesto la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran aquellos menores que han quedado huérfanos tras la comisión de esta clase de delitos en la medida en que el entorno de violencia en el que viven representa un factor condicionante de su bienestar y desarrollo hasta el punto de llegar a causarles graves problemas de salud. Una vulnerabilidad que se ve acentuada en aquellos supuestos en que estos menores no solo pierden a sus madres como consecuencia de la violencia ejercida por sus padres, sino que también pierden a estos últimos al ser privados de libertad, por lo que dejan de tener a sus dos máximos referentes, con el consiguiente impacto psicológico y emocional que ello supone.

Por otro lado, no puede ignorarse el importante estigma social que se genera con la comisión de esta clase de delitos, lo que en muchas ocasiones conduce a estos menores a intentar evitar que puedan ser identificados como hijos de un delincuente — en estos casos, un asesino —, y que, en definitiva, provoca una merma en su capacidad para superar los daños psicológicos y emocionales. A ello se suma, además, el cambio en sus formas de vida, pasando de vivir en los que hasta entonces eran sus hogares a instalarse con familiares o, incluso, quedar bajo la atención y asistencia de los servicios sociales. De igual modo, dicha situación de desamparo se ve a menudo agravada por ciertas circunstancias como el hecho de hacer frente al proceso penal correspondiente, los trámites sucesorios, de filiación o también los relativos a su guarda y custodia. Todo ello afecta, por tanto, de forma singular a la situación económica de estos menores huérfanos y de sus familias pues, independientemente del contexto social, se trata

de un esfuerzo de gran importancia no solo por la necesidad de afrontar dichos trámites y todos los daños ocasionados, sino también por la incorporación de estos jóvenes con necesidades especiales y en edad de estudiar en el núcleo familiar que los acoge.

En este sentido, se hace especial hincapié en los trámites sucesorios por ser precisamente esta cuestión en la que estos menores encuentran mayores obstáculos para hacer valer los derechos que les corresponden como herederos de las madres fallecidas y, en definitiva, para regularizar la situación patrimonial resultante a la mayor brevedad posible. Igualmente, se observan también dificultades para el acceso a las indemnizaciones como motivo de la responsabilidad civil derivada del delito, así como a los bienes y derechos de la herencia.

Así las cosas, teniendo como horizonte normativo la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29/12/2004) y la reformada operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015) —en virtud de la cual los hijos menores de las mujeres víctimas de violencia de género son también víctimas de esta clase de violencia—, junto con el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017, que contempla medidas dirigidas a la mejora de la asistencia y protección de menores, la presente Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, tiene como propósito la eliminación de todos aquellos obstáculos a los que se enfrentan estos menores huérfanos en aras de mitigar la situación de especial vulnerabilidad derivada de su condición de víctimas de violencia de género y favorecer el desarrollo de una vida plena en libertad e igualdad.

Para ello se reforma, en primer lugar, el régimen contemplado en los artículos 807 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08/01/2000), con el objetivo de regular de manera expresa la legitimación de los herederos de la mujer víctima fallecida para instar la liquidación del régimen matrimonial en la medida en que las dudas suscitadas sobre el procedimiento aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales en estos supuestos y la disparidad de pronunciamientos judiciales al respecto perjudica a los menores huérfanos al retrasar el acceso a la misma y, por tanto, a la determinación de su herencia. Todo ello hace necesario modificar, en segundo lugar, el artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 02/07/1985) con la finalidad de atribuir a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la competencia sobre estos procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial que sean instados por los herederos de víctimas fallecidas en el marco de la violencia de género.

En tercer lugar, en tanto en cuanto, como se ha señalado con anterioridad, existen ciertos obstáculos para percibir por parte de estos menores huérfanos las indemnizaciones correspondientes con motivo de la responsabilidad civil derivada del delito, así como los bienes y derechos de la herencia —algo que, sin duda, deviene necesario para la reparación de los daños sufridos—, se introduce un nuevo beneficio fiscal de naturaleza objetiva a través del cual se exime de las modalidades de gravamen previstas en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre,

por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (BOE núm. 251, de 20/10/1993) a las transmisiones de bienes o derechos en beneficio de los hijos; menores, o personas con discapacidad sujetas a patria potestad, tutela o medidas de apoyo para el ejercicio adecuado de su capacidad jurídica. Todo ello porque, si bien las indemnizaciones realizadas en dinero están exentas de tributación indirecta, si estas se instrumentan a través de otros bienes, los menores huérfanos quedaban obligados al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados.

En cuarto lugar, se introducen modificaciones en el 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 (BOE núm. 261, de 31/10/2015), y en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1987), en materia de prestación de orfandad en conexión con la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer (BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2019), que supuso un gran avance en este sentido al crear una nueva prestación de orfandad en los casos en que la mujer fallecida no se encontrase en alta o situación asimilada, o bien no tuviera cotizaciones suficientes, mejorando así la protección de las personas huérfanas con motivo de la violencia de género.

Por último, se incluyen una Disposición adicional única sobre la información acerca del derecho de pensión, una Disposición transitoria única y tres Disposiciones finales.

Selena TIerno BARRIOS
Personal Investigador en Formación (FPU)
Área de Derecho Procesal
Centro de Investigación para la Gobernanza Global
Universidad de Salamanca
selenatierno@usal.es

**Real Decreto 268/2022, de 12 de abril, por el que se modifica
el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba
el Reglamento Penitenciario [BOE-A-2022-6046]**

Responde el presente real decreto una necesidad de adecuación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en el que se aprueba esta modificación con el fin de facilitar a los reclusos el ejercicio de sus derechos y su comunicación con el exterior de los establecimientos penitenciarios por medio de sistemas tecnológicos y telemáticos.

En cuanto que la evolución de las redes sociales y la posibilidad de acceso a las mismas en el momento actual eran imprevisibles, de manera que se hacía necesario adaptar la normativa penitenciaria en determinados aspectos tecnológicos y de comunicación derivada de la trascendencia actual de los mismos, necesitando una adaptación que pretende por la presente normativa adecuarse a partir de su utilización como medio facilitador para el acceso a servicios o prestaciones y al ejercicio de derechos.

El presente real decreto facilita a los reclusos el ejercicio de sus derechos y su comunicación con el exterior de los establecimientos penitenciarios por medio de sistemas tecnológicos y telemáticos. Hoy en día, como consecuencia de esta evolución han aparecido sistemas que deben complementar comunicaciones y visitas, tradicionalmente presenciales. Así, el uso habitual de las videoconferencias como forma de comunicación social, asumida y de utilización absolutamente generalizada en la actualidad, debe tener también su reflejo en el ámbito penitenciario

La reforma contempla también que las comunicaciones a que tienen derecho los internos puedan realizarse por medio de estos sistemas (videoconferencias) y modifica la frecuencia y duración de las mismas, que pasan a ser de un mínimo de cinco llamadas por semana con una duración mínima de cinco minutos cada una, valores que en el reglamento vigente eran umbrales máximos, por lo que la comunicación con el exterior de los internos se verá notablemente incrementada.

Si bien se plantean problemas actuales de infraestructuras, en cuanto los medios dispuestos son escasos y notoriamente insuficientes, produciéndose habitualmente problemas técnicos en las comunicaciones, especialmente en las videoconferencias, que cada vez son más habituales. Si bien en su aspecto estructural y económico nos encontramos con escasas dotaciones presupuestarias, propias del mismo sistema penitenciario, que sin lugar a dudas puede suponer unas enormes ventajas si se estudian de forma global, en cuanto en numerosas ocasiones el derecho de visitas al que tienen los internos se ve obstaculizado por las dificultades de desplazamiento que en muchas ocasiones tienen los familiares, de manera que conseguirá una enorme facilitación de los encuentros y a la vez supondrá una menor afluencia de gente en los establecimientos penitenciarios que tantos problemas ocasionan, tanto de familiares

como con los profesionales, ya sean procuradores, abogados o las autoridades judiciales, del Ministerio Fiscal.

A su vez, desde el punto de vista del tratamiento penitenciario, la progresiva incorporación de las tecnologías de la información y comunicación en la dinámica del régimen de los centros penitenciarios ayuda a la reintegración de los internos con ocasión de la próxima libertad, en cuanto las dificultades que se producen para su utilización con la normativa vigente hasta el presente RD.

Además, el real decreto establece la posibilidad de que las normas de régimen interior de cada centro penitenciario regulen el uso del ordenador y de otros materiales informáticos como los dispositivos externos de almacenamiento de información y la conexión a las distintas redes de comunicación. Por otro lado, las bibliotecas contarán con ordenadores con acceso a las redes sociales respetando las normas de seguridad digital y de protección de datos; además se regula esta materia de manera que cuando los datos de carácter personal de los reclusos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administración penitenciaria no será preciso el consentimiento del interno afectado, salvo en los supuestos recogidos en el artículo 15 bis de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre.

Finalmente, el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, establece en su disposición adicional tercera las Condecoraciones Penitenciarias, tanto para los profesionales pertenecientes a la Administración penitenciaria como para instituciones, entidades y particulares que se distingan en su colaboración con la misma. Respondiendo a la obligada adaptación de la normativa a las nuevas realidades, se hace necesario crear el Premio Nacional Concepción Arenal para reconocer la labor periodística que, por su relevancia y trascendencia, haya contribuido de manera significativa a dar a conocer a la sociedad el medio penitenciario.

La presente regulación entra en vigor a los veinte días de su publicación, que será de difícil cumplimiento en cuanto nos encontramos una normativa con exceso de referencias en las que dependerán de las circunstancias particulares para su realización. Por lo que la normativa nos parece excesivamente vaga e imprecisa.

José Carlos GÓMEZ DE LIAÑO POLO
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo
carlospo@uniovi.es

Instrumento de ratificación del Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales, hecho en Medellín el 25 de julio de 2019 [BOE-A-2022-6675]

El *Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales*, hecho en Medellín el 25 de julio de 2019, y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 26 de abril de 2022, es una muestra más de la decidida voluntad de los Estados miembros de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, en adelante: COMJIB, por incrementar la cooperación jurídica internacional, creando un verdadero *espacio judicial iberoamericano* que sirva para luchar, de una forma más eficaz, contra fenómenos que atentan contra el orden social, económico e institucional, tales como la delincuencia organizada transnacional, el terrorismo, el tráfico y la trata de seres humanos, el tráfico de drogas y de armas, el lavado de activos, los delitos de corrupción o la ciberdelincuencia.

Muestra de que la preocupación por la cooperación internacional ha sido y sigue siendo una constante hasta el día de hoy, en la agenda iberoamericana es la inclusión de esta línea de trabajo entre los objetivos específicos de la *Estrategia 2022-2023 de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos*, aprobada en septiembre de 2021 y donde, con una especial referencia a intentar dar respuesta a la situación creada por el COVID-19, se establece la necesidad de promover el uso de nuevas tecnologías en el ámbito de la Justicia para modernizar los procesos administrativos y judiciales y agilizar los medios de intercambio de información en la lucha contra la delincuencia, así como la de fortalecer los mecanismos de cooperación jurídica internacional como condición necesaria para la consolidación del Estado de Derecho y el ejercicio y tutela de los derechos individuales en Iberoamérica, todo ello siempre en el marco del cumplimiento del ODS 16 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas¹.

En este sentido, el Tratado de Medellín, que estamos analizando, y que ha entrado en vigor el 9 de mayo de 2022, pretende dar respuesta a la urgente necesidad de tratar con la debida celeridad y agilizar las solicitudes de cooperación internacional en los procedimientos penales. Y lo hace, aprovechando la experiencia de más de una década de cooperación entre las autoridades centrales y los puntos de contacto nacionales en el ámbito de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional

¹ La *Estrategia 2022-2023 de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos* puede consultarse en <https://comjib.org/wp-content/uploads/2022/02/Estrategia-2022-2023.pdf>. Fecha de última consulta: 10 de octubre de 2022.

en materia penal y civil (*IberRed*), constituida el 30 de octubre de 2004 en Cartagena de Indias (Colombia), considerada como un instrumento imprescindible dentro del espacio judicial iberoamericano, y que tiene como objetivos optimizar la cooperación jurídica en materia penal y civil entre los países iberoamericanos y establecer y mantener actualizado un sistema de información sobre los diferentes sistemas legales de la Comunidad Iberoamericana de Naciones colaborando en la identificación y análisis de acciones para mejorar el ámbito de justicia iberoamericano².

Así, el Tratado reconociendo el potencial de la plataforma electrónica *Iber@*³, creada en el ámbito de *IberRed*, como herramienta tecnológica para la transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional, establece en el artículo 1 su uso como «medio formal y preferente de transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales, en el marco de los tratados vigentes entre las partes y que contemplen la comunicación directa entre dichas instituciones».

No obstante, y pese a que se pretende institucionalizar un modelo que ha demostrado excelentes resultados, su utilización no es obligatoria ya que las Partes pueden, conforme a lo previsto en el artículo 4 del Tratado, optar por otro medio de transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional.

Lo que sí parece dejar claro el Tratado es que, recibida por una autoridad central la solicitud de cooperación a través de *Iber@*, el resto de las comunicaciones posteriores, relacionadas con su ejecución, se remitirán a la autoridad central emisora por el mismo medio, salvo que la naturaleza de la solicitud o una situación sobrevenida pudiera desaconsejar su uso.

Para ello, *Iber@* facilitará a cada usuario, debidamente acreditado y designado por las partes en representación de las autoridades centrales designadas en cada tratado, la correspondiente firma electrónica que necesariamente deberá utilizarse en cada transmisión, siendo el contenido de cada solicitud y los documentos que la acompañan únicamente accesibles para las partes involucradas en la transmisión.

Dicha documentación se tendrá por original y/o auténtica a los efectos previstos en los tratados en vigor, encargándose *Iber@* de validar la transmisión electrónica, si bien el análisis del contenido corresponderá, en su caso, a las autoridades competentes conforme a lo señalado en el artículo 3.3 del Tratado.

También se encarga este instrumento de señalar las competencias de la Secretaría General de *IberRed*, a la que se hace responsable del desarrollo, la gestión y el

2 *IberRed* está a disposición de los operadores jurídicos de 22 de los Estados miembros de la Comunidad Iberoamericana de Naciones y del Tribunal Supremo de Puerto Rico, estimándose que, en la actualidad, beneficia a más de 500 millones de ciudadanos. Para más información puede consultarse el sitio *web* de la Red en <https://iberred.notariado.org/>. Fecha de última consulta: 10 de octubre de 2022.

3 La versión actual de la Plataforma *Iber@* fue presentada, con sus nuevas funcionalidades, desarrolladas por la Agencia Notarial de Certificación del Consejo General del Notariado Español, el 22 de marzo de 2021.

correcto funcionamiento de Iber@, así como de su seguridad, de la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de la misma y de la protección de datos de carácter personal, vetándosele expresamente el acceso a las solicitudes, a la documentación que las acompañe o a cualquier dato de carácter personal o confidencial que se contenga en dichas solicitudes y documentos (solo podrá acceder a la información que se genere en relación con los datos estadísticos o indicadores necesarios para dar seguimiento a la efectividad de Iber@ y para la rendición de cuentas).

En cuanto a la normativa aplicable a la transmisión y ejecución de las solicitudes, el Tratado señala que se harán de conformidad con los tratados en vigor entre las partes aplicables al caso concreto, debiendo los Estados realizar sus mejores esfuerzos para atender las solicitudes de los Estados requirentes en el menor tiempo posible y con especial atención a los casos urgentes.

Como anexo, el Instrumento de ratificación también recoge el *Reglamento de Financiación para el desarrollo, la gestión, la administración y el mantenimiento de Iber@*, mandado en el artículo 10 del Tratado, y que tiene por objeto especificar las normas de financiación de la plataforma Iber@ por parte de los Estados Parte, incluyendo las relativas a la elaboración y ejecución de su presupuesto, que será aprobado por la Comisión de Seguimiento que se constituirá a estos efectos, y que se ajustará a los principios de equilibrio y anualidad, conforme a lo señalado en el artículo 2 de dicho reglamento.

Finalmente debemos señalar que la *Estrategia 2022-2023 de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos*, a la que ya antes hemos hecho referencia, se marca como objetivos, en el marco de la cooperación jurídica internacional, fortalecer la confianza mutua entre las instituciones iberoamericanas, incluyendo su acervo jurídico y las competencias de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional *IberRed*, proponiéndose como resultados a cumplir en un corto plazo no solo el desarrollo técnico del Tratado de Medellín, la hoja de ruta para su evaluación, así como la actualización y posterior difusión de las FAQ y versiones traducidas de las mismas, sino también conseguir la entrada en vigor del Convenio Iberoamericano de Equipos Conjuntos de Investigación, firmado en Viña del Mar (Chile), el 5 de abril de 2013, y que se sumaría a otros convenios iberoamericanos ya vigentes sobre esta materia, como el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata, el 3 de diciembre de 2010, y su Protocolo Adicional en materia de costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes, firmado en Mar del Plata (Argentina) el 3 de diciembre de 2010 en vigor desde 2014 o el Convenio Iberoamericano de Cooperación sobre Investigación, Aseguramiento y Obtención de Prueba en materia de Ciberdelincuencia, firmado en Madrid en mayo de 2014 y cuya entrada en vigor se ha producido el 26 de agosto de 2022.

Adán CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL
Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
adanccg@usal.es

Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal [BOE-A-2022-7184]

El Reglamento del Ministerio Fiscal, aprobado por el Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, publicado en el *BOE* el 4 de mayo de 2022, es una norma de desarrollo de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). Con ella se deroga el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal aprobado por Decreto 437/1969, una normativa preconstitucional que había estado cumpliendo esa función hasta ahora. Así se explica en la exposición de motivos que hace referencia a un retraso de 35 años, cuyo inicio fue el mandato de la DA primera del EOMF que facultaba al Gobierno para dictar el reglamento en el plazo de un año. A pesar de que, según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, el proyecto de Reglamento haya sido objeto de un estudio largo y detallado por el Consejo Fiscal, lo cierto es que no es posible acceder a ninguno de los dos informes que emitió ese órgano.

El borrador del nuevo reglamento parece haber tenido una tramitación agitada. La versión que se trasladó al CGPJ para informe tenía un contenido más ambicioso y acorde con su denominación, aunque olvidaba de la materia de inspección, que finalmente se incluye, y que hubiera quedado sin regulación, tal como advirtió el CGPJ. Sin embargo, el texto finalmente aprobado eliminó parte del contenido inicial y deja subsistentes regulaciones que podrían perfectamente haber sido incluidas.

Las materias objeto de regulación son, como explica el propio art. 1, el desarrollo del estatuto jurídico de los miembros del Ministerio Fiscal y determinados aspectos orgánicos de su régimen interno. Se aclara que el estatuto jurídico se refiere a la adquisición y pérdida de la condición de miembro de la carrera fiscal, así como las situaciones administrativas, incapacidades, permisos, derechos y deberes, provisión de destinos y sustituciones, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades de los miembros del Ministerio Fiscal. Se regulan los supuestos de comisión de servicios —aunque no todos, como veremos— y los traslados forzosos. También hace una distribución de las competencias del Ministerio que corresponden a los fiscales jefes o, en su caso, al Ministerio de Justicia en relación con la autorización de los permisos solicitados y se regulan los desplazamientos de los fiscales por el territorio nacional.

Como aspectos más destacables están, por un lado, la adecuación de la normativa al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, como se manifiesta, entre otras cosas, en la reserva de plazas y la posibilidad de que determinadas circunstancias de esas personas puedan repercutir en su asignación, una vez superado el proceso selectivo. Igualmente debe subrayarse la armonización con la normativa de igualdad entre hombres y mujeres, así como con

la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género de cara a la solicitud y plazo de las excedencias, los permisos y flexibilizaciones de la jornada relacionados con la maternidad. Se hace expresa referencia a la tramitación de los expedientes por acoso o violencia en el trabajo y acoso sexual previendo que la potestad disciplinaria se ejercerá velando especialmente por el cumplimiento de las garantías de objetividad, confidencialidad, celeridad e inmunidad [sic]. También es novedosa la creación de la figura del Fiscal Promotor de la Acción Disciplinaria, como órgano permanente nombrado por el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal de entre los fiscales de Sala del Tribunal Supremo o fiscales con más de 25 años de antigüedad en la carrera. Se trata como recuerda el CGPJ de figura análoga a la del Promotor de la Acción Disciplinaria prevista en los artículos 605 a 608 LOPJ.

Existen aspectos que inexplicablemente quedan fuera del reglamento, como el traslado temporal en régimen de comisión de servicio, para el que el art. 72 remite a la normativa reguladora del régimen de sustituciones y medidas de apoyo o refuerzo entre los miembros del Ministerio Fiscal, es decir, a la Instrucción 3/2015, de 4 de diciembre, sobre comisiones de servicio en la carrera fiscal para la cobertura de plazas no ocupadas por ausencia de su titular o por vacante. Algo parecido sucede con la remisión que hace el art. 79 al RD 147/2022, de 22 de febrero —publicada tan solo unos meses antes—, por el que se regula el régimen de sustituciones y de medidas de apoyo o refuerzo en el Ministerio Fiscal.

El Reglamento parece olvidar a veces su naturaleza reglamentaria y el carácter de norma primaria de la LOPJ, por expresa remisión del EOMF. Incluye, por ejemplo, un título preliminar perfectamente prescindible y, en diversas ocasiones, realiza una reproducción del contenido, no siempre con la misma redacción, de preceptos legales ya existentes. Como consecuencia existen preceptos que incurren en extralimitación normativa y que deberían ser considerados nulos, como el art. 25 en sus referencias a las oposiciones para el ingreso en la carrera fiscal, pues en esta materia, como advertía el CGPJ, el art. 42 del EOMF se remite expresamente a lo dispuesto en la LOPJ y no debería ser objeto de desarrollo reglamentario por esta vía. Existen otros supuestos menos claros, pero más problemáticos.

Es lo que ocurre con el conocimiento del idioma cooficial y el derecho propio de las comunidades autónomas a los efectos de provisión de plazas. Lo previsto en el artículo 36 del EOMF es que, para la provisión de plazas en comunidades autónomas con idioma cooficial, será mérito determinante el conocimiento del idioma. Y será también mérito, en este caso preferente, el conocimiento del derecho propio de la comunidad autónoma. Con respecto a este último mérito, el reglamento hace una restricción contraria al principio de jerarquía normativa, pues, donde el Estatuto dice «derecho propio de la comunidad autónoma» el reglamento se refiere al «derecho *civil* propio de la comunidad autónoma».

En desarrollo de esos criterios el artículo 52 del Reglamento se refiere a la posibilidad de celebrar convenios con las comunidades autónomas para determinar los títulos oficialmente reconocidos y a la fijación de las pruebas oportunas para acreditar

la suficiencia del conocimiento de la lengua. Para la acreditación del conocimiento del derecho *civil* propio, el reglamento también establece la posibilidad de que se celebren convenios con las universidades y comunidades autónomas para determinar los títulos oficialmente reconocidos y las actividades de formación destinadas a obtener los títulos para acreditar el conocimiento de derecho *civil* propio. En ambos casos será la Sección Permanente de Valoración de la Inspección Fiscal la que examinará los títulos, certificados y documentación aportada, reflejando en informe individualizado el parecer sobre su validez y cuanto de su contenido se infiera a efectos de acreditar el conocimiento del idioma o Derecho *civil* propio.

El problema en ambos casos es que, por un lado, la celebración de convenios es una posibilidad y no una obligación, por lo que muy bien pueden pasar los 3 años de *vacatio legis* que tienen los arts. 52 y 70, sin que se hayan celebrado, quedando en manos de la sección permanente la valoración de estos méritos, que pueden alterar el criterio general del puesto escalafonal del art. 136.5 del EOMF. En segundo lugar, queda sin aclarar quién puede celebrar esos acuerdos, si el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General o el Centro de Estudios Jurídicos.

En conjunto la norma, a pesar de su prolongada tramitación, ofrece un aspecto descuidado. Existe una descompensación entre el minucioso detalle —muchas veces innecesario por reproducir normas ya existentes— y la existencia de disposiciones genéricas, sorprendentes en un reglamento pues no añaden nada a lo dispuesto en la norma principal, como sucede de modo paradigmático con el reparto de trabajo en las fiscalías del que el artículo 20 no hace sino recordar que «Los Fiscales Jefes serán responsables de la organización de los servicios y que el reparto será transparente y equitativo».

Hay desorden y reiteraciones que complican innecesariamente su manejo, como en materia de permisos, donde la referencia general a la competencia para concederlos del artículo 115 aparece cuando previamente ya se han ido mencionando en algunos de los supuestos.

Aunque más anecdótica, también ofrece una imagen de descuido la falta de homogeneidad en la denominación de los cargos. Para referirse al o a la Fiscal General del Estado se remarca el valor genérico utilizando la expresión «la persona titular de la Fiscalía General del Estado», cosa que no se hace con el resto de los cargos de la carrera fiscal. La impresión es extraña, especialmente cuando aparecen las dos nomenclaturas en el mismo precepto. Lo mismo sucede en cuanto a la nomenclatura de las leyes. Para referirse a la norma que desarrolla el reglamento se refiere unas veces a la Ley 50/1981 y otras al Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal como hace con Ley orgánica del Poder judicial.

Jesús Miguel HERNÁNDEZ GALILEA
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo
hgalea@uniovi.es

— RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA —
ENERO-JUNIO 2022

COORDINADORA:

Estrella TORAL LARA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación en este número:

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal. USAL

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Mercedes IGLESIAS BÁREZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio. DERECHOS DE AUTO DE NUEVO, LA INCONSTITUCIONALIDAD DE MEDIDAS PARA LUCHAR CONTRA EL COVID-19, por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ

DERECHO CIVIL

1. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2022 (419/2022). CAUSA DE DESHEREDACIÓN, por Lucía SÁNCHEZ GARCÍA
2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 2176/2022, de 30 de mayo. PONENTE: EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIELBERG, RESUELVE LA CONCESIÓN DE UNA PENSIÓN COMPENSATORIA ESTABLECIDA EN CONVENIO APROBADO POR LA SENTENCIA DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN, por Carmen R. IGLESIAS MARTÍN
3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 437/2022, de 31 de mayo. CUSTODIA COMPARTIDA, por Jéssica DELGADO SÁEZ

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2022, de 2 de junio [BOE-A-2022-11083]. VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD DE GÉNERO Y DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN, por Pablo RAMOS HERNÁNDEZ

DERECHO MERCANTIL

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 124/2022, de 16 de febrero de 2022. NULIDAD DE PATENTE SOBRE MATERIA VIVA. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE OBVIEDAD DE LA REIVINDICACIÓN PRINCIPAL SOBRE LA VIGENCIA DE LAS DEPENDIENTES, por Marcos CRUZ GONZÁLEZ
2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 144/2022, de 22 de febrero de 2022. CONTRATO DE SEGURO. DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO. INDEMNIZACIÓN, por M.ª del Mar GÓMEZ LOZANO
3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 198/2022, de 8 de marzo de 2022. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. APLICACIÓN DE CONDICIONES DESIGUALES. ESTACIONES DE SERVICIO, por Fernando DE LA VEGA GARCÍA

4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 222/2022, de 23 de marzo de 2022. OFERTA PÚBLICA DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES. ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. DEBER DE DILIGENCIA EMPRESARIAL, por Antonio ALONSO-BARTOL BUSTOS
5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 367/2022, de 4 de mayo de 2022. CRÉDITO «REVOLVING» O REVOLVENTE. «INTERÉS NORMAL DEL DINERO» A CONSIDERAR ANTE FALTA DE ESTADÍSTICAS DEL BANCO DE ESPAÑA, por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS

DERECHO PENAL

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Pleno), 582/2022, de 13 de junio. ¿ESTÁ EL CORRECTIVO FÍSICO AMPARADO POR EL DERECHO DE CORRECCIÓN INHERENTE A LA PATRIA POTESTAD?, por Marcos CHAVES CAROU

Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio

DERECHOS DE AUTO DE NUEVO, LA INCONSTITUCIONALIDAD DE MEDIDAS PARA LUCHAR CONTRA EL COVID-19

La lucha contra la pandemia del COVID-19 jurídicamente provocó la declaración de tres estados de alarma (dos aplicables en todo el territorio nacional en marzo y octubre, y uno referido a algunas ciudades de la Comunidad de Madrid, en octubre de 2020) [sobre estos estados de alarma declarados y sus problemas jurídicos, por todos, ver ÁLVAREZ GARCÍA, V. 2021: *2020, el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*. Madrid: Ed. Iustel; ÁLVAREZ GARCÍA, V.; ARIAS APARICIO, F. y HERNÁNDEZ DíEZ, E. 2020: *Lecciones jurídicas para la lucha contra una pandemia*. Madrid: Ed. Iustel; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2021: *Los estados de alarma por el COVID-19*. Prólogo de Ángel Sánchez Blanco. Salamanca, Ed. Ratio Legis, y MUÑOZ MACHADO, S. 2022: *El poder y la peste (2020-2022)*. Madrid: Ed. Iustel], y la adopción de un buen número de medidas que confirmaban la práctica desaparición del Gobierno de la Nación de la dirección y gestión de la epidemia del COVID-19, así como otros problemas jurídico-administrativos.

Las medidas para doblegar las sucesivas *olas* de la pandemia (siete hasta octubre de 2022), ante la negativa del Gobierno de la Nación a elaborar y tramitar ningún texto legislativo más adecuado para luchar contra la pandemia, y así no tener que declarar nuevamente el estado de alarma, a pesar de los anuncios realizados desde mayo de 2020, se adoptaron a cabo con el mismo marco jurídico-administrativo para luchar contra el COVID-19, que continuaba, y continúa hoy, en octubre de 2022, siendo el mismo, con alguna modificación: la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (BOE del 29) [[BOE.es - BOE-A-1986-10498 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública](#)]; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE del 29) [[BOE.es - BOE-A-1986-10499 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad](#)], y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE del 5) [[BOE.es - BOE-A-2011-15623 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública](#)], sin perjuicio de la utilización, en su caso, de la Legislación en materia de seguridad nacional y ciudadana o en materia de emergencias y protección civil. Y, como luego declararía el Tribunal Constitucional, debe señalarse que, por razones constitucionales, esta legislación ordinaria y orgánica tenía y tiene problemas para constituir la base para limitar derechos fundamentales con carácter general, y menos aún por las comunidades y ciudades autónomas.

Además, ha habido un buen número de ejemplos que acentuaban la sensación de desorganización jurídica y administrativa en la lucha contra el COVID-19: los problemas con las compras de material sanitario en la primera *ola* de la epidemia y con las mascarillas (teniendo en cuenta que la legalidad de la imposición del uso obligatorio de

las mascarillas la confirmó la STS 1569/2020, de 20 de noviembre [[STS 1569/2020, 20 de noviembre de 2020 - Jurisprudencia - VLEX 852189486](#)], y que ha habido y hay actualmente diversos procedimientos judiciales abiertos para analizar las posibles responsabilidades por malas actuaciones en los contratos de adquisición y otros supuestos) [sobre los problemas jurídicos planteados en relación con las mascarillas y los «bandazos» normativos dados, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2022: «La gestión del uso de mascarillas: un ejemplo más de la desorganización administrativa en la lucha contra el COVID-19». *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, 2022, n.º 10030, 44 pp. <https://www.aepda.es/AEPDAEntrada-3563-La-gestion-del-uso-de-mascarillas-un-ejemplo-mas-de-la-desorganizacion-administrativa-en-la-lucha-contra-el-COVID-19.aspx>]; las limitaciones de movimientos y reuniones de las personas, que el Estado y cada comunidad adoptó en función de sus razonamientos particulares, y con ámbitos territoriales muy diversos, incidiendo en las libertades públicas (principalmente, la libre circulación, el derecho de reunión y la libertad de empresa), aunque las medidas previstas en los estados de alarma serán declaradas inconstitucionales, como veremos; la imposición de *toques de queda* generales y de horarios de cierre de actividades, variando de unas comunidades a otras; las medidas económicas de ayuda por la epidemia; la realización descoordinada de test del virus y de las propias campañas de vacunación contra el coronavirus; las modificaciones de normas por cauces no adecuados o los excesos normativos. Además, y ante la negativa del Gobierno de la Nación de elaborar y tramitar una legislación específica sobre las pandemias, las comunidades autónomas se lanzaron a aprobar normas legales, muchas con problemas constitucionales, para luchar contra el coronavirus, reproduciendo el consiguiente desbarajuste jurídico-administrativo del pasado.

Posteriormente, como es bien sabido, el Tribunal Constitucional, de forma contundente, declaró la inconstitucionalidad de los estados de alarma generales de marzo y octubre de 2020 y del cierre del Congreso de los Diputados durante el confinamiento de marzo de ese año, mediante las SSTC 148/2021, de 14 de julio, 168/2021, de 5 de octubre, y 183/2021, de 27 de octubre [sobre las mismas *vid.* FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2022: «La inconstitucionalidad de los estados de alarma por el COVID-19». *Ars Iuris Salmanticensis*, junio de 2022, 10(1): 357-369 [[Vista de Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio](#); [Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 5 de octubre](#); [Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre \(usal.es\)](#)], y 2021: «Finalización del estado de alarma: la desorganización jurídico-administrativa continúa». *Revista Gallega de Administración Pública*, julio-diciembre, 2021, 62: 391-425 [<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4871>], y VILLAR CRESPO, G. 2022: «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021 y 183/2021». *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-agosto de 2022, 123: 179-222 (Último número - [IVAP \(euskadi.eus\)](#))].

Por otra parte, la intervención de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en situaciones de crisis parece claro que no estaba pensada por el legislador para

pandemias como la actual, muy contagiosa y extendida por todo el mundo de manera generalizada, y mucho menos se preveía el importante papel que se atribuirá al Tribunal Supremo, después de la última reforma de esa legislación, al asignarle una función cuasi normativa y administrativa.

En efecto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 no hacía referencia alguna a la autorización o ratificación judicial de medidas que incidieran en los derechos fundamentales. Será la reforma de esa Ley aprobada en 2000, incorporando un nuevo párrafo al entonces art. 8-5.º-LJCA (después pasaría al art. 8-6.º), la que añade la función citada, como una competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, con un carácter muy amplio y general; si bien, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el órgano judicial es de ámbito menor, por lo que no parece el más adecuado territorialmente para hacer frente a una pandemia de ámbito mundial como la actual. Además, estas funciones de autorización y ratificación de los Juzgados de lo Contencioso se preveían para casos concretos, pero no para situaciones globales, como la pandemia del COVID-19.

Sin embargo, una más adecuada regulación, al menos desde el punto de vista competencial, de la intervención judicial en la autorización o ratificación de medidas para hacer frente al coronavirus se produjo con la aprobación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE del 19) [[BOE.es - BOE-A-2020-10923 Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia](https://www.boe.es/boe-A-2020-10923)], al modificar varios artículos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con las competencias de los distintos órganos judiciales.

En efecto, la Disposición Final 2.ª de esa Ley modifica el art. 8-6.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, añadiendo un párrafo que avala la interpretación anterior, al precisar ahora que, entre otras, la competencia de los Juzgados de lo Contencioso se extiende asimismo a «la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales *cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada*». Por otra parte, se modificó el art. 10-LJCA, que asigna a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de «la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las *autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente*». Y, finalmente, se modificó el art. 11-i-LJCA, que encomienda a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional «la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la *autoridad sanitaria estatal considere urgentes*

y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente» [los subrayados son nuestros].

Ciertamente, esta reforma, aprobada en septiembre de 2020, en el inicio de la segunda ola de la epidemia del coronavirus, aclara las competencias de los distintos órganos judiciales en relación con esa cuestión, aunque parece que continúa refiriéndose a casos concretos y no, p. ej., a comunidades autónomas completas, aunque la última frase de los preceptos modificados está redactada de forma muy abierta.

No obstante, debe señalarse que esta reforma confirma el papel cuasinormativo de jueces y tribunales, al coparticipar con carácter general, mediante su autorización o ratificación, en la adopción de las medidas sanitarias aprobadas por las autoridades administrativas; modelo que no se compagina muy bien con la división de poderes establecida en la Constitución española.

Ciertamente, los problemas señalados provocaron, como veremos, la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introducido por la DF-2.^a de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, citada, admitida por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Providencia de 16 de febrero de 2021 (BOE de 23), y que resolverá la STC 70/2022, de 2 de junio, declarando su inconstitucionalidad.

Sin embargo, los problemas jurídico-administrativos, y el desbarajuste consiguiente, se agravarán con la finalización, el 9 de mayo de 2021, del estado de alarma declarado en octubre de 2020, después de su larguísima prorroga [sobre los mismos, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2021: «Finalización del estado de alarma: la desorganización jurídico-administrativa continúa». *Revista Gallega de Administración Pública*, 2021, 62: 391-425 (<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4871>)], al aprobarse el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE del 5) [[BOE.es - BOE-A-2021-7351 Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2](https://www.boe.es/boe/BOE-A-2021-7351)], en pleno descenso de la cuarta ola de la epidemia del coronavirus, y cuya Exposición de Motivos contiene afirmaciones que estaban lejos de ser ciertas, ya que las medidas a las que se refiere no se articulaban ni se articulan fácilmente en las leyes sanitarias señaladas, incluso con ratificación judicial, y además el nuevo sistema de intervención judicial genera dudas y bastante inseguridad jurídica, y desde luego más incertidumbre que una adecuada regulación legal (orgánica u ordinaria, o ambas) sobre pandemias [ver ÁLVAREZ GARCÍA, V. 2022: «Los medios jurídicos necesarios para la lucha frente a

las futuras pandemias». *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, 2022, 59, 30 pp.]. De acuerdo con las ideas anteriores, y sin haber intentado modificar la legislación sanitaria vigente o elaborar una nueva legislación sobre pandemias, el Gobierno de la Nación procedió a modificar la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el art. 15 del Real Decreto-Ley con la finalidad de cambiar la regulación del recurso de casación para posibilitar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo pudiera entrar a conocer sobre los autos adoptados por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional y además fijar doctrina legal, con intervención de las Administraciones Públicas autonómica y estatal, además del Ministerio Fiscal, sobre el alcance de la legislación sanitaria en relación con las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos impuestas por las autoridades sanitarias, y todo ello en un plazo muy breve de tiempo (concretamente, el Tribunal Supremo ha de decidir en un plazo de 5 días), que es lo que requiere una situación sanitaria tan grave y extraordinaria como la que obliga a esas autoridades a tener que adoptar esta clase de medidas.

Ciertamente, este nuevo sistema contribuye a sentar doctrina sobre la cuestión, eliminando las diferentes, y contradictorias en un buen número de ocasiones, interpretaciones de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional en la ratificación, o no, de las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades administrativas, pero, sin embargo, no supone un instrumento ágil ni eficaz para implantar medidas efectivas de lucha contra el coronavirus, pues primero la Administración adopta la medida; seguidamente se ha de solicitar la ratificación al órgano judicial competente, y, finalmente, en su caso, puede intervenir el Tribunal Supremo, y además se le ha dado a los jueces y tribunales señalados un poder cuasinormativo y administrativo que constitucionalmente no le corresponde al Poder Judicial, sino al Poder Legislativo (concretamente, establecer el régimen de intervención en los derechos fundamentales de las medidas de lucha contra el COVID-19, en el marco de la Constitución española) y a la Administración (adoptar las medidas contra el coronavirus y llevarlas a efecto y ejecutarlas). De hecho, más bien, se sitúa a los jueces y tribunales en una situación de copartícipes ejecutivos en la adopción de medidas administrativas, las medidas contra el coronavirus, como si fueran competencias administrativas compartidas. Además, el nuevo sistema surgió con ciertos problemas constitucionales, derivados del hecho de que fuese aprobado mediante un real decreto-ley, aunque su régimen afecta a los derechos fundamentales; cuestión vetada constitucionalmente. Por todo lo cual, no es extraño que fuese recurrido por diputados del Grupo Parlamentario Popular, y mediante Providencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2021 se ha admitido a trámite el recurso de inconstitucional interpuesto.

Frente a esta opción adoptada, parecía, y sigue pareciendo actualmente, más necesaria una nueva legislación sobre pandemias, o la modificación de la normativa actual, que permita adoptar medidas sin tener que declarar el estado de alarma, y previendo la incidencia de las medidas en los derechos fundamentales y de una forma más completa y adecuada que la legislación actual.

No obstante, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE del 19), como hemos señalado, modificó, con cierta polémica (que era totalmente acertada, como se verá), varios artículos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con las competencias de los distintos órganos judiciales relativas a la ratificación o autorización de las medidas adoptadas por distintos órganos administrativos.

Con fecha del 18 de diciembre de 2020, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción dada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, citada, en el marco del procedimiento ordinario tramitado para solicitar autorización judicial respecto de la Orden de la Consejería de Sanidad de 7 de octubre de 2020, que adopta medidas en materia de movilidad por razones de salud pública para la contención del rebrote del COVID-19 en el municipio de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza).

La cuestión de inconstitucionalidad planteada ha sido resuelta por la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio de 2022 [[Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 70/2022 \(tribunalconstitucional.es\)](#)] [FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2022: «La STC de 2 de junio de 2022: la inconstitucionalidad de intervención judicial en relación con las medidas para luchar contra el Covid-19». *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, 13 de julio de 2022, 10109. <https://www.aepda.es/AEPDAEntrada-3696-La-STC-de-2-de-junio-de-2022-la-inconstitucionalidad-de-la-intervencion-judicial-en-relacion-con-las-medidas-para-luchar-contra-el-COVID-19.aspx>, y GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.ª J. 2022: «Independencia judicial y separación de poderes en la atribución de funciones de ratificación de medidas sanitarias a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. STC 70/2022, de 2 de junio de 2022». *Actualidad Administrativa (Grupo Wolters Kluwer)*, 1 de sept. de 2022, 9, 8 pp.], que declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los arts. 10-8.º y 11-1.º, i) y de la referencia a dichos preceptos del art. 122 *quater* de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, redactados por la DF-2.ª de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, citada [ver RECUERDA GIRELA, M. Á. 2022: «El Poder Judicial no es cogobernante». *Diario La Razón*, sábado, 4 de junio de 2022 [El Poder Judicial no es cogobernante \(larazon.es\)](#)].

La Sentencia (FJ n.º 1 a 4) comienza describiendo, con cierta precisión, el objeto de la cuestión, así como el contexto y los antecedentes de la disposición impugnada, y desestimando las alegaciones de admisibilidad planteadas por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado.

A continuación, el Tribunal Constitucional (FJ n.º 5) procede a entrar en el enjuiciamiento constitucional del art. 10-8.º-LJCA, analizando, de manera impecable en un Estado democrático, el alcance del principio constitucional de separación de poderes,

que califica de consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho formado mediante la Constitución española de 1978 (art. 1-1.º), y que impregna la estructura de todos los Estados democráticos. Principio de división y separación de poderes que el Texto Constitucional no enuncia expresamente, pero que se prevé claramente al referirse a la función legislativa asignada a las Cortes Generales (art. 66-2.º), a la función ejecutiva y la potestad reglamentaria que asigna al Gobierno (de la Nación, aunque no se señale con este nombre) y a la potestad jurisdiccional y de control de la actuación administrativa, asignadas en exclusiva a los juzgados y tribunales, al Poder Judicial en suma (arts. 117-3.º y 106-1.º-CE); principio que, además, se ha reiterado en muchas ocasiones por la propia jurisprudencia constitucional, resaltado su carácter esencial en el estado Social y Democrático de Derecho. Separación de poderes que «deber [sic] ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro» (FJ n.º 5).

Por otra parte, la STC (FJ n.º 5) recuerda también que el art. 97-CE, que atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno, no contiene, sin embargo, ninguna reserva de reglamento, y que el control de las normas reglamentarias corresponde constitucionalmente al Poder Judicial (art. 106-1.º-CE).

Además, la STC (FJ n.º 5) recuerda que el principio de separación de poderes cuenta en la Constitución española con diversos mecanismos de frenos y contrapesos, de equilibrio de poderes que responde a la forma parlamentaria de Gobierno (art.1-3.º-CE), a lo que se ha dado en denominar el «parlamentarismo racionalizado» (STC 223/2006, de 6 de julio, FJ n.º 6), y se refiere también a la distribución territorial del poder, destacando que las comunidades autónomas han reproducido el principio de separación de poderes en lo que se refiere a las funciones legislativa y ejecutiva (pero resaltando, con cierta rotundidad, que «[n]o existe, en cambio, un poder judicial propio en las comunidades autónomas»).

Seguidamente, el Tribunal Constitucional avanza en sus argumentos, advirtiendo (FJ n.º 6) que el Poder Judicial constituye una pieza de la propia Constitución española, del Ordenamiento y del Estado de Derecho, y resaltando que la CE define con precisión la función o potestad jurisdiccional que reserva a los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial, a los que garantiza independencia (art. 117). En efecto, la STC afirma que la CE establece que la potestad jurisdiccional se ejerce sobre todo tipo de procesos, que deben cumplir las garantías propias (art. 24-2.º-CE), y que «[d]icha potestad consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, reflejando la fórmula acuñada por la Constitución de Cádiz (arts. 242 y 245) y preservada hasta el ordenamiento constitucional actual por la Ley provisional de la organización judicial de 15 de septiembre de 1870 (vigente hasta su derogación por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985)»; añadiendo que

[e]ste *mandato de exclusividad* del art. 117.3 CE impide que ningún otro poder del Estado ejerza la potestad jurisdiccional. Y también *impide, en sentido inverso, que los jueces y tribunales integrantes del poder judicial ejerzan potestades públicas ajenas a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*. Dicho de otro modo, el principio

de exclusividad jurisdiccional es el reverso del principio de reserva de jurisdicción y es corolario de la independencia judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE) [...] [ya que]... «en un Estado democrático de Derecho... la separación de poderes y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley constituye uno de sus pilares básicos» (STC 48/2001, FJ 4). [el subrayado es nuestro]

Por otra parte, continúa la STC (FJ n.º 6), la CE ha matizado el alcance absoluto del principio de exclusividad jurisdiccional en el art. 117-4.º, al disponer que los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las relativas a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado «y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho»; función esta última que los jueces y magistrados llevan a cabo en su condición de tales, «pero al margen del ejercicio de la potestad jurisdiccional como titulares de un órgano judicial», y que no se considera que menoscabe la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional (STC 150/1998, de 2 de julio, FJ n.º 2), ni que tal atribución al Poder Judicial debe menoscabar las funciones atribuidas constitucionalmente a otros Poderes del Estado.

Teniendo en cuenta la argumentación anterior, el Tribunal Constitucional afirma, con claridad, que

la previsión contenida en el art. 117.4 CE, aunque matiza el principio de reserva jurisdiccional (art. 117.3 CE), tiende asimismo a asegurar el principio de separación de poderes, lo que *excluye una interpretación extensiva de aquel precepto constitucional que conlleve una desnaturalización del poder judicial, lo que sin duda acaecería si se entendiese que el legislador puede atribuir a los jueces y tribunales, en garantía de cualquier derecho, cualquier tipo de función no jurisdiccional*, desbordando los cometidos propios del poder judicial [; por lo que u]n entendimiento semejante de lo dispuesto en el art. 117.4 CE debe ser descartado, *a fin de evitar el desequilibrio institucional que conllevaría la intromisión del poder judicial en las tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, con la consiguiente quiebra del principio constitucional de separación de poderes*. [el subrayado es nuestro]

Además, sobre la base de estos argumentos, el Tribunal (FJ n.º 6) considera que

[c]onviene asimismo tener en cuenta la necesidad de acotar las funciones de los distintos poderes del Estado, a fin de *evitar fórmulas de actuación que, al involucrar a un poder en las funciones propias de otro, puedan impedir o dificultar la exigencia de las responsabilidades, políticas o jurídicas, que a cada cual correspondan*, comprometiendo con ello el principio de responsabilidad de los poderes públicos, proclamado por el art. 9.3 CE y estrechamente vinculado con el principio de división o separación de poderes.

Por todo lo cual, considera la STC que, en suma, «*resulta obligado interpretar estrictamente el art. 117.4 CE, excluyendo, en consecuencia, aquellas interpretaciones extensivas que pudieran conducir a una desnaturalización de la configuración constitucional resultante del principio de separación de poderes* (arts. 66.2, 97, 106.1 y 117 CE y concordantes)» [los subrayados son nuestros].

Conforme con la doctrina y la interpretación constitucional anteriores, la STC (FJ n.º 7) procede a constatar la inconstitucionalidad del art. 10-8.º-LJCA. En efecto, con una argumentación impecable, el Tribunal precisa que

[l]a exigencia, contenida en el cuestionado art. 10.8 LJCA, de autorización judicial para que puedan ser aplicadas las medidas generales adoptadas por las administraciones competentes a fin de proteger la salud pública, supone atribuir a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia una competencia que desborda totalmente la función jurisdiccional de los jueces y tribunales integrantes del poder judicial (art. 117.3 CE), sin que pueda encontrar acomodo en la excepción prevista en el art. 117.4 CE, a tenor de lo antes señalado. La garantía de los derechos fundamentales a que este precepto constitucional se refiere no puede justificar la atribución a los tribunales del orden contencioso-administrativo de una competencia ajena por completo a la función jurisdiccional, reservada en exclusiva a jueces y tribunales, como lo es la regulada en el precepto cuestionado, que determina una inconstitucional conmixión de la potestad reglamentaria y la potestad jurisdiccional.

Además, el Tribunal Constitucional añade (FJ n.º 7) que

[e]n efecto, el art. 10.8 LJCA quebranta el principio constitucional de separación de poderes, al atribuir esa norma a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo funciones ajenas a su cometido constitucional (arts. 106.1 y 117 CE), con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución (y los respectivos Estatutos de Autonomía) atribuye al poder ejecutivo (art. 97 CE), sin condicionarla al complemento o autorización de los jueces o tribunales para entrar en vigor y desplegar eficacia, bastando para ello la publicación en el correspondiente diario oficial. La potestad reglamentaria se atribuye por la Constitución (y por los Estatutos de Autonomía, en su caso) al poder ejecutivo de forma exclusiva y excluyente, por lo que no cabe que el legislador la convierta en una potestad compartida con el poder judicial, lo que sucede si se sujeta la aplicación de las normas reglamentarias al requisito previo de la autorización judicial.

Y continúa, con más énfasis, afirmando que

[d]e ningún modo les corresponde a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial injerirse en las tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, como lo es la potestad reglamentaria del poder ejecutivo (art. 97 CE). El principio constitucional de separación de poderes no consiente que el legislador convierta una potestad atribuida por la Constitución al poder ejecutivo en una potestad compartida con los tribunales de justicia integrantes del poder judicial. La potestad reglamentaria del poder ejecutivo deja de ser tal si las normas emanadas al amparo de esa potestad constitucional exclusiva quedan privadas de un atributo esencial como lo es el de desplegar efectos por sí mismas, sin la intervención de otro poder público. Al poder judicial corresponde, pues, una función revisora, en cuanto la Constitución le encomienda el control «de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (art. 106.1 CE), y ese control se ejerce a posteriori, no a priori. El poder judicial no es, en fin, cogobernante o copartícipe del ejercicio de la

potestad reglamentaria. Esta potestad, que el art. 97 CE atribuye al Gobierno, no está, ni puede estarlo, sujeta a permiso o autorización de otro poder, pues en tal caso dejaría de ser una potestad constitucional exclusiva, al no poder desplegar efectos por sí misma. [...]

La autorización judicial de las disposiciones administrativas generales dictadas para la protección de la salud pública que establece el precepto cuestionado implica decisivamente a los tribunales de justicia en la puesta en marcha de medidas de política sanitaria y produce una inconstitucional confusión de las funciones ejecutiva y judicial, que despoja al poder ejecutivo de la potestad reglamentaria que tiene constitucionalmente atribuida (art. 97 CE) y al mismo tiempo compromete la independencia del poder judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE), al hacerle corresponsable de la decisión política que solo al poder ejecutivo corresponde. Además, impide o dificulta la exigencia de responsabilidades jurídicas y políticas a las autoridades administrativas, vulnerando así el principio de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), directamente relacionado con el principio de separación de poderes, como ya se dijo, así como el pleno control judicial de las administraciones públicas previsto por la Constitución [arts. 106.1, 117.3 y 153.c) CE].

[...]

La confusión es innegable, pues se trata de disposiciones de carácter general dictadas por el poder ejecutivo, cuyo cumplimiento se impone a un número indeterminado de personas durante un período de tiempo indefinido, pero que necesitan del complemento de la autorización expresa de un órgano judicial para desplegar eficacia. Las medidas sanitarias generales aprobadas por el poder ejecutivo competente, verdaderos reglamentos urgentes de necesidad, se configuran como válidos desde la aprobación gubernamental, pero no son eficaces ni, por tanto, aplicables hasta que no reciben la autorización judicial, de acuerdo con la norma legal cuestionada. Ello supone, asimismo, un menoscabo cierto para el principio constitucional de eficacia al que está sujeto la actuación de las administraciones públicas (art. 103.1 CE) y por ende su potestad reglamentaria, en forma de ejecutoriedad, pues la exigencia de autorización judicial dificulta y demora la aplicación de unas medidas orientadas a la protección de la salud pública que se pretenden urgentes y que por tanto requieren una aplicación inmediata. Se añade a lo anterior que, mientras que las normas reglamentarias solo precisan de la publicación en el correspondiente diario oficial para su vigencia y eficacia, las resoluciones de los tribunales de justicia que, conforme al precepto cuestionado, autorizan unas determinadas medidas generales sanitarias, en todo o en parte, no son objeto de publicación oficial, con el consiguiente menoscabo a su vez de los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica consagrados por el art. 9.3 CE.

Por otra parte, continúa afirmando que

la atribución efectuada por la Ley 3/2020 a los tribunales de justicia del orden contencioso-administrativo para que autoricen medidas sanitarias de alcance general que limitan o restringen derechos fundamentales (art. 10.8 LJCA) excede de los márgenes previstos por el art. 117.4 CE... [pues]... La atribución de otras funciones que la ley les pueda atribuir en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE) ha de respetar los límites ínsitos en el principio de separación de poderes y no debe permitir, en ningún

caso, que por motivo del ejercicio de esa garantía de derechos, «la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional queden menoscabadas». (STC 150/1998, de 2 de julio, FJ 2)

«La ‘garantía de cualquier derecho’ a la que se refiere el art. 117.4 CE a fin de permitir, por excepción, la asignación por ley de funciones no jurisdiccionales a los juzgados y tribunales, es un remedio estricto, individualizado o concreto, muy distinto de la intervención judicial ex ante prevista en el precepto cuestionado, que tiene carácter de control de legalidad preventivo y abstracto de una disposición general», tal como confirman las SSTs 719/2021, de 24 de mayo, y 1092/2021, de 26 de julio.

Además,

esa eventual autorización judicial «no excluye la posibilidad de que cualquier persona que ostente un interés legítimo pueda después impugnar las medidas sanitarias judicialmente ratificadas mediante el recurso contencioso-administrativo. En otras palabras, el control judicial preventivo no es un examen exhaustivo de la legalidad de la actuación, ni por supuesto cercena el derecho a la tutela judicial efectiva de cualquier persona afectada por las medidas ratificadas» [STS n.º 788/2021, de 3 de junio, FD 5].

Por lo tanto, continúa la STC señalando que

... es notorio que, al establecer el precepto cuestionado un control jurisdiccional ex ante y abstracto, esa previsión legal no puede encontrar acomodo en el art. 117.4 CE [...]. Lo que prevé la norma legal cuestionada es un control jurisdiccional preventivo (limitado esencialmente a verificar la proporcionalidad de las medidas generales en materia sanitaria), que se erige en condición de eficacia de la disposición reglamentaria urgente de que se trate, despojando así al poder ejecutivo de su potestad reglamentaria y convirtiendo a los tribunales de justicia en copartícipes de esa potestad, en contravención de las previsiones contenidas en los arts. 97, 106.1 y 117 CE. Por lo demás, de la conjunción de estos preceptos constitucionales se infiere que el constituyente se ha decantado por un sistema en el que el control judicial de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo ha de producirse ex post. El control preventivo, ex ante, que establece la norma cuestionada, quebranta ese mandato constitucional, sin que la posibilidad de un posterior recurso contencioso-administrativo por parte de cualquier legitimado contra las medidas previamente autorizadas (o contra los actos que las apliquen), desvirtúe esa conclusión. Ese eventual control judicial a posteriori se verá inevitablemente condicionado, en buena parte, por lo resuelto en el control preventivo que autorizó las medidas sanitarias (en cuanto a la existencia de habilitación legal para acordar las medidas, la competencia de la administración que las ha dictado y la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas propuestas).

En suma, la STC (FJ n.º 7) considera que la autorización judicial de las medidas sanitarias de alcance general prevista en el art. 10.8 LJCA no tiene respaldo en ninguna ley sustantiva y provoca una reprochable confusión entre las funciones propias del Poder Ejecutivo y las de los Tribunales de Justicia, que menoscaba tanto la potestad reglamentaria como la independencia y reserva de jurisdicción del Poder Judicial,

contradiendo así el principio constitucional de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de Derecho (arts. 1.1, 97, 106.1 y 117 CE). Por otra parte, añade el Tribunal Constitucional, esa inconstitucional mezcla de potestades diversas quebranta asimismo el principio de eficacia de la actuación administrativa (previsto en el art. 103-1.º-CE), limita o dificulta igualmente la exigencia de responsabilidades políticas y jurídicas al Poder Ejecutivo en relación con sus disposiciones sanitarias generales para la protección de la salud pública, en detrimento del principio de responsabilidad de los poderes públicos, y quiebra, asimismo, los principios constitucionales de publicidad de las normas y de seguridad jurídica (previstos en el art. 9-3.º-CE), ya que las resoluciones judiciales que autorizan, en todo o en parte, las disposiciones generales en materia sanitaria no son publicadas en el diario oficial correspondiente, lo que dificulta el conocimiento por parte de los destinatarios de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales a las que quedan sujetos como consecuencia de la autorización judicial de esos reglamentos sanitarios de necesidad.

De acuerdo con la impecable argumentación anterior, la STC (FJ n.º 7, último párrafo) concluye que

[l]a inconstitucionalidad del art. 10.8 LJCA, en la redacción introducida por la Ley 3/2020, resulta, en último término, de la innegable confusión que ocasiona de las funciones ejecutiva y judicial, menoscabando la potestad reglamentaria que al poder ejecutivo corresponde, al tiempo que compromete la independencia del poder judicial, como ha quedado razonado. Consecuentemente, el art. 10.8 LJCA, redactado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, debe ser declarado inconstitucional y nulo.

Establecida la inconstitucionalidad del art. 10-8.º-LJCA, la STC (FJ n.º 8), de acuerdo con el art. 39-1.º-LOT, declara asimismo la inconstitucionalidad y nulidad del art. 11-1.º, i-LJCA, incorporado por la misma Ley 3/2020, que asignó a la Audiencia Nacional la autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes, que limiten o restringen derechos fundamentales con alcance general, cuando procedan de la autoridad sanitaria estatal, ya que las medidas en este caso son idénticas al anterior, cuya inconstitucionalidad ya ha establecido el Tribunal Constitucional, siendo la única diferencia entre ambos preceptos el ámbito de competencia de las autoridades sanitarias que aprueban las medidas sometidas a intervención judicial. Además, la inconstitucionalidad ha de extenderse a la mención a los arts. 10-8.º y 11-1.º, i), en el art. 122 *quater*-LJCA.

Conforme con la correcta argumentación anterior, la STC procede a

declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los artículos 1 O. 8 y 11.1.i) y del inciso '10. 8 y 11.1.i)' del art. 122 *quater*, todos ellos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

La Sentencia cuenta con un voto particular en el que cuatro magistrados argumentan que la atribución a jueces y tribunales de la función de aprobación de medidas de policía sanitaria de alcance general tiene expresa cobertura constitucional en el art. 117.4 CE, no afecta a la separación de poderes, ni a la independencia judicial, ni a la eficacia de potestad reglamentaria.

Debe tenerse en cuenta, como ya hemos señalado, que este sistema de intervención judicial fue modificado, previendo la intervención del Tribunal Supremo, por el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo (BOE del 5), que asimismo se recurrió ante el Tribunal Constitucional. Sin obviamente poder predecir el fallo, no obstante, dada la impecable doctrina de esta STC 70/2022, de 2 de junio, es probable que parte de la argumentación del Tribunal pueda extenderse al nuevo asunto, y ser así también declarada inconstitucional la nueva reforma.

Ciertamente, las declaraciones de inconstitucionalidad del sistema de autorización o ratificación de las medidas sanitarias, del mal llamado «proceso de cogobernanza» y de la prórroga del estado de alarma de octubre de 2020, del cierre del Congreso de los Diputados (en este caso se reconoce el cercenamiento de derechos de los diputados en amparo) y de la prohibición de la libertad de circulación derivada del confinamiento general declarado en el estado de alarma de marzo de 2020 tienen una trascendencia fundamental, pues suponen una desautorización, en toda regla, por el Tribunal Constitucional de los estados de alarma y de las medidas más importantes adoptadas en la lucha contra la epidemia por el Gobierno de la Nación desde el punto de vista jurídico-constitucional y administrativo; y ello sin perjuicio de que se sustancien o no procedimientos y procesos de exigencia de responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, esta cuádruple descalificación constitucional de los estados de alarma y de otras actuaciones jurídicas y medidas adoptadas para luchar contra el COVID-19 no ha traído consigo asunción de responsabilidad política alguna ni la intención del Gobierno de la Nación de elaborar una legislación contra las epidemias, nueva o modificando la legislación actual [ver ÁLVAREZ GARCÍA, V. 2022: «Los medios jurídicos necesarios para la lucha frente a las futuras pandemias». *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, 2022, 59, 30 pp.], para dar seguridad jurídica a las actuaciones que, por desgracia, tengan que adoptarse, si en su caso fueran necesarias.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
dgatta@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2022 (419/2022)

CAUSA DE DESHEREDACIÓN

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

El día 24 de febrero de 2016 fallece doña Marta habiendo otorgado previamente testamento notarial con fecha de 3 de noviembre de 2014. En el mismo, manifiesta haber tenido cuatro hijos: Piedad, a la que instituye como heredera; Serafín y Víctor Manuel, a favor de los cuales instituye varios legados; y Luis Andrés, fallecido.

Luis Andrés fallece en estado de separado y con dos hijas, Zaira y Vanesa, nietas de la testadora, a las cuales deshereda en el mencionado testamento, por considerar haber incurrido en la causa de desheredación contemplada en el artículo 853.2 CC, el cual dice que: «Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes: 2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra». Así, doña Marta en el párrafo primero de la cláusula primera del testamento justifica la desheredación de sus nietas en el supuesto maltrato de obra que ha sufrido por parte de aquellas.

El 9 de marzo de 2017, ambas nietas interponen demanda contra sus tíos, manifestando que el mencionado maltrato de obra no había tenido lugar, ni tampoco un maltrato psicológico pues ellas no han contribuido a los padecimientos que haya podido sufrir su abuela como consecuencia del distanciamiento. Los demandados contestan por separado a la demanda.

2. SOLUCIÓN DADA EN PRIMERA INSTANCIA

El 13 de mayo de 2018, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Aranda de Duero dicta sentencia por la que se declara nula la cláusula del testamento por la que se deshereda a las actoras. El Juzgado considera que no ha existido maltrato de obra en sentido jurídico ni maltrato psicológico, pues el distanciamiento familiar no es causa de desheredación subsumible en el artículo 853.2 del CC.

3. SOLUCIÓN DADA EN APELACIÓN

Los demandados interponen separadamente recurso de apelación. La sentencia de 5 de diciembre de 2018 dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de

Burgos confirma la sentencia dictada en Primera Instancia. La Audiencia insiste en que, a pesar de que se ha extendido la aplicación del artículo 853.2 del CC a situaciones que no constituyen un maltrato de obra, y que por ello se denominan «maltrato psicológico», la mayor parte de la jurisprudencia y el Tribunal Supremo consideran que la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último no es maltrato psicológico. Por mucha zozobra que esta situación provoque en la persona no es constitutiva de maltrato de obra, el cual es la causa de privación de la legítima que prevalece en el CC.

4. RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

Doña Piedad interpone recurso de casación y se formula por un único motivo: la infracción del artículo 853.2.^ª. El recurso de casación de doña Piedad invoca la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, en cuanto a si la ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre causante y legitimario por causa imputable a este último puede considerarse maltrato psicológico constitutivo de maltrato de obra, subsumible en el artículo 853.2 CC. Se cita también en el recurso la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018 en la que se considera el distanciamiento familiar como causante de daños psicológicos.

5. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

5.1. *Fallo de casación*

El TS desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida. El TS considera que, atendiendo a la realidad social y a los hechos del caso, podría ser posible considerar que el distanciamiento familiar constituye una causa de desheredación. Ahora bien, ese distanciamiento familiar considerado por sí solo y sin más requisitos no puede ser considerado como tal. Lo opuesto implicaría dejar en manos del causante la exigibilidad de la legítima, pudiendo privar de la misma a todo aquel con el que haya perdido la relación, independientemente del origen y de los motivos de dicha pérdida.

5.2. *La pérdida de relación familiar como causa de desheredación del artículo 853.2 CC*

En el sistema legal que se encuentra en vigor no es posible considerar que todo distanciamiento familiar constituye una causa de desheredación, y es subsumible por tanto en el artículo 853.2 CC. Habrá que atender a las circunstancias del caso: si el

distanciamiento es imputable al legitimario y si ese distanciamiento ha ocasionado un menoscabo físico o psíquico con entidad en el testador.

LACRUZ entiende la desheredación como la declaración expresa de un testador de privar al legitimario de participar en su herencia. Para que la desheredación sea efectiva es necesario que el heredero incurra en alguna de las causas de desheredación previstas en la ley, debiendo ser esto indicado por el testador. La desheredación, según ESTÉVEZ AVELEIRA es una excepción al sistema de legítimas, pues si el testador desea excluir a un legitimario bastará con desheredarlo siempre que incurra, eso sí, en una de las causas de desheredación. Así la legítima será percibida *ope legis* por los descendientes del desheredado independientemente de la voluntad del testador.

Como hemos podido observar a lo largo de esta sentencia, una de las causas de desheredación es el maltrato de obra, que aparece recogida en el artículo 853.2 CC. Según MANRESA el maltrato de obra es «una grave ofensa, un acto contrario del Derecho natural, que la ley con razón permite castigar». Entiéndase por maltrato de obra: tirones de pelo, bofetadas... Ahora bien, con el paso del tiempo se ha flexibilizado la interpretación de este artículo, llegándose a incluir como causa de desheredación el maltrato psicológico. Se observa así en sentencias del TS y Audiencias Provinciales. Así las cosas, se pone de manifiesto que la sola pérdida de relación familiar no es constitutiva de causa de desheredación.

5.3. Conclusión

Con todo, se pone de manifiesto en esta sentencia que venimos comentado y en otras muchas dictadas por el TS y las Audiencias Provinciales, que el artículo 853 es susceptible de interpretación, la cual se ha ido flexibilizando con el paso del tiempo. Así, no solo es causa de desheredación el maltrato de obra, sino también de forma separada el maltrato psicológico. Ahora bien, la sola pérdida de relación familiar, sin afectación de la salud física o psíquica del testador, no es constitutiva de causa de desheredación. Será necesario que se incurra en alguna de las causas del artículo 853, el cual es susceptible de interpretación pudiendo incluirse causas nuevas, siempre dentro de las fronteras de dicho artículo. Además, la pérdida de relación debe ser imputable únicamente al legitimario, no pudiendo proceder la desheredación cuando ambas partes han contribuido al distanciamiento, o el mismo ha sido debido a desencuentros continuados en el tiempo entre ambas partes.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ESTÉVEZ AVELEIRA, T. 2021: *Interpretación del maltrato de obra en el artículo 853.2 del CC: líneas jurisprudenciales*. BOE: Biblioteca Jurídica, Anuarios de Derecho, 266.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. 2009: *Elementos de derecho civil. V. Sucesiones*. Madrid: Dykinson, 408.

MANRESA Y NAVARRO, J. M. 1911: *Comentarios al Código Civil Español*, t. VI. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 610.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia 250/2001, de 20 de abril (CENDOJ: ECLI:ES:A-PP:2001:250).

Sentencia del Tribunal Supremo 3711/1995, de 26 de junio (CENDOJ: ECLI:ES:TS:1995:3711).

Sentencia del Tribunal Supremo 2484/2014, de 3 de junio, en la que por primera vez se interpreta el maltrato psicológico como modalidad del maltrato de obra (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2014:2484).

Sentencia del Tribunal Supremo 565/2015, de 30 de enero (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2015:565).

Sentencia del Tribunal Supremo 2492/2018, de 27 de junio (CENDOJ:ES:TS:2018:2492).

Lucía SÁNCHEZ GARCÍA
Investigador Predoctoral en Formación
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Salamanca
id00698454@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª)
2176/2022, de 30 de mayo

PONENTE: EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIELBERG, RESUELVE LA CONCESIÓN DE UNA PENSIÓN COMPENSATORIA ESTABLECIDA EN CONVENIO APROBADO POR LA SENTENCIA DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN

El gran interés de esta sentencia radica no tanto en la concesión de dicha pensión compensatoria como en el reconocimiento de que los pactos entre los cónyuges, ya sea sobre cuestiones personales o sobre cuestiones patrimoniales, son plenamente válidos y exigibles.

La historia del caso es la siguiente:

En el año 2016, don José Daniel y doña Bernarda deciden separarse. El convenio con las condiciones acordadas quedó fijado mediante sentencia de 4 de mayo de 2016 y, entre las medidas pactadas, estaba la de establecer una pensión compensatoria de mil euros al mes, con carácter vitalicio. El 19 de junio de 2019, don José Daniel interpuso demanda de divorcio contra doña Bernarda, solicitaba la disolución del vínculo por divorcio y unas nuevas medidas. Sobre la pensión compensatoria la petición es que se extinga, con efectos desde la interposición de la demanda de divorcio o, en caso (improbable, dicen) de que no se acceda a la extinción de la pensión compensatoria, se interesa subsidiariamente que se reduzca a la cantidad de trescientos euros mensuales, por un plazo máximo de dos años con efectos, también, desde la interposición de la demanda de divorcio. Una vez admitida a trámite se procedió al emplazamiento de la parte demandada; en el escrito de contestación a la demanda de divorcio se solicita al juzgado que siga manteniendo la cantidad de mil euros en concepto de pensión compensatoria. La magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 dictó sentencia de fecha 24 de julio de 2020, estimando parcialmente la demanda de divorcio, ya que decide mantener la pensión compensatoria de mil euros al mes.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de ambas partes litigantes. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia en fecha de 11 de marzo de 2021, estimando parcialmente el recurso interpuesto por don José Daniel y desestimando el interpuesto por doña Bernarda, en el que establece un plazo de cuatro años durante los cuales se continuará devengando la pensión compensatoria fijada, a cuyo término quedará extinguida.

La procuradora, en representación de doña Bernarda, interpone recurso de casación. Los motivos del recurso giran en torno al tema que nos ocupa; alegan interés casacional en primer lugar, en relación a la naturaleza del convenio regulador como negocio jurídico de familia; en segundo lugar, en relación a la interpretación de los contratos; en tercer lugar, por infringir el principio general de no actuar contra los propios actos y aplicación del principio de buena fe; y, en cuarto y último lugar, en relación a los

presupuestos para la modificación o extinción de la pensión compensatoria alegados por la Audiencia Provincial. Mediante auto de fecha de 12 de enero de 2022 se admite el recurso de casación y se da traslado a la otra parte para que formalice su oposición.

La principal argumentación de la sentencia en casación se centra en consagrar el principio de la libre autonomía de la voluntad en el ámbito propio del derecho de familia, fortaleciendo así el término negocio jurídico de familia. Fueron necesarios muchos años para lograr una jurisprudencia que gradualmente ha ido teniendo en cuenta la evolución de la sociedad en este aspecto y que considera, ya por fin, lícitos los pactos amistosos o contratos de separación conyugal. Y ello no es más que la manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, siempre que se respeten los requisitos para que haya contrato (consentimiento, objeto y causa, art. 1261 CC), las exigencias *ad solemnitatem* (requeridas para determinados actos jurídicos) y que no se sobrepasen los límites del art. 1255 CC (no ser contrarios a la ley, a la moral y al orden público). Las peculiaridades en materia matrimonial hacen que tengamos en cuenta, también, tres claros límites a la autonomía de la voluntad; «primero, que los acuerdos no se proyecten directa o indirectamente en daño de los hijos, que no son parte del acuerdo; segundo, que las estipulaciones no contengan asignaciones discriminatorias de derechos entre los cónyuges, esto es, desigualdades fundadas en razones no atendibles; y tercero, que la situación que resulte del acuerdo no sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges» (CARRASCO PERERA, 2006, p. 52).

Las partes litigantes, en el marco del principio de la libre autonomía de la voluntad, deciden pactar una pensión compensatoria, en una cantidad determinada y con carácter vitalicio. Solo quedará sin efecto cuando «doña Bernarda conviva maritalmente con otra persona, contraiga nuevo matrimonio, o bien tenga un trabajo por cuenta propia o ajena, cuya retribución sea superior a 1500 € brutos, sin incluir pagas extras». Esto es lo que libremente pactaron. Qué duda cabe que la base y los límites de la autonomía de la voluntad de los cónyuges los encontramos en la Constitución, cuando proclama la libertad como valor superior de su ordenamiento jurídico del art. 1, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 o la libertad de empresa del art. 38 que justifica la posibilidad que tiene toda persona de establecer los pactos o convenios que consideren procedentes para configurar sus relaciones. Es lo que se viene llamando la «constitucionalización del derecho de familia» (ROCA TRÍAS, 2006, p. 2130).

No existe ningún motivo de los establecidos en el pacto para extinguir la pensión, ni existe incumplimiento de ninguno de los requisitos de validez de los contratos. Los pactos son ley entre las partes y deben ser cumplidos, «el *pacta sunt servanda* tiene carácter vinculante para las partes, salvo que se produzca una variación sustancial de las circunstancias de manera que merezca su modificación» — Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 670/2014, de 14 de octubre ([ROJ: SAP B 108003/2014](#)) Divorcio. Prestación compensatoria: pactos en previsión de ruptura matrimonial. Son válidos y exigibles—. No se ha acreditado ninguna variación en el caso que nos ocupa, por lo que debe mantenerse lo pactado.

Para finalizar, conviene mencionar que son muchas las voces que hablan de una supresión o modificación de la pensión compensatoria. El art. 101 CC establece tres causas de extinción del derecho a la pensión: el cese de la causa que lo motivó, cuando el acreedor contrae nuevo matrimonio o por convivir maritalmente con otra persona. Cuando el art. 97 CC se reformó por la [Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio](#), que introdujo la posibilidad de sustituir la pensión compensatoria —hasta entonces indefinida o perpetua— por una temporal o una prestación única, el art. 101 CC no sufrió alteración, con lo que surgieron dudas sobre el pago de una prestación única *ab initio*, en el caso de que *a posteriori* concurra alguna causa de extinción de la pensión.

Toda esta polémica dio pie a que gran parte de la doctrina empezara a hablar de eliminar la pensión del ordenamiento o, al menos, de transformarla completamente. El desequilibrio económico como presupuesto esencial para fijar una pensión compensatoria consideran que ha dejado de tener razón de ser en la realidad social y cultural actual, muy distinta de la de 1981, año en que se introdujo mediante la [Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio](#). Los más críticos hablan de sustituir el carácter autónomo de la pensión y acudir a los mecanismos indemnizatorios del daño o a la prohibición del enriquecimiento injusto, y «desprendernos de la vieja idea del matrimonio como inversión» (GUILARTE GUTIÉRREZ, 2009, pp. 26 y ss.). Sin negar que tengan una cierta razón de ser todas estas posturas, más que de supresión deberíamos hablar de modificación. Recordemos que la pensión compensatoria surge para compensar al cónyuge que se ha quedado al cuidado del hogar y de los hijos durante un matrimonio duradero y que, una vez finalizado, no tiene expectativas laborales ciertas para poder mantenerse por sí mismo, como ocurre con la sentencia que estamos analizando. La esposa pasó dieciocho años al cuidado del hogar y de las hijas, tiene un curso de educadora canina que desempeña de forma ocasional y que no es relevante a los efectos de su capacidad económica. Ante esta situación, no habiendo otra posibilidad de compensación y, sobre todo, existiendo un pacto que determina la pensión con carácter vitalicio, entiendo que la decisión del TS es acertada.

Carmen R. IGLESIAS MARTÍN
Profesora Ayudante Doctora
Departamento de Derecho Privado, Área de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
carmela@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 437/2022, de 31 de mayo

CUSTODIA COMPARTIDA

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2022, dictada por la Ilma. Magistrada D.^a María de los Ángeles PARRA LUCAN, tiene como objeto la resolución de un conflicto ocasionado por el acuerdo del Juzgado de Primera Instancia de establecer la custodia compartida de un menor sin haber sido solicitada por ninguno de los progenitores en virtud de los artículos 92.5 y 92.8 CC, pero sí ser una custodia compartida de *facto* acordada por los mismos.

La guarda y custodia compartida fue adoptada por el Juzgado de Primera Instancia, siendo este pronunciamiento recurrido por ambos progenitores y confirmado por la Audiencia Provincial.

Por parte de la progenitora se interpuso recurso de casación alegando vulneración del principio *favor filii*, del artículo 92.5 CC y del artículo 92.8 CC y de la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal sobre los requisitos y criterios establecidos para acordar la custodia compartida. El recurso de casación fue desestimado en su integridad.

El Tribunal resuelve conjuntamente el primer y segundo motivo. En cuanto al principio del interés superior del menor o *favor filii*, nos gustaría poner de manifiesto que es uno de los principios rectores de la guarda y custodia compartida puesto que, además de ser considerado como principio general del Derecho, es norma rectora del ordenamiento jurídico español y debe ser tenido en consideración en cualquier asunto que se trate sobre menores; es por ello que el Tribunal Supremo tiene establecido que para la elección del modelo de custodia «debe primar aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 CC como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda». En consecuencia, las medidas relativas al cuidado y educación de los menores en situaciones de crisis matrimonial han de estar inspiradas por el principio *favor filii*, procurando ante todo el beneficio de los menores en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los intereses legítimos de sus progenitores. Este principio de protección integral y preferente de los hijos menores constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido, entre otros, en el artículo 92 CC.

Así, también hay que tener presente que la guarda y custodia compartida pretende aproximarse al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y

garantizar al mismo tiempo a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. Como no puede ser de otra forma, el interés del menor puede y debe interpretarse en el sentido de que la custodia compartida favorece la continuidad en la vida familiar del menor tras la ruptura matrimonial, reduce el fracaso escolar, el sentimiento de pérdida y de culpabilidad de los niños.

En cuanto a la vulneración de los artículos 92.5 y 92.8 CC relativos a la solicitud de custodia compartida. Si bien es cierto que el primero de los preceptos citados hace referencia a la solicitud por ambos progenitores del régimen de custodia compartida de común acuerdo o cuando se llegue a este durante la tramitación del procedimiento, mientras que el segundo, el artículo 92.8 CC, se refiere a la solicitud de la custodia compartida por al menos uno de los progenitores cuando no exista acuerdo; situación que en este supuesto concreto no se da. La razón por la que, a pesar de que no se dieran los presupuestos de los artículos anteriores, la custodia compartida fuese adoptada fue la siguiente: la petición del Ministerio Fiscal porque el menor pasaba 14 noches con el progenitor y 15-16 noches con la progenitora por lo que estamos ante una custodia compartida de hecho.

Teniendo en consideración lo que acabamos de explicar, el Tribunal Supremo desestima ambos motivos y dispone, en esta pionera sentencia que establece de oficio la guarda y custodia compartida, que

deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés superior del menor, la adopción de la custodia compartida no infringe el artículo 92 CC ni la doctrina de la sala por el hecho de que ninguno de los progenitores la solicitara. El motivo fundamental por el que la sentencia recurrida establece este sistema de guarda atiende al dato de que, a pesar de que en las medidas provisionales se atribuyera la guarda a la madre, de hecho, se desarrolló un sistema de reparto igualitario del tiempo y de las funciones de guarda entre ambos progenitores, lo que permitió al tribunal valorar la adecuación del funcionamiento de este sistema para satisfacer de la mejor manera posible, una vez producida la separación de los padres, la protección del superior interés del menor.

Respecto a la vulneración de la doctrina jurisprudencial que establece los requisitos y criterios que han de estar presentes para la adopción de la custodia compartida. La jurisprudencia ha venido estableciendo de forma reiterada que deben considerarse los siguientes:

La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida

adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

La progenitora alega la vulneración de los requisitos relativos a los informes exigidos; a la práctica anterior de los progenitores en el cuidado del menor; deseos y opinión del menor y la falta de relaciones personales cordiales de los progenitores.

Este segundo motivo también fue desestimado por el Tribunal Supremo ya que de los informes presentados y de los hechos probados en las inferiores instancias pudo concluir que «los progenitores contaban con las habilidades necesarias para atender al menor, que no existía rechazo de este a relacionarse con ambos progenitores y que las discrepancias entre los progenitores eran irrelevantes», por ello, la adopción del sistema de guarda y custodia compartida es el que mejor protegía el interés superior del menor ya que permitía que fuera efectivo el derecho que el menor tiene a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis de familiar.

Jésica DELGADO SÁEZ
Investigadora postdoctoral USAL
jessicadelgado@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2022, de 2 de junio [BOE-A-2022-11083]

VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD DE GÉNERO Y DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

En noviembre de 2019 se presenta recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid de 10 de octubre de 2017 (sentencia núm. 433/2017), contra la sentencia de 24 de julio de 2018 de la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia núm. 568/2018) y contra el auto de 11 de julio de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (recurso núm. 4416-2018) considerando la existencia de vulneración de los arts. 14 y 18.1 CE.

Los hechos vinculados fueron los siguientes:

- El 7 de enero de 2013 Serge Christian M. Scevenels, la persona recurrente en amparo, y la empresa belga Rhea System, S.A., suscribieron un contrato de trabajo en España, para prestación de servicios por cuenta de la empresa. El contrato de trabajo se regía por la legislación laboral española y que estaba sujeto a un periodo de prueba de seis meses. Dicho contrato suponía la posibilidad de traslado y la localización laboral del periodo de prueba en Wavre (Bélgica).
- Aproximadamente durante cuatro meses Serge Christian M. Scevenels acudió a su puesto laboral vistiendo pantalón o falda.
- A comienzo del contrato la directora de recursos humanos de la empresa solicitó que volviera a su casa y se cambiara de ropa por considerarla inadecuada. Ante esto Serge se ausentó y no regresó ese día a su puesto.
- En febrero la persona recurrente en amparo mantuvo una reunión con la directora de recursos humanos y el director general de la empresa. En ella se le pidió que vistiera de forma más correcta, sin que se probara que le solicitaran no utilizar falda.
- En mayo de 2013 la empresa da por finalizada la relación laboral argumentando la no superación del periodo de prueba establecido en el contrato suscrito por las partes.
- Entre los dos últimos eventos no existe ningún tipo de incidencia o reproche a la forma de vestir de Serge que, ocasionalmente, siguió vistiendo falda.

Una vez que cesa la relación laboral y tras un intento infructuoso por parte de Serge Christian M. Scevenels de conciliación previa ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, se presenta demanda contra la empresa Rhea System, S.A., y contra el Grupo Fes-Moore Stephens Madrid, dando lugar a la incoación del auto núm. 893-2013 en el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid.

Se solicita la nulidad del despido, la readmisión en el puesto con abono de los salarios de tramitación, la cantidad de 10 000 € por daños materiales y otros 50 000 por daños morales.

Se describe en este momento una situación en la que la empresa exige a la persona recurrente en amparo vestir pantalón en lugar de falda y se produce una discusión sobre los derechos de las personas trans. La demanda vincula directamente el despido con «la condición de transgénero» de Serge.

El juzgado, tras petición documental y la declaración como testigo de la directora de recursos humanos en el momento del cese de la relación laboral, Magdalena Mathilda Jennes, dicta sentencia desestimatoria al entender que no se han acreditado, ni siquiera indiciariamente, las situaciones discriminatorias a las que aduce la persona recurrente en amparo.

Se recurre en suplicatorio y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo anula ordenando que se practique como diligencia final la prueba testifical de Nicola Mann, directora de recursos humanos en la fase de contratación, que había sido solicitada por la parte demandante y no se había realizado en el acto del juicio oral. Considera el Tribunal Superior de Justicia que esta prueba es imprescindible, ya que habría sido la testigo quien había dado la orden de cambio de indumentaria a Serge en el momento del incidente al que se vincula el cese y, además, habría participado en la reunión con el director general de la empresa en que se trató este tema.

Tras la práctica de la mencionada testifical el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid dictó la sentencia desestimatoria con los siguientes argumentos:

- Se considera que el cese no se debe a la forma de vestir de Serge Christian M. Scevenels al haberse producido el incidente en febrero y el cese en mayo sin que consten más reproches en ese tiempo.
- La empresa ha puesto de manifiesto como razón del cese la falta de satisfacción con la prestación de la actividad laboral.
- Durante el periodo de prueba ambas partes pueden resolver la relación laboral sin tener que justificar y ni siquiera explicitar los motivos de insatisfacción, pues precisamente el periodo de prueba está para constatar si el puesto de trabajo y su desempeño son satisfactorios y conformes con las expectativas de las partes contratantes.
- Se aclara que la amplia libertad de finalización del contrato en este periodo de prueba no permite la vulneración de derechos fundamentales, pero que esta debe ponerse de manifiesto al menos indiciariamente, sin que haya sucedido así en este caso.
- Se afirma que no consta que se le prohibiese acudir con falda, aun conociendo este hecho la empresa, ni se dispusieron órdenes o instrucciones de forma de vestir que impidiera esta situación.

Se recurre, de nuevo, en suplicación y conoce del mismo la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid argumentando que ante una situación indiciaria de discriminación se invierte la carga de la prueba, siendo la empresa quien debe acreditar la inexistencia de la misma. La parte recurrente entiende que, al haber impuesto la empresa un determinado tipo de vestimenta, se apunta el indicio de trato discriminatorio y que la empresa no ha acreditado que el despido fuera por causas ajenas a dicha discriminación.

La Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia.

Ante esto se presenta recurso de casación en unificación de doctrina, que fue inadmiso por el Tribunal Supremo, mediante auto de 11 de julio de 2019.

Finalmente, se interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra todas las resoluciones judiciales anteriores que no reconocieron el carácter discriminatorio del cese laboral, considerando que los pronunciamientos anteriores vulneran los arts. 9.3, 14 y 18.1 CE en concurrencia con el art. 14 del Convenio de Roma y los arts. 1, 3, 7, 19 y 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La parte recurrente en amparo argumenta, una vez más, que la existencia del indicio de discriminación en las advertencias y en la reunión en enero y febrero debió ser suficiente para que se produjera la inversión de la carga de la prueba y con ello haber obligado a la empresa a justificar de forma más adecuada y precisa los motivos del despido que demuestren la inexistencia del hecho discriminatorio.

Además, argumenta que la censura sufrida por Serge Christian M. Scevenels en el uso de falda como vestimenta se relaciona directamente con la rescisión del contrato y supone una lesión a su libertad para definir su propia imagen y «una crítica directa a la proyección exterior (visibilidad) de su condición sexual».

Finalmente, se solicita que se declare la existencia de vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y de vulneración del derecho a la propia imagen (art. 18 CE), condenándose a la demandada por despido nulo con las consecuencias legales correspondientes, así como al abono de 10 000 € para restablecer los gastos que hayan sido consecuencia del despido y otros 50 000 € en concepto de daños morales y psicológicos.

Se admite a trámite en noviembre de 2020 y se aprecia que concurre una especial trascendencia constitucional puesto que se plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental del que no existe doctrina previa.

La empresa se opone a la pretensión de la persona recurrente en amparo y niega la existencia de discriminación alguna, considerando que las anteriores resoluciones judiciales valoraron adecuadamente la situación expuesta sin apreciar vulneración de derechos.

Por su parte, el Ministerio Fiscal comienza aduciendo que la vulneración del art. 18.1 CE no se alegó previamente y que, por tanto, las resoluciones judiciales que se recurren nunca pudieron pronunciarse sobre la misma.

De igual forma se detiene en la inversión de la carga de la prueba citando sentencias del Tribunal Constitucional (STC 104/2014 y STC 183/2015), recordando que la alegación de la vulneración del derecho fundamental no es en sí misma un indicio, sino que este debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Desde este punto concluye que en este caso se dan indicios de discriminación que dan lugar a la inversión de la carga de la prueba. A pesar de ello el Ministerio Fiscal concluye que la empresa aportó suficiente motivación que suponía separar estos indicios de discriminación de la motivación para la extinción del contrato.

Tras todo ello, el Tribunal Constitucional comienza analizando el objeto del recurso y las pretensiones de las partes, la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo y una extensa parte de conceptos relevantes para la solución del caso (en la que se explican conceptualmente el sexo, el género, la orientación sexual, la identidad de género, el término trans y la expresión de género y se enumeran una serie de términos relacionados con los colectivos LGTBI+, en ocasiones de forma acertada y en otras con poco acierto).

Después se detiene en la identidad de género como causa de discriminación prohibida por cláusula abierta del art. 14 CE y en la discriminación por identidad de género en el ámbito laboral.

Finalmente, se expresa sobre el caso concreto dividiendo los argumentos en dos bloques: la inversión de la carga de la prueba y la prueba en contrario de la empleadora.

Considera el Alto Tribunal, en lo que al primer bloque se refiere, que

la existencia de un indicio de prueba y su alegación es esencial para activar la inversión de las obligaciones probatorias. Y, en este caso, ese indicio existía desde el momento en que se había producido un conflicto en el seno de las relaciones laborales entre la persona recurrente en amparo y una de sus responsables directas, que ninguna de las dos partes negó, y que habría estado relacionado con la apariencia en el modo de vestir de la persona empleada.

Por otro lado, en lo referente al segundo bloque, el Constitucional asegura que

el cese de la persona recurrente no puede calificarse de nulo por discriminatorio dado que, habiendo aportado indicios racionales de discriminación por motivo de identidad de género, la empresa demandada los ha rebatido adecuadamente, y el acervo probatorio del que se han servido los juzgadores de instancia, y que este tribunal no debe revisar para modificarlos, a riesgo de exceder los márgenes de actuación determinados por el art. 44.1 b) LOTC [...], pone de manifiesto que la causa del despido no fue la identidad de género de la persona recurrente en amparo, ni la expresión externa de esa identidad de género.

Por tanto, «puede concluirse que la estructura del acto denunciado como discriminatorio no pone de manifiesto el ánimo de discriminar o lesionar los derechos de la persona recurrente, sino exclusivamente la voluntad clara de no continuar con la relación laboral. Tampoco parece existir una correlación temporal clara entre el indicio de conflicto —o el ejercicio del derecho fundamental por la parte recurrente— y la actuación empresarial».

Por todo lo anterior el Tribunal Constitucional decidió desestimar el recurso de amparo interpuesto por Serge Christian M. Scevenels.

Pablo RAMOS HERNÁNDEZ
Doctorando
Universidad de Salamanca
pabloramher@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª)
n.º 124/2022, de 16 de febrero de 2022

**NULIDAD DE PATENTE SOBRE MATERIA VIVA. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE OBVIEDAD
DE LA REIVINDICACIÓN PRINCIPAL SOBRE LA VIGENCIA DE LAS DEPENDIENTES**

La incidencia de la biotecnología sobre el Derecho de Patentes desde su explosión como rama de estudio, a partir de la segunda mitad del s. XX, cada vez plantea mayores problemas. En efecto, el sistema de patentes, hasta la recepción de este tipo de invenciones, se centraba exclusivamente en materia inerte como objeto de protección. Ampliado hace ya unos años el contenido del Derecho de Patentes a la materia viva, esta sigue planteando importantes interrogantes.

En esta línea es donde debe inscribirse la sentencia objeto de comentario, STS 531/2022, de 16 de enero, cuyo centro de gravedad radica en la determinación de si una invención de este tipo reúne la suficiente altura inventiva como para permitir su patentabilidad. Concretamente la invención consiste en el uso de una serie de veintiún cebadores (*primers*), esto es, fragmentos sintéticos de ADN compuestos por una única cadena de bases nitrogenadas, cuyo objetivo será hibridarse con una segunda secuencia objetivo para marcarlo o identificarlo, y con ello proceder a la realización de la técnica PCR (*Polymerase Chain Reaction*) para reproducir dicho ADN marcado de forma que sea posible detectar mutaciones somáticas en determinadas regiones del gen IGH, relacionadas con el desarrollo de procesos linfoproliferativos.

Pues bien, sobre la base de esta tecnología, la *Erasmus University of Rotterdam* presentó pertinente solicitud de patente, a través del sistema del Convenio de la Patente Europea (CPE), de 5 de octubre de 1973, que permite que una única solicitud de lugar a una pluralidad de derechos nacionales de patente (art. 71 en relación con el art. 64.1 CPE) todos ellos con efectos uniformes (art. 2 CPE) y vigentes para tantos Estados como se haga constar en la solicitud (art. 79 *sensu contrario* CPE). El procedimiento de solicitud culminó con la patente europea EP1549764, que a su vez produjo la patente española ES2354068, validación de la europea, con una fecha de prioridad de 11 de octubre de 2002. Vigente la patente en España, la empresa Máster Diagnóstica, S. L., dedicada a la elaboración de pruebas diagnósticas sobre la base de tecnología PCR para la detección de distintos tipos de enfermedades, entre ellas el linfoma, interpone demanda instando la nulidad de la patente antedicha y/o de aquellas de sus once reivindicaciones en las que se estime una falta de altura inventiva. Pretensión que contesta la Universidad Erasmo mediante demanda reconventional en la que solicita la declaración de infracción de su patente por parte de Máster Diagnóstica. Recaída la sentencia que por turno se adjudicó al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, estima dicha resolución la demanda y desestima íntegramente la reconvenición, siendo consiguientemente

objeto de apelación y cosechando la misma respuesta en la segunda instancia. La doble desestimación, ambas resoluciones emitidas en el año 2018 con solamente meses de separación, conduce a la interposición por parte de la Universidad de sendos recursos extraordinarios por infracción procesal (4 motivos) y de casación (7 motivos), que se saldó finalmente con la desestimación íntegra de sus pretensiones.

Con carácter preliminar a la exégesis de los recursos, interesa saber de las once reivindicaciones que componían el ámbito de la patente que se formulan en la solicitud ante la EPO de la siguiente forma: una reivindicación (R_1) hecha con carácter principal sobre un total de veintiún pares de cebadores o *primers* compuestos por la combinación de un cebador directo (de un total de veinte) y un cebador inverso o consenso común para todos; y otras diez reivindicaciones (R_2 - R_{11}), donde se solicitaban de forma dependiente (en el sentido expuesto al que hace referencia MUSSO, A. 2014: «Il rapporto di dipendenza fra invenzioni biotecnologiche (o con prodotti e material da esse derivati)». *Riv. Dir. Ind.*, 2014: 289-323, 291, nota a pie 8) o derivada (que de acuerdo con la misma lógica tendría una acepción más amplia; *cfr. Idem*, p. 305) a la concesión de la primera diferentes procedimientos derivados del uso de los veintiún cebadores identificados en R_1 para la detección de procesos linfoproliferativos. Simplificando en lo sustancial la complejidad técnica de cada una de estas reivindicaciones accesorias, cabe resumirlas del siguiente modo: R_2 y R_3 se referían al uso de los cebadores en técnicas PCR multiplex (es decir, aquella que permite la reproducción simultánea de varios fragmentos de ADN diferentes); R_4 se refería a la combinación de los cebadores en combinación con otros ya pertenecientes al estado de la técnica y destinados al análisis de la mutación en otros genes también asociada a linfomas, de modo que se mejora hasta en un 2 % la precisión anterior, por cuanto se alcanzaba un índice de acierto o seguridad de hasta el 98 %; R_5 incorpora la solicitud de protección de un procedimiento derivado de la combinación de las R_1 - R_4 ; R_6 y R_7 hacen referencia a un nuevo procedimiento de detección de alteraciones reordenamientos o traslocaciones a través de un ensayo de aplicación del ácido nucleico sobre la base de las R_1 - R_4 ; R_8 y R_9 hacen referencia al uso del procedimiento anterior para la detección de enfermedad residual mínima; y, finalmente, R_{10} y R_{11} harían referencia a sendos equipos o kits de diagnóstico a partir del resto de tecnología reivindicada.

Se trata en todos los casos de materia patentable, de conformidad con el régimen establecido en su momento por la Directiva 98/44/CE, del Parlamento y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de invenciones biotecnológicas, cuyo art. 3.1 señala que las invenciones, aun cuando tengan por objeto un producto que contenga materia biológica, entendida en el sentido de aquella materia que contiene información genética autorreproducible o reproducible en un sistema biológico (art. 2.1.a), serán patentables siempre que cumplan los correspondientes requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial, teniendo en cuenta, eso sí, que no será patentable ni el cuerpo humano ni el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o secuencia parcial de un gen, aunque sí será patentable dicha secuencia o secuencia parcial cuando se haya aislado y ello aun cuando sea idéntica a

la estructura o secuencia natural (art. 5.2). En este supuesto se exige que la aplicación industrial de la secuencia o secuencia parcial se explicita en la solicitud (art. 5.3).

Fiel trasunto de cuanto dispone la norma comunitaria es la Ley 11/1986, de Patentes, en su versión reformada por la Ley 10/2002, de 29 de abril, de incorporación de la Directiva sobre invenciones biotecnológicas, en sus artículos 4 y 5. Dicha norma, aplicable al momento de la interposición de la demanda, hoy sustituida por la Ley 24/2015, con idéntico tenor en este aspecto, en efecto reconoce la materia biológica aislada como objeto de una invención y con independencia de su existencia anterior en estado natural (art. 4.2 LP86), admitiendo igualmente la posibilidad de patentar secuencias totales o parciales de un gen siempre que estén aisladas y previa delimitación de su aplicación industrial, aun cuando el cuerpo humano, en cualquier estadio de constitución y desarrollo, así como cualquiera de sus partes, no pueden ser en sí objeto de patente (art. 5.4 LP86). Así queda configurado pues, en idénticos términos, el régimen de patentabilidad de la materia biológica, que se debe entender sometida, mediante una interpretación sistemática y una interpretación conforme a la directiva, a los mismos requisitos que cualquier otra invención: novedad, actividad inventiva y aplicación industrial.

Aplicando lo anterior en conjunción con la sentencia, encontramos que, efectivamente, los cebadores cumplen el requisito de novedad, por cuanto no estaban anticipados en el estado de la técnica (en cumplimiento del art. 6 LP86 y por cuanto se aprecia de la pericial acaecida). También satisfacen el requisito de aplicación industrial debidamente explicitado en la solicitud, por cuanto los veintiún cebadores, todos ellos secuencias parciales de un gen, se reivindican para diferentes procedimientos técnicos destinados a la detección genética del linfoma o riesgo de padecer linfoma, siendo por tanto utilizado por la industria, en este caso médica (art. 9 LP86). De modo que el único que resta, precisamente el causante del litigio, sería el cumplimiento del requisito de actividad inventiva, que concretamente exige valorar a ojos de un «experto en la materia» si la invención resulta del estado de la técnica de un modo evidente.

Puede apreciarse sin excesiva complicación que el juicio de actividad inventiva emplea como base operativa el juicio de novedad. En efecto, ambos conceptos forman una especie de tándem hermenéutico por cuanto el juicio de actividad inventiva es una proyección del anterior. De tal modo que, conformado el juicio de novedad sobre una respuesta de corte dicotómico (está el invento anticipado o no lo está), el juicio de actividad inventiva trasciende dicha respuesta inflexible para valorar un matiz: si, no estando anticipada la invención, esta sería fácil o difícilmente concebible por alguien versado (experto en la materia). De este modo, lo que se busca sería valorar del modo más objetivo posible la distancia cognitiva [idea anticipada en PEDRAZA-FARIÑA, L. G. y WHALEN, R. 2020: «A Network Theory of Patentability». *The University of Chicago Law Review*, 2020, 87(1): 63-144, 72] existente entre la invención cuya patente se pretende y su antecedente inmediato ya en el estado de la técnica, por cuanto dicha distancia expresa el grado de aportación intelectual que amerita protección.

Planteado el juicio en estos términos, la ley, sin embargo, no aporta ninguna concreción sobre cómo ha de procederse para la valoración del requisito de actividad inventiva, por lo que doctrina y tribunales tienden a acudir por igual a las diferentes

Directrices de Interpretación que han venido elaborando tanto la OEP como la OEPM (DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M. 2020-2021: «Ámbito de protección de la patente, nulidad e infracción de la patente por imitación, la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 5 de Barcelona, sección de patentes, de 19 de enero de 2021». *ADI*, 2020-2021: 355-376, 367 y 369), buscando ante todo una simplificación de la valoración por medio de un método sintético al efecto. De este modo, las Directrices han identificado el denominado método Análisis-Problema-Solución (referido en la propia sentencia) como sistema que requiere la identificación de aquellos documentos previos a la fecha de presentación de la solicitud o de prioridad lo más próximos a la regla técnica sometida a examen; identificar el problema técnico al que obedece la regla técnica valorada, y verificar si dicha regla técnica se habría alcanzado de manera obvia ante la necesidad de dar solución al problema.

Este es precisamente el proceder que acoge el Tribunal Supremo cuando con ocasión del recurso es llamado a conocer sobre la actividad inventiva subyacente a la invención, aclarando por el camino algunas cuestiones importantes que conviene conocer. El punto de partida de dicho análisis se encuentra en la prueba pericial practicada tanto por la demandante como por el propio juzgado y que arroja como conclusión la existencia de una homología parcial de parte relevante de parte de los cebadores reivindicados respecto de los ya conocidos en el estado de la técnica; otro conjunto de estos se conformarían como secuencias yuxtapuestas y/o vecinas a otros ya divulgados, y, por último, un tercer bloque se conformaba sobre zonas ya conocidas («mapeadas») del gen IGH relevante, a lo que habría que sumar el hecho de que el cebador inverso se había conformado por la adición de tres pares de bases adicionales a otro ya anticipado en el estado de la técnica. Esta realidad que pretendió discutirse a través del motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal y que fue rechazado de plano por el Tribunal Supremo desencadenó la consideración de obviedad de los veintiún pares de cebadores que componen la reivindicación principal (R₁) y, por efecto de la propia dependencia con que se plantearon las restantes reivindicaciones, el de la patente en su conjunto.

A paliar la obviedad de la reivindicación principal dedica el recurrente, sin éxito, los motivos uno a tres del recurso de casación. Concretamente, el primero de ellos se dirige a transformar la interpretación hecha en el proceso sobre el problema técnico objetivo a que responde la regla técnica analizada (los cebadores). De este modo, bajo el argumento de que lo que se pretende patentar no es el conjunto de cebadores en sí mismo, sino en combinación con un protocolo estandarizado de actuación sobre la base de la tecnología PCR multiplex, se trata de negar la tesis de la demanda, acogida en la sentencia impugnada, conforme a la cual el problema técnico objetivo versaría en la identificación de *cebadores alternativos* a los existentes en el estado de la técnica. Dicho contraargumento es rechazado por el Alto Tribunal que, haciendo suya la tesis de la apelación, entiende que, de haber sido tal procedimiento estandarizado el problema técnico objetivo al que atienden las reivindicaciones, este debería haber lógicamente aparecido en las mismas y no haberse relegado a la descripción de la patente.

La defensa de la validez de la R_1 se completaría en el motivo de casación segundo, bajo un argumento que pretende la invalidez del juicio de obviedad de los cebadores por haber utilizado en su valoración una pluralidad combinada de documentos del estado de la técnica y no solamente el más próximo. Cuestión esta que despacha el Tribunal Supremo arguyendo que, a diferencia del juicio de novedad, donde sí ha de tenerse en cuenta únicamente el documento más próximo, el juicio de actividad inventiva busca recrear la actividad de un experto en la materia que, si bien tiene prohibido aportar conocimiento propio, puede recombinar cuanto quiera el hasta entonces existente, por lo que *es posible determinar la falta de actividad inventiva partiendo de una pluralidad de documentos del estado de la técnica puestos juntos en relación*.

Como última vía de ataque al juicio de obviedad sobre R_1 , se plantea en el motivo tercero (repetido desde una perspectiva centrada en la admisibilidad prueba en el motivo cuarto del recurso extraordinario) la invalidez del uso de un ensayo aportado como prueba pericial, por cuanto incumple el límite del juicio de obviedad consistente en no emplear conocimiento obtenido con posterioridad a la solicitud de la patente (o fecha de prioridad), y ello porque utiliza los veinte cebadores directos en combinación con un cebador inverso ya anticipado en el estado de la técnica en una prueba experimental. El Tribunal rechaza en ambos casos el argumento sosteniendo que dicha prueba no trata de demostrar la obviedad, cuanto la falta de efecto técnico sustancial que tiene el cebador inverso reivindicado que, por otra parte, estaba compuesto por la adición de 3 pares de bases nuevos a la cadena que conformaba precisamente el cebador inverso utilizado para dicho ensayo (aquí parece que nos encontramos ya rayanos en la prueba de la infracción por equivalente).

El resto de motivos tratan, en fin, de enmendar la debacle que supone para las diez reivindicaciones restantes el haberse configurado como dependientes respecto de los pares de cebadores, por cuanto *la obviedad de la reivindicación principal acarrea de suyo la de todas las demás reivindicaciones dependientes (conclusión del TS al resolver el motivo cuarto)*. Se trata de un razonamiento de una lógica más aparente que real, por cuanto, a mi modo de ver, no necesariamente ha de ser así, al ser habitual que tecnologías ya conocidas y, por tanto, obvias generen en determinadas aplicaciones concretas (por tanto, dependientes) nuevas aplicaciones útiles, industrialmente relevantes y no obvias para el experto en la materia, por cuanto buena parte de la innovación tecnológica actual se basa en la recombinación de tecnología y conocimiento (una vez más PEDRAZA-FARIÑA, L. G. y WHALEN, R. «A Network Theory of Patentability», cit., 72 y ss.; en el mismo sentido «Il rapporto di dipendenza fra invenzioni biotecnologiche (o con prodotti e material da esse derivati)», cit., 291). Este no fue, sin embargo, el caso y es que ni las tecnologías por sí mismas ni la recombinación de tecnologías que subyacía a las diferentes reivindicaciones dependientes eran lo suficientemente inventivas como para superar el umbral de obviedad, y así se desestimaron los motivos quinto y séptimo, por cuanto no era apreciable un salto cognitivo lo suficientemente relevante como para entender que tal proceder no resultaba obvio para un experto en la materia.

Mención aparte merecen el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo sexto del recurso de casación, ambos referidos a la R_4 , consistente

en la combinación de los cebadores reivindicados junto con otros conjuntos empleados con el mismo fin, pero respecto de otros genes y que suponía un incremento de la precisión lograda a un umbral del 98 %. En efecto, el motivo primero del recurso extraordinario interesa una corrección del margen de mejora en la precisión, por cuanto la sentencia de apelación lo cifró en un 96 % y no un 98 % como correctamente se desprende de la prueba pericial practicada. El Alto Tribunal acoge este *petitum*, si bien desestima el motivo por entender que se trata de una equivocación material del juez ponente que no ha llegado a tener efecto ni en la decisión ni en la argumentación del Tribunal. En todo caso, el juzgador apunta la cifra corregida y vuelve sobre ella cuando, en el motivo sexto del recurso de casación, trata de revivirse la validez de dicha reivindicación sobre la base de su carácter de mejora relevante en precisión respecto del estado de la técnica vigente. Este es el aspecto que más dudas pudo plantearle al juzgador, por cuanto el incremento en la precisión era claro (cuestión distinta es si era realmente significativo), hasta el punto de que parece dejar la puerta abierta a que se hubiera podido plantear con ciertos visos de viabilidad en el caso de no haberse configurado la reivindicación como dependiente. A mi entender tampoco habría sido adecuado conceder en caso de independencia una solución diferente para esta reivindicación, por cuanto el juicio de actividad inventiva no mide la aportación de valor de la invención patentada, o al menos no explícitamente de un modo directo y deliberado, sino la posibilidad de dar o no el salto cognitivo correspondiente a partir de la información disponible en dicho momento y sin aportar un esfuerzo intelectual propio en el proceso. Este es un extremo que también desacredita la prueba pericial por cuanto considera obvio el acto de combinar los cebadores reivindicados y no inventivos con otros cebadores ya conocidos para la diagnosis de linfoma. De esta forma, *es perfectamente posible concebir que un resultado novedoso puede derivarse de una recombinación que no requiere esfuerzo intelectual y, por ello, en esa medida no ser patentable.*

Sin ánimo de extender más lo que trata de ser un comentario sucinto, conviene cerrar la glosa destacando tres grandes ideas o titulares, los cuales aparecen en síntesis destacados en el comentario. En efecto, el Tribunal Supremo aporta claridad sobre el criterio de altura inventiva sobre la patentabilidad de materia viva, con tres principales ideas o aportaciones: 1) El juicio de altura inventiva tiene como únicos límites el uso de información posterior a la solicitud y no aportación de ingenio por el experto, siendo posible determinar la obviedad del invento a partir de la recombinación no creativa ni inventiva de la documentación vigente en el estado de la técnica; 2) la obviedad de la reivindicación principal acarrea la de toda aquellas otras que se configuren como dependientes; y 3) la novedad (mejora) del resultado no necesariamente justifica una correlativa altura inventiva (esta última implícita en el proceder del Alto Tribunal).

Marcos CRUZ GONZÁLEZ
Investigador Predoctoral en Formación (FPU)
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Salamanca
macrugo@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 144/2022, de 22 de febrero de 2022

CONTRATO DE SEGURO. DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO. INDEMNIZACIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo del 22 de septiembre de 2022 trae su causa de dos resoluciones anteriores del mismo año: la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 8 de noviembre de 2018 y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Molina de Segura, de 7 de febrero de 2018. La relevancia de la resolución del Alto Tribunal estriba en la estimación de las pretensiones de la compañía aseguradora, que no fueron atendidas en ninguna de las instancias anteriores. El Tribunal Supremo tiene así una nueva ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de dos preceptos (los artículos 10 y 20) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), que generan mucha litigiosidad y que contienen reglas aplicables al contrato de seguro peculiares de nuestro ordenamiento jurídico respecto a la solución que se aplica en otros países de nuestro entorno (así lo refiere F. SÁNCHEZ CALERO en la obra colectiva *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Thomson-Aranzadi, 3.ª ed., 2005).

La demanda inicial fue presentada en el año 2016 por parte de la sociedad *Primafrío, SL* (una entidad de referencia en el sector de la logística refrigerada), contra la compañía de seguros y reaseguros *Generali España, SA*. Solicitaba que se condenara a la compañía aseguradora a pagar más de tres millones de euros, cantidad a la que había que añadir los intereses moratorios que se contemplan en el artículo 20 LCS, además de las costas del procedimiento. La base para solicitar el pago de esta indemnización se encontraba en los diversos siniestros ocurridos durante la vigencia de la póliza.

La compañía aseguradora contestó a la demanda utilizando como argumento fundamental el incumplimiento por parte del tomador del deber de declaración del riesgo exigido en la LCS, que justificaba la solicitud de exoneración del pago de la indemnización solicitada por la entidad demandante y se refería tanto a siniestros ocurridos con anterioridad como con posterioridad a la rescisión de la póliza contratada en el año 2015 por la entidad. No obstante, aunque pedía la exoneración del pago de la indemnización, la compañía aseguradora solicitaba subsidiariamente dos pretensiones: 1.ª) la condena a pagar solo la indemnización correspondiente a los siniestros ocurridos antes de la rescisión de la póliza, lo que ascendía a una cuantía de un poco más de 300.000 euros, considerando que esta cantidad era la que resultaba de aplicar la regla de equidad, que aparece contenida en el artículo 10 LCS; y 2.ª) para el caso de que el juzgado considerara que se debían indemnizar tanto los siniestros ocurridos con anterioridad como con posterioridad a la rescisión de la póliza, solicitaba la condena al

pago de una cantidad ligeramente superior a los 800.000 euros. En aplicación también de esa regla de equidad prevista en el artículo 10 LCS, se solicitaba en ambos casos a la compañía aseguradora que no fuesen impuestas las costas ni los intereses a los que se refiere el artículo 20 LCS.

El fallo de la sentencia dictada en primera instancia estimaba íntegramente la demanda interpuesta por la entidad y la condenaba a abonar la suma de más de tres millones de euros incluido el interés legal y las costas.

Lógicamente esta resolución condenatoria fue recurrida en apelación por la entidad aseguradora y la decisión de la Audiencia Provincial de Murcia, en su sentencia de 8 de noviembre de 2018, fue la de desestimar ese recurso de apelación y confirmar la sentencia dictada en primera instancia. En cambio, el Tribunal Supremo, con su sentencia de 2022, estima el recurso de casación interpuesto por la compañía aseguradora y en consecuencia estima solo en parte la demanda inicial formulada por la entidad. El resultado es acorde con una de las peticiones subsidiarias incluidas en la contestación a la demanda, condenando a la compañía aseguradora a indemnizar a la entidad asegurada en una cantidad final de 801.696,23 euros más el interés legal.

Por tanto, lo que interesa destacar en este pronunciamiento del Tribunal Supremo es fundamentalmente qué razones le han llevado a estimar el recurso de la compañía aseguradora y a dictaminar en el sentido que se acaba de indicar.

Conviene hacer también un repaso más detallado de los hechos o antecedentes, que según el fundamento de derecho primero de la resolución citada del Tribunal Supremo son los siguientes:

- 1.º) La entidad Primafrío, SL, es una empresa dedicada al transporte frigorífico de mercancía. Para cubrir parte de los riesgos asumidos en el desarrollo de su actividad concertó un contrato de seguro que se denominó «de maquinaria en circulación» con la compañía GENERALI, SA, utilizando para ello un agente mediador.
- 2.º) Esta compañía había comunicado distintos siniestros acaecidos a la compañía aseguradora y fue en febrero de 2015 cuando la entidad aseguradora a través del mediador que había intervenido en la contratación del seguro comunicó a la tomadora su intención de modificar las condiciones de la póliza. La razón era que consideraba la entidad que había disfunciones con el riesgo que inicialmente había declarado la entidad Primafrío. Un mes después de la comunicación, la compañía aseguradora advirtió a la entidad de la decisión de rescindir la póliza de seguro contratada si no accedía a la modificación de las condiciones del seguro contratado en un plazo de 15 días. Y unos días después, ya en el mes de abril, la compañía aseguradora envió a través de burofax una comunicación a Primafrío, informando de la rescisión de la póliza, actuación que no fue aceptada por la entidad aseguradora. Esto justificó la presentación de la demanda en la que solicitaba la indemnización correspondiente a los siniestros que habían tenido lugar durante la vigencia de la póliza, es decir, durante los meses que medían entre octubre de 2014 y abril de 2015, que no habían sido indemnizados por la compañía aseguradora.

La oposición de la compañía aseguradora a las peticiones que Primafrío formuló en su demanda se basaban fundamentalmente en el incumplimiento por el tomador del seguro de su deber de declaración del riesgo. Concretamente, las diferencias afectaban al número de vehículos que integraba la flota de esta compañía para desarrollar su actividad de transporte frigorífico de mercancías y también a los índices de siniestralidad que se habían producido con anterioridad.

Las cuestiones que se abordan en este caso son básicamente dos: 1.^a) la procedencia de la indemnización y 2.^a) la cuantía de esta, en caso de no ser confirmada la petición de rescisión realizada por la entidad aseguradora. Para determinar estas cuestiones será necesario valorar si el asegurado ha cumplido con los deberes que exige la LCS, principalmente el relativo a la obligación de declarar sobre el riesgo.

En el fundamento de derecho segundo el Tribunal Supremo analiza en primer lugar el tercer motivo de casación, que hace referencia a la regla de proporcionalidad prevista en el artículo 10.3 LCS. Lo que se alega por la compañía aseguradora es, por tanto, la infracción del apartado tercero del artículo 10 LCS en relación con el artículo 3 del Código Civil y el principio de equivalencia de las prestaciones. La sala del Tribunal Supremo, al analizar lo establecido en los párrafos segundo y tercero del artículo 10, estima el motivo de casación al considerar que la rescisión que intentó la compañía aseguradora no fue válida y que no hubo dolo o culpa grave por parte del tomador en relación con la declaración del riesgo. Esto justifica que la compañía de seguros no se pueda exonerar de su obligación de indemnizar. Al quedar probada la existencia de inexactitudes en la declaración del riesgo entiende el Tribunal Supremo que resulta aplicable la regla de proporcionalidad. Por ello declara que la responsabilidad de la compañía aseguradora tiene que quedar reducida del mismo modo que la prima que hubiese debido recibir si el tomador hubiese declarado el riesgo de manera correcta.

En el fundamento jurídico tercero, como consecuencia de haber estimado ese tercer motivo de casación, se anula la sentencia que se había recurrido. Se aplica la fórmula de «prestación reducida (indemnización) = prestación (inicial) x prima neta pagada», siendo así que se justifica la reducción de la indemnización respecto a la solicitada en la demanda por la entidad tomadora del seguro. Considera también el Tribunal Supremo que la cantidad indicada no ha de devengar los intereses del artículo 20 LCS puesto que se trata de uno de los casos en los que se puede considerar justificada la demora en el pago de la indemnización. Y esta decisión tiene como consecuencia que la indemnización solo va a devengar el interés legal incrementado en dos puntos.

Se abordan pues en esta resolución dos cuestiones que resultan nucleares en la contratación de seguros, y que han ocasionado gran número de conflictos, en especial en relación con los seguros de vida (ver, entre otras, las recientes sentencias de 29 de abril de 2021 o de 1 de marzo de 2021). La facultad que asiste al asegurador de rescindir el contrato mediante una declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes cuando se prueban las inexactitudes del riesgo declarado es una muestra de la concepción del contrato de seguro como un contrato de buena fe, que es lo que se manifiesta a través del deber de declaración del tomador. El asegurador

confía en la descripción del riesgo que hace la parte que desea contratar un seguro (SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, 228 y 229). Este deber precontractual resulta, por tanto, fundamental para que la compañía aseguradora valore de manera adecuada el riesgo que se trata de asegurar y tome en consecuencia la decisión de realizar ese contrato de seguro o no.

Para los casos en los que se cumplimente el contrato a través de un mediador insiste la doctrina en que el agente no puede ser el autor material de esa declaración del riesgo (SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, 235). Aunque no es un tema abordado de manera específica en esta sentencia, se trata de casos en los que habría que tener en cuenta si la divergencia entre el riesgo declarado para contratar el seguro y el real trae su causa de la contratación de la póliza a través de un distribuidor de seguros, de modo que este pueda haber intervenido directamente en la cumplimentación del cuestionario, vulnerando así el principio general que preside las obligaciones generales de información que les vinculan, exigiéndoles una actuación honesta y profesional (ver art. 172 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales).

M.^a del Mar GÓMEZ LOZANO
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Almería
margomez@ual.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 198/2022, de 8 de marzo de 2022

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. APLICACIÓN DE CONDICIONES DESIGUALES. ESTACIONES DE SERVICIO

El modelo de negocio de las estaciones de servicio abanderadas —gasolineras cuya imagen y marca pertenece a una gran petrolera— presenta variedades jurídicas muy diferenciadas en función del contrato realizado. Como modalidades más relevantes, se distingue entre contratos de venta en firme (DODO, *Dealer Owned Dealer Operated*) —en los que tanto la propiedad como la gestión de la gasolinera no son de la petrolera, que se obliga tan solo al suministro de combustible y a cubrir gastos de imagen—, y contratos especiales de gestión (CODO, *Company Owned Dealer Operated*) —más habituales en España—, en los que la propiedad de la gasolinera permanece en la petrolera, que se obliga frente al gestor a ceder su imagen y suministrarle combustible. El beneficio del gestor se halla muy vinculado a la modalidad del correspondiente negocio jurídico, pues mientras en contratos DODO el propietario-gestor suele fijar libremente sus precios y en función de ellos obtiene su beneficio, en acuerdos CODO las partes fijan una comisión por litro vendido, sobre la que el gestor puede realizar descuentos para competir en el mercado, disponiendo de menos margen para ello. Como se deduce, los supuestos son muy diferentes entre sí, como también lo es la inversión de las partes en el negocio.

En este contexto adquiere relevancia la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 938/2022, de 8 de marzo de 2022, que resuelve dos recursos —extraordinario por infracción procesal y de casación— interpuestos por una SL (*Monte Real*) vinculada con *Repsol* por un contrato CODO contra la sentencia n.º 233/2018, de 19 de abril, dictada por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid. La inviabilidad económica del negocio para *Monte Real*, derivada de los estrechos márgenes de beneficio y de la reducción de las ventas, motivó la demanda inicial ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, fundamentada en la infracción del Derecho de la Competencia, tanto en su vertiente desleal como *antitrust*. Se trata de una sentencia que resuelve una cuestión muy concreta en un sector del mercado en el que el TS tiene gran experiencia, sobre todo en relación con los pactos de exclusiva y la fijación de precios máximos y recomendados en los contratos de abanderamiento. Pretensiones análogas a las de la sentencia comentada fueron ya intentadas sin éxito desde hace tiempo por estaciones de servicios ante juzgados y autoridades de competencia —es el caso, por ejemplo, del sobreseimiento de una denuncia similar por el Servicio de Defensa de la Competencia en 2005 (Expte. R 644/05), confirmado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo—.

La sentencia de instancia, dictada el 7 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid n.º 4, estimó parcialmente la demanda de *Monte Real*, declarando la infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y 101-102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), así como de los artículos 4.1 y 6.1 de la Ley de Competencia Desleal (LCD), al considerar que se produjo una práctica colusoria de fijación indirecta de precios y un abuso de posición dominante en su modalidad de trato discriminatorio; se entendió que el ajuste en la comisión impuesta por *Repsol* es donde radicaba el problema, al impedir que *Monte Real* pudiera aplicar descuentos suficientes para competir. De forma muy clara el Juzgado sostuvo que

la comisión es de tan reducido importe que el revendedor no puede hacer los descuentos razonables para competir, mucho más cuando *Repsol* tiene en la zona otra estación de servicio a la que consta probado que tiene unos márgenes que sí puede hacer descuentos, y sobre todo superiores a los que en la práctica el demandante puede realizar en su estrecho margen. Se da el caso que también, hay otras operadoras en la zona, independientes de *Repsol* contra las que tampoco puede competir el demandante al carecer de margen para hacerlo, en definitiva, la fijación de precios PVP recomendados por *Repsol* a *Monte Real*, según las comisiones que percibe, le obliga a tener unos precios por encima de los de la zona, o perder dinero en el caso de que quiera hacer descuentos que le permitan competir con la propia *Repsol* o con las gasolineras circundantes.

Como consecuencia de estas consideraciones, el Juzgado condenó «a la demandada a cesar en sus conductas abusivas en el futuro, debiendo ofrecer a la demandante los mejores precios ofrecidos por otros operadores o a otros revendedores o comisionistas, y al abono a la demandante de 2.320.102 de euros por los perjuicios sufridos desde el 2008 a 2012, ambos inclusive, desestimando el resto de los pedidos de la demanda y desestimando la reconvencción de *Repsol* sin condena en costas». Lo que no estimó el Juzgado fue la declaración de nulidad del contrato de arrendamiento solicitada por la demandante, por entender que tal nulidad «acarrearía también el resto de la relación contractual que vincula a las partes en el conflicto, lo que no se ha pedido». Respecto a esta cuestión el Juzgado siguió la línea del TS español, que, sobre todo en materia de fijación de precios y de exclusividad, no acepta con carácter general que la infracción *antitrust* pueda tener carácter accesorio respecto al conjunto del contrato (sobre esta cuestión y su crítica resulta interesante MARTÍ MIRAVALLS, J. 2021: *Nulidad y Derecho de la Competencia*. Aranzadi).

El fallo cambia radicalmente en la segunda instancia, al estimarse el recurso de apelación y revocarse la resolución inicial. La AP de Madrid (Sección 28.^a) rechazó que el supuesto de hecho implicara una fijación indirecta de precios o una modalidad de abuso de posición dominante consistente en el trato discriminatorio, al considerar que *Repsol* proporcionó «sólidos indicios de que a *Monte Real* le es posible practicar descuentos con cargo a su comisión sin que ello afecte a la viabilidad empresarial de su

actividad de venta de combustible (siempre, naturalmente, suponiendo que mantiene para el resto de sus servicios el grado de atractivo suficiente como para estimular la parada y consiguiente visita del usuario), y que, por el contrario, *Monte Real*, que es sobre quien pesaba la carga de hacerlo, no ha logrado demostrar la inviabilidad de tal práctica al tomar como referencia hipótesis extremas de descuento carentes de la menor lógica desde el punto de vista empresarial». La AP reiteró consideraciones ya realizadas por el TS en su sentencia 789/2012, de 4 de enero de 2013, según la cual «si el contrato permite hacer descuentos en el precio de venta al público, la prueba de su imposibilidad real incumbe a la parte litigante que pide la nulidad, normalmente mediante prueba pericial, de modo que por regla general habrá de respetarse el juicio probatorio del tribunal de instancia sobre este punto»; en este mismo sentido podrían consultarse las siguientes sentencias del TS: 61/2011, de 28 de febrero; 312/2011, de 5 de mayo; 300/2011, de 13 de junio; 647/2011, de 28 de septiembre; 739/2011, de 2 de noviembre; 166/2012, de 3 de abril; 236/2012, de 10 de abril; 699/2015, de 17 de diciembre, y 54/2019, de 24 de enero.

Respecto a las pretensiones basadas en la LCD, la AP de Madrid consideró que la sentencia apelada incurrió en un error de naturaleza conceptual, ya que el trato discriminatorio del artículo 16.1 de la LCD, único ilícito que aprecia la sentencia apelada, tiene por sujeto pasivo al «consumidor», resultando evidente que *Monte Real* carece de tal cualidad.

Ante la Sala de lo Civil del TS se interpusieron dos recursos, uno extraordinario por infracción procesal y otro de casación. En el primero se alegaron cuatro motivos, de los que la Sala solo admitió uno de ellos, que, formulado al amparo del artículo 469.1.2.º de la LEC, denunciaba la infracción del art. 218.1 de la LEC, por considerar la existencia de *incongruencia omisiva* respecto a la alusión en la demanda a la fijación directa e indirecta de precios. La falta de argumentación por la demandante sobre este aspecto implicó que la AP se abstuviera de realizar mayores consideraciones, lo que no significa necesariamente para el TS que haya existido tal incongruencia. Lo más interesante de la STS en este punto es la reiteración de su jurisprudencia que considera que las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada, salvo supuestos muy concretos, que no son del caso, no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (por todas, SSTS 370/2011, de 9 de junio, y 488/2021, de 6 de julio), sin necesidad de que exprese la desestimación de cada una de las peticiones formuladas y menos aún de todas las cuestiones suscitadas en la demanda, y con independencia también de que la desestimación de una petición puede ser implícita como consecuencia de lo razonado en general (como establece, entre otras, la STS 232/2010, de 30 de abril de 2010). Aunque el TS no hace más referencia a esta cuestión, debe recordarse que el Tribunal Constitucional resolvió que esta modalidad de incongruencia, en interpretación del artículo 24 de la Constitución española, se produce cuando, «habiendo dejado el órgano judicial sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, no quepa interpretar razonablemente el silencio como una desestimación tácita, al poder

inferirse que es así del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, teniendo en cuenta que la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión» (Sentencia 73/2009, de 23 de marzo).

El recurso de casación resuelve los dos motivos alegados por la recurrente, realizando el TS interesantes consideraciones acerca del abuso de posición dominante como ilícito *antitrust*.

Según el primero, se denuncia infracción de los artículos 102 c) TFUE y 2 d) LDC, al reiterarse por los recurrentes la existencia de abuso de posición dominante por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, colocando a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. En este caso *Monte Real* pone en evidencia su posición respecto a otros competidores, también abanderados por *Repsol*, aunque bajo la modalidad DODO. El recurrente alega errores de la AP cuando descarta la infracción *antitrust*, al no examinar todas las circunstancias pertinentes del mercado —como exige la STJUE de 19 de abril de 2018 (C-525/16, *MEO-Serviços de Comunicações e Multimédia*, SA)—, sino que únicamente se fija en la cantidad invertida —mucho menor en la modalidad CODO que en la DODO—, y al establecer un requisito no previsto en la jurisprudencia del TJUE, como es que, para la comparación, «las circunstancias de esas personas en relación con quien les brinda esa clase de trato sean las mismas».

La clave de la desestimación de este motivo por el TS es precisamente su consideración, en contra de lo afirmado por la recurrente, de que la AP sí ha examinado *todas las circunstancias pertinentes del mercado*, tal y como exige la jurisprudencia de la Unión Europea. El TS cita la mencionada STJUE de 19 de abril de 2018, donde se reitera que la «discriminación de socios comerciales que se encuentran en relación de competencia solo podrá considerarse abusiva si el comportamiento de la empresa en posición dominante pretende, según se desprende de todas las circunstancias del caso concreto, llevar a una distorsión de la competencia entre esos socios comerciales».

La exigencia de tener en cuenta «todas las circunstancias» en asuntos relativos a la determinación de abuso de posición dominante es clave, pues su exigencia resulta constante a nivel de la jurisprudencia europea, y no solo respecto a esta modalidad de abuso. En este sentido, por ejemplo, la STJUE de sentencia de 14 de septiembre de 2017 (asunto C-177/16, caso *AKKA/LAA*), que resolvió cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de un recurso contra la resolución del Consejo de la Competencia de Letonia que impuso una multa derivada de un abuso de posición dominante por haber aplicado tarifas excesivas, reiteró que «incumbía al tribunal remitente comprobar, a la luz de todas las circunstancias del caso de autos», si se cumplían los presupuestos de la infracción (en el mismo sentido, TJUE de 27 de marzo de 2012, asunto C-209/10, caso *Post Danmark A/S*). De forma más cercana al supuesto de la sentencia que se comenta, el TJUE, en su sentencia de 2 de abril de 2009 (C-260/07), consideró ilícitas las cláusulas de contratos con estaciones de servicio «si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio

de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor...», incumbiendo «al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, *teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal*».

El TS está de acuerdo en que la infracción alegada debe resolverse conforme a los criterios que ha consolidado el TJUE, como sostiene la recurrente, pero considera que la AP ha actuado conforme a la misma, ya que su sentencia sí analiza circunstancias adicionales a la cuantía de la inversión, al tomar también en consideración la diferencia de tipología contractual que une a *Repsol* con las distintas suministradoras (DODO o CODO).

El segundo motivo de casación denuncia infracción de los artículos 102 a) TFUE y 2 a) LDC, alegándose por la recurrente que la AP ignoró la imposición de precios y condiciones comerciales no equitativas por parte de *Repsol*. Como ha sucedido en relación con otras sentencias desestimatorias, el TS echa de menos un análisis preciso de la recurrente «para comprobar que existe una diferencia significativa entre el precio cobrado y los descuentos ofrecidos por *Repsol* al entorno competitivo de *Monte Real (Duperier y Megino)* y a la propia *Monte Real*», reiterando la ausencia de una alegación específica a este asunto en primera instancia, donde solo se aludió genéricamente a la fijación de precios. Además, se considera que la AP acierta al resolver la cuestión «desde la realidad de que las relaciones jurídicas entre las partes en los distintos casos comparados son diferentes y esa diferencia condiciona las relaciones económicas resultantes». Esta alegación no es comparable a la realizada en casos anteriores en los que se condenó a las petroleras por fijación indirecta de precios; recuérdese que el 30 de julio de 2009 el Consejo de la extinta CNC estimó la existencia de tal infracción respecto a precios de venta al público de empresarios independientes que operaban bajo la bandera de las petroleras, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de las estaciones de servicio (Expte. S/0652/07), siendo confirmado finalmente por el TS en 2015.

Este segundo motivo, desestimado principalmente por la falta de solidez de la alegación, debe ponerse en relación con supuestos análogos en los que el TS ha tratado la cuestión. Entre las resoluciones más recientes destaca su sentencia 618/2020, de 17 de noviembre, donde, entre otras cuestiones, se pronuncia sobre la posible comisión de una infracción de fijación de precio por estrechez de márgenes en las comisiones de las estaciones de servicios. En este caso el TS vuelve a reiterar la decisión de la AP, ya que declaró probado

que no constaba en modo alguno que se impidiera a la demandante rebajar el precio con cargo a su comisión, así como que muchos años antes de iniciarse el litigio se le reconoció expresamente el derecho de aplicar los descuentos que estimase convenientes. E igualmente, resaltó que también se hacían descuentos a los titulares de las tarjetas de fidelización. Por lo que concluye, con todo acierto, que en estas circunstancias la pretensión de nulidad absoluta de la relación contractual por una supuesta

fijación de precios constituye una utilización instrumental de las normas del Derecho de la Competencia ajena a sus fines de protección.

La desestimación de los recursos en la sentencia que se comenta lleva finalmente al TS a imponer a la recurrente las costas causadas por ambos recursos y a ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación.

Fernando DE LA VEGA GARCÍA
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia
flavega@um.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 222/2022, de 23 de marzo de 2022

OFERTA PÚBLICA DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES. ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. DEBER DE DILIGENCIA EMPRESARIAL

La Sentencia objeto de comentario es especialmente interesante, puesto que el Tribunal Supremo (en adelante, TS) aporta consideraciones sobre la ordenación de los mercados financieros que debemos analizar. No obstante, como el espacio es limitado, nos vamos a centrar en dos cuestiones concretas, aunque íntimamente relacionadas: la regulación del deber de diligencia de los empresarios y la causa de los contratos de adquisición de acciones.

En lo que respecta al deber de diligencia de los empresarios, debemos ser conscientes de la falta de concreción del propio concepto. Se suele afirmar que los empresarios y los profesionales tienen una serie de conocimientos relevantes que les permiten tomar sus decisiones de inversión con un nivel mayor de racionalidad. En otras palabras, podríamos decir que en las transacciones que realizan estos inversores profesionales no existe un problema de distribución asimétrica de la información.

Estos conceptos puramente teóricos que nos dan ambas definiciones pueden llegar a hacer aguas cuando descendemos a la realidad práctica, como es el caso que nos ocupa, donde todos los inversores podían acceder a un folleto informativo que incluía información no fiable, pero que estaba pensado para inversores no profesionales. Por lo tanto, debemos apreciar cómo afecta la disponibilidad de esta información al deber de diligencia de los empresarios.

El TS ha entendido que, ante esta información, que daba una imagen de la solvencia económica de Bankia que no se correspondía con la realidad, el inversor no había tomado la decisión de invertir con pleno conocimiento de las consecuencias. Es decir, aplica la doctrina del error en el consentimiento, aunque termina desestimando la pretensión atendiendo a la finalidad/causa del contrato analizado.

En este sentido, debemos poner en relación el deber de diligencia del inversor profesional con el requisito de excusabilidad del error o vicio en el consentimiento. De hecho, Bankia planteó esta cuestión en el recurso de apelación que precedió a la Sentencia que ahora nos ocupa, aunque la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Madrid (*vid.* SAP Madrid, Sec. 25.ª, núm. 239/2017, de 3 de julio) no se llegó a pronunciar puesto que el objetivo de la compra no obedecía a una operación de inversión, sino de otro tipo. Durante los párrafos precedentes cita otra sentencia del mismo órgano (*vid.* SAP Madrid, Sec. 25.ª, núm. 941/2016) en la que establece la doctrina aplicable al error en el consentimiento, dando a entender que como inversor profesional debería haber examinado con mayor profundidad las consecuencias de esta operación. El TS introdujo la misma apreciación, pero asumiendo a su vez la doctrina establecida

por la STS, Sala de lo Civil, Pleno, núm. 890/2021, de 21 de diciembre, donde señala que la información incorrecta del folleto también puede afectar al proceso de toma de decisiones de los inversores profesionales, dando a entender que tiene carácter cualificado.

La respuesta que dio el TS está influida directamente por la forma en la que se planteó el recurso de casación y por la limitación que establecen las normas procesales para aportar nuevas pruebas fuera de la primera instancia. No obstante, debemos hacer una crítica a esta forma de entender la formación del consentimiento, siendo necesario aclarar la relevancia que tiene el folleto informativo en el proceso de formación del consentimiento de los inversores profesionales.

Como bien señaló el TS, el folleto informativo no está pensado para los inversores profesionales, puesto que se entiende que estos cuentan con información suficiente como para formarse su propia opinión. En este sentido, la AP de Madrid estimó que, como comerciante, debería haberse cerciorado de que la información disponible era veraz mediante la consulta de otras fuentes. Por el contrario, el TS, asumiendo una interpretación cuestionable de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 3 de junio de 2021, As. C-910/19, «Bankia», entiende que la información del folleto es prioritaria para cualquier tipo de inversor. No obstante, el TJUE consideró que, si bien los inversores profesionales tienen legitimación para reclamar la responsabilidad por folleto, deben tenerse en cuenta los conocimientos que tenga dicho inversor antes de poder apreciar la existencia de un error. Por lo tanto, el TJUE no otorgó al folleto la preeminencia que sí le da el TS. Además, debemos tener en cuenta que la STJUE y el pleito del que derivaba tenían como cuestión de fondo la responsabilidad por folleto en relación con inversores cualificados, no la posible nulidad o anulabilidad del contrato de adquisición de acciones.

Quizás no debemos ser tan radicales como ha ocurrido en ambas instancias, puesto que el folleto ni es irrelevante ni es la principal pieza de información con la que cuentan los inversores profesionales, sino que podemos llegar a un punto intermedio. En este sentido, deberíamos considerar el folleto como un instrumento más de información, pero que no tiene un carácter preferente para los inversores profesionales. Muy al contrario, si asumimos que la excusabilidad es un requisito del error, quien lo alegue deberá probar que no tuvo acceso a más fuentes de información; pero si lo entendemos como una *exceptio doli* de la parte contraria, deberá ser esta quien la pruebe. A este respecto, la AP de Madrid y el TS han mantenido posiciones distintas, pero la tónica general de este procedimiento ha sido la ausencia de pruebas, puesto que Festina Lotus no probó la excusabilidad de su error, ni Bankia probó que el inversor había incurrido en un error inexcusable.

A continuación, debemos entrar a valorar la causa del contrato, puesto que se trata de otra de las manifestaciones principales realizadas por el TS. En este sentido, la doctrina española, por influencia directa de la teoría alemana del *Rechtsgrund-lage*, ha construido la teoría del error en el consentimiento apoyándose en la causa del contrato. De esta forma, una vez que sabemos cuál es la causa del contrato, podemos apreciar si el comportamiento del inversor ha sido suficientemente diligente.

En este supuesto, tanto la AP como el TS hace una apreciación cuestionable al entender que Festina adquirió las acciones para «vincularse con las entidades prestamistas [Bankia], a fin de asegurarse las líneas de crédito necesarias en el desarrollo de su actividad empresarial y compensar el interés». Ambas instancias entienden que, como el objetivo de la compra no era realizar una inversión, sino obtener mejores condiciones de financiación, la información sobre la solvencia y viabilidad de Bankia era irrelevante. A esta manifestación debemos hacer dos apreciaciones.

En primer lugar, al margen de que la finalidad de la compra de las acciones sea la manifestada en el procedimiento, no podemos obviar que nos encontramos ante una actividad de inversión. En este sentido, las consecuencias jurídicas del contrato no varían en función de la intención del adquirente, puesto que, de lo contrario, estaríamos desnaturalizando el contrato de adquisición de acciones. Parece que el TS está confundiendo los motivos por los que Festina adquirió las acciones con la causa y la identificación del negocio jurídico y de sus consecuencias. La motivación que uno tiene para concluir un determinado contrato no influye en las consecuencias jurídicas que este puede tener, puesto que se trata de elementos accidentales que no cambian la identidad del contrato. De esta forma, no podemos sostener que la intención del demandante excluya la aplicación de las normas sobre el error en el consentimiento. En todo caso, la declaración del presidente podría servirnos como una prueba bastante concluyente de que la compañía no cumplió con su deber de diligencia a la hora de realizar una operación de gran cuantía económica. A más abundamiento, debemos señalar que la motivación de Festina no tiene una plasmación contractual, sino que es un mero *desiderátum* planteado por su representante en el acto de la vista oral.

De esta forma, el TS parece considerar que existen, al menos, dos modalidades de contrato de compraventa de acciones en función de la motivación que tenía el adquirente. Así, si tiene como objetivo la realización de una inversión, dentro del elenco de posibilidades estará la nulidad o anulabilidad del contrato por un vicio en el consentimiento derivado de la solvencia financiera de la entidad oferente. Por el contrario, si dentro de los objetivos no estaba la realización de una inversión, esta modalidad de ineficacia del contrato no será una opción para el adquirente.

En segundo lugar, debemos poner en cuestión el planteamiento realizado tanto por la AP como por el TS, puesto que la solvencia de una entidad financiera sí que es esencial para el motivo por el cual Festina adquirió las acciones de Bankia. Ambas instancias hacen un retorcimiento del argumento que es, cuando menos, cuestionable, puesto que avanza en la desnaturalización del contrato de compraventa de acciones de una entidad financiera. En este sentido, la AP y el TS consideran que estamos ante un contrato instrumental para conseguir un préstamo y que la compraventa no tiene independencia propia.

Nuestro ordenamiento se ha centrado mucho en la obligación de los prestamistas de evaluar la solvencia de los prestatarios, especialmente cuando se trata de consumidores. Esto se debe a que esta actitud pasiva de las entidades financieras fue uno de los principales hechos causantes de la crisis económica de 2007. En el plano

de los préstamos mercantiles no encontramos una regulación distinta. Precisamente, esta falta de diferenciación puede tener efectos adversos para el funcionamiento del mercado. La principal diferencia entre el tráfico mercantil y el tráfico civil es la celeridad y la especialización de los operadores que participan en el primero, son sujetos que conocen el mundo en el que se mueven y que saben lo que buscan cuando realizan una operación comercial. Por lo tanto, cuando un empresario celebra un contrato de préstamo mercantil, debería ser consciente no solamente de qué está firmando, sino también de con quién. De lo contrario, con este tipo de planteamientos estamos dando incentivos perversos a los empresarios, puesto que el ordenamiento jurídico no les obliga de forma efectiva a cerciorarse de la situación patrimonial de la otra parte contratante. Así, volvemos otra vez al inicio de este artículo y terminamos haciendo referencia al deber de diligencia del ordenado empresario, que con esta sentencia ha quedado seriamente dañado.

En conclusión, el TS ha dictado una sentencia que daña seriamente el umbral del deber de diligencia del ordenado empresario, algo que ya ha hecho con el deber de diligencia de los no empresarios. Estamos ante una estela preocupante para el buen funcionamiento de la economía, puesto que necesitamos que los empresarios se preocupen por estudiar sus decisiones («vigilantibus non dormientibus iura succurrunt»). Para ello, el alto tribunal eleva a la categoría de elemento sustancial o esencial motivaciones de las partes que estarían mejor encuadradas en la definición de elemento accidental y desdeña otros que sí deberían ser considerados esenciales. De esta forma, asistimos a la progresiva degradación de los deberes de diligencia de los operadores económicos.

Antonio ALONSO-BARTOL BUSTOS
Investigador Predoctoral en Formación (FPU)
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Salamanca
antonioabartol@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 367/2022, de 4 de mayo de 2022

**CRÉDITO «REVOLVING» O REVOLVENTE. «INTERÉS NORMAL DEL DINERO»
A CONSIDERAR ANTE FALTA DE ESTADÍSTICAS DEL BANCO DE ESPAÑA**

1. El Tribunal Supremo ha dictado el 4 de mayo de 2022 una nueva sentencia —STS n.º 367/2022— sobre los intereses remuneratorios de un crédito «revolving» o revolvente en tarjeta de crédito, en esta ocasión para calificarlos como no usurarios. Lo ha hecho dos años después de su famosa *sentencia de 4 de marzo de 2020, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil —STS n.º 149/2020—*, y apenas se han producido avances en la fijación de unos criterios que den certeza y seguridad jurídica en relación con la conflictividad suscitada en los últimos años en torno a la posible calificación como usurario del interés remuneratorio pactado. Señala el alto tribunal en su sentencia 367/2022 que «no existen razones para apartarse de la doctrina sentada en esa sentencia» (se refiere a la sentencia 149/2020), indicando que pasa a reproducir esa doctrina «en lo fundamental».

2. Recordemos que la STS de 4 de marzo de 2020, del Pleno, partía de la doctrina jurisprudencial sentada en la *sentencia de 25 de noviembre de 2015, también del Pleno —STS n.º 628/2015—*, si bien vino a dar un paso muy importante al tomar como «interés normal del dinero», esto es como índice de referencia, el tipo de interés medio que resulta de las estadísticas del Banco de España para las tarjetas de crédito y «revolving», y no el general de los créditos al consumo.

Dado que el Tribunal Supremo en la sentencia 367/2022 que ahora comentamos parte de la sentencia 149/2020, y que esta lo hace a su vez de la sentencia 628/2015, vamos a referirnos primeramente a la doctrina sentada en cada una de esas dos sentencias anteriores, recordando algunos de los aspectos principales de ambas, para posteriormente centrarnos ya en aquella otra sentencia.

3. Tanto en la STS 628/2015 como en la STS 149/2020 el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo consideró que el interés pactado era «notablemente superior al normal del dinero», y que las circunstancias que concurrían no lo justificaban, determinando el carácter usurario de la operación de crédito.

En el primer caso, el alto tribunal dio la razón al cliente anulando la operación de crédito, estimando el recurso de casación interpuesto por este, después de que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial (de Barcelona) dieran la razón a la entidad financiera demandante y condenaran al consumidor a abonarle las cantidades reclamadas, mientras que en la sentencia de 2020 el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera, toda vez que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial (de Santander)

dieron la razón a la clienta demandante, declarando la nulidad del contrato de tarjeta de crédito por la existencia de un interés remuneratorio usurario.

4. La STS 628/2015 vino a indicar que *la cuestión a analizar no es tanto si el interés es o no excesivo*, sino si es «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». Una diferencia importante respecto del tipo medio tomado como referencia permite considerar que el interés estipulado es «notablemente superior al normal del dinero».

Esto fue matizado en la STS 149/2020 al señalar que *una elevación porcentual importante* respecto del tipo de interés medio tomado como «interés normal del dinero» *cuando ya es elevado el tipo medio* de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, *determina el carácter usurario de la operación de crédito* (en este caso el interés medio de los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas de crédito y «revolving» era algo superior al 20 %, que «es ya muy elevado» —en palabras del TS—). «*Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia* en calidad de ‘interés normal del dinero’, *menos margen hay* para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura». Por ello —dice el TS—, «de no seguirse este criterio... el interés tendría que acercarse al 50 %» para ser usurario).

Hemos de observar que en la STS 628/2015 el cliente firmó en 2001 un contrato con un interés del 24,6 % TAE, que era más del doble del interés medio de los créditos al consumo cuando se firmó el contrato, que fue el tomado en consideración, y que en la STS de 149/2020 la clienta firmó en 2012 un contrato con un interés del 26,82 % TAE, que era un 30 por ciento más del interés medio de los créditos «revolving» en aquel momento, el 20,64 %, esto es, «algo más del 20 %», que indicaba aquella sentencia.

5. Por otra parte, la STS 628/2015 señaló que *el porcentaje a considerar* para determinar si el interés es «notablemente superior al normal del dinero» *no es el nominal (TIN), sino la tasa anual equivalente (TAE)* —la cual se calcula tomando todo pago que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo—, y que para establecer qué se considera «interés normal del dinero» *no es correcto utilizar el interés legal del dinero, pudiendo acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España*, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. *En esa sentencia el TS partió del tipo medio de las operaciones de crédito al consumo publicado por el Banco de España*, si bien debe tenerse en cuenta que, al tiempo de celebrarse el contrato, en 2001, no se publicaban los intereses más específicos de los créditos mediante tarjetas de crédito «revolving».

Lo anterior fue completado y matizado también por el Pleno del TS en su sentencia de 2020, justificando que deben considerarse *las estadísticas oficiales del Banco de España* sobre el tipo medio de interés de operaciones de crédito porque se trata de datos suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, *lo que evita que el «interés normal del dinero» resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados.*

Como principal doctrina aportada por esta sentencia, se viene a señalar que *existiendo estadísticas oficiales del Banco de España sobre el tipo medio de interés más específico de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y «revolving», es este el que ha de tenerse en cuenta, y no el interés más general de los créditos al consumo*, inferior a los de aquellos créditos más específicos. Debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de la celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia, y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede con la de tarjetas de crédito y «revolving», dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), *deberá utilizarse la categoría específica con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias*, pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

La STS 149/2020 parte así de la especificidad de los créditos «revolving», dentro de la categoría más amplia de los créditos al consumo, aplicando como «interés normal del dinero» el tipo de interés medio que resulta de las estadísticas del Banco de España sobre tales créditos revolventes. En este sentido, *parece acertada la opción del alto tribunal en esta sentencia de tomar ese tipo de interés medio y no el de los créditos al consumo*, como hizo la Audiencia Provincial, que utilizó el parámetro aplicado por el Tribunal Supremo en la anterior sentencia 628/2015, esto es, el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo publicado por el BE. Se trata de créditos bien diferenciados, que presentan caracteres propios, teniendo los créditos revolventes sustantividad dentro del crédito al consumo, lo que determina que exista a la vez un mercado diferenciado para estas tarjetas.

6. *Las estadísticas del Banco de España comenzaron a diferenciar los tipos de interés de estas tarjetas a partir de junio de 2010*, ofreciendo una información segmentada (en ese mes el tipo medio de estas tarjetas estaba en el 19,15 % y el de los créditos al consumo estaba en el 6,70 %).

Cuando se dictó la STS 628/2015 ya había estadísticas del Banco de España sobre los tipos medios en los créditos «revolving», pero no se aplicaron porque cuando se celebró el contrato en cuestión, en el año 2001, no se publicaban estadísticas diferenciadas de los créditos «revolving», siendo ese el motivo de que el TS aplicase entonces los tipos de los créditos al consumo.

La situación era diferente en la STS 149/2020, pues el contrato de crédito se celebró en 2012, y fue considerado el interés medio más específico de los créditos «revolving» publicado por el BE [la tabla con los datos estadísticos actuales, a fecha de septiembre de 2022, puede verse en <https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1904.pdf>, así como en el apartado 19.4 del Boletín estadístico del BE, que incorpora un documento *Excell* con los tipos medios de los créditos al consumo desde enero de 2003 (apartados 19.4.8 a 19.4.11) y con los tipos medios específicos de las tarjetas «revolving» desde junio de 2010 (ap. 19.4.7), como puede apreciarse en <https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/bolest19.html>].

7. Señalamos por último que la sentencia 628/2015 establece que, para que el contrato de préstamo pueda considerarse usurario, basta «que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», sin que sea exigible, acumuladamente, que haya sido «aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales» (criterio que ha sido ampliamente criticado por nuestra doctrina, creemos que acertadamente). Dice el TS en su sentencia que *puede haber circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal, correspondiendo su prueba al prestamista*, no pudiendo considerarse circunstancia excepcional «el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario», porque «la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico», lo cual reitera la sentencia de 2020.

Matiza la sentencia 149/2020 que *hay otras circunstancias, por el contrario*, que concurren en este tipo específico de operaciones crediticias *que sí han de considerarse*, como son el público al que suele ir destinadas, y las peculiaridades de los créditos «revolving». En este sentido, señala el TS que suelen destinarse a «personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos», y que se trata de una operación en la que «el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio». En este sentido, creemos que la referencia a un «público usual» no es acertada, debiendo ser objeto de consideración las características propias de la persona contratante y la situación y circunstancias concurrentes, esto es, el «elemento subjetivo».

8. Al contrario que las sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil anteriores, en la STS 367/2022, de 4 de mayo de 2022, la Sección primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha considerado que el interés pactado no era «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», desestimando el recurso de casación interpuesto por la clienta después de que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial (de Albacete) dieran la razón a la entidad financiera demandante y condenaran a la clienta a abonarle las cantidades reclamadas.

Señalamos al principio de este trabajo que el Tribunal Supremo afirma en esta sentencia (F. Dcho 3.º.1) que «no existen razones para apartarse de la doctrina sentada»

en la sentencia 149/2020, indicando incluso que pasa a reproducir esa doctrina «en lo fundamental». Es cierto que no se aparta de la doctrina de esa sentencia, pero sí lo hace, sí se aparta de la doctrina contenida en la sentencia 628/2015, que sirvió como base a la de 2020.

9. Se dice en el F. Dcho 3.º.5 de la sentencia 367/2022 lo siguiente:

Al igual que declaramos en la anterior sentencia 149/2020, de 4 de marzo, el índice que debe ser tomado como referencia es el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No puede aceptarse la tesis de la recurrente de que el interés de referencia [...] es el general de los créditos al consumo y no el más específico de las tarjetas de crédito y revolving.

Lo más interesante de todo es que *el contrato de tarjeta «revolving»* cuya nulidad solicitaba la clienta mediante reconvencción *fue celebrado en el año 2006, cuando no había estadísticas del Banco de España sobre este tipo de crédito más específico —aplazado, «revolving» o revolvente—*, igual que sucedía en la STS 628/2015, pero la diferencia es que en 2015 el Tribunal Supremo, al no haber estadísticas al tiempo de celebrarse el contrato, en 2001, determinó que se aplicase como interés de referencia el tipo medio de los créditos al consumo publicado por el BE, y terminó concluyendo que el interés era usurario, mientras que ahora, ante la misma situación de falta de estadísticas concretas en el momento de la celebración del contrato, sostiene lo contrario, aplicando los intereses más específicos de los créditos mediante tarjetas de crédito «revolving», siendo la conclusión a la que llega el tribunal totalmente opuesta al determinar el carácter no usurario.

10. Por otra parte, como en 2006 no existían estadísticas de esos intereses más específicos, lo que hace el TS es introducir un nuevo criterio que en ocasiones anteriores no había aplicado, prestando atención al «interés habitual de las tarjetas revolving contratadas con las grandes entidades bancarias» en aquel momento. De esta manera, si las grandes entidades venían pactando intereses altos, no va a poder apreciarse el carácter usurero de los créditos. Lo cierto es que la sentencia no establece un término o tipo de comparación con el que poder comparar el 24,5 % TAE de interés pactado en este caso, mientras que en la sentencia de 2015 se fundamentó el fallo en que un interés del 24,6 % TAE era más del doble del interés medio de los créditos (al consumo) cuando se celebró el contrato.

11. La sentencia presenta así pues claroscuros en sus razonamientos jurídicos, si los ponemos en relación con los empleados en otras resoluciones anteriores. El Tribunal Supremo ha pasado por alto la oportunidad de establecer unos criterios más claros sobre qué créditos pueden considerarse usurarios o no, y han de ser los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales las que sigan apreciando ese carácter.

Llama por otra parte la atención que la sentencia 367/2022 que comentamos haya sido dictada casi cuatro años después de la sentencia de la AP de Albacete recurrida en casación. Mientras ha transcurrido todo este tiempo, el TS dictó su sentencia

149/2020, frente a la cual el sector del crédito ha mostrado unánimemente su descontento y preocupación por sus consecuencias, y pocos meses después fue aprobada la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, que regula el crédito revolvente con la intención de reducir la litigiosidad.

No hemos querido entrar en otras consideraciones, como el hecho de que las estadísticas del BE recogen el TEDR, que es más próximo al TIN que a la TAE, ni incidir demasiado en que en las resoluciones que hemos mencionado, el Tribunal Supremo haya prescindido del «elemento subjetivo» de la Ley de Represión de la Usura, al no haber entrado a valorar su concurrencia. Lo cierto es que la Ley contra la usura, más que centenaria, utiliza conceptos indeterminados como «interés notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso», y que esta indeterminación obliga a los distintos tribunales —dicho por el propio TS— «a realizar una labor de ponderación en la que, *una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación*, han de tomarse en consideración diversos elementos».

Considero, para finalizar, que el «control de transparencia» ofrece normalmente una respuesta más adecuada a la problemática planteada por los créditos revolventes que el «control de usura», aunque es lo cierto que, si se deja de considerar el «elemento subjetivo» de la norma, como se viene haciendo, los clientes tienen un buen aliciente para demandar por usura en aquellas situaciones en las que no pueda alegarse falta de transparencia.

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular de Derecho Mercantil EU
Universidad de Salamanca
jsaba@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Pleno), 582/2022, de 13 de junio

¿ESTÁ EL CORRECTIVO FÍSICO AMPARADO POR EL DERECHO DE CORRECCIÓN INHERENTE A LA PATRIA POTESTAD?

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo 582/2022, de 13 de junio, inadmite por falta de interés casacional el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 52/2021, de 10 de marzo, que a su vez resolvía el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valladolid 249, de 28 de diciembre de 2020, en la causa Procedimiento Abreviado 212/20.

Una pareja separada con dos hijos menores en común. El 8 de junio de 2019, en el domicilio del padre y en un momento dado, este da a su hija de cuatro años cuatro azotes en el culo como reacción a un berrinche. La niña no quería dormir y lloraba sin cesar tratando de imponer su voluntad mediante la rabieta. Uno de los azotes le provoca en la nalga izquierda un área equimótica en evolución de 7 por 4 cm y en la derecha otra más tenue de 3 por 2 cm que, por otra parte, curaron en cuatro días de perjuicio básico sin precisar asistencia médica.

El padre fue condenado como autor responsable criminalmente de un delito de maltrato en el ámbito familiar, violencia doméstica, del artículo 153.2 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a cuatro meses de prisión; accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de un año y seis meses, y prohibición de aproximación a su hija, su domicilio, lugar de estudio o cualquier lugar donde se encuentre a menos de 500 metros por tiempo de un año y cuatro meses, y a satisfacer una indemnización a la menor en la persona de su madre en la cantidad de 200 euros con el interés del artículo 576 LEC.

Lo relevante de esta resolución es el debate acontecido entre la posición mayoritaria de la Sala reunida en Pleno y el voto particular de uno de sus magistrados.

2. POSICIÓN MAYORITARIA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, mediante el segundo apartado de su disposición final primera modificó la redacción del artículo 154 CC suprimiendo la potestad de los padres de corregir moderada y razonablemente y

estableció la obligación de estos de respetar la integridad física y psicológica de los hijos en el ejercicio de la patria potestad.

No obstante, en pronunciamientos posteriores, este Tribunal reconoció la existencia, a pesar de la reforma legal citada, de un moderado y proporcional derecho de corrección (SSTS 654/2019, de 8 de enero de 2020, y 47/2020, de 11 de febrero) necesario para desempeñar la función educativa inherente a la patria potestad contemplada en el artículo 39 CE y como contrapartida del deber de obediencia de los hijos hacia sus padres del artículo 155 CC.

Así pues, este derecho de corrección sigue existiendo como facultad inherente a la patria potestad, como derecho autónomo, independientemente de su falta de reconocimiento legal expreso. Eso sí, orientado al beneficio de los hijos y encaminado a lograr su formación integral, teniendo como límite infranqueable la integridad física y moral de estos (STS 578/2014, de 10 de julio).

Desde esta perspectiva, el simple hecho de golpear a un menor ya realiza el tipo penal del artículo 153.2 CP, que contempla el supuesto en el que el agredido fuere descendiente del sujeto activo mediante la remisión al artículo 173.2 CP. Por lo que la represión ante la desobediencia de la menor nunca puede justificar la violencia que el acusado ejerció, ni admite, bajo ninguna óptica, considerar esa conducta orientada a su beneficio.

Incluso en aquellos casos de mínima violencia, aun cuando en determinadas circunstancias ni siquiera conlleve sanción penal, si integra mero maltrato por simple discrepancia con el menor, realizará una conducta típicamente antijurídica acreedora de reproche penal (STS 666/2015, de 8 de noviembre). De esta forma, siendo el motivo que generó la agresión que la niña de cuatro años lloraba y no se dormía, tal actuación no puede quedar amparada de forma alguna.

La Sala acaba inadmitiendo el recurso de casación.

3. VOTO PARTICULAR

El magistrado D. Pablo LLARENA CONDE emite voto particular que se aparta de los argumentos empleados tanto por el Ministerio Fiscal como por el resto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En cuanto al primero, discrepa de la interpretación del Ministerio Fiscal sobre la carencia de interés casacional por falta de contradicción de la doctrina antecedente de este Tribunal.

Respecto de la posición de la Sala, está en desacuerdo con la lectura realizada del artículo 153 CP.

En primer lugar, la integridad física y moral es un derecho fundamental consagrado en el artículo 15 CE, además de ser el bien jurídico protegido en los artículos 147 y ss. CP. Así, el artículo 153 CP proporciona dicha protección frente a la violencia física

desplegada en el seno de las relaciones paternofiliales y maternofiliales, reconocible respecto de los hijos menores de edad.

Por otro lado, el correctivo físico, como instrumento intrínseco al deber de educación inherente a la patria potestad, se admite socialmente ante situaciones extraordinarias que surgen en el seno familiar, siempre que no rebase una razonable correspondencia entre la finalidad del correctivo y su intensidad, además de respetar en todo caso la integridad física del menor. Solo de esa forma pueden los padres, en tales situaciones extraordinarias y dentro de ciertos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. En caso contrario, dar un leve cachete o castigar sin salir durante el fin de semana son actos que podrían subsumirse en tipos penales como el maltrato o la detención ilegal.

La punición del correctivo físico derivaría de la infracción de dichos límites, a saber: primero, en virtud del principio de lesividad, que se trate de una actuación capaz de afectar de una manera sustantiva al bien jurídico protegido. Para ello debe valorarse si confluente o no una idea de proporcionalidad en la aplicación del castigo, el papel desempeñado por el sujeto activo en la formación del menor, el resultado físico finalmente derivado del castigo y la normalidad con la que se integra el correctivo aplicado en la experiencia vital del menor.

Como segundo límite, que la actuación se salga del marco educativo del menor o ni siquiera exista esfuerzo pedagógico alguno. Tercero, que no existan hechos desencadenantes que puedan llegar a justificar la necesidad de la corrección didáctica. Y cuarto, que no quepa acudir a otros métodos formativos alternativos atendiendo al grado de madurez del menor.

Este magistrado también critica las desacertadas referencias a las resoluciones invocadas por la Sala al no servir para sustentar la resolución condenatoria, sino todo lo contrario. Estas fueron dictadas en supuestos de abusos sexuales (SSTS 578/2014, de 10 de julio, y 666/2015, de 8 de noviembre), de agresión física con lesiones (STS 654/2019, de 8 de enero) o de situación de dominio y control, agresiones físicas y degradación en el trato materializada en constantes insultos y expresiones despectivas (STS 47/2020, de 11 de febrero).

Resulta obvio que no guardan parecido alguno con el supuesto de la sentencia aquí analizada.

El magistrado finaliza mostrando su preocupación por la nula preservación del interés de la menor. Frente a un hecho de menor entidad y de carácter aislado, que no entrañaba dificultad alguna de integración en la experiencia vital de la niña de cuatro años, la reacción penal introduce una paralización inmediata de su relación con su padre y le somete imperativamente a una vivencia familiar monoparental, añadiendo un riesgo severo de que las penas de prisión y el largo alejamiento impuesto terminen viciando la que será su relación paternofamiliar hasta la edad adulta.

Solo el análisis de unas circunstancias complejas de actuación como el descrito desvelaría si el comportamiento enjuiciado puede enmarcarse en el espacio de tolerancia social de los castigos físicos, aun formalmente abarcados por el tipo penal. Análisis

que, en este caso, debería haber conducido a la absolución del acusado por la irrelevancia penal de su conducta. Solución acertada por ser más justa, humana y prudente.

4. CONCLUSIÓN

El Tribunal Supremo entiende que el derecho de corrección sigue existiendo, a pesar de haber sido suprimido formalmente, y puede amparar al correctivo físico cuando consista en actuaciones mínimas, como las consistentes en un leve cachete o el impedimento físico de salir, sin realizar por sí mismas el delito de maltrato o el de detención ilegal, respectivamente. Cosa distinta es la determinación de su contenido y de sus límites, siendo este el ámbito en el que surge la discrepancia.

¿Podría considerarse leve el cachete que provoca un hematoma de 7 por 4 cm en una nalga y de 3 por 2 cm en la otra, derivado de cuatro azotes en el culo, que desaparecieron a los cuatro días sin intervención sanitaria alguna? El Tribunal Supremo dictaminó que no, condenando por ello al acusado.

No obstante, en estas líneas se considera más acertada la argumentación del voto particular emitido por el magistrado discrepante, pues durante el ejercicio de la patria potestad, sin lugar a duda, acontecerán situaciones extraordinarias en las que dicha corrección física, eso sí respetuosa con los límites expuestos, sea la forma más rápida, efectiva y eficaz de corregir un comportamiento inadecuado del menor que incluso, aun no tratándose del supuesto analizado en la sentencia, puede atentar contra su propia integridad física si dicha corrección no tiene lugar. Por ejemplo, ¿sería penalmente reprochable la conducta del padre que sujeta por el brazo a su hijo de tres años y le azota levemente en las nalgas por, habiendo desatendido a las explicaciones previamente dadas y en manifiesta actitud desobediente, soltarse de la mano en cada paso de peatones y cruzar corriendo sin atender al tráfico? ¿Y la de la madre que, en una excursión grupal por la naturaleza, actúa de forma similar ante una rabieta de su hija de cinco años porque quiere acercarse al acantilado y trata de imponer su voluntad mediante llantos, gritos y patadas?

No debe obviarse el carácter extraordinario de la situación. ¿Acaso ambos ejemplos muestran por sí solos un perfil criminal? Y, por otro lado, ¿lo mejor para el interés superior del menor es que la violencia del Derecho penal recaiga sobre sus progenitores?

En definitiva, no se trata de justificar el cachete como método educativo, sino de cuestionar su relevancia penal en este tipo de supuestos.

Marcos CHAVES CAROU
Suboficial del Ejército del Aire y del Espacio
Graduado en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia
Máster en Derecho penal en la Universidad de Salamanca
España
mchavesc@usal.es

NORMAS PARA AUTORES/AS

1. La revista *Ars Iuris Salmanticensis (AIS)*, auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y editada por Ediciones Universidad de Salamanca, tiene como objetivo la difusión de artículos de opinión y de reflexión sobre Derecho, Ciencia Política y Criminología, primando los trabajos de pensamiento general o de crítica doctrinal y jurisprudencial sobre los análisis rigurosos de régimen jurídico. El Consejo de Redacción, respetuoso con la libertad de creación de los autores, no se solidariza, sin embargo, con sus opiniones.
2. *AIS* se publica en formato electrónico, con periodicidad semestral (dos números por año, en junio y en diciembre), y está abierta a colaboraciones de toda la comunidad científica, en especial la europea e iberoamericana. La calidad de los textos publicados se contrasta llevando a cabo un proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego de los originales recibidos.

Proceso de recepción de originales y publicación

3. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en formato electrónico a la atención del Sr. Director y Sr. Secretario de la revista *Ars Iuris Salmanticensis (AIS)*, a la dirección ais@usal.es. Se admitirán trabajos enviados en cualquier lengua científica al uso (castellano, inglés, italiano, portugués, francés, alemán...). Para el número de junio, el plazo de entrega será hasta el *28 de febrero*, y para el número de diciembre, la fecha de recepción será hasta el *30 de septiembre*.
4. *Ars Iuris Salmanticensis* acusará recibo de los originales en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción, y el Consejo de Redacción resolverá sobre su publicación en el plazo máximo de tres meses. La decisión final sobre la publicación corresponde al Consejo de Redacción de *AIS*, previo informe positivo en el proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego. En función de la organización de cada número, aun aceptada la publicación, podría esta demorarse hasta el número siguiente. En cualquier caso, el Consejo de Redacción de *AIS* mantendrá informados a los autores acerca del estado de la evaluación de sus textos, así como el volumen en el cual aparecerán publicados.
5. Los autores recibirán una sola prueba de edición. El Consejo de Redacción ruega que, durante la corrección, no se introduzcan variaciones importantes en el texto original pues ello puede repercutir en los costos de edición. Los autores se comprometen a corregir las pruebas en un plazo de 15 días, contados desde la entrega de las mismas mediante correo electrónico.

Normas de estilo para la presentación de los textos

6. Además de la debida calidad científica acreditada por el proceso de revisión por pares, los originales enviados serán rechazados si no cumplen con las normas de estilo de *AIS*. Debajo del título, se indicará la filiación completa de cada autor, cuyos datos deberán ser los siguientes: primer nombre, segundo nombre (si lo hubiere), apellidos, universidad, institución o profesión en la que trabaja, país, correo-e y dirección postal. Además se hará constar su título, cargo académico, profesión, etc.
7. Todos los textos se presentarán en formato Word (.doc., .docx); con márgenes de página superior, inferior, derecho e izquierdo de 3 cm; tipo de letra Times New Roman; tamaño de texto de 12 puntos; y espacio de párrafo sencillo, justificado y sangrado de primera línea a 1,25 cm.
8. En cualquier caso, para la numeración de los epígrafes se empleará numeración arábiga, y únicamente se hará uso de la romana, si fuera necesario, para diferenciar los principales bloques en que se divide el texto. Si fuera necesario diferenciar niveles siempre se colocará un punto entre las cifras relativas a las divisiones (Ej.: 1; 1.1; 1.1.1; 1.1.2; etc.). Asimismo, los cuadros, gráficos y demás materiales que, en su caso, acompañen a los textos, se numerarán correlativamente en arábigo, y cada uno llevará un título breve que lo identifique, así como las fuentes de origen.

9. Las colaboraciones de la sección *Tribuna* tendrán entre 5 y 6 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido), limitando al máximo posible las citas de doctrina y jurisprudencia y, en ambos casos, cuando se incluyan, se hará entre paréntesis en el propio texto a tamaño de letra 10 (no se admitirán notas al pie). No es necesario sumario, resumen, ni lista de palabras clave. Sólo deberán incorporar la traducción al inglés del título.

10. Las colaboraciones para la sección de *Estudios* tendrán un máximo de 25 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido) a espacio sencillo. Podrán incluir notas al pie enumeradas correlativamente y con tamaño de letra 10. Los trabajos de esta sección incorporarán necesariamente una recopilación bibliográfica al final del artículo, a tamaño de letra 11, ordenada alfabéticamente por el apellido del autor o editor delante del nombre. Excepcionalmente, podrá prescindirse de dicha recopilación bibliográfica si el Estudio lo es en exclusiva de resoluciones judiciales, aunque el mismo tendrá peor valoración a la hora de decidir su publicación. En todo caso, deben incorporar sumario, resumen y relación de palabras clave, tanto en la lengua utilizada en el artículo como, necesariamente, en inglés (abstract y keywords), idioma al que también deberá traducirse el título. Si el texto original estuviese en inglés, la mencionada traducción del título, el resumen y las palabras clave habrá de presentarse también en español.

Presentación de la bibliografía

11. Las referencias bibliográficas en las citas (sección *Tribuna* y *Estudios*) y en la bibliografía (sección *Estudios*) se ajustarán a la normativa internacional ISO 690 y/o española UNE 50-104. Incluirán, siempre que sea posible, los elementos que se indican según los casos, siguiendo en su totalidad (salvo los corchetes) la tipografía ejemplificada a continuación:

Monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [Título]. [Traducido por Nombre Apellido/s; editado por Nombre Apellido/s (opcionales). [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor].

Ej.: GÁLVEZ CRIADO, A. 2008: *La relevancia de la persona en los contratos de obras y servicios*. Vitoria: Tirant Lo Blanch.

Artículos en publicaciones en serie: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título del artículo entrecomillado»]. [Título de la revista], [año, volumen, fascículo: páginas].

Ej.: RIBERA BLANES, B. 2003: «Hipervínculos y frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor». *Revista Pe.l.*, 2003, 13: 49-65.

Contribuciones a monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título entrecomillado»]. En [Nombre o iniciales] [Apellido/s], (ed.): [Título]. [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor], [volumen (opcional)], [páginas].

Ej.: GARCÍA FRÍAS, A. 2004: «La tributación del comercio electrónico en el IVA: Status quaestionis». En M.^a J. Moro Almaraz (ed.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid: Colex, 319-346.

Obras en línea: se procederá igual que en los casos anteriores, indicando después de los datos bibliográficos la [fecha de consulta].

Ej.: CORDÓN MORENO, F. 2013: «La reforma del juicio de desahucio en la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas». *Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla La Mancha*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/24.pdf> [4 junio 2013].

12. El envío de originales y su aprobación por parte de la Revista implica la aceptación del autor de todas las condiciones de publicación, incluidas las relativas a la cesión de sus derechos de autor.



Ediciones Universidad
Salamanca

ARSIURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 10

Número 2

Diciembre 2022

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 321BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

ÍNDICE

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

1. Transparencia y eficiencia algorítmica en un escenario de «IA Fuerte»: ¿hacia un cambio inminente de paradigma en la ciencia jurídica?, por *Marcelo del Cerro* 11-26
2. Transmisión del establecimiento mercantil en el Derecho brasileño y proyecto de Ley del Código de Comercio español, por *Marcelo Lauar Leite* 27-30
3. La Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia, por *María Celestina Lang Irrazábal* 31-39

ESTUDIOS

1. Bases doctrinales del control social del crimen y la violencia. Una mirada desde la realidad ecuatoriana actual, por *Pedro Enrique Castellanos Fuentes, Andy Rojas Jiménez y Yanier Senén Roque Rodríguez* 43-62
2. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género: un reto para el poder judicial salvadoreño, por *Morena Guadalupe Quintana Marxelly* 63-100
3. Una aproximación histórica y cultural de algunos conceptos jurídicos, por *Yun Li* 101-129

CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN 135-219

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA 223-281



VNIVERSIDAD
DSALAMANCA

Fecha de publicación de este
volumen: Diciembre 2022