

REVISTA EL FORO

Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica



EDICION NUMERO 15

Revista Semestral
Setiembre 2014
ISSN 1659 - 1496

REVISTA EL FORO



El Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica tiene a disposición de la comunidad jurídica, sector empresarial y ciudadanía en general el Centro de Justicia Alternativa más moderno del país.

En el campo de la Mediación el Centro de Justicia Alternativa cuenta con Mediadores (as) debidamente certificados. Además, se tiene el servicio de mediación ad hoc para conflictos de interés público.

En cuanto al Arbitraje contamos con árbitros debidamente capacitados y con amplia experiencia. Costa Rica se ha posicionado a la vanguardia al contar con una Ley de Arbitraje Internacional basada en la Ley Modelo de UNCITRAL. El país trabaja con un sistema dual, en materia de arbitraje internacional regulado por la ley 8937 y el nacional regulado por la ley 7727.

El Centro de Justicia Alternativa está ubicado en la Sede Central del Colegio de Abogados y Abogadas en Zapote. Cuenta con cinco salas para mediación y una sala de arbitraje, todas debidamente equipadas y con las condiciones óptimas y modernas para el desarrollo de los procesos, acorde al siglo XXI.

Con este Centro la Junta Directiva espera contribuir con el gremio de Abogados y Abogadas y con el país impulsando el conocimiento y el desarrollo en la aplicación de los métodos alternos de resolución de conflictos.

Para mayor información puede consultar la web del Colegio de Abogados y Abogadas www.abogados.or.cr, en el correo centrorac@abogados.or.cr o al teléfono (506) 2202-3699.

REVISTA EL FORO



Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

EDICIÓN NUMERO 15

Revista Semestral
Setiembre 2014



REVISTA EL FORO

Edición No. 15
Revista del Colegio de
Abogados y Abogadas de Costa Rica
San José, Costa Rica
Setiembre 2014



DIRECTOR

Msc. Eduardo Rojas Sánchez

CONSEJO EDITORIAL

MSc. Eduardo Calderón Odio*
MSc. José Pablo Alvarado Cascante*
Dra. Ericka Hernández Sandoval*
Licda. Gabriela Badilla Zeledón*
MSc. Edgar Castrillo Brenes*
Licda. Vanessa Quesada Córdoba*

Asesoría Editorial

Departamento de Comunicación
del Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica

Impresión

Ofiprinte Comercial MB S.A

**Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica**

Teléfono 2202-3648

www.abogados.or.cr

De la Rotonda de las Garantías Sociales
200 metros al oeste y 100 metros al norte
Zapote, San José, Costa Rica

*Integrantes del Colegio
de Abogados y Abogadas de Costa Rica

Sumario

7. **La Teoría del Caso.**
Rodolfo Solórzano Sánchez.
21. **La competencia no contenciosa en sede notarial. Aportes a su ampliación en Costa Rica.**
Dra. Roxana Sánchez Boza.
33. **Las particularidades del arbitraje en el ordenamiento laboral.**
Adrián Todolí Signes.
47. **Novedades en la resolución alternativa de conflictos de la empresa en España. La nueva Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.**
Vanessa Martí Moya.
59. **La irresponsabilidad penal de la persona menor de doce años en Costa Rica: A propósito de una reciente y afortunada sentencia de la sala de casación penal en la que declara que un juez incurrió en una grave infracción a sus deberes.**
M.Sc. Frank Harbottle Quirós.
79. **Private enforcement en derecho de la competencia: ¿“Mito o realidad”?**
M^a Victoria Torre Sustaeta.
99. **Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en un mundo globalizado.**
Carmen Azcárraga Monzonís.

Mensaje Editorial



El próximo 6 de agosto se cumplen 133 años, desde que en 1881 se emitió el decreto número XXIV con el nombre de “Reglamento del Colegio de Abogados de la República de Costa Rica”. Desde entonces, nuestra institución ha estado presente en el devenir de la sociedad costarricense, impactando en muchos momentos históricos los destinos de Costa Rica.

En la actualidad el concepto de cambio, parece ser el derrotero que marca todos los aspectos de la vida social, económica y política del país. En el campo del Derecho; la jurisprudencia y algunas leyes recientes están modificando conceptos que hasta hoy se creían inamovibles, obedeciendo a corrientes internacionales que impactan directamente nuestra ciencia. En este entorno, el estudio de nuestra disciplina se hace más exigente y por tanto la Revista El Foro se concentra en ser un medio difusor de investigaciones jurídicas del más alto nivel, aspirando a satisfacer la necesidad de conocimientos que genera la evolución constante de la profesión y la realidad nacional.

En esta edición, contamos con artículos que sin duda serán de gran interés para los abogados litigantes y otros profesionales en derecho, que siguen con atención los cambios en las corrientes jurídicas internacionales.



Presentamos en la revista, un artículo sobre La Teoría del Caso; además, varios artículos referentes a temas como la Mediación en el Derecho Comparado; la Competencia no Contenciosa en Sede Notarial; el Arbitraje desde dos aspectos, el primero orientado a un tema históricamente controversial como lo es El Arbitraje en la Materia Laboral y un segundo artículo sobre el Arbitraje Internacional referente a la materia de Propiedad Intelectual.

También, por medio de un artículo se nos habla del derecho de la Competencia y su consolidación jurídica en la Unión Europea; además en el campo penal, un ensayo nos refiere a la irresponsabilidad penal de la persona menor de doce años y por último, presentamos un artículo sobre lo que su autor ha denominado “Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en un mundo globalizado”.

Confiamos que esta selección de artículos sea del agrado de los lectores y finalmente, agradecemos a los autores su colaboración e invaluable aporte para hacer esta edición una realidad.

Director
Msc. Eduardo Rojas Sánchez



LA TEORÍA DEL CASO

Rodolfo Solórzano Sánchez¹
Capacitador y Defensor Público

Resumen

La herramienta más importante que tienen los litigantes, a la hora de preparar su caso, para presentarlo al juez, se llama Teoría del caso, es un instituto desarrollado principalmente en los sistemas adversariales u orales, en donde la preparación del caso es una regla, pues no puede improvisarse a la hora de la celebración de la audiencia. En nuestra cultura, fuertemente ligada al sistema inquisitivo, el uso de la herramienta de litigación es nuevo; sin embargo el uso de ésta, nos ha dado muy buenos resultados, pues bien preparado el caso, será muy bien presentado de manera oral en la audiencia, delante del juez.

En el nuevo sistema adversarial, cambia radicalmente el sistema de transmisión de la información, ya que la entrega no será ahora en papel, sino que será en formato oral, indicando al juez todos los detalles de los componentes de su teoría del caso, con inmediación, contradicción y oralidad. Primeramente el litigante debe hacer una correcta selección, de los hechos relevantes penal, civil, laboral o de la materia que se trate; para posteriormente hacer una correlación o entretreído,

entre esa teoría fáctica, con la teoría jurídica, que es la norma que cobija esos hechos y finalmente hacer un entretreído también, entre la teoría fáctica y la teoría probatoria o lo que es lo mismo indicar, como voy a ir probando todos y cada uno de los hechos que componen la teoría fáctica. El éxito que tenga el litigante, estará determinado entre otros aspectos, por la forma de transmitir la información que queremos acreditar, lo cual haremos a través de una solvente teoría del caso; información que tiene como personas destinatarias, a los jueces y las juezas, en concreto y para el debate por ejemplo el Alegato de apertura. En un sistema por audiencias, se tiene muy claro que no se puede improvisar, o lo que es lo mismo, el litigante tiene que prepararse para ir al debate a acreditar su teoría del caso. Hay que indicar que las técnicas y los objetivos para extraer información de calidad a las personas testigos, se funda en la teoría del caso, ella le permite al litigante diseñar, tanto las líneas de examen como las líneas de contraexamen, que le permitirán acreditar su teoría del caso. La hipótesis de este ensayo, es que la herramienta de la Teoría del Caso no se usa científicamente y que urge que la comunidad jurídica, no solamente recomiende su uso, sino que la promueva, acercándonos de esa manera a hacer no solo una mejor justicia, sino además pronta y cumplida.

¹ Licenciado en Derecho, Especialista en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, Master en Administración de Justicia. Defensor Público desde 1990, miembro de la Comisión de Oralidad en materia penal del Poder Judicial y capacitador certificado en destrezas de litigación, miembro del equipo que capacita a jueces, defensores públicos y fiscales de Costa Rica.

The theory of the case.

The most important tool you have the litigants, when preparing your case for presentation

to the judge, is called theory of the case, is an institute developed mainly in adversarial systems or oral, wherein the preparation of the case is a rule, therefore can not be improvised at the time of the conclusion of the hearing. In our culture, strongly linked to the inquisitorial system, use the litigation tool is new, but the use of it, has been very successful, well prepared the case, be very well presented orally at the hearing in front of the judge.

In the new system adversarial system radically changes the transmission of information, as delivery is not now on paper, but will be in oral, telling the judge all the details of the components of his theory of the case, with immediacy, contradiction and orality. First, the litigant must make a proper selection of the relevant facts penal, civil, labor or matter concerned, to subsequently make a correlation or woven between the factual theory with legal theory, which is the standard blanket those facts and then make a woven too, between theory and theory factual evidence or what is the same state as I will keep trying each and every one of the facts that make factual theory. The successful the trial will be determined *inter alia* by way of transmitting the information we want proof, which we will do through a solvent theory of the case, information which is targeted people, judges and the judges, specifically and debate Plea eg opening. In a hearing system, it is very clear that you can not improvise, or what is the same, or the litigant has to prepare to go to prove his theory discussion of the case. Note that the techniques and aims to extract quality information to people witnesses, is founded on the theory of the case, it allows the trial design, both test lines as contraexamen lines, allowing you to demonstrate your case theory. The hypothesis of this paper is

that the tool Case Theory is not used scientifically and urged the legal community, not only recommended for use, but promotes, approaching that way not only do better justice, but also prompt and complete.

Palabras Claves.

La Teoría del caso, Herramienta de litigación, Eje central en la preparación del caso, Componentes, teoría fáctica, jurídica y probatoria, Entretejer componentes, Metodología de trabajo, Solo existe lo que existe en la audiencia, Transmisión de información oral, Estrategia para ganar el caso, Imparcialidad.

Introducción.

Con la entrada en vigor del sistema marcadamente acusatorio, que asumió nuestro país con la reforma procesal penal del año de mil novecientos noventa y ocho, se inició un camino de constantes reformas, tanto en las prácticas judiciales, como en mejoras de los cuerpos legales, inicialmente del derecho penal y posteriormente de otras ramas del derecho, extendiéndose vigorosamente a ellas, a saber contencioso administrativo, laboral, familia, agrario; todas estas ramas del Derecho apuntan hacia el cambio, principalmente con el objetivo de hacer una justicia más cercana a los ciudadanos, célere, oportuna y especialmente más democrática.

Nuestro proceso penal anterior consolidó en su vigencia, una serie de prácticas que actualmente se encuentran en tránsito a desaparecer, entre ellas podemos citar, en el mejor de los casos, la práctica generalizada de preparar los casos artesanalmente, sin herramientas y sin un diseño, que

permitan evaluar, diagnósticos y pronósticos; y en el peor de los casos, no preparar el caso y lanzarse a la audiencia sin paracaídas; también van en ese camino, el mejorar sustancialmente la lentitud con que se resuelven los procesos, haciendo ahora conciencia del tiempo y su valor en un caso judicial; mencionamos además, la definición de roles de los intervinientes, qué le corresponde hacer al juez, qué le corresponde hacer al Fiscal y qué le corresponde hacer al Defensor, en cada una de las diferentes audiencias y finalmente, la horizontalización de la justicia, que como paradigma se pretende instalar, pasando de la justicia poder que implantó el sistema inquisitivo a la justicia servicio que promueve el sistema adversarial.

Con la oralización de los procesos judiciales en todas sus fases, la dinámica de los abogados en éstas audiencias, así como su nuevo rol cambió sustancialmente, se pasó de elaborar escritos que se agregaban a un expediente, a asistir a audiencias orales en donde deben de litigarse los temas que propone quien peticiona la audiencia; pasamos de la construcción de un expediente, que era la fuente de información única por excelencia, para la toma de decisiones por parte del juez, a la producción de información en la audiencia. Esta metodología de trabajo, la podemos caracterizar porque, reúne a todos los actores, con el fin de debatir la información que cada uno quiere hacer llegar al juez, con intermediación, copresencia, oralidad, contradicción, con ello el juez decide el caso, de manera inmediata.

Atendiendo principalmente a esta nueva metodología de producción de información se hace imprescindible, la preparación minuciosa del trabajo del litigante para asistir a la audiencia. Para cuando se inicia el abordaje del caso, se deben

tener resueltas las preguntas, ¿Cómo preparo el caso?, ¿Qué se debe hacer en la audiencia?, y la más específica: ¿Cuáles son los pasos a seguir? Para responder a las preguntas antes esbozadas iniciamos señalando que, se hace necesario introducir un esquema de trabajo cientificado, tanto de la preparación como de la intervención del litigante en la audiencia, pues la manera de transmitir la información ya no será en formato de papel, ahora será de manera oral. Así, la primera herramienta y una de las fundamentales, sino la más importante, es: *La Teoría del caso*, este es un instrumento de litigación desarrollado principalmente por el sistema de justicia anglosajón, hasta hace poco desconocida para los que nos iniciamos y desarrollamos en el sistema inquisitivo. Como herramienta de trabajo la teoría del caso le permite al litigante, abordar el proceso de manera técnica, con gran profesionalismo y científicamente; ésta es una interrelación de todos los insumos con que trabaja un abogado, los hechos, relevantes desde el punto de vista de la materia de que se trate – penal, laboral, agrario, civil etc.-, la o las normas que cobijan esa relación de hechos y las probanzas que van a servir para acreditar cada uno de los hechos que se pretende hacer llegar al juez.

Por ello nuestra hipótesis en este ensayo es: que la teoría del caso es, el eje transversal de la cientificación del proceso judicial, una herramienta que no solamente permite ordenar científicamente el trabajo del abogado y hacer que la transmisión de la información fluya hacia el juez de la manera más exacta posible; sino que además le permite prepararse adecuadamente para el juicio.

Desarrollo.

Como lo hemos adelantado la Teoría del Caso, es una herramienta de trabajo de los litigantes, está diseñada para que puedan atender el caso de una manera profesional y científica, reduciendo los márgenes de error y poniendo en el horizonte una salida del caso de acuerdo a su visión de cómo sucedieron los hechos, cómo se debe aplicar el derecho, todo con fundamento en las pruebas que se presenten para respaldar esos hechos.

Los sistemas adversariales o acusatorios, tienen como metodología de producir información las audiencias y esa información se produce de la mano de la Teoría del caso, es una actividad metodológicamente organizada bajo el paradigma de los sistemas orales, que indica que: *“solo existe lo que existe en la audiencia”*, este nuevo paradigma trae consigo el que la decisión solo puede comprender lo discutido en la audiencia; sin embargo tenemos que tomar en cuenta que el sistema de justicia que estamos abandonando, pero con el cual hemos trabajado por muchos siglos, parte de un paradigma diametralmente opuesto, por lo cual resulta de difícil erradicación, este reza: *“solo existe lo que existe en el expediente”*; pues la metodología de trabajo de este sistema de justicia es la construcción de un expediente, el cual es la fuente de información, con la cual el juez toma la decisión del caso; paradigma diferente al de los sistemas acusatorios en donde la información se produce en las audiencias y con ella el juez decide el caso. Por ello se hace imperioso en el nuevo sistema, preparar la audiencia con mucho ahínco, muy detalladamente; con un esquema de trabajo, en esta preparación la teoría del caso resulta ser la clave, para el buen desempeño del abogado. Es

preciso tener claro no solamente el concepto de la teoría del caso, sino sus componentes, como se construye y de qué manera la hago llegar al juez en las diferentes audiencias, para que podamos efectivamente decir que hubo un manejo adecuado de la herramienta.

Concepto.

Esta teoría central ha sido denominada en la literatura comparada como “teoría del caso” (theory of the case); expresión que representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral.

La teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndolos de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica.²

La teoría del caso entonces, es la visión del litigante de cómo ocurrieron los hechos, en este particular aspecto, tenemos que considerar que nos encontramos trabajando científicamente, hechos en una ciencia social, como lo es el derecho y en consecuencia un hecho jurídicamente rele-

2 BLANCO SUAREZ (Rafael) y Otros. *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. Editorial Lexis Nexis, Junio 2005. Santiago de Chile. Pág. 18.



vante, puede ser explicado o expuesto de muy diversas maneras; así, por ser el derecho una ciencia social inexacta, es que resulta posible, esta visión que ofrecen los litigantes al juez de un caso en concreto.

La teoría del caso, como herramienta estratégica, es la que permitirá a los litigantes determinar con la mayor exactitud posible cuáles son los hechos importantes para llevar al juicio, en función de qué tipos penales concretos y con cuál respaldo probatorio.³

Podemos con esta definición detallar, varios aspectos importantes, el primero es que como herramienta de los litigantes, la teoría del caso impone a éstos la obligación de diseñar un boceto, esqueleto o esquema que le permita visualizar los hechos relevantes para su materia, penal, laboral, familia, agrario etc., luego analizar cual o cuales son las normas jurídicas que cobijan esa relación de hechos, para finalmente y siguiendo la enumeración de los hechos relevantes, señalar las probanzas de cada uno de esos hechos.

La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia cómo es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás. Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, pues está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable des-

de el cual el tribunal pueda leer toda la actividad probatoria.⁴

La teoría del caso es el eje transversal de todo proceso judicial, impregna todas y cada una de las actividades que se van desarrollando durante las diferentes fases del proceso, desde la fase inicial, pasando por la intermedia, el debate, la fase recursiva e inclusive la fase de ejecución. Por ello la elaboración no solamente debe de ser cuidadosa, sino que tiene que tener rigurosidad a fin de que la misma resulte ser un sólido eje central.

La “teoría del caso” provee la base conceptual para la preparación del caso y para la actuación del abogado durante cada etapa del juicio. Ha sido definida como “la idea básica que sirve no sólo para explicar la argumentación legal (teoría legal) y la versión de los hechos, sino también para articular la mayor cantidad de evidencia posible en una coherente y creíble unidad”. De tal modo “la teoría del caso no es sólo una simple afirmación sobre el derecho aplicable o sobre los hechos que sustentan la interpretación legal, sino que es el concepto básico alrededor del cual todo lo demás gira”. En su clásica obra sobre investigación de los hechos, Binder y Bergman, definen el rol de la teoría del caso en el trabajo del abogado: “describe qué ocurrió y por qué de una manera que es persuasiva para la mente y para el corazón”.⁵

3 **LORENZO** (Leticia) *Manual de Litigación*. Ediciones Didot. Buenos Aires, Argentina 2013. Pág., 136.

4 **BAYTELMAN A** (Andrés) y **DUCE J.** (Mauricio) *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Imprenta Salesianos S.A. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. 2004. Pag.58, 59.

5 **Binder & Bergman** (Paul), *Fact Investigation, From Hypothesis to Proof*, West Publishing Co., 184 (1984). **Citado por:** Abramovich (Víctor E.) *La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática*. Sitio de internet: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_ensenanza_del_derecho_en_las_clinicas_legales_de_interes_publico_2__1.pdf

La teoría del caso es la carta de navegación del litigante, que mediante un planeamiento previo, sabe cuáles son sus fortalezas, sus debilidades, su trayecto, sus cargas y su destino y puede científicamente desarrollar un método, para probar que su teoría del caso, es la que da solución al caso que en concreto examina y decide el juez.

Podemos graficar la Teoría del Caso de la siguiente manera:

Estos tres componentes de la teoría del caso, deben de estar interrelacionados, hay una vinculación, necesaria entre los hechos que componen la teoría fáctica, la norma jurídica y las pruebas, para hacer de ello un todo monolítico, que resulte ser una teoría del caso fuerte vigorosa, que pueda ser sustentada durante todo el proceso.

La teoría del caso debe además tener las siguientes *características*: **ser simple**, única, **coherente o verosímil, lógica, solvente o autosuficiente**, debe bastarse a sí misma, en ese sentido la claridad es muy importante a la hora de que el litigante proceda a su construcción, que inicia desde el primer momento en que tiene contacto con el caso. Lo primero que debe hacer el litigante, es detallar por separado y preferiblemente numerando, los hechos relevantes, los cuales debe de describir cronológicamente; posteriormente debe de formularse el sustento legal de esa relación de hechos, cual es la norma, señalando donde se encuentra la misma y como se enlaza con esa relación de hechos, por ejemplo indicar, la norma legal del homicidio indica que, quien le diere muerte a otra persona..., aquí se cumple este primer presupuesto de la teoría fáctica, y se complementa con la jurídica, porque esa relación de hechos, encuadra dentro de ese tipo penal, así

la norma penal, la enlaza con la teoría fáctica; la estrategia y el deber del litigante es entretejer ambas teorías, la teoría fáctica con la teoría jurídica. Finalmente, debemos de enlistar las pruebas por separado y numeradas, para con ello señalar, cómo iremos probando cada uno de los hechos de nuestra teoría fáctica, con la teoría probatoria, con el afán de que cuando lo presentemos de manera oral ante el juez, le sea mucho más comprensible saber cómo se va a desarrollar el juicio, además de ser gráficamente más locuaz.

Tener una teoría del caso ofrece muchas ventajas, entre las que podemos mencionar: Nos permite planificar mejor el caso; si seguimos el esquema anteriormente señalado, en donde hemos desagregado cada uno de los hechos relevantes, la norma y las pruebas, podemos hacer nuestro primer diagnóstico, de cómo se encuentra nuestro caso, si es un caso fuerte o débil, si tenemos lagunas probatorias, si tenemos hechos con una inadecuada estructuración, si faltan normas y proceder de inmediato a su cobertura o solución; implica pues una preparación muy detallada de todos sus elementos.

Si tengo ya diseñada una teoría del caso, eso me va a servir como un plano de una construcción o como una carta de navegación de una nave o aeronave, pues ya tengo un norte hacia dónde dirigirme y además ese norte está acompañado de más información que me augura que llegare a mi destino con éxito.

La teoría del caso también me permite una mejor ubicación, en cuanto a la búsqueda de la información, ya no voy a andar dando palos de ciego, sino que me permite ir diseñando líneas de búsqueda de información, a la vez que reconoce,



ve los vacíos que eventualmente las debilidades de mi caso, puedan presentar, con lo cual me puedo adelantar a darle una correcta solución.

Y finalmente si ya he concluido la construcción inicial de mi teoría del caso, eso me permite irme preparando adecuadamente para el juicio, que es la fase más importante del proceso y en donde se decide el mismo.

Elementos.

Como ya señalamos en el esquema, los tres elementos de la Teoría del Caso son:

- 1.- La Teoría Fáctica,
- 2.- La Teoría Jurídica y
- 3.- La Teoría Probatoria.

La Teoría fáctica, son los hechos selectos, que pueden ser, penalmente relevantes o civilmente relevantes, en este apartado nuestra experiencia nos enseña, que existe aún poca claridad sobre la relevancia de un hecho, suelen asignársele a actividades que no representan un hecho relevante, un espacio en esta teoría; por eso resulta importante la elaboración del boceto o borrador, para ir haciendo los ajustes necesarios y que la teoría fáctica resulte ser robusta. Ésta relación de hechos debe, separarse y numerarse para que la herramienta funcione adecuadamente, en adelante demostraremos esta necesidad.

El otro componente es la Teoría jurídica, está relacionada directamente con la teoría fáctica, pues depende de esa relación fáctica que tengamos, cual es la norma o normas que corresponde aplicar. Aquí se pretende, que elementos importantes que las normas muchas veces requieren, no

sean perdidos de vista por el litigante, por ejemplo en un tipo penal como el de la Estafa, si en la teoría fáctica no se indica cual es el perjuicio, no se completa el tipo penal; así puede haber otros requerimientos en las normas de otras materias, que resulta imprescindible observar, para que se de esta relación entretrejida entre estos dos institutos, con el objetivo de que en la audiencia no fracase una teoría del caso, por haberla preparado sin considerar ese elemento.

El último componente es la Teoría probatoria, que al igual que las dos anteriores es de gran importancia, porque por medio de ella describimos, como vamos durante el proceso a acreditar, a probar la teoría fáctica; hay igualmente una relación estrecha y entretrejida entre la teoría probatoria y la fáctica. Aquí la herramienta del boceto, nos permite visualizar por ejemplo si hay vacíos probatorios, o si hay prueba súper abundante. Además si hacemos aplicación de los criterios de utilidad, necesidad y pertinencia, como filtros de esas pruebas, podremos hacer un juicio de valor y concluir si esa es una prueba fuerte, o por el contrario es una prueba débil por no soportar el análisis con esos filtros. Esto le permite al litigante hacer los ajustes necesarios, para poder presentar solventemente la prueba.

Igual que para con la teoría fáctica, la teoría probatoria requiere, que separemos la prueba, numerándola y relacionándola con aquella. Que el litigante pueda decir el hecho señalado como N°1, lo voy a probar con la prueba señalada N°1. El hecho señalado N°2, lo voy a acreditar con la prueba señalada N°2 y así sucesivamente.

Como la teoría del caso se formula desde el primer momento en que el litigante entra en con-

tacto con el caso y la misma no está escrita en piedra, o sea puede ser, que si existe información nueva que esté llegando al caso en construcción, esa información puede modificar la teoría del caso. Por ello, es recomendable compartir y ensayar con un colega esa teoría del caso, la exposición de la misma ante otro profesional, permitirá en caso de ser necesario, hacer ajustes o mejorar la construcción que voy a someter a consideración de un juez, con el control del contendiente en una audiencia.

Como se construye.

La construcción de la teoría del caso supone una serie de pasos, que debemos de ir agotando uno a uno. Siempre que entramos en contacto con un caso o proceso judicial, ya de inicio tenemos una cantidad de información, que debemos como operadores del derecho procesar con criterios científicos. Así que el primer paso es:

1.- *Tomar en cuenta toda la información disponible*, toda la información supone que se debe de considerar tanto la información que favorece, como la que perjudica el caso, esto porque en los procesos orales, cuando se planea la participación en la audiencia; debe tenerse presente que, solo se tiene una única intervención, en donde el litigante se deben de referir, tanto a las fortalezas del caso, como a las debilidades y darles a esas debilidades, una explicación razonable; además se debe refutar en esa misma intervención, lo que probablemente el rival procesal pueda decir, cuando le toque su turno de participar; o dicho de otra manera, se debe refutar por adelantado. Esto es así porque, en los sistemas acusatorios, no existe la réplica como lo conceptualiza el sistema inquisitivo, más bien ésta recibe la crítica, de ser una herramien-

ta que no promueve la excelencia, pues le da la oportunidad a la parte que no preparó el caso, de solventar los errores, algunas veces irreversibles; incentivando con ese proceder, la no preparación del caso, pues hablando en sentido figurado, se premia al que hace mal su trabajo, brindándosele la oportunidad de corregirlo en la audiencia; ese es el fundamento práctico en los sistemas orales, de preparar el caso, porque además tengo que adelantar lo que probablemente mi rival procesal va a decir en la audiencia y no se cuenta con el incentivo perverso, de que se pueden corregir los errores en ese momento; de alguna manera es una sanción procesal en el acto, que genera el incentivo positivo, de preparar adecuadamente el caso, para presentarlo en la audiencia. En esta línea de preparación, es muy importante que el litigante discuta con las personas involucradas directamente en el conflicto, los detalles del mismo, con el afán de poder hacer, esa cobertura de toda la información, pues son ellos los que conocen en detalle los hechos y a los cuales el abogado, debe de contribuir a extraer los relevantes, eso permitirá abarcar los hechos en su totalidad, desde la visión de esa parte. Si es el fiscal, debe de reunirse con la víctima, para pormenorizar detalles de la teoría fáctica y de la teoría probatoria. Si se es actor, en las demás materias, asume el mismo rol de reunirse con quien pretende formular la demanda, para conocer puntualmente hechos y pruebas relevantes. Si por el contrario es el defensor, debe de reunirse con el acusado, para afinar y detallar aspectos relevantes de la información y probanzas. Si se trata del demandado para las otras materias, igualmente debe de reunirse el litigante con éste, para conocer puntualmente detalles que le interese incorporar a su teoría del caso.



2.- *La Formulación de una Hipótesis.* Es un relato muy breve, de cómo la parte considera que ocurrieron los hechos, debe de ser simple para poderlo explicárselo al juez. Debe de incluir lugares, personas, con las descripciones que les puedan identificar, comprender incluso detalles que se consideren importantes como: estaba llorando, estaba retraído, estaba triste. De igual manera, es labor del litigante, evaluar la hipótesis, ojalá pueda realizar este ejercicio con un colega, a efectos de poder establecer a priori, si ésta es una hipótesis fuerte o débil y hacer los ajustes necesarios, antes de presentarla en la audiencia. Ese ejercicio se puede lograr, haciendo una prueba lógica de fortaleza; el litigante tiene que contrastar contra su hipótesis, las siguientes preguntas: ¿Quién?, ¿Cómo?, ¿Dónde?, ¿Cuándo? ¿Porque?, efectuada esta contrastación, podemos ya concluir calificando nuestra hipótesis; si responde con solvencia las anteriores preguntas podemos decir que es una proposición fáctica o hipótesis fuerte, de lo contrario hay que corregir los posibles vacíos, que esta pueda tener a fin de hacerla una hipótesis fuerte, que pueda soportar los embates propios de la dinámica adversarial.

3.- *Posibles requerimientos jurídicos: Teoría Jurídica.* A los litigantes les corresponde por medio de la escucha, seleccionar cuales son los hechos jurídicamente relevantes, que le relata su cliente cuando se reúne con él o cuando el fiscal recibe la denuncia de la víctima; el siguiente paso, es más del litigante, en donde debe claramente saber y conocer ¿Cuál? Es la norma o las normas que cobijan esa relación de hechos; o sea que si se está describiendo en la primera parte –*teoría fáctica*– un homicidio, el litigante tiene que conocer la norma, para ver los requerimientos que

esta tiene y ajustar los hechos a los mismos, si no se hace así, es muy probable que el caso no trascienda más allá, de las fases iniciales del proceso, con la consecuencia de que tal yerro, puede serle achacado al litigante. La destreza del litigante en este punto, está en que no solamente se tiene que localizar la o las normas, sino cumplir con las exigencias de la misma y entrelazarla con la teoría fáctica, además de que como veremos adelante debe también enlazarse con la prueba, sistemáticamente, numerada y separada, para darle mucha autosuficiencia a la teoría del caso.

4.- *Vinculación de la Norma con el hecho.* La vinculación de la norma con el hecho, es fundamental, porque me permite entrelazar, los hechos que han sido seleccionados como jurídicamente relevantes, con la norma. Se nota acá el trabajo del litigante, puesto que en la primera parte tiene, a través de la reunión con su cliente, la víctima o el acusado, se pone a prueba que litigante haya efectuado, una buena escucha del relato, de cómo sucedieron los hechos, y como efectúa el encuadre de esos hechos en la norma. Su destreza aquí es, en primer lugar ser un excelente escucha, para hacer la selección de esos hechos, luego encontramos la destreza de relacionarlos correctamente con una norma jurídica, que les dé cabida y que además cumpla las exigencias de la misma, generalmente en ella esbozadas. Esto parece ser una labor fácil, sin embargo en la práctica nos encontramos con que, no se hace muchas veces un encuadre correcto de la relación de hechos dentro de la norma. A mi juicio, este yerro nada esporádico, sucede porque no se trabaja con un esquema claro de cómo formular la teoría del caso. Amén de algunos incentivos negativos, de normas disfuncionales del código penal adjetivo, como por

ejemplo, la que promueve la acusación supletoria y consecuentemente la no unidad de este instrumento.

5.- Vinculación de los hechos con la prueba.

Es igualmente importante, hacer una correcta vinculación, de los hechos con la prueba, ya señalamos *supra* que la formulación de la teoría fáctica debería de hacerse, separando y numerando los hechos; esa numeración y separación, ahora va a tener su correspondencia, con esta vinculación de esos hechos con la prueba que voy describiendo, así para el hecho separado y señalado como N°1, voy a probarlo con la prueba N°1; el hecho señalado como N°2, voy a probarlo con la prueba señalada N°2 y así sucesivamente. Con este esquema de trabajo para la vinculación de los hechos con la prueba nos garantizamos, que la prueba va a tener las características que procesalmente se le exigen, a saber, que sea Útil, Necesaria y Pertinente. El método de numeración me permite poder visualizar cuanta prueba tengo para determinados hechos, cuales hechos me han quedado sin prueba, si existen algún problema con relación a la prueba, prueba ilegal o violación a la cadena de custodia por ejemplo, cuales hechos debería de reforzar, probatoriamente hablando, en fin me dan un panorama cierto y seguro, de cómo debo de presentar el caso en la audiencia, dejando de lado la improvisación y asumiendo una planeación y preparación adecuada del caso.

6.- Teoría de la Contraparte o Rival Procesal.

Para el litigante la preparación del caso no termina ahí, sino que además de preparar su caso, lo cual se hace sobre las fortalezas del mismo; también debe de prepararse con relación a la teoría del caso de su rival procesal, analizar, cual probablemente va a ser la teoría del caso del contrincante y siguiendo la dinámica adversarial, controlar, adversar o

dar un punto de vista alternativo de lo que va a decir su oponente en la audiencia. Explicándolo con un ejemplo sería, que si el litigante es el fiscal, y en la audiencia va a formular acusación por homicidio, cuando hace uso de la palabra en la audiencia, va a seguir el esquema que hemos explicado aquí, una teoría fáctica –relación de hechos jurídicamente relevante-, teoría jurídica –la o las normas que cobijan esa relación de hechos- y una teoría probatoria; así expondrá cronológicamente, los hechos que constituyen el delito de homicidio y que tienen como sustento una determinada prueba que entrelazará en su exposición. Pero no solamente debe de referirse a ese homicidio, sino que tiene que referirse a lo que eventualmente el defensor que es su rival procesal, vaya a decir; en su último apartado el fiscal dirá, señores jueces el defensor probablemente alegará, que este no es un homicidio, sino que estamos en presencia de una legítima defensa, pero en realidad, no nos encontramos ante una legítima defensa porque y de seguido hace su argumentación, señalando por ejemplo, que no se cumplen los requisitos para que opere la causa de justificación, desagregando detalladamente cada uno de los supuestos, indicando por ejemplo, que no hubo agresión ilegítima, lo cual se debe acompañar con el contenido fáctico del caso en concreto; así sucesivamente para los demás presupuestos del instituto, de esa manera construye su alegato. La destreza en este apartado constituye en, refutar o adelantarse a lo que probablemente su rival va a señalar. Esto es así porque en los sistemas adversariales, como ya se ha expuesto, no hay replica; en el sistema acusatorio, el litigante en una única intervención, se refiere tanto a su caso, como a lo que probablemente dirá su contendiente. Obviamente si hay algo nuevo, que no tuvo la oportunidad de controlar, lo puede adversar; con la observación que debe ser algo nuevo, surgido de la audiencia que

el litigante no ha podido controlar; no es el concepto de réplica, como el juego de ping pong, que tienen los sistemas inquisitivos, en donde el que no preparó su caso, recibe un premio –lo puede corregir o subsanar en la audiencia- mediante la réplica.

Con este método de preparación de la teoría del caso, lo que se pretende es, que toda la información se produzca en la audiencia y que esa información, sea información de calidad, con la cual el juez pueda tomar la decisión del caso; se persigue que las audiencias y el juicio sean o correspondan a una representación lo más cercano de lo que sucedió, una reconstrucción del hecho histórico real, sin ninguna intervención de terceros que desdibuje ese hecho, como sucede con el fenómeno de la delegación del sistema inquisitivo; la prueba por ejemplo la recoge una persona diferente a la que decide el caso; el nuevo sistema, promueve la intermediación, en donde los hechos, son contados por los actores que tuvieron contacto con ese hecho, son relatados con inmediatez, a quien resuelve el caso. Esta no es una tarea fácil, pues nuestra metodología por más de quinientos años, fue la de construir un expediente y entregárselo al juez, para que en la soledad de su oficina, resolviera el caso. Un juez que firmaba resoluciones, consagraba una justicia delegada, estamos cambiando a una forma nueva de hacer justicia, en donde el juez escucha a las partes; con ello se hace realidad nuestro artículo 41 de la Carta Magna, tener una justicia, pronta y cumplida.

Conclusiones.

Surgen de este ensayo varias conclusiones; en primer lugar, que el tránsito que estamos sufriendo, de pasar de un sistema de justicia inquisitiva,

ineficaz, lenta, burocrática, con gran preferencia por la forma; hacia una justicia con rostro humano, más desformalizada, célere y transparente, como lo es el proceso judicial por audiencias; se ha caracterizado por ser un proceso muy tedioso; marcado por el arraigo a las prácticas instaladas desde la colonia, las cuales a pesar de las razones, no se pueden variar de la noche a la mañana. Se hace necesario además, diseñar espacios de interacción entre los operadores y los gestores del cambio, con el fin de evacuar dudas, además se necesita de contar con buena capacitación tanto a los operadores del sistema de justicia, como a los abogados litigantes y a todas las instituciones que interactúan con el poder judicial. Solo un cambio de sistema gestionando, brindando toda la información a los operadores, de en qué consiste el mismo, garantizará el éxito de la migración efectiva al sistema adversarial.

En segundo lugar podemos señalar, que se hace necesario, conocer, difundir y mejorar, el uso y aplicación de la herramienta de la teoría del caso, esto por cuanto muchas veces los operadores y los litigantes hacen su trabajo, con mucha abnegación y empeño, pero sin una herramienta teórica de trabajo como la que aquí se propone. Hacerlo así será no solamente hacerlo científicamente, sino disminuir los riesgos de error y los riesgos de que su caso no supere las etapas previas del proceso judicial en cuestión.

Tercera, la herramienta de la teoría del caso, está compuesta por tres elementos, la teoría fáctica, que es una relación de hechos jurídicamente relevantes, la teoría jurídica, que es la o las normas que abrigan esa relación de hechos y finalmente la teoría probatoria, que es las pruebas ordenadas y numeradas con las que se va a acreditar

la relación de hechos. Estos tres elementos deben de estar entrelazados muy fuertemente entre sí para que la teoría del caso, pueda ser catalogada no solamente como buena, sino como una teoría del caso sólida, fuerte.

Cuarta, la teoría del caso es un eje transversal en todo el proceso judicial, no solamente tiene utilidad para lo que es la preparación del caso, sino que es de utilidad, para definir la estrategia a seguir, para establecer las líneas de examen y de contraexamen del litigante y finalmente se tiene que reflejar en el alegato final; por ello podemos concluir que es la carta de navegación del litigante, que le indica las fortalezas y debilidades del caso, que le brinda una visión clara y acertada, de qué preguntar, cómo preguntar y de qué manera concluir.

La función principal de la teoría del caso, en la fase de debate, es que los jueces no se impongan del contenido del expediente, pues con ello inevitablemente se harán una teoría del caso y el debate resultara ser un remedo de reconstrucción histórica, puesto que los jueces ya lo han hecho y se dedicaran solamente a corroborar, lo que ya construyeron mentalmente, cuando se impusieron del contenido de éste. Por ello es muy importante en la fase de debate, que se les permita a los litigantes poder presentar su teoría del caso, mediante la herramienta del alegato de apertura. Con ello nos garantizamos; en primer lugar, que los jueces no van a imponer ninguna teoría de caso, en segundo lugar, que las partes van a hacer la reconstrucción del hecho histórico, en el debate y en tercer lugar, que los jueces van a entender, cual es la prueba más importante para cada una de las partes, cuáles serán las líneas de examen y contraexamen, tanto de testigos, como de peritos;

así con la información que se procuren en esta labor, de seguro harán un muy acertado alegato de clausura; lo que genera como producto, ese cúmulo de información democráticamente debatida, para que los jueces, resuelvan el conflicto que se les presente, de una manera satisfactoria, tanto para el sistema como para el derecho, que como Ciencia con un método, busca la una solución a un conflicto humano.

Esperemos que en nuestro país, cada días más y con mucho fervor científico, se utilice la herramienta de la teoría del caso, lo que ayudara a la comunidad jurídica, a hacer de la resolución de casos, en las diferentes materias, una actividad responsable, seria y científica; la justicia entonces será, no solamente una mejor justicia, sino pronta y cumplida.



BIBLIOGRAFÍA

1.- **BAYTELMAN A** (Andrés) y **DUCE J.** (Mauricio) Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Imprenta Salesianos S.A. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. 2004.

2.- **BERGMAN** (Paul) La Defensa en Juicio, La Defensa Penal y la Oralidad. Editorial Abeledo-Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina, 1989.

3.- **BLANCO SUAREZ** (Rafael) y Otros. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Lexis Nexis, Junio 2005. Santiago de Chile.

4.- **GIMENO SENDRA** (Vicente) Derecho Procesal Penal. 1º Edición, Editorial Colex 2004. Madrid. España.

5.- **GONZALEZ ALVAREZ** (Daniel). La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. En Revista de Ciencias Penales N° 11. Año 8, julio 1996. ABC Ediciones. San José, Costa Rica

6.- **LORENZO** (Leticia) Manual de Litigación. Ediciones Didot. Buenos Aires, Argentina 2013.

7.- **MORA MORA** (Luis Paulino) La importancia del juicio oral en el proceso penal. En Revista de Ciencias Penales N° 4, Año 3 Junio de 1991.

8.- **QUERALT** (Joan J.) La asistencia letrada al detenido. Tercera Edición, Editorial Atelier. Barcelona, España, 1999.

9.- **QUIROS CAMCHO** (Jenny) Manual del Proceso Penal. Editorial Investigaciones jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2008._

10.- **TRAVERSI** (Alessandro) La Defensa Penal. Editorial Aranzadi S.A. Tercera Edición. Navarra, España. Traducido por María de los Ángeles Gómez Campos. 2005.

11.- **VAZQUEZ ROSSI** (Jorge E.) La Defensa Penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Cuarta edición actualizada. Buenos Aires, Argentina 2006.

LEYES.

1.- Código Procesal Penal, Ley N° 7594 publicado en el Alcance N° 31 a la gaceta N° 106 de 4 de junio de 1996. Imprenta Nacional, San José Costa Rica.

2.- Ley Orgánica del Poder Judicial. N° 7333 de 5 de mayo de 1993. Publicada en el Alcance N° 24 a la Gaceta N° 124 del 1 de Julio de 1993.

3.- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

SITIOS DE INTERNET.

1. http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_ensenanza_del_derecho_en_las_clinicas_legales_de_interes_publico_2__1.pdf



LA COMPETENCIA NO CONTENCIOSA EN SEDE NOTARIAL. APORTES A SU AMPLIACIÓN EN COSTA RICA

Dra. Roxana Sánchez Boza¹ ANTECEDENTES¹

INDICE:

1. Contribución del notario latino a la paz social: notarios como jueces menores.
2. Indubitable contribución del notario latino a la disminución de la morosidad judicial.
3. Sistemas de ingreso a la competencia no contenciosa. Antecedentes en Costa Rica.
4. Lastres de la competencia notarial no contenciosa. Multiplicidad de leyes y procesos: Caos procesal en la remisión de la Ley a diferentes procesos
5. Tener o no tener competencia notarial en sede no contenciosa: La proliferación de deberes notariales por la multiplicidad de legislación atendible en esta actividad notarial.
6. Temas novedosos a introducir en la competencia notarial no contenciosa: 6.1. Ampliación de la competencia notarial en sede no contenciosa. 6.2. Aviso al archivo notarial del inicio y finalización de procesos en esta sede y levantamiento de un índice general. 6.3. Reposición de actuaciones y documentos obtenidos o elaborados en sede notarial no contenciosa. 6.4. Unificación o simplificación de procedimientos.

Poco a poco en Costa Rica al igual que otros países del Sistema notarial latino ha ido trasladando instituciones jurídicas de resorte de la actividad de los abogados a los notarios públicos, con el afán de liberar los tribunales del conocimiento de casos donde no existe contradicción, litigio u oposición.

Indudablemente que la mora judicial se ve beneficiada con tal política pública que amplía la competencia notarial ofreciendo al Cuerpo notarial costarricense mayores oportunidades de trabajo y beneficia a los usuarios, en el tanto que los sustrae de acudir a los tribunales, de traslados dentro del país y la aplicación de recursos económicos en causas cuyo avance es difícil.²

Inicia el Código de Familia promulgado en el año 1973, dos años antes del **Código di famiglia**, en Italia, permitiendo a los Notarios Públicos realizar en sede notarial la separación judicial y el divorcio, siempre que exista el mutuo consenso de los cónyuges.

En 1989 surge el Código Procesal Civil y se permite que los Notarios(as) Públicos (as) sigan el sucesorio testamentario en sede notarial. El denominado “Procedimiento Sucesorio Extrajudicial”, cuyo ámbito de aplicación fue muy reducido, pues sólo procedía cuando existía un testamento abierto auténtico, y si se daban las siguientes establecidas en el artículo 945:

¹ Miembra del Consejo Superior Notarial por representación del Colegio de Abogados y Abogadas, miembra de la Junta Administrativa del Registro Nacional, representación de notarios en ejercicio

Literalmente dispone el artículo mencionado:

“Cuando exista testamento abierto otorgado ante notario y todos los sucesores fueren mayores hábiles, el proceso sucesorio testamentario se podrá tramitar ante u notario, mientras no haya controversia alguna“.

También en el artículo 928 del CPC se estableció la aplicación de una figura intermedia de actuación notarial en forma extrajudicial, cuando se regula la posibilidad de separarse del proceso sucesorio judicial, testado o intestado, para que los herederos - y legatarios, en su caso-tomen los acuerdos en cuanto la distribución del haber hereditario:

Reza el artículo 928:

“Una vez firme la resolución en la que se declaren herederos y legatarios, si éstos son mayores hábiles, si estuviere satisfecho el interés del fisco, si lo hubiere, si estuvieren pagados los impuestos que correspondan y no hubiere controversia alguna entre los interesados, estos podrán adoptar, previa autorización del Tribunal, los acuerdos que crean convenientes para la terminación del sucesorio. La solicitud de autorización podrá ser hecha por el albacea.

En 1998 con el surgimiento del Código Notarial, a partir del artículo 129 se agregan más posibilidades de trabajo a los notarios porque se amplía el sucesorio en sede notarial cuando falta testamento, sucesorio ab intestato, se les permite a los Notarios más actuaciones que hasta el momento solo podían realizar los interesados (as) en sede jurisdiccional, aun cuando existiera acuerdo entre todos y todas.

Tanto abogados como partes sufren el peso del atraso de sus causas con innumerables audiencias de otros casos similares o no, que el tribunal correspondiente debe conocer.

El artículo mencionado rezaba; “Los notarios públicos podrán tramitar sucesiones testamentarias y ab intestato, adopciones, localizaciones de derechos indivisos sobre fincas con plano catastrado, informaciones de perpetua memoria, divisiones de cosas comunes, en forma material o mediante la venta pública, distribución del precio, deslindes y amojonamientos y consignaciones de pago por sumas de dinero.”

En el pasado año 2011, la ley de Impuesto a las personas jurídicas N. 9024 de 23 de diciembre de 2011, por disposición del artículo 14 reformó el artículo 129 del Código Notarial e introdujo la autorización a los notarios de tramitar la liquidación de sociedades mercantiles

1- SISTEMAS DE INGRESO A LA COMPETENCIA NO CONTENCIOSA

En los diferentes países que forman parte de la UIN encontramos que existe una forma abierta para ingresar y ejercer el notariado en la jurisdicción no contenciosa como es el caso de Costa Rica y en otros deben ser notarios calificados, según una normativa especial del Estado, como es el caso del Estado de Tamaulipas que se requiere de certificación para ejercer ese tipo de jurisdicción en sede notarial.³



2- LASTRES DE LA COMPETENCIA NOTARIAL NO CONTENCIOSA

El legislador en cada una de las etapas que antes indicamos fue ampliando la competencia notarial no contenciosa y siguió el consejo de expertos notarios que le aconsejaron ampliar el horizonte de sus propuestas legislativas, con la revisión del estado de situación de tal competencia en otros países pertenecientes al Sistema notarial latino.

Las instituciones jurídicas trasladadas de la competencia jurisdiccional en forma opcional para los interesados, sin conflicto entre ellos y ellas, todos capaces y mayores de edad- como requisitos esenciales de la opción en sede notarial; se mantuvo incólume en sus preceptos procesales.

El Código Notarial en el artículo 130 dispuso que el Notario (a) debía seguir los mismos procedimientos establecidos en las leyes especiales que contemplan cada institución jurídica respecto de la cual puede conocer en su Notaría Pública. Aún más, la elaboración del expediente de la causa llevada en las condiciones antes mencionadas, debe seguir las pautas del expediente colonial y unir las hojas - fojas mejor expresadas en lenguaje colonial.- por medio de pábilo para amarrarlas.

El Notario Público que asume el perfil de notario con competencia judicial no contenciosa se inviste como un juez y tiene que cumplir con todos los procedimientos y mandatos de las leyes especiales para el caso que conoce en su Notaría Pública de algún acto que se pueda procesar en la misma. Las actuaciones que practiquen los notarios públicos en los asuntos de su competencia tienen el mismo valor que las realizadas por un juez.

El Código de Familia introduce la posibilidad del matrimonio ante Notario Público con directa inscripción de la escritura en el Registro Civil.

Sin embargo, el Código de Familia cuestionó desde un principio la Fe Pública Notarial porque dispuso que la separación judicial o divorcio por mutuo acuerdo debía ser ratificado- homologado – por el juez de familia, con lo cual se pone en duda la calificación notarial realizada previamente a la elaboración de la escritura. Ilógicamente si los “ex –cónyuges- deciden no firmar el escrito de solicitud de homologación, la separación o el divorcio sin conflicto, queda en el limbo porque la intervención notarial no es suficiente para declarar por medio de documento notarial auténtico como es una escritura donde ambos cónyuges claman por su libertad de estado, sea parcial en el caso de la separación, sea total en el caso del divorcio.

Claro que el Código de Familia nació en 1973 y en 1977 la Ley orgánica de notariado fue reformada en diferentes aspectos y uno de los más importantes fue la eliminación de los testigos instrumentales en todos los actos, salvo en aquellos donde la ley los exige expresamente, recordemos los testamentos, los matrimonios- testigos que fueron definidos por la DNN, en el tiempo de la Dirección de la Licda. Alicia Bogarín como testigos de abono-. O bien, cuando las partes le soliciten al Notario que participen testigos.

Sin embargo, no fue derogada la parte específica relacionada con la participación del juez de familia como un testigo calificado en el convenio de separación o de divorcio por mutuo acuerdo y con participación *a posteriori*, porque el juez no comparece ante Notario Público como testigo instrumental.

En el mismo Código de Familia se contempla en el artículo 109 inciso b) la posibilidad de adopción entre personas mayores, donde se establece el requisito que la adopción entre mayores se pueda realizar únicamente cuando ha mediado una relación previa entre adoptante y adoptado, de al menos seis años antes de realizar la adopción.

Sin embargo, los requisitos para realizar una adopción de un menor fueron mantenidos para realizar la adopción de una persona mayor, creando un desfase respecto de la tutela, el patrimonio y aspectos tan particulares como establecer si dos personas mayores deben tener “buena conducta” para establecer una relación de parentesco, en un país donde las personas adquirimos la mayoría de edad a los 18 años.

Inicialmente cuando empezó a regir el Código Notarial algún colega notario se confundió y tramitó una información posesoria en su Notaría Pública, realmente no estaba tan alejado de la realidad y la necesidad de utilizar medios ágiles para satisfacer la necesidad de su cliente, si cumplía con los requisitos antes indicados y plasmados en el artículo 129 del Código Notarial.

No hay duda que al momento es necesaria una revisión de los aspectos procesales de cada institución jurídica que puede ser objeto de un trámite no contencioso en sede notarial con el fin de realzar la Fe pública notarial y dar el lugar que un Notario Público merece porque está investido de esa FE por el Estado, previa comprobación de su idoneidad para realizar su función.

En el campo testamentario tenemos varios tipos de testamento, podemos ubicarnos en el tes-

tamento realizado ante cartulario y el testamento cerrado, el cual se presenta ante el cartulario para dar fecha cierta y certeza de su existencia.

En cuanto al primero es de una larga tradición, conocida por todos los miembros del Cuerpo notarial. Pero en el segundo, nos encontramos que existe una norma perdida que impide que un notario pueda dar trámite en su Notaría Pública a un proceso sucesorio testamentario, dado que primero debe intervenir el juez en la apertura del mismo. La interrogante es por qué el Notario puede llevar adelante un sucesorio de un testamento abierto y no el sucesorio de un testamento cerrado si su Fe Pública es única e indivisible. Como hemos indicado en nuestro ordenamiento jurídico existen lastres que impiden el desarrollo llano de la competencia notarial en sede no contenciosa porque no hubo una revisión integral de los procedimientos jurisdiccionales y una limpieza de actos y resoluciones que tardan y entorpecen la labor del Notario.

Asimismo, en el campo de la redacción de los acuerdos finales en tema sucesorio, el Notario Público debe atender a dos amos, por un lado las exigencias del Código Procesal Civil en cuanto a las múltiples daciones de fe pública notarial y por otro al Código Notarial, el más importante cuerpo normativo en tema notarial que le reconoce sin límites la competencia para elaborar documentos donde se plasma la voluntad de las partes como es el caso de la escritura de distribución de bienes hereditarios, sobre todo cuando debe presentarse a alguno de los diferentes registros del país.

Nos explicamos, realizado el documento notarial en el cual se finaliza el proceso sucesorio que puede tener su origen en tres raíces:



- a- Proceso sucesorio ante juez,
- b- Proceso sucesorio con autorización para separarse de la prosecución del juicio sucesorio
- c- Proceso sucesorio ante Notario Público, sea intestado o testamentario

Es en el último cuya existencia deriva del reconocimiento de la competencia del Notario Público para tramitar en sede notarial un proceso sucesorio, ab intestato o testamentario, donde la remisión del artículo 130 del Código Notarial al respeto de la normativa pertinente, se torna un lastre a la función notarial y esto va unido al noción correcta de la calificación registral de los documentos de origen judicial y de origen notarial.

Los documentos de origen judicial sometidos a la calificación del registrador tienen que cumplir únicamente con los requisitos de la competencia del funcionario judicial que los emite, o sea que la materia civil, agraria, laboral, penal, contenciosa- administrativa, entre otras, esté claramente establecida. Sobre todo en el tema de aplicación de las prescripciones del artículo 468 del Código civil, las cuales varían según el tipo de juicio y materia del cual deriva la orden judicial. El documento judicial a inscribir tiene que provenir de un juez competente, cumplir con el principio de especialidad registral según artículo 460 *ibidem* y contener las firmas que respaldan la emisión de la orden judicial.

Eso sí es conteste en la mayoría de los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia de Derecho romano-germánica que el registrador no puede cuestionar el contenido del expediente judicial ni el por tanto o parte conclusiva de la sentencia, siempre que cumpla con el principio de legalidad.

Al contrario de la calificación de un documento judicial, el documento notarial es sometido a un mayor examen por parte del registrador, cada parte del mismo: introducción, cuerpo y engrose son revisados minuciosamente por ese funcionario, el cual está autorizado para rechazar o suspender la inscripción por ínfimos problemas-solucionables si se sigue la letra del artículo 6 de la ley de inscripción de documentos en el Registro Público- o graves como la violación del principio de especialidad registral o la normativa del Código Notarial.

Sin embargo, cuando el Notario Público actúa según el artículo 129 y siguientes y concordantes del Código Notarial, abre y tramita un proceso sucesorio en sede notarial, cuando da su última resolución con carácter de sentencia, pues ya hemos visto que sus actuaciones tienen el mismo valor al otorgado a los documentos judiciales, el registrador mantiene la posición de la calificación de un documento netamente notarial y califica el proceso al interno, lo cual muestra la duda del ejercicio legal de la fe pública notarial porque exige daciones de fe de actos y resoluciones que forman parte del proceso sucesorio, no así del acto final que es reflejo de una actuación a derecho por parte del fedatario público notarial.

Damos ejemplos: se debe dar fe pública notarial de:

- la publicación del edicto de ley
- de la existencia de un peritazgo del valor de los bienes
- de la notificación de las resoluciones a los presuntos herederos y al albacea
- de la firmeza de todas las resoluciones emitidas en el trámite del proceso sucesorio

Como vemos todo eso se refiere al trámite del proceso sucesorio, sometido al cuidado del Notario Público que ha sido investido previamente por el Estado de fe pública notarial y se ha equiparado sus actuaciones a las del juez, en cuanto al valor de las mismas.

Una escritura pública que sólo debe ser inscrita en cuanto a la distribución de los bienes sucesorios, según voluntad de los herederos se torna un calvario porque las daciones de fe notarial pululan por todo el documento notarial que es reflejo de la finalización de un proceso sucesorio debidamente tramitado por el Notario Público.

Como vemos es necesario reformar el Código Procesal Civil, el Código Notarial y las Guías de inscripción de documentos en el Registro Nacional, sea materia inmobiliaria o mobiliaria para adecuar la normativa en cuanto la calificación de los documentos notariales emanados de un proceso sucesorio, que es el caso que nos ocupa, pero si quisiéramos hacer una intervención más profunda, la revisión se puede ampliar a más documentos notariales, como es el caso de la protocolización de remate, que únicamente debería contener la parte dispositiva de adjudicación al rematario y la identificación del proceso, del tribunal, del adjudicatario y la dación de fe de la firmeza de la sentencia o resolución judicial que aprobó el remate.

3- TENER O NO TENER COMPETENCIA NOTARIAL EN SEDE NO CONTENCIOSA.

De nuevo nos enfrentamos a un ordenamiento jurídico notarial en forma de mosaico con huecos o en forma de rompecabezas con piezas perdidas en el limbo legal o legislativo.⁴

En el Código Notarial no hay duda sobre la competencia del Notario (a) Público (a), los artículos 30 a 34 del Código Notarial establecen que puede realizar actos, contratos así como emitir certificaciones dentro y fuera del territorio nacional, siempre y cuando tengan efectos en Costa Rica. Tal competencia fue ampliada por el artículo 129 del mismo cuerpo normativo y debería hacerse una lectura integrativa de los artículos 30, 31, 32 así como 34 que detalla las labores notariales en conjunto con el artículo 129 para considerar que las únicas limitantes a la competencia del notario deberían ser el mismo Código Notarial.⁵

La revisión de la competencia especial que nos ocupa es urgente con el fin de aligerar los procedimientos que debe cumplir el Notario y definir un único procedimiento para esta competencia especial,

Recordemos que existen “bloques errantes” como la obligación de enviar al archivo judicial los expedientes tramitados en sede notarial no contenciosa y que el Poder Judicial se niega actualmente a recibirlos actuando *contra legem*.

Respecto de la sucesión en sede notarial ya el profesor Arroyo Álvarez propuso lo siguiente:

Con relación a la minoría de edad y a la incapacidad volitiva o cognoscitiva, como impedimentos legales para tramitar el sucesorio en sede notarial, se considera que el legislador pudo haber otorgado mayor flexibilidad, permitiendo su tramitación, aun cuando los herederos no reunieran esas condiciones, con la intervención de su tutor o curador y el Patronato Nacional de la Infancia y la Procuraduría General de la República, en caso del incapaz.”



6- TEMAS NOVEDOSOS A INTRODUCIR EN LA COMPETENCIA NOTARIAL NO CONTENCIOSA: 6.1. AMPLIACION DE LA COMPETENCIA NOTARIAL EN SEDE NO CONTENCIOSA. 6.2. REPOSICION DE ACTUACIONES Y DOCUMENTOS. 6.3. UNIFICACION O SIMPLIFICACION DE PROCEDIMIENTOS.

En el año 2013 se integró una Comisión de reformas al Código Notarial coordinada por el Dr. Herman Mora Vargas, por designación del diputado Lic. Oscar Alfaro, dentro de la cual asumí la tarea de buscar figuras jurídicas que puedan ser asumidas en su tramitación en la Notaría. Un excelente aporte en la temática del estado civil y su registro fue aportado por el Lic. Rodrigo Fallas, Oficial Mayor del Registro Civil.

6.1. AMPLIACION DE LA COMPETENCIA NOTARIAL EN SEDE NO CONTENCIOSA

En muchos ordenamientos jurídicos como el mexicano, el peruano por mencionar algunos existe una amplia gama de ejemplos de materias que pueden ser incorporadas al trabajo notarial.

Entre las materias en las cuales los notarios y las notarías de Costa Rica podemos introducir en el trabajo de nuestras notarías públicas, con la ventaja de no entrar en contradicción con los abogados, como sucede en otros países donde la separación la competencia de abogados y notarios, los lleva enfrentamientos por razón de la distribución del mercado laboral, consideramos de importancia las siguientes:

- Deslinde y amojonamiento: son actividades materiales que pueden realizarse con la ayuda de un agrimensor
- Declaración de ausencia para efectos de matrimonio: con lo cual el cónyuge supérstite puede rehacer su vida de conformidad con sus principios éticos y morales.
- Distribución anticipada de bienes gananciales: la determinación de los bienes se lograría por medio de informes registrales emanados del Registro Nacional o declaración jurada en aquellos bienes no registrados y luego la expresión libre y clara de la voluntad de los cónyuges se plasma en un documento notarial.
- Apertura de testamento cerrado en sede notarial considerando que el notario que lo realiza no sea el mismo que desarrolle el proceso testamentario.
- Aseguramiento de bienes sucesorios: el notario puede levantar el inventario de los bienes sucesorios y realizar las diligencias previas para colaborar con la autoridad judicial, en el tanto que no requiere de señalamiento previo para su actuación y puede actuar siempre, sin limitaciones de día y hora.
- Informaciones posesorias donde exista plan regulador y declaración de zona catastrada: donde no exista duda respecto de la situación jurídica de los bienes se abre la oportunidad al notario para iniciar las diligencias y recabar la prueba que luego será conocida por autoridad judicial.
- Diligencias de utilidad y necesidad de bienes de menores: previo nombramiento de un curador
- Autorización o legalización de libros de personas jurídicas en general así como su reposición: si bien actualmente el Registro Nacional puede legalizar libros de asociaciones

y de sociedades mercantiles, quedan vacíos en cuanto a otro tipo de sociedades como son las sociedades civiles, además de la premura con la cual puede actuar el Notario tanto para la legalización como para la reposición, más aún con la posibilidad de la publicación con la utilización de medios ágiles como es la firma digital.

- Ejecución de garantías cuando así lo preven- gan leyes especiales ⁶
- Divorcios y separaciones por mutuo consen- timiento sin necesidad de homologación de juez de familia, cuando no existan menores de edad cuyos intereses se deberían proteger por existir bienes en patrimonio familiar o fi- jación de pensión alimentaria.
- Uniones de hecho: queda abierto a la posibili- dad de reforma legal que permita la inclusión de uniones de personas del mismo sexo.

La lista queda abierta para oír sus sugerencias, no hay duda que algunos de esos procesos hay que delimitarlos más para mantener la seguridad jurídica, pero la idea es ampliar nuestras posibilidades de trabajo como notarios públicos y ofrecer más facilidades a los interesados.

6.2. AVISO AL ARCHIVO NOTARIAL DEL INICIO Y FINALIZACION DE PROCESOS EN ESTA SEDE Y LEVANTAMIENTO DE UN INDICE GENERAL.

Hasta el momento el Archivo Notarial controla la apertura y cierre de expedientes llevados en sede notarial en asuntos no contenciosos por medio de la presentación de los índices notaria- les. Como medio informativo sobre los procesos sucesorios testamentarios en esa sede tiene un ín-

dice de testamentos de acceso libre para cualquier interesado. Sin embargo, si una autoridad judicial o un notario público requiere de la información sobre los otros procesos llevados en sede notarial, actualmente autorizados por el artículo 129 del Código Notarial y leyes afines, no existe ningún índice que pueda ofrecerla.

Tanto notarios como jueces están ayunos de esa información y no existe seguridad jurídica respecto a ese tipo de procedimientos. Un medio publicitario es La Gaceta, periódico oficial del Estado, el cual no es revisado por una mayoría calificada de habitantes del país y que sirve de medio de información y citación de interesados en los juicios relacionados en este aparte, pero que es de fácil seguimiento pues se vende en lugares especiales o se paga suscripción digital en caso de servir de fuente de información para los negocios de un particular grupo de ciudadanos.

Este tema ha sido abordado por María de los Ángeles Martínez Sandoval, en su tesis de graduación en la Facultad de Derecho⁷, al referirse a la creación del Registro de Procesos de Jurisdicción Voluntaria, adscrito al Registro de Procesos Sucesorios de la Corte Suprema de Justicia. La autora indica que a este Registro le corresponde inscribir todo asunto de jurisdicción voluntaria que se tramite en la República, ante Juez o nota- rio.

Asimismo indica que a los jueces o notarios que inicien cualquier asunto de jurisdicción vo- luntaria deben notificar el aviso de la apertura de expediente, dentro de los quince días siguientes a la fecha de inicio del expediente, al encargado del Registro de Procesos de Jurisdicción Voluntaria. El aviso contendrá la información siguiente:



- Fecha de iniciación del asunto de jurisdicción voluntaria;
- Nombres y apellidos de los interesados;
- Asunto que se tramita; y,
- Firma del Juez y sello del tribunal o en su caso, nombres y apellidos, número de colegiatura, sello y dirección del notario.

Y las funciones del encargado del Registro de Procesos de Jurisdicción Voluntaria son las siguientes:

- a) Consignar en libros o mediante el sistema de control que se adopte, todos los datos que contengan los avisos de iniciación, de conformidad con el párrafo anterior. Al recibir dicho aviso extenderá recibo, el cual deberá agregarse al expediente respectivo, y sin dicha constancia, no podrá dictarse resolución final del asunto que se trate.
- b) Al recibir el aviso, revisará y comprobará si en el Registro existe anotación de algún proceso de jurisdicción voluntaria sobre el mismo asunto, en cuyo caso lo comunicará inmediatamente, tanto al juez o notario que dio el aviso, como a aquel donde se sigue el primer asunto de jurisdicción voluntaria, para los efectos consiguientes, especialmente de acumulación.
- c) Dar informes y extender certificaciones que soliciten los tribunales o los notarios, en un plazo que no excederá de tres días.”

Ejemplo que deberíamos seguir en la normativa del Código Notarial próximo a revisar en estos aspectos tan importantes además de la existencia de ejemplos interesantes como es la legislación

peruana de mil novecientos noventa y seis, Ley de jurisdicción notarial en asuntos no contenciosos, número 26665, en cuyo articulado se contempla el Registro Notarial de asuntos no contenciosos.

6.3. REPOSICION DE ACTUACIONES Y DOCUMENTOS OBTENIDOS O ELABORADOS EN SEDE NOTARIAL NO CONTENCIOSA

Sin embargo, en sede notarial no contenciosa no quedó previsto un procedimiento para reponer actuaciones del notario, en caso de extravío total o parcial del expediente de tipo judicial que debe llevar por cada caso abierto en esta vía.

Martínez Sandoval refiere en su tesis “El notario notificará a los interesados la pérdida del expediente y, a su requerimiento, procederá a la reposición, siempre que exista consentimiento unánime de todos ellos.

El notario resolverá declarando:

- a) La procedencia de la reposición;
- b) Las actuaciones y documentos que se consideren repuestos;
- c) El estado en que deben continuarse las actuaciones;
- d) La determinación de las actuaciones que no fue posible reponer.

Las actuaciones que no fue posible reponer, se practicarán dentro de un plazo que no exceda de quince días.”

Como vemos la legislación guatemalteca ofrece una solución al extravío de folios o tomos de protocolo. Costa Rica requiere establecer un pro-

cedimiento de reposición de documentos en este tipo de procesos y la sugerencia es la utilización del mismo procedimiento que existe en el Código Notarial para la reposición total o parcial de partes del protocolo. Como sugerencia se plantea un proceso similar al establecido para la pérdida o extravío de folios o tomos completos de protocolo, para ser aplicado en sede no contenciosa.

6.4. UNIFICACION O SIMPLIFICACION DE PROCEDIMIENTOS

El artículo 130 del Código Notarial prevé que los procedimientos a seguir por parte del notario público serán los establecidos en leyes especiales, consideramos que en algunos casos como en las adopciones de mayores, en la documentación que se debe presentar a los registros del Registro Nacional, se debe revisar para lograr el reconocimiento real de la fe pública notarial, dado que en algunos casos existen requisitos no aplicables y en otros se confunde la labor del juez que realiza el notario con el ejercicio de su fe pública, recordemos las daciones de fe en cuanto a los elementos de la escritura final para la inscripción de los derechos sucesorios.⁸

CONCLUSIONES:

No hay duda que Costa Rica ha avanzado a grandes pasos con el régimen de jurisdicción no contenciosa en sede notarial. En este momento, los notarios y notarias de nuestro país ofrecemos una colaboración valiosa para disminuir la mora judicial, dado que muchos casos pueden llevarse adelante, en forma exitosa en sede notarial.

Es tarea de estudiosos y prácticos la búsqueda de nuevos casos para lograr ampliar la competen-

cia notarial en la sede no contenciosa así como la dilucidación de su verdadera naturaleza con la cual actúa en tal sede, es un juez cuyos documentos emitidos al efecto de algún caso del tipo que estudiamos, debe ser calificado de acuerdo con ese origen, o es un híbrido de juez- notario, al cual se le debe calificar a profundidad sus documentos, en detrimento de la fe pública notarial.

Tales tareas deben ser dilucidadas en un próximo proyecto de reformas del Código Notarial, con participación de notarios y registradores, además de los legisladores, como forma de retroalimentar a quienes emiten las leyes del país y lograr instituciones jurídico- notariales claras y que ofrezcan seguridad a la clientela correspondiente.

BIBLIOGRAFIA

Leyes

Código de familia, Asamblea Legislativa en San José, Costa Rica, 1973

Código procesal civil promulgado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1994,

Ley de jurisdicción notarial en asuntos no contenciosos, número 26665, 1996, Perú

Código Notarial ley 7764 del año 1998, San José, Costa Rica.

Ley de Impuesto a las personas jurídicas N. 9024 de 23 de diciembre de 2011 Ley de Impuesto a las personas jurídicas N. 9024 de 23 de diciembre de 2011.



Proyecto de Ley de Garantías mobiliarias
 Texto sustitutivo en el expediente legislativo N.
 18709 aprobado en sesión n- 33 de 23 de octubre
 de 2013.

LIBROS

Arroyo Wilbert, Revista Judicial N. 82 Sucesión mortis causa en sede notarial

Sánchez Boza, R. Análisis del Sistema de la función notarial en Costa Rica: en la perspectiva del ejercicio de la Fe pública. (Ser o no ser un verdadero notario latino), Ed. Intelletus S.A., San José, CR, 2004

TESIS

Martínez Sandoval, MA. La reposición de actuaciones en la tramitación notarial de asuntos de JURISDICCION VOLUNTARIA tesis presentada en la UNIVERSIDAD FRANCISCO MARRQUIN. Facultad de Derecho. Guatemala, 2001.

WEBBIOGRAFIA

ARTÍCULO en el periódico El Sol de Tampico, **Certifican a seis Notarios Públicos para tramitar Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.** Estado de Tamaulipas. <http://www.oem.com.mx/esto/notas/n1429402.htm>

NOTAS AL FINAL

1 Este tema fue expuesto en ponencia relacionada con el tema en el **VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL**, en San Vito de Coto Brus del 23 al

25 de mayo de 2013, organizado por la Asociación de abogados y notarios de Ciudad Nelly, bajo la dirección del M. Sc. Carlos Azofeifa.

2 Antecedentes de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa se pueden encontrar en el ensayo del profesor Arroyo Wilbert, Revista Judicial N. 82 Sucesión mortis causa en sede notarial.

3 Encontramos un artículo en el periódico El Sol de Tampico, en el cual se comunica que **Certifican a seis Notarios Públicos para tramitar Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, indica el artículo periodístico:**” Los mencionados están desde ahora acreditados legalmente para conocer los procedimientos sobre jurisdicción voluntaria en sede notarial, de conformidad con lo establecido en los artículos 162, 163 y 172 de la Ley del Notariado para el Estado de Tamaulipas, que fue modificada para tal efecto desde el año pasado. “Referencia en la página Web: <http://www.oem.com.mx/esto/notas/n1429402.htm>.

4 Ampliar en Sánchez Boza, R. Análisis del Sistema de la función notarial en Costa Rica: en la perspectiva del ejercicio de la Fe pública. (ser o no ser un verdadero notario latino), Ed. Intelletus S.A., San José, CR, 2004.

5 Ver Código Notarial, Ley No. 7764 de 17 de abril de 1998.

6 Y a el Código de Comercio permite a corredores de bienes y raíces hacer remates de garantías mobiliarias, con el proyecto de ley de GARANTIAS MOBILIARIAS se prevé la

posibilidad de intervención del notario, como reza el siguiente artículo 57 que establece el procedimiento de venta y subasta de los bienes dados en garantía, véase en el: **CAPÍTULO II, de la EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL**. Artículo 57: En el momento de celebrar el contrato de garantía, las partes podrán acordar que en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor garante, la venta y subasta de los bienes dados en garantía sea efectuada extrajudicialmente por medio de un notario público, corredor jurado o a través de un fiduciario, sin necesidad de procedimientos judiciales. Para tales efectos el acreedor garantizado, una vez realizada la inscripción del formulario de ejecución, solicitará a la persona encargada la venta o subasta de los bienes, adjuntando la copia del formulario de ejecución inscrito debidamente certificado por el Sistema de Garantías Mobiliarias. La persona designada para la ejecución extrajudicial deberá dar audiencia por cinco (5) días hábiles al deudor garante para que demuestre pago liberatorio con documentación idónea al efecto, además de realizar la inscripción del formulario de ejecución extrajudicial al Sistema de Garantías Mobiliarias conforme lo indique el reglamento de esta ley. Si el deudor garante demuestra dentro de los cinco (5) días el pago total se procederá a la cancelación de la garantía mobiliaria según las normas establecidas en esta ley. En caso de no demostrarse el pago total en el plazo de cinco (5) días, se procederá a la venta forzosa conforme a las reglas pactadas por las partes. Tomado del texto sustitutivo.

7 Tesis denominada REPOSICION DE AC-
TUACIONES EN LA TRAMITACION

NOTARIAL DE ASUNTOS DE JURISDIC-
CION VOLUNTARIA presentada en la UNI-
VERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN,
en el año 2001. Guatemala.

8 El lector encontrará ejemplos de estos des-
fases legales en el aparte sobre lastres de la
función notarial.



LAS PARTICULARIDADES DEL ARBITRAJE EN EL ORDENAMIENTO LABORAL

Adrián Todolí Signes,

Investigador en Formación del programa “Atracció al talent”
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho, Universidad de Valencia

bajo por la desigualdad existente entre las partes. Este planteamiento da pie a que en este artículo se estudien las particularidades del arbitraje en el derecho laboral y las diferentes posibilidades que existen para garantizar un equilibrio justo en la aplicación del arbitraje a esta disciplina. Para ello se estudian las soluciones dadas por el derecho español, el costarricense y el de EEUU, y por último se propondrá una alternativa a todos ellos basada en el doble consentimiento.

Breve CV del autor

Licenciado en Economía y en Derecho (Premio extraordinario) y Máster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Valencia. Actualmente Personal Investigador en Formación contratado por el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la misma Universidad donde realiza el doctorado titulado “Salarios y productividad en la negociación colectiva”. En el ámbito académico ha publicado estudios en materias como el “El derecho a la intimidad de los trabajadores y el registro informático como base para el despido”, “El período de prueba en la legislación española”, “La indemnización por violación de los derechos fundamentales de los trabajadores”, “La responsabilidad patrimonial del trabajador por incumplimiento de las órdenes del empresario” y “El deber de secreto del trabajador”.

Resumen

El arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad de las partes con objeto de que estas sean libres de decidir sobre la resolución de su conflicto, mientras que el Derecho del Trabajo ha sido históricamente receloso de la autonomía de la voluntad como medio ordenador del contrato de tra-

Summary

The arbitration is based on the autonomy of the parties in order to let them to decide on the resolution of their conflict, while labor law has historically been suspicious of autonomy as a means of work contract because the inequality between the parties. This article will examine the characteristics of arbitration in labor law and the different possibilities that exist to ensure a fair balance in the application of arbitration to this discipline. This paper will study the solutions given by the Spanish law, the Costa Rican Law and U.S. Law, and finally will be propose an alternative to all of them based on the dual consent.

Palabras clave: Arbitraje laboral, autonomía de la voluntad, ADR.

Key words: Labor arbitration, party autonomy, ADR.

I. El conflicto en el Derecho social

La historia del Derecho del trabajo, y del Derecho social en general, ha partido del debate primigenio respecto a la negación o no del conflicto laboral. Los regímenes autoritarios han pretendido la negación de este conflicto social estableciendo que no existe diferenciación entre clases y que los objetivos perseguidos por capitalistas y trabajadores deben ser los mismos. Desde esta concepción, la única manera de erradicar el conflicto es suprimir la libertad de pensamiento y la expresión crítica. Si solo hay un punto de vista, solo habrá una manera de hacer las cosas, desapareciendo con ello el conflicto (cf, García, 2010: 32). Por otra parte, los sistemas democráticos de relaciones laborales basados en la libertad sindical, la huelga y la negociación colectiva admite la existencia del conflicto (cf, Lousada, 2011: 340). La concepción tradicional del sistema capitalista establece una diferenciación entre la clase que presta servicios por cuenta ajena y la que los dirige y retribuye siendo los propietarios de los medios de producción. Entendido el sistema de esta manera se aboca a una situación en la cual los dos extremos aparecen enfrentados de manera permanente y en conflicto continuo (cf. Tascón, 2009: 210). Pero, a su vez, este conflicto no se ve como algo patológico, es decir, no es derivado de un mal funcionamiento del sistema, sino que es parte de este y el conflicto se entiende como la mejor manera de avanzar en la mejora del propio sistema (cf, Lousada, 2011: 340).

Desde este punto de vista, el problema no es el conflicto social en sí, sino la falta de medios para solucionar este conflicto. Una vez entendido que el conflicto tiene repercusiones positivas para el propio sistema como medio de mejora de

este, a través del debate y la negociación, es necesario establecer medios eficaces de resolución de conflictos cuando estos no se resuelven por los medios tradicionales como son la negociación colectiva e individual.

De esta manera, el foco se centra en los procedimientos de solución de conflictos laborales como forma de restaurar la paz alterada en el desarrollo de la actividad laboral, no se busca la “ausencia de conflictos”, algo imposible en el sistema económico capitalista, sino que se resuelva esa conflictividad de manera eficaz por los propios implicados (cf, Sala y Mellado, 1996: 15).

En base a esto, la doctrina ha defendido el uso de los ADR (Alternative Dispute Resolution) como forma de resolver los conflictos por los propios agentes sociales. Este término internacionalmente aceptado tiene carácter amplio y actúa a modo de paraguas donde se recogen las diversas formas y técnicas a través de las cuales las partes del conflicto pueden resolver sus discrepancias sin acudir a los tribunales (cf, García, 2010: 32). No se puede negar el llamativo aumento experimentado en las últimas décadas del uso de estos sistemas privados de composición de conflictos laborales, capaces de buscar soluciones a los problemas sin tener que recurrir a la drástica vía judicial (cf. Tascón, 2009: 220).

Cabe decir que como se verá en el presente trabajo varias son las formas que tienen las partes para resolver el conflicto evitando su judicialización, siendo todas ellas muy diferentes entre sí (con la característica común de evitar la judicialización), garantizando unas más que otras el poder de decisión de las partes. El presente trabajo tiene como objetivo estudiar en particular el arbitraje

laboral como forma alternativa de resolución de conflictos, el cual se aproxima mucho a la solución judicial pero sin tener que atravesar la sobrecargada jurisdicción social (cf, Sala y Mellado, 1996: 24).

La utilización del arbitraje en España carece de tradición. Exceptuando algunas normativas de principios de siglo que establecían la posibilidad del arbitraje¹, la historia reciente de la época franquista llevó a la negación del conflicto laboral lo que supuso la ausencia de medios de solución distintos a la vía judicial o a la intervención administrativa (cf, Lousada, 2011: 349). Esto no dista mucho de la forma en que se han resuelto los conflictos laborales en la Europa continental, la cual, reacia al sistema anglosajón de solución de conflictos a través del arbitraje industrial, se decanta más por la solución judicial mediante la creación de tribunales laborales especializados. De esta manera, derivado de la negación franquista del conflicto laboral y contagiado de la tradición judicial de la Europa continental, España no posee cultura en la solución consensuada de conflictos². Lo que implica, aún hoy en día, un escaso uso de los arbitrajes de naturaleza voluntaria para la resolución de conflictos (cf Escudero, 2003: 209).

II. Concepto de arbitraje

El arbitraje implica la atribución a un tercero de las facultades dirimentes del conflicto que las

partes le sometían mediante alguna suerte de compromiso (cf. Tascón, 2009: 212). La etimología de la palabra ya nos indica las similitudes del arbitraje con la solución judicial, ya que la misma palabra *arbitrator*, proveniente del latín, significa juez. Así pues, la diferencia revierte en que el juez viene investido del poder del Estado, mientras que el arbitraje es la resolución privada de los conflictos. Las partes aceptan plantear un conflicto ante un tercero que de manera privada resuelve este y, a su vez, las partes asumen quedar vinculados a la decisión de este sujeto privado. En concreto, de los tipos de ADR el arbitraje es la forma de resolver conflictos que más se parece a la judicialización del conflicto³.

Por su parte, otras formas de solución alternativa de conflictos confían más en la resolución del problema en la negociación por las propias partes. Por ejemplo, la conciliación implica la intervención de un tercero pero de manera pasiva, el cual tiene por objetivo limar asperezas durante la negociación ayudando a las partes a que lleguen a un acuerdo por sí mismas⁴. También la mediación implica una menor intervención del tercero que en el caso del arbitraje, en este supuesto el mediador además de intentar conciliar, propondrá una solución a las partes las cuales podrán o no aceptar⁵. En efecto, con la mediación las partes no están vinculadas a la decisión del tercero, la cual

1 Un ejemplo de esto es la Ley de Consejos de Conciliación y Arbitraje Industrial de 19 de mayo de 1908. Para un estudio en profundidad sobre la historia del arbitraje laboral en España ver, Ordeñana, 2009.

2 El informe de la OIT sobre España de 1985, establece que “el arbitraje oficial perdió prestigio en España debido a que en el periodo del intervencionismo estatal, se hizo del mismo un uso prematuro y excesivo; por la misma razón el arbitraje voluntario nunca llegó a arraigarse” (cf, OIT, 1985; 107 y 108).

3 Gianni, 2003: 144, “El arbitraje, en cuanto la decisión es confiada a un tercero, constituye un verdadero juicio, incluso ante un sujeto diferente del juez”.

4 La teoría nos dice que el conciliador es un sujeto pasivo pero la realidad implica que el conciliador actúa como mediador y hace propuestas y recomendaciones a las partes, implicando una confusión real entre una y otra medida (cf, Borrajo, 1985: 86). En el mismo sentido, Álvarez, 1996: 383.

5 “La mediación añade un elemento dinámico a la intervención del neutral, porque se le exige que sugiera soluciones alternativas y que provea la información que las partes pueden no haber considerado.”, cf Ballester, 1993: 18.

podrán rechazar si no les es conveniente, mientras que con el arbitraje las partes deberá forzosamente aceptar lo que el árbitro dictamine como si de un juez se tratara, terminando con ello cualquier posibilidad de negociación y de continuación del conflicto.

Otra diferencia importante entre la conciliación y mediación, y el arbitraje es que con la firma de un convenio arbitral se excluye la posibilidad de acudir a un proceso judicial, ya que el arbitraje tiene como objetivo terminar el conflicto de manera definitiva conforme indique el laudo arbitral, mientras que con las otras dos fórmulas se permite siempre acudir a los tribunales en caso de que estas fracasen. Esta diferencia es fundamental, puesto que mientras el arbitraje es una fórmula de finalización del conflicto al igual que lo es la sentencia, las otras dos, solo son medios de intentar resolver el conflicto que pueden funcionar o no, es decir, son complementos a la negociación entre las partes que intentan ayudar a que se llegue a un desenlace consensuado.

En base a esta definición se puede obtener como primera conclusión que si lo que se desea con las soluciones alternativas de disputas es fomentar la negociación entre las partes, y promover que sean las propias partes las que obtengan una solución consensuada, el arbitraje debería considerarse la última opción junto con la judicialización del conflicto⁶.

6 Como dice Gianni, 2003: 144, “El deber del árbitro, en efecto, no es aquel de encontrar un compromiso entre las dos pretensiones, sino aquel de aceptar la verdad y de aplicar las normas establecidas por ley y por negociación colectiva”.

III Especialidades del arbitraje laboral

El arbitraje nació como institución civil, en ella las partes en base a la autonomía de la voluntad decidían someter sus controversias a un tercero aceptando de antemano cualquiera que fuera la resolución de este (cf, Álvarez, 1996: 380). No en vano se ha dicho que el origen del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad (cf, Manrique, 2000: 108), siendo el propio Tribunal Constitucional el que ha considerado que un arbitraje obligatorio no es verdadero arbitraje (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 24). En estos términos, la base del arbitraje es el sometimiento voluntario a él, y en las condiciones que las partes decidan en el convenio arbitral. En efecto, la autonomía de la voluntad no termina con la elección del arbitraje como sustituto de la jurisdicción ordinaria, sino que la partes pueden configurar conforme deseen la estructura procesal del arbitraje, eligiendo los plazos procesales, la forma de comunicación con el órgano arbitral, quien conformará el tribunal, tanto el número de miembros como los nombres, etc. Es decir, en definitiva pueden pactarlo todo mientras sea de manera expresa, y conste en el convenio arbitral.

Esto que se acaba de decir encaja perfectamente con un ordenamiento como el civil donde se presume la igualdad de fuerzas entre las partes, y donde en base a esa igualdad en el poder de negociación nadie aceptaría un convenio arbitral que fuera en contra de sus propios intereses. Ahora bien, esto choca con la base del derecho laboral, el cual parte de una desigualdad histórica entre los contratantes (Blasco, 2004: 1). En este supuesto la doctrina entiende que no existe una verdadera autonomía de la voluntad, puesto que existe una parte débil que debe aceptar lo que la



contraparte le impone con objeto de conseguir o mantener su puesto de trabajo. Por esta razón, a mi entender, la institución del arbitraje debe ser tratada con matices en el ordenamiento laboral, de lo contrario se estaría desprotegiendo al trabajador. Aceptar, sin más regulación, la posibilidad de que en el contrato de trabajo se incluya un convenio arbitral por el cual cualquier controversia laboral de carácter individual pueda ser sometida a arbitraje implicaría la desprotección más absoluta para el trabajador, el cual quedaría sujeto a las condiciones impuestas por el empresario para el arbitraje. No solo imponiendo el arbitraje al trabajador sino también imponiendo la normativa que regulará el arbitraje, incluso pudiendo elegir unilateralmente al árbitro.

En base a esta argumentación, el arbitraje laboral debe poseer unas especialidades no en razón de su naturaleza, contenido o actividad, sino por la materia sobre la que se proyecta (cf, Manrique, 2000: 109). El Derecho del Trabajo nace debido la constatación fáctica de que no existe autonomía de la voluntad real entre las partes y, por tanto, se concluye que el derecho civil, donde la mayoría de regulaciones son disponibles para las partes, no sirve para un sistema en el cual una parte puede forzar a la otra a renunciar a sus derechos gracias a su mejor posición negocial. Por esta razón, el ordenamiento laboral establece numerosas materias indisponibles e irrenunciables para los trabajadores. De este modo, un ordenamiento laboral efectivo no reconoce la renuncia de derechos por parte de los trabajadores, no dando validez jurídica a esta. Derivada de esta indisponibilidad de derechos el arbitraje laboral individual debe poseer una regulación distinta que el arbitraje civil.

Hasta ahora se ha hablado del arbitraje individual.

Cuestión distinta es el arbitraje en materia colectiva. La teoría del sindicalismo parte de la premisa de que la unión de trabajadores aumenta el poder de negociación de estos, permitiendo de esta manera negociar en igualdad de condiciones con el empresario. Por esta razón, se confía en la negociación colectiva para que sea ella la que fije las condiciones de trabajo. Es decir, derivado del desequilibrio existente entre el empresario y el trabajador individual, no se confía en el contrato de trabajo para regular la mayoría de aspectos de la relación laboral, sino que se da esa potestad a los sindicatos y representantes de los trabajadores en base a que en este nivel existe igualdad de condiciones y, por tanto, la autonomía de la voluntad es real. Esto también debe aplicarse a la hora de aceptar el arbitraje colectivo, entendiendo que si la autonomía de la voluntad es legítima en el ámbito colectivo también deben serlo las cláusulas arbitrales para resolver conflictos en este ámbito.

Así pues, a mi entender, estas especialidades arriba comentadas deben tenerse en cuenta a la hora de regular el arbitraje laboral. Hay muchos sistemas de regulación del arbitraje que tienen en cuenta estas singularidades, en el presente estudio analizaremos el caso de España, aunque con algunas referencias al sistema Norteamericano y Costarricense.

IV. Regulación del arbitraje laboral

La regulación del arbitraje laboral en Derecho español parte de su exclusión de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. En efecto, esta ley en su ámbito de aplicación excluye los arbi-

trajes laborales (art. 1.4) debido a que esta ley es aplicable al arbitraje civil y mercantil y, por tanto, no está creada pensando en las especialidades de las que se han hablado en el anterior epígrafe⁷. Así pues, durante años el ordenamiento laboral no ha tenido una norma que pudiera calificarse como reguladora del arbitraje laboral, es más, a mí entender sigue sin haberla.

Lo que sí existe es un artículo del Estatuto de los Trabajadores que tras la reforma de 1994 se ha convertido en la pieza esencial en el nuevo marco legal del arbitraje laboral (cf, Alfonso, 2001: 24). El art. 91 ET establece que “en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 de esta Ley, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos”, respecto a los conflictos de carácter colectivo. En cuanto a los de carácter individual establece que “Los procedimientos de solución de conflictos a que se refiere este artículo serán, asimismo, de aplicación en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos”.

Así pues, para analizar este artículo debemos dividirlo, teniendo por una parte la resolución de conflictos colectivos y por otra las controversias individuales. Para la primera parte el art. 91 otorga a los convenios y los acuerdos interconfederales sobre materias concretas, a los que se refiere el art. 83.2 y 3 ET, la posibilidad de regular los procedimientos para la solución de controversias colectivas o individuales. Esto provoca varias

consecuencias:

- 1) La primera es que la ley otorga a los convenios colectivos la posibilidad de regular el procedimiento arbitral. Es decir, pueden regular los plazos, quien será el árbitro etc., aquello que en el ámbito civil estaría regulado por las partes individuales aquí obligatoriamente debe ser regulado por un convenio colectivo. Lo que a su vez excluye que las partes individuales puedan mediante un convenio arbitral regular el arbitraje laboral. Con esto se protege al trabajador individual respecto de la imposición de las condiciones del arbitraje, ya que estas condiciones al menos habrán tenido que ser negociadas por sujetos colectivos en igualdad de condiciones (cf, Alfonso, 2001: 24).
- 2) La segunda consecuencia es que no basta con que el convenio colectivo o el acuerdo interprofesional establezcan y organicen el procedimiento para entender implícita o presunta la prestación de la voluntad futura de las partes colectivas. Así pues, además de regular el procedimiento tendrán que expresamente acogerse a él y establecer en qué circunstancias se someterán a arbitraje.
- 3) La tercera consecuencia es que el convenio colectivo podrá regular también un procedimiento arbitral para las controversias individuales. En este caso, si no lo hace, los conflictos individuales no podrán someterse a arbitraje en ese sector. En base a esto el acuerdo nacional sobre solución de conflictos extrajudiciales excluye expresamente los conflictos individuales, confiando la regulación que en cada comunidad haga el acuerdo au-

⁷ Su antecesora también excluían el arbitraje laboral de su ámbito de aplicación, art. 2.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje



tonómico (cf. Tascón, 2009: 216). Los cuales tampoco suelen regular esta materia.

- 4) La cuarta consecuencia viene derivada de la expresión “serán... utilizables en controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos”, por tanto, no basta con que el convenio colectivo establezca los procedimientos sino que para que se pueda acudir al arbitraje se deberá dar el requisito necesario de que las partes individuales hayan firmado un convenio arbitral aceptando expresamente someterse al arbitraje regulado por el convenio colectivo (cf, Casas, 1994: 11).

Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, el cual declaró inconstitucional el art. 38.2 de la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres porque declaraba obligatorio el arbitraje en controversias de menos de 500.000 pts. El Tribunal argumenta que en base al derecho de tutela judicial efectiva no es posible substituir la voluntad colectiva por la individual en la suscripción del convenio arbitral (cf, Lousada, 2011: 354). De esta manera “la autonomía de la voluntad de las partes – de todas las partes – constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral por cuanto a que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial”.

Es probable que, como entiende la Profesora Ballester, (1993: 13 y ss), en este caso se imponga la vieja y criticada tesis de la incapacidad de la autonomía colectiva para representar los intereses individuales y personales de cada trabajador concreto, decidiendo el Tribunal Constitucional permitir que solo a través

de la expresa voluntad manifiesta de las partes se pueda renunciar al derecho fundamental al acceso a la justicia.

- 5) Por último, este art. 91 ET plantea en su redacción una cuestión que la doctrina no interpreta de manera unánime. Este artículo admite la posibilidad de regular procedimientos de solución de controversias colectivas e individuales “derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos”. Por tanto, una interpretación literal de este artículo invita a pensar que solo se puede regular un arbitraje para conflictos derivados de la aplicación de los derechos establecidos en los convenios, y no, por tanto, para cuestiones derivadas de otras fuentes del derecho laboral como es la ley o el contrato de trabajo. Bajo esta interpretación y llevada a sus últimas consecuencias estaríamos ante un arbitraje limitado a ciertas materias, el cual solo podría dirimir conflictos de esas materias que han sido reguladas por el convenio colectivo. El argumento para defender esto parte de la idea de que no son las partes del contrato la que se someten a arbitraje bajo este art. 91 ET, sino que son las partes colectivas la que someten a arbitraje las controversias individuales (cf, Casas, 1995: 62 y Álvarez, 1996: 185). Es decir, de acuerdo con esta interpretación, las partes individuales pueden someter a arbitraje solo lo que las partes colectivas hayan pactado cuando a ellas les afecta.

Esta interpretación ha sido criticada por parte de la doctrina que entiende que el ordenamiento jurídico laboral como un todo, en el cual existe un reconocimiento constitucional de la negociación colectiva como “un poder

de regulación de las relaciones laborales en su conjunto” (STC 217/1991, FJ 6) que impide el fraccionamiento del ordenamiento laboral entre estatal, colectivo e individual (cf, Casas, 1994: 15). De esta manera, en base a esta interpretación los sujetos individuales podrían someter a arbitraje cualquier tipo de controversia sea la fuente de origen legal, convencional o contractual.

A mi parecer, esta última opción doctrinal es la correcta. Una interpretación sistemática del ordenamiento laboral hace imposible entender un fraccionamiento de este para resolver las controversias. Es imposible pedirle al árbitro que resuelva solo controversias de origen colectivo sin tener en cuenta las normas de origen legal o contractual, por tanto, otra interpretación haría ineficaz el sistema de arbitraje. Así pues, admitida por la ley el arbitraje para controversias individuales es necesario admitir que este podrá resolver sobre cualquier tipo de conflicto con independencia del origen del derecho en cuestión.

En fin, se ve como esta normativa protege los aspectos que anteriormente se había comentado adaptando la regulación del arbitraje a las especialidades del ordenamiento laboral. Primero, se establece que no se permite que las partes individuales acuerden la regulación del procedimiento arbitral, evitando así que esta sea impuesta por la parte fuerte del contrato de trabajo. De esta manera, se garantiza que esta regulación sea implantada en igualdad de condiciones entre la patronal y los sindicatos. Además en caso de que no exista acuerdo a nivel colectivo para regular un procedimiento arbitral este quedará excluido para su uso individual. Como se ha visto, este es el caso predominante en España, ya que en pocas co-

munidades autónomas se han decidido asumir la responsabilidad regular un procedimiento arbitral para controversias individuales, cosa que sí se ha hecho para las controversias colectivas. Esto puede ser debido a varios motivos.

- 1) El primero es la falta de cultura arbitral, como se ha nombrado ya en este trabajo, existen grandes reticencias en España al uso del arbitraje derivado de un uso prematuro y excesivo durante el franquismo, lo que puede implicar una preferencia por parte de los agentes sociales de la judicialización de las controversias individuales en vez del arbitraje.
- 2) El segundo motivo es que en caso de que los sindicatos pacten por convenio colectivo un procedimiento arbitral, nada va a impedir al empresario individual imponer el arbitraje mediante el contrato de trabajo. Así pues, aunque la imparcialidad de regulación del procedimiento de arbitraje esté garantizada por la convención colectiva, la decisión sobre someterse o no a arbitraje, una vez regulado el procedimiento, dependerá en la mayoría de los casos del empresario. Esto puede hacer preferir a los sindicatos no regular procedimiento alguno para las controversias individuales dejando imposibilitado el uso del arbitraje.

V. Regulaciones alternativas del arbitraje laboral

La regulación vista hasta ahora garantiza en parte los derechos de los trabajadores, pero aun así posee deficiencias que hacen que para el caso de los conflictos individuales no se use. Así pues, ahora se pasará a analizar otras posibilidades de regulación.



a) Sistema de EEUU

Este país forma parte del sistema anglosajón de resolución de conflictos, los cuales se decantaron por el arbitraje como forma de enfrentarse a este tipo de circunstancias. Así pues, históricamente tiene una mayor tradición que el nuestro en este tipo de arbitrajes⁸. En efecto, esta regulación permite, sin necesidad de acuerdo colectivo, la posibilidad de que se establezcan arbitrajes individuales, pero por su parte la regulación de este país no olvida con ello la protección de la parte débil. Y es que, tal y como está planteado por la jurisprudencia de este país, todo laudo arbitral que afecte a derechos fundamentales o derechos laborales mínimos establecidos en leyes federales podrán ser impugnados ante la jurisdicción ordinaria (cf, Lousada, 2011: 342 y ss). Esta solución proporciona una ventaja pero a la vez un inconveniente.

La ventaja es que de esta manera se impide que a través del arbitraje queden sin protección derechos fundamentales de los trabajadores, o se incumplan con los derechos indisponibles para estos (normas de carácter mínimo) asegurando que las especialidades del ordenamiento laboral sean contempladas por este tipo de arbitraje. Pero, a su vez, este sistema tiene el inconveniente de que el arbitraje no excluye la vía judicial para la mayoría de supuestos. Es decir, en este sistema no se podrá hablar de única instancia que substituye el proceso judicial, sino que siempre que haya duda sobre la vulneración de un derecho fundamental o de la violación de un derecho de carácter de míni-

mo se podrá recurrir en “segunda instancia” a la jurisdicción. Esto convierte al arbitraje en un simple paso previo al acceso de la jurisdicción, y no como un verdadero arbitraje en el que las partes quedan vinculadas a él.

b) El sistema Costarricense

El sistema Costarricense de arbitraje parte de la distinción entre dos tipos de arbitrajes, los convencionales y los voluntarios. Los primeros son aquellos preestablecidos por las partes, libremente, para un eventual conflicto futuro (art. 500 Numeral 2B C.T.); mientras que el voluntario sería el pactado tras que ocurra la desavenencia y con miras a su solución (art. 500 numeral 1B C.T.). De esta manera, dependiendo del tipo de arbitraje la regulación es distinta (cf, García, 1988: 92-94). Respecto al arbitraje convencional para el caso del ordenamiento laboral la Corte Suprema de Justicia Sala Segunda ha entendido que no es válido. En efecto, la corte ha establecido la nulidad de cualquier cláusula incluida en un contrato de trabajo que pretenda someter a los trabajadores y trabajadoras a arbitraje para conflictos que surjan posteriormente entre las partes. El Tribunal entiende que en materia laboral, existe un peligro real de que se impongan cláusulas arbitrales en los contratos de trabajo que implique una renuncia al derecho fundamental al acceso a la jurisdicción, por lo que estas cláusulas solo serán eficaces para dirimir sobre diferencias patrimoniales existente o actuales pero no futuras⁹.

Respecto a las cláusulas voluntarias, el Tribunal las considera válidas, pero la regulación costarricense establece igualmente algunas limitaciones a la voluntad de las partes para pactar este tipo

⁸ A principios del S. XX comenzó la regulación normativa que se consolidó en la NATIONAL Labor Relations Act de 1935, y que posteriormente se mejoró con Enmiendas con la Tft-Hartley (1947) y alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de Textile Workers company vs Lincoln Mills (1957).

⁹ CSJ S2ª 2010-001387, 2005-652, 2008-963, entre otras.

de arbitraje. Estas restricciones tiene como objetivo garantizar la independencia del árbitro por lo que principalmente hacen referencia a la elección de este. En el caso del arbitraje unipersonal, las partes pueden elegir al árbitro pero este debe ser refrendado por la autoridad laboral (García, 1969: 231-233). En caso de un tribunal arbitral la ley impone que el arbitraje sea presidido por un juez de trabajo realizando funciones no jurisdiccionales sino de arbitraje representando al Estado, y que los otros dos miembros sean elegidos por el juez de una lista otorgada por los sindicatos y la patronal (cf, Valgas: 1978). Por lo que básicamente nos encontramos que en Costa Rica solo está permitido el arbitraje administrativo como forma de garantizada la independencia del árbitro.

c) Doble consentimiento

Este sistema de protección de los trabajadores ante la imposición de un arbitraje individual por parte del empresario, consiste en la necesidad de que en el arbitraje laboral el consentimiento se preste tanto en el convenio arbitral, es decir, se preste el consentimiento en someterse al arbitraje en futuras controversias, como en la aceptación de someterse al arbitraje cuando el conflicto ya ha aparecido (cf, Manrique, 2000: 111).

Esta solución parte de la idea de que los derechos laborales son indisponibles para los trabajadores, por tanto, el trabajador no puede disponer válidamente de ellos a futuro, Derivado de ello no puede renunciar tampoco al derecho al acceso a la justicia a futuro. Esto solo sería válido si se produce una confirmación posterior en el momento del conflicto. Esta solución se adapta perfectamente a la teoría del Tribunal Supremo español referente a la transaccionabilidad de derechos irrenuncia-

bles o indisponibles. El máximo Tribunal acepta que aunque existen derechos irrenunciables estos pueden ser transaccionados con objeto de evitar el pleito, pero solo una vez ha nacido el derecho, no con anterioridad. Es decir, existe una consolidada jurisprudencia que establece que la renuncia genérica y anticipada de derechos no es conforme a derecho¹⁰ De esta manera, el Tribunal Supremo solo admite la transacción de un derecho si este ya ha nacido, de la misma manera, solo una vez ha surgido el conflicto y el trabajador está reclamando un derecho se puede renunciar a el acceso a la justicia a través de la aceptación del arbitraje, pero no antes.

Conforme el funcionamiento del mercado de trabajo, el empresario puede imponer en el momento de la firma del contrato las condiciones laborales debido a la desigualdad del poder de negociación, pero posteriormente cuando surge el conflicto el trabajador desea reclamar esos derechos puesto que solamente renunció a ellos debido a la necesidad de trabajar. Así pues, con este sistema de doble consentimiento (sumisión y posterior aceptación) cuando surge el conflicto el trabajador podrá rechazar el arbitraje si cree que con esta sumisión se pueden vulnerar sus derechos laborales.

A mi entender, esta es la mejor solución de las planteadas, puesto que permite el uso normal del arbitraje, pero asegurando que el trabajador no renuncia a ningún derecho indisponible, ya que en el momento de surgir el conflicto el trabajador probablemente ya habrá contratado un abogado que le podrá recomendar si las condiciones del convenio arbitral que firmó en su momento fue-

¹⁰ SSTs de 28 de abril de 2004 (rec. ud. 4247/2002), 28 de febrero de 2000 (rec. ud. 4977/1998) entre otras.



ron justas e imparciales o no¹¹.

VI. Conclusiones

El arbitraje laboral es un sistema alternativo de resolución de conflictos que permite evitar la judicialización del proceso obteniendo con ello varias ventajas

- 1) Permite una resolución rápida y confidencial del asunto
- 2) Permite la resolución de conflictos de intereses, no solo jurídicos.
- 3) El árbitro para su resolución puede tener en cuenta otros matices más allá que de la legalidad, teniendo con ello en consideración las consecuencias futuras de su resolución y no solo lo contemplado en la norma¹².

- 4) El árbitro puede ser especializado en la materia lo que garantiza una mejor comprensión del conflicto.

Pero también el arbitraje tiene sus inconvenientes que se pueden resumir en dos:

- 1) El arbitraje puede proporcionar una mala o indebida aplicación de los derechos indisponibles para los trabajadores y de los derechos de carácter necesario o mínimo
- 2) El arbitraje permite la configuración del proceso a voluntad de las partes por lo que las garantías procesales pueden quedar en entre dicho.

Así pues, estos inconvenientes en derecho laboral, donde a través del contrato de trabajo una parte puede imponer a la otra las condiciones de manera unilateral, se pueden convertir en una verdadera lacra, requiriendo por ello, para el arbitraje laboral una diferenciación de regulación del arbitraje civil donde se proteja a la parte contractual más débil.

Para ello existen varias alternativas como se ha visto en este estudio. Por una parte, existe la posibilidad de que sean los sujetos colectivos los que regulen el proceso y elijan al árbitro de las controversias individuales. De esta manera, se garantiza la igualdad del poder de negociación entre las partes a la hora de establecer la regulación del convenio arbitral. Pero esta solución tiene el inconveniente de que la voluntad colectiva no puede substituir la voluntad individual, ni está claro que los intereses colectivos siempre coincidan con los individuales, por tanto este sistema puede proporcionar distorsiones como las vistas en este trabajo.

11 Este sistema tiene grandes similitudes con el sistema costarricense con la diferencia de que una vez otorgado el consentimiento tras surgir el conflicto no existen restricciones para elegir la composición del tribunal arbitral, pudiendo ser este de tipo privado, y no solo de tipo administrativo como ocurre en Costa Rica.

12 El arbitraje debería ser capaz de evitar la “herida” abierta que provoca cualquier pronunciamiento en el cual es declarado un vencedor y un vencido, potenciando el diálogo sobre el conflicto, (cf. Tascón, 2009: 211). Si bien a mi entender el arbitraje en sí no proporciona esta ventaja ya que si el arbitraje es jurídico deberán haber vencedores y vencidos, puesto que a uno la norma le dará la razón y al otro no. Pero sí es cierto que existen modalidades de arbitraje que permiten esto. El ejemplo más claro es el arbitraje de últimas ofertas en el cual el árbitro debe elegir entre una propuesta final realizada por cada una de las partes. Así pues, en esta última propuesta las partes deben intentar ser lo más razonablemente posible evitando la radicalización de su posición con objeto de convencer al juez de que su solución es la más justa, o la más equitativa. De esta manera sí se potencia el dialogo y se evita una “herida” abierta hacia el futuro, es decir, los vencedores no lo serán tanto, pero los vencidos tampoco estarán tan derrotados. Para ver más sobre este tipo de arbitrajes consultar, Alfonso (2001: 23).

Otra posibilidad, es la establecida en el modelo de EEUU, en el cual el laudo arbitral puede ser impugnado ante la jurisdicción ordinaria si los derechos fundamentales o los derechos de carácter necesario han sido vulnerados, garantizando de esta manera que se respeten tales derechos. Pero el inconveniente de este sistema es obvio. Con esta modalidad de arbitraje, este pierde la presteza que se le exige y se convierte solo en un paso previo a la jurisdicción, ya que la base del arbitraje es la substitución del juez por el árbitro, cosa que con este sistema no ocurre. El árbitro pasa a ser el paso previo, y si las partes no les gusta su resolución podrán acudir al juez alegando vulneración de los derechos fundamentales o de los derechos de carácter mínimo.

Por último, una tercera alternativa, la cual yo mismo defiendo como la mejor entre las planteadas, es la del doble consentimiento para la sujeción al convenio arbitral. En este caso se busca impedir que el empresario pueda imponer el arbitraje al trabajador en el contrato de trabajo, exigiendo que además de que exista un convenio arbitral al cual el trabajador ha aceptado someterse, sea necesario que una vez surgido el conflicto el trabajador de nuevo renuncie al derecho de tutela judicial efectiva aceptando el arbitraje. Una vez otorgado este segundo consentimiento el órgano arbitral podrá constituirse y resolver quedando el trabajador y el empresario vinculados al laudo. De esta manera, se garantiza que el trabajador solo aceptará el convenio arbitral si este mantiene las garantías procesales, y la independencia del árbitro, y efectivamente conviene a las dos partes.

En cualquier caso no deseo terminar estas conclusiones sin establecer que la gran ventaja de los ADR debe ser propiciar la negociación entre

las partes, para crear un ambiente de colaboración y participación entre ellas con objeto de que los sujetos en conflicto sean capaces de llegar a una solución consensuada entre ellas. Las relaciones laborales son por definición de tracto sucesivo y de carácter indefinido por ello todo conflicto debe ser contemplado desde el punto de vista de las relaciones futuras, debiendo evitarse siempre que sea posible la imposición de la solución del conflicto. Así pues, debe evitarse la imposición venga esta de un juez o de un árbitro, porque en ambos casos la solución es forzosa.

Toda solución consensuada será siempre más efectiva, muchas veces el cumplimiento de un contrato no viene tanto por su obligación legal, sino por la aceptación voluntaria. La gran mayoría de gente pacta algo porque tiene intención de cumplirlo y lo cumple porque se comprometió a hacerlo, mientras que si es impuesto por resolución judicial o por arbitraje la mayoría de veces será necesaria la ejecución de sentencia o de laudo para obtener el cumplimiento. Por tanto, a mi entender siempre serán mejor las soluciones aportadas por la conciliación y mediación que por el arbitraje o el juez.



VII. Bibliografía

ALFONSO MELLADO C.L. “Algunas consideraciones en torno al arbitraje laboral”, *Revista de treball, economia i societat*, n°22, 2001.

ALVAREZ SACRISTAN I., “El nuevo arbitraje laboral”, *Revista Vasca de Derecho procesal y arbitraje*, T. VIII, Cuaderno 3, 1996.

BALLESTER PASTOR, M^a.A., *El arbitraje laboral*, ed. MTASS, Madrid, 1993.

BLASCO PELLICER, A., “La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral”, *Aranzadi Social*, n°17, 2004, p. 1, en su versión digital (BIB 2004\1844)

BORRAJO DACRUZ, E., “Intervención de la administración pública en los conflictos colectivos de trabajo en España” en AAVV, *Jornadas sobre la solución de conflictos laborales en Euskadi*, ed. Consejo de Relaciones Laborales, Comunidad Autónoma del País Vasco, Bilbao, 1985.

CASAS BAAMONDE M^a.E., “Arbitraje laboral, autonomía colectiva y autonomía individual”, *Relaciones Laborales*, n°2, 1994.

CASAS BAAMONDE M^a.E., *Solución extrajudicial de los conflictos laborales*, CES, Madrid, 1995.

ESCUADERO RODRÍGUEZ R., “Arbitrajes voluntarios y solución de conflictos laborales: un análisis a través del estudio de los laudos”, *Temas Laborales*, n° 70, 2003.

GARCIA ABELLAN, J., *Derecho de conflictos colectivos de trabajo*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969.

GARCÍA ÁLVAREZ, M^a.R., “Los procedimientos de mediación y arbitraje en la reforma. Una oportunidad perdida”, *La Ley*, n° 7488, 2010.

GARCIA AVARADO, JOSE., “El arbitraje en materia laboral”, *Debate Laboral*, n°2, 1988.

GIANNI LOY “La conciliación y el arbitraje: perfiles generales en materia de derechos” *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n° 70, 2003.

LOUSADA AROCHENA J.F., “El arbitraje laboral”, en AAVV (Coord. NEIRA PENA, A., *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, ed. Civitas, Navarra, 2011.

MANRIQUE LÓPEZ V.F., “El arbitraje laboral en su actual configuración jurídica”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 48, n°2, 2000.

OIT, *Situación sindical y relaciones laborales en España*, Ginebra, 1985.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Pamplona, 2009.

SALA FRANCO, T., y ALONSO MELLADO, CL., “Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

TASCÓN LÓPEZ R., “La solución extrajudicial de conflictos laborales en el modelo española medio camino entre el desiderátum legal y el ostracismo social”, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, n°10, 2009.

VALGAS HIDALGO, R., “El arbitraje privado en las convenciones colectivas de trabajo”, *Ciencias Jurídicas*, n° 52, 1978.



NOVEDADES EN LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS DE LA EMPRESA EN ESPAÑA. LA NUEVA LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Vanessa Martí Moya

Profesora Contratada Doctora de
Derecho mercantil. Universidad de Valencia
Árbitro de la Junta Arbitral de Consumo
de la Comunidad Valenciana.

SUMARIO: I. Introducción. II. La mediación como mecanismo de solución de conflictos connatural al Derecho privado. III. La nueva Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. 1. ¿Quién puede actuar como mediador? Instituciones de mediación en España. 2. El estatus jurídico del mediador. Principios rectores de la mediación. 3. Efectos de la mediación. La mediación extrajudicial y en el marco del proceso. IV. La mediación y el Derecho mercantil. 1. La mediación en Derecho de sociedades. 2. La mediación en Derecho de la competencia. V. El sistema arbitral de consumo.

I. Introducción

La mediación, junto al arbitraje, constituye una de las piezas señeras de las denominadas medidas de resolución alternativa de los conflictos (ADR), de las que se viene hablando desde hace tiempo entre los expertos como una de las mejores formas para superar los inconvenientes que supone la exclusividad judicial en la materia.

Estos mecanismos han venido siendo promovidos desde instancias europeas ya desde el Con-

sejo Europeo de Tampere de octubre de 1999. No en vano, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en 2004, establece en los artículos III-257.4 y III-269.1 y 2 la voluntad de favorecer el reconocimiento mutuo de resoluciones extrajudiciales, y en el artículo III-269.2.g) la de desarrollar los métodos alternativos de resolución de conflictos¹. Los motivos que han inducido el fomento de estos mecanismos se basan en el anhelo de minimizar los obstáculos que hoy en día dificultan la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Estos obstáculos son, fundamentalmente, de dos tipos: por una parte la lentitud de los órganos judiciales y la consecuente dilación de los procedimientos y, por otra, el progresivo encarecimiento de los costes de litigación, que junto a los honorarios de letrados y procuradores, incluyen desde 2012 unas nada despreciables tasas judiciales².

Como es bien sabido, la mediación, a diferencia del arbitraje, no es en sentido estricto una verdadera técnica de resolución de conflictos, sino, más bien, un procedimiento en el que, con la in-

¹ Al respecto, pueden verse otros textos que, en sede de la UE, han abonado la progresiva evolución de estos mecanismos. Entre otros, el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, de 19 de abril de 2002, COM(2002) 196 final, el Código de conducta de los mediadores de 2004 disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf, y la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

² Véase la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

tervención de un mediador, las partes enfrentadas encuentran por sí mismas la solución del problema. Hay que hablar, por ello, de un procedimiento que conduce a la solución auto-compositiva del conflicto, por contraposición a los mecanismos de solución hetero-compositivos³.

Son variados los sectores que, en España, han sido tradicionalmente más proclives a la utilización de las ADR, tales como el familiar, el laboral o el Derecho de consumo, ámbitos todos ellos tratados en otros capítulos de la obra. La última de las ramas jurídicas en incorporar, por imperativo legal, estos mecanismos en nuestro país es el Derecho privado en sus dos facetas: civil y mercantil.

II. La mediación como mecanismo de solución de conflictos connatural al Derecho privado.

Por el escaso predicamento que las ADR han tenido tradicionalmente en el ámbito del derecho privado, podría parecer que no resultan adecuadas para resolver conflictos de tipo patrimonial. En efecto, tal y como han lamentado algunos juristas de nuestro país, al inicio de la implantación de la mediación en ámbitos doctrinales como la Universidad, hacia el final de los años noventa, hubo una gran resistencia. Las críticas versaban, fundamentalmente, en el temido final de la seguridad jurídica, pues se ponía a los justiciables en manos de personas sin formación jurídica. Tras el paso de los años, empieza a verse la mediación en el seno de la abogacía con enorme naturalidad (cfr. Prats Albentosa, L. 2013).

Y ello no habría de sorprender pues el acuerdo es el elemento esencial del Derecho contractual. Como acertadamente afirma la doctrina más autorizada, el art. 1255 CC sitúa al pacto (o acuerdo) como mecanismo de autocomposición por excelencia (cfr. Prats Albentosa, L. 2013).

Como indicábamos supra, la mediación es una herramienta que facilita la autocomposición allí donde tenga cabida la autonomía de la voluntad y las partes puedan disponer sobre cómo satisfacer sus intereses. Y ese grado máximo de libertad lo ostentarán las partes en la regulación de las relaciones privadas patrimoniales. Por todo ello, puede afirmarse que la mediación no puede permanecer ajena al ámbito de las relaciones patrimoniales, porque es precisamente uno de los ámbitos donde su encaje se logra con mayor naturalidad. En la contratación, la mediación puede coadyuvar a que las partes vuelvan a componer el entramado de relaciones que satisfaga sus intereses recuperando el avenimiento siempre que éste todavía resulte todavía “útil y rentable” para ambas.

El principio *pacta sunt servanda*, impone que los contratos producen fuerza obligatoria entre las partes (arts. 1091 y 1278 CC) y que, por tanto, su validez y cumplimiento no pueden dejarse al arbitrio de una sola de las partes (art. 1256 CC). En consecuencia, sólo el mutuo acuerdo de los contratantes puede modificar o revocar el contrato celebrado por ellos, cuando éste, por cualquier motivo, no deviene satisfactorio. Puede pensarse en una aplicación del principio *rebus sic stantibus*, ante, por ejemplo, una modificación de las condiciones iniciales que produce un desequilibrio en el pacto convirtiéndolo en perjudicial para alguna de las partes. Esta posibilidad es más frecuente

3 Mucho se ha escrito sobre la materia, aunque, por todos, se reenvía, a Azcárraga Monzonís, C. (2009) o Iglesias Buhigues, J.L., Esplugues Mota, C., Palao Moreno, G., (eds). (2012).

en las relaciones de tracto sucesivo, como las societarias, como veremos en apartados posteriores. Las partes, advirtiendo la modificación de las circunstancias, se ven necesariamente inducidas a acordar la correlativa modificación contractual cuando el coste de no hacerlo supera el coste derivado del nuevo pacto y, en este calibre de costes y oportunidades puede jugar un gran papel el mediador. Y en ese balance de costes habremos de contemplar, tal y como afirmábamos supra, el elevado coste económico de litigar y, asimismo, su coste temporal.

Sólo cuando esto resulta imposible se acudirá a las reglas que impone la ley, que no son sino la abstracción y generalización del caso concreto. El Derecho objetiviza las situaciones, categoriza supuestos y, por tanto, resulta más lejano al conflicto mismo (cfr. Prats Albentosa, L. 2013).

En las siguientes líneas realizaremos algunas reflexiones sobre la mediación en algunos de los ámbitos del Derecho mercantil que se revelan más adecuados a la misma, esto es, el Derecho societario y el Derecho concursal, al hilo de la nueva ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

A partir de la reciente ley 5/2012 sobre la mediación en los ámbitos civil y mercantil se prevé un aumento de las cláusulas de mediación en los estatutos sociales por las que se imponga a las partes acudir a mediación a intentar solucionar el conflicto antes de acudir a los tribunales.

III. La nueva Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La redacción de la ley 5/2012 se ha basado, en palabras del legislador, en los precedentes, tanto europeos como internacionales sobre la materia, fundamentalmente, la Directiva 2008/52 y la Ley modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial internacional. Y respecto de la aspiraciones de la norma, éstas se identifican con la desjudicialización de determinados asuntos que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes a través de la mediación, sin olvidar el evidente respiro que un éxito de la mediación supondría para los colapsados Tribunales españoles⁴ y la consiguiente reducción del gasto público en Justicia⁵, entre otras.

Entre las objeciones que pueden hacerse, no obstante, al legislador, a pesar de su decidido apoyo del legislador a la mediación evidenciado con la presente ley, puede citarse el haber olvidado algunas medidas de promoción de la mediación que podrían haberse también contemplado. En primer lugar, sería extremadamente positiva la rebaja de las tasas judiciales en los supuestos en que haya existido mediación⁶. Asimismo, incluso iniciado el procedimiento judicial, podría establecerse la obligación de los litigantes de asistir a una sesión informativa que, de dar sus frutos, podría acarrear

4 Según datos del propio Consejo General del Poder Judicial, existen más de 3,5 millones de causas pendientes, y la conflictividad no deja de aumentar. Sólo en el periodo 2002 a 2009 se ha calculado un incremento del 12 por ciento en la demanda de este servicio público que es la Justicia. Cfr. Rodríguez Prieto, F. (2012:318).

5 Diversos estudios cifran en más de 50.000 E el coste medio para el Estado de un pleito que se prolongue hasta el Tribunal Supremo, cfr. Rodríguez Prieto, F. (2012:318).

6 No se nos escapa la facilidad con que podría defraudarse la norma en caso de no exigir mayores requisitos, dada la facilidad con que puede interrumpirse la mediación.

una suspensión del mismo en tanto se sustancie la mediación.

Existen, no obstante, otras medidas que pueden proceder de la propia sociedad civil tales como arbitrar sesiones informativas gratuitas a través de la extensa red de cámaras de comercio o colegios profesionales para socios o empresarios. Por último, y de suma importancia en esta labor coadyuvante al desarrollo e implantación de la mediación, se halla la labor de abogados y notarios a la hora de fomentar el recurso a cláusulas de mediación obligatoria en contratos haciendo mención, lógicamente, del tipo de mediación, bien institucional, señalando la institución, o bien *ad hoc*.

La ley parte de un concepto de mediación como “medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador” (Art. 1).

La ley contiene un elenco de medidas promotoras de la mediación. Un ejemplo es la modificación del art. 414 LEC para prever expresamente que en la audiencia previa al juicio, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

El juez puede incluso, invitar a las partes a que intenten un acuerdo, cuando considere que esta fórmula es adecuada al objeto del proceso, en su caso a través de un procedimiento de me-

diación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. Esta sesión puede revelarse muy útil en aquellos casos en que las partes desconocen la existencia de mecanismos regulados alternativos a los Tribunales. Incluso se ha manifestado que, aunque no se llegue a un acuerdo puede servir para limar asperezas entre las partes antes de comenzar el proceso. Para evitar susceptibilidades por parte de los abogados de las partes, y aunque la ley no lo prevea, se recomienda que éstos puedan acudir a la sesión informativa sobre la mediación.

El problema actual de esta previsión se manifiesta en dos vertientes. Por un lado, al no haber previsto la asistencia obligatoria, las partes pueden dejar de asistir sin que ello tenga efecto alguno sobre el proceso. Hay quienes han manifestado la conveniencia de que la asistencia a dicha sesión, o el inicio de un proceso de mediación, pudiese suponer una bonificación en las eventuales tasas futuras. El segundo obstáculo que encuentra esta norma es que falta implementar un registro mediadores en los Juzgados a los que derivar estas sesiones. Ésta, como otras muchas materias, requiere de un desarrollo reglamentario que al momento de redacción de estas líneas todavía no se ha producido. En este sentido, son varias las opciones al respecto: bien optar por un Servicio de mediación en los Juzgados, bien por crear un Centro de mediación con carácter público o bien por firmar convenios con instituciones que disponen de estos servicios.



Es esta última opción la que parece haber tomado forma pues, mientras el futuro reglamento se elabora, se están empezando a firmar colaboraciones entre distintos Tribunales y Colegios de Abogados para prestar estos servicios⁷.

1. ¿Quién puede actuar como mediador? Instituciones de mediación en España

Dicen los arts. 11 y 12 que pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Respecto de su formación, la ley sólo exige estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas.

Ello no es decir mucho, de modo que se espera al desarrollo reglamentario para saber con certeza qué formación concreta será exigible a un mediador y quienes estarán autorizados para impartirla. Por el momento, nada se sabe de este extremo, pues los trabajos ministeriales se están llevando con sumo sigilo, quizás por no despertar suspicacias entre los muchos interesados en optar a prestarlos (Universidades, Colegios Profesionales, etc.).

⁷ Un ejemplo es el Convenio suscrito entre los Juzgados de la Ciudad de Valencia (Ciudad de la Justicia) y el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, que ha permitido prestar servicios de mediación en asuntos civiles y mercantiles cuando las partes son derivadas por el Juez correspondiente. Este servicio se está prestando, por el momento, de forma gratuita. Según el Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, Jacinto Talens Seguí (2013), este servicio está dando buenos resultados aunque se prevé que deje de ser gratuito en el futuro.

Es una crítica generalizada la que se hace a la no exigencia de conocimientos o formación jurídica, pues se baraja, a priori, que sean muchos los colectivos llamados a desempeñar estas funciones, desde psicólogos, juristas, economistas y cualquier persona, en fin, con un diploma universitario y formación complementaria. Tampoco se sabe gran cosa, todavía, de la duración de esta formación complementaria específica en mediación, ni de su contenido.

Es cierto que, a la espera del desarrollo reglamentario, diversas instituciones han tomado la iniciativa, intentando posicionarse en este nuevo mercado de prestación de servicios. Así, las Cámaras de Comercio, Los Colegios de Abogados o los Notarios, estos últimos a través de la creación de la Fundación Notarial SIGNUM para la resolución alternativa de conflictos⁸.

El único requisito ulterior que se exige es la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra los eventuales daños derivados de su actuación. A nuestro juicio este seguro resultará de escasa utilización práctica puesto que, si como hemos dicho, el mediador no impone soluciones sino que propone o sugiere las mismas, sin deber tener conocimientos en Derecho, vemos escaso el margen para su responsabilidad. Podría darse que el acuerdo de mediación, una vez finalizado y firmado, no pudiese ser ejecutado por ser contrario a alguna norma imperativa, lo que podría dar lugar a una reclamación al mediador por parte de las partes. Sin embargo, si el mediador no tiene por qué conocer el Derecho, no se alcanza a ver cómo se le va a poder exigir una responsabilidad por esta causa. En definitiva, queda mucha tarea

⁸ Sobre esta institución puede consultarse su sitio web <http://www.fundacionsignum.org/es/>

para el legislador a la hora de concretar, a través del Reglamento, éstas y otras cuestiones de difícil engarce e interpretación.

2. El estatus jurídico del mediador. Principios rectores de la mediación.

Si bien el texto legal no define con claridad los requisitos para poder ser mediador en España, sí que resulta extremadamente minucioso a la hora de regular los principios y deberes que han de regir su actuación. Así, se regula el principio de libre determinación, según el cual el mediador no puede imponer un acuerdo, sino que ayuda a las partes a alcanzarlo libremente, optando por el modelo de mediación facilitativa en detrimento del modelo adjudicativo o evaluativo en el que cabe que el mediador proponga un acuerdo si las partes no llegan al mismo⁹.

Otro de los grandes principios rectores de la mediación es la voluntariedad, que implica que la mediación es voluntaria, por lo que las partes pueden abandonarla en cualquier momento. Ello no obsta a que, como veremos a continuación, puedan establecerse pactos o cláusulas de mediación por las cuales la parte se vea compelida a intentar la mediación, aunque pueda darla por finalizada cuando así lo desee.

El principio de neutralidad e imparcialidad del mediador, por otro lado, resulta imprescindible para generar confianza en las partes. Esta imparcialidad es protegida en la ley a través de una doble obligación del mediador de no iniciar o abandonar la mediación cuando incurra en con-

flicto de intereses o cuando concurra cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad (Art. 13.5).

En todo caso, deberá comunicar a las partes cualquier interés que pueda afectar a su imparcialidad, entre las cuales la ley cita las siguientes: que tenga cualquier tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes, que tenga interés directo o indirecto en el resultado, o que el mediador o un miembro de su empresa hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. Esto último permite actuar a una persona como mediador en más de una ocasión para una misma persona, lo que quizás podría originar un cierto clientelismo que, en nuestra opinión y según las circunstancias concretas sí podría generar un conflicto.

En estos casos, sólo podrá comenzar o continuar la mediación si el mediador asegura poder mediar con total imparcialidad y las partes lo consienten expresamente (art. 13).

3. Efectos de la mediación. La mediación extrajudicial y en el marco del proceso.

De entre los numerosos aspectos positivos de la ley, destacan dos medidas que refuerzan especialmente la eficacia y el atractivo de la institución. La primera es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se produce con su elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse ante los tribunales (art. 25).

Sin embargo, para ello el acuerdo ha de superar el filtro de legalidad que realiza el Notario

⁹ Los textos preparatorios de la ley, no obstante, parecían decantarse por el modelo adjudicativo, tal y como afirman Trigo Sierra, E. Moya Fernández, A.J., (2012:104).



en su función de garante de la justicia preventiva. Así, es posible que el Notario halle, en su caso, defectos o vicios contrarios a la ley. La ley no prevé nada en estos casos, por lo que entendemos que habrá que estarse al Derecho civil general y, quizás, a una reclamación por daños y perjuicios al mediador.

El acuerdo alcanzado en el seno de una mediación desarrollada tras iniciar un proceso judicial (mediación intrajudicial), conforme al art. 25.4 es homologable de acuerdo con lo dispuesto en el la LEC¹⁰. En este caso, también el juez podría, en su caso, negarse a ejecutar el acuerdo si observa que éste es contrario a Derecho.

La segunda de las medidas citadas es la suspensión de todos los plazos, tanto de caducidad como de prescripción. La ley, no obstante, no

determina el plazo de suspensión por lo que habría que acudir al plazo general otorgado por el art.19.4 LEC, fijado en sesenta días hábiles, a la espera de desarrollo reglamentario.

Por otro lado, y a diferencia de las costas procesales, el coste que supone la mediación se divide por mitad ya que de acuerdo a la configuración de la institución no hay vencedor ni vencido, sólo ganadores (art. 15). Se habla de un arancel aplicable por un eventual Colegio de mediadores pero la ley, hasta el momento no se manifiesta al respecto. En consecuencia, hay libre mercado y, por tanto, libertad de precio.

IV. La mediación y el Derecho mercantil.

Mucho se ha hablado y escrito, como hemos visto, sobre la mediación en abstracto y, ello, a nuestro juicio, no siempre con resultados provechosos para el jurista. Y ello, porque la mediación es una técnica más que una ciencia, que se presta limitadamente a reflexiones profundas teóricamente sobre la misma desde el punto de vista jurídico al mezclar, fundamentalmente, habilidades de carácter psicológico y diplomático (cfr. Rodríguez Prieto, F., 2012). Por ello, no es nuestra intención realizar un estudio de esas técnicas sino de su imbricación en el Derecho mercantil desde su concepción como mecanismo de solución de conflictos. En este sentido, no es mucho lo que se sabe del papel de la mediación, en concreto de su utilidad en este sector del ordenamiento que, por otra parte, se revela un campo idóneo para el despliegue de la autonomía de la voluntad (Embido Irujo, J.M., 2013.a). Es, por ello, conveniente ahondar sobre los conflictos susceptibles de mediación que, en principio y según la ley, serán todos los relativos a materias disponibles para las

10 Artículo 415. *Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo.*

1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas.
Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.
Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje.
En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.
2. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.
3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes.
Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia.

partes, y, de entre todos ellos, señalar aquéllos en los que, por sus especiales características, puede preverse una mayor incidencia de la mediación en un futuro relativamente próximo.

Y en este sentido, si en principio, el sistema es útil en cualquier conflicto sobre materias disponibles que sea susceptible de resolverse a través de negociación, cabe excluir a priori determinados supuestos tales como, el supuesto en que una de las partes pretende hacer un uso desleal de la demora que supone el proceso judicial, si se pretende obtener una sentencia que actúe como precedente, o si no se desea una transacción por temor a incentivar otras reclamaciones similares (cfr. Rodríguez Prieto, F., 2012).

1. La mediación en Derecho de sociedades

En este ámbito, la mediación parece especialmente eficaz en conflictos en los que hay involucradas fuertes emociones que bloquean las negociaciones, o cuando hay interés en conservar las relaciones de las partes o en conservar la confidencialidad del conflicto. También es especialmente útil allí donde existe un único conflicto de fondo que, sin embargo, desde el punto de vista judicial habría de dividirse en una gran cantidad de acciones distintas. Por estos motivos, las sociedades mercantiles pequeñas y/o familiares son el campo abonado para que prospere la mediación como técnica de resolución de conflictos. En este sentido, en los conflictos surgidos en sociedades familiares se combinan intereses puramente societarios con otros patrimoniales derivados de las relaciones familiares, lo que, en sede judicial, por ejemplo, generaría un sinnúmero de acciones: de impugnación de acuerdos, de responsabilidad o, incluso, de reclamación de cantidad fuera de la

sociedad, impugnación de testamentos, etc... La virtud de la mediación, en estos casos, es fácilmente deducible: en un mismo acuerdo podrían verse colmadas las satisfacciones de todo tipo de las partes, pues no se olvide que el proceso judicial resuelve el asunto concreto sin que necesariamente se resuelva el conflicto de fondo.

Ello puede conducir a un enconamiento del conflicto, más habitual en sociedades cerradas en las que el socio tiene una difícil salida, que puede, a su vez, producir la paralización de las sociedades. En numerosas ocasiones, la espiral de impugnaciones sistemáticas de acuerdos y el ejercicio de acciones de responsabilidad son especialmente lesivos para la sociedad, cuya supervivencia puede quedar incluso en entredicho. No en vano, la paralización de los órganos sociales es una de las causas legales de disolución previstas por la Ley de sociedades de capital en su art. 363. En la mayoría de ocasiones, con la disolución no llegan a verse satisfechos ni los intereses de los socios enfrentados, ni los intereses del resto de *stakeholders*, como trabajadores, proveedores, y la sociedad en general, que pierde una fuente de creación de riqueza¹¹.

Estos conflictos entre socios pueden verse acentuados en situaciones de crisis económica, ya sea por falta de liquidez, muy habitual en marcos macroeconómicos como el actual con una alarmante falta de crédito, o por auténtica insolvencia. En estos casos, la falta de entendimiento puede acarrear la desaparición temprana de la sociedad si alguno de los socios no sólo se niega a continuar con medidas de salvamento que requieran de nuevas aportaciones, sino que además

11 Un ejemplo de mediación en situación de crisis empresarial es expuesto por Ortiz Hernández, A. (2013).

alguno de los socios y/o acreedores, insisten en disolver una sociedad que puede ser viable a medio plazo y liquidar su patrimonio.

En estos casos, la importancia del papel del mediador es indiscutible pues habrá de hacer ver que las rencillas pueden no llevar sino a un resultado final donde todos pierdan, mostrando, simultáneamente, otras vías de salida menos perjudiciales.

Así, si bien es posible que dos socios enfrentados entre sí decidan recurrir a una mediación *ad hoc* para resolver su problema, es muy recomendable la inserción en los llamados protocolos familiares o incluso en estatutos, una cláusula específica de mediación, con indicación de si ésta se prevé *ad hoc*, con posibilidad, incluso, de nombrar al árbitro, o si será institucional.

La ley contempla expresamente la legitimidad de los pactos o compromisos de mediación pues, tal y como indica el art. 6.2, ello no condiciona el principio de voluntariedad de la mediación sino que, únicamente, “se deberá intentar la mediación de buena fe antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”. Una vez intentada, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo (art. 6.3). Ello ha servido para que algunas voces hayan cuestionado el valor de dichos pactos de mediación que parecen quedar vacíos de contenido. En nuestra opinión, por el contrario, no cabe dudar de la conveniencia de dichas cláusulas por varios motivos. En primer lugar, su utilización generalizada por parte de grandes empresas, bufetes de abogados o notarios tendría un indudable favor reputacional. Por otro lado, incluso aun cuando las partes pueden dar por finalizada la mediación

en cualquier momento, el hecho de comenzar-la puede ser un factor que las induzca a barajar alternativas distintas a los tribunales. Quizás no lleguen a concluir la mediación, pero quizás se produce un determinado acercamiento que pueda finalizar en un arbitraje, por ejemplo.

No hay impedimento para que estas cláusulas consten en estatutos desde el momento constitutivo y, en caso contrario, tampoco para que se introduzca con posterioridad. En este caso, nada dice la ley respecto de la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo por lo que, en mi opinión, bastará con seguir el procedimiento general de modificación de estatutos. Podría pensarse en una aplicación analógica de la vigente Ley de Arbitraje, que exige una mayoría cualificada de los votos emitidos en Junta general para que la cláusula de mediación se pueda incorporar válidamente a los estatutos (Embid Irujo, J.M., (2013a). En nuestra opinión, no obstante, dada la voluntariedad de la mediación, que las partes pueden dar por finalizada en cualquier momento, entendemos que las mayorías pueden ser inferiores a las exigidas para incorporar una cláusula de arbitraje obligatorio.

En este sentido, todas las sociedades, incluso las no mercantiles (con especial relieve, en particular, las cooperativas), parecen resultar idóneas para la mediación. Y aunque, como hemos visto, son las cerradas y/o familiares las que se revelan mayor idoneidad, también las grandes sociedades, incluso cotizadas.

2. La mediación en Derecho de la competencia

Otro de los ámbitos del Derecho mercantil apriorísticamente aptos para la mediación es el

Derecho de la competencia. No obstante, hay que precisar que sólo serán mediables aquellos conflictos surgidos en materias que no afecten a intereses de orden público y normas imperativas. En concreto, nos estamos refiriendo al denominado Derecho de la competencia desleal, y no al Derecho antitrust, en tanto en cuanto el primero afecta, primordialmente, a intereses económico-privados de las partes. En este sentido, las raíces de ambas materias se han situado en diferentes áreas del Derecho, una anclada en el interés público y, por tanto asignada su defensa a una autoridad administrativa, la otra, por el contrario, de naturaleza privada, cuya defensa corresponde, casi exclusivamente, a los individuos personalmente¹².

El objeto de la ley de competencia desleal es la salvaguarda de la competencia leal entre los agentes económicos, es decir, aquélla que se lleva a cabo respetando un mínimo estándar de conducta conforme a la buena fe. En consecuencia, impone el respeto de ciertas pautas de conducta que, a diferencia del Derecho de Defensa de la Competencia (o Derecho Antitrust), buscan proteger el interés de los operadores del mercado (es decir, los competidores o potenciales competidores), aunque indirectamente también son beneficiados los consumidores. Esta distinción entre ilícitos según el interés protegido ha inspirado la última reforma de la ley de competencia desleal mediante la ley 29/2009. Así, junto a la categoría general de actos de competencia desleal, se han introducido

las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios.

Es dentro de esta primera categoría de conductas prohibidas, donde puede devenir eficaz la mediación. En efecto, para los actos desleales, esto es, aquéllos dirigidos contra otros operadores del mercado y descritos en los arts. 4 a 18 LCD¹³, la mediación puede ser una herramienta útil por su carácter confidencial. No ha de olvidarse que los actos reprimidos por la ley pueden tener unas considerables consecuencias en términos reputacionales cuando se acusa de engañar, imitar, denigrar o discriminar al competidor. Entendemos que el riesgo de desprestigio de la marca o de la imagen del empresario puede servir de acicate para evitar la publicidad que otorga acudir a los tribunales.

V. El arbitraje de consumo

Como veíamos en el apartado introductorio, el Derecho de consumo es uno de los ámbitos excluidos por la Ley 5/2012 del ámbito de la mediación. Ello ha sido criticado por algunos miembros de la judicatura que apuntan que el grueso de las acciones de nulidad contractual que se presentan en los Juzgados trae causa, bien de la existencia de cláusulas abusivas bien de la existencia de vicios del consentimiento en contratos de consumo.

Una medida paliativa de esta exclusión ante los conflictos entre empresarios y consumidores puede verse en el arbitraje de Consumo institucional que ofrecen las administraciones autonómicas españolas. Este sistema es Mediante este siste-

¹² Aunque con excepciones. Véase, por ejemplo, la legitimación de diversos Institutos públicos de la Mujer para la persecución de ilícitos desleales en materia de publicidad.

En otros Estados, como Alemania, existe algún organismo privado, como la *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, una asociación para la lucha contra la competencia desleal, bastante activa en el ámbito judicial instando procedimientos como el que da origen a la cuestión prejudicial en el caso C-304/08 sobre la interpretación de la Directiva 2005/29.

¹³ Entre otros, los actos de engaño en la contratación, los actos de confusión, las omisiones engañosas, los actos de comparación, de denigración del competidor, la violación de secretos o la inducción a la infracción contractual.



ma es posible solucionar las controversias entre consumidores y empresarios o profesionales, sin necesidad de acudir a los tribunales ordinarios de justicia. El Arbitraje de Consumo es gratuito (tanto para el consumidor como para el empresario), voluntario, sencillo, ágil, privado, igualitario y ejecutivo y participativo y se realiza en la Junta Arbitral de Consumo que corresponda al domicilio del consumidor¹⁴.

En este arbitraje es posible conocer de todos los conflictos que afecten a los derechos legal o contractualmente reconocidos a los consumidores y usuarios, con independencia de su cuantía, excluyendo los siguientes:

- Las cuestiones sobre las que exista resolución judicial firme y definitiva.
- Aquéllas en que las partes no tengan poder de disposición.
- Tampoco será posible el Arbitraje de Consumo en las cuestiones en las que según la legislación vigente deba intervenir el Ministerio Fiscal.
- Cuando concurra intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito.
- La responsabilidad civil por daños y perjuicios directamente derivada de intoxicación, lesión, muerte o de hechos en los que existan indicios racionales de infracción penal.

El procedimiento es muy sencillo y, según la propia experiencia como Árbitro de Consumo, el asunto puede estar resuelto en escasos meses. Una vez comprobado por la Junta Arbitral de Consumo que la solicitud de arbitraje es admisible y que

ambas partes aceptan que el conflicto se resuelva a través de este procedimiento, bien porque el reclamado haya suscrito a una oferta pública de adhesión al sistema arbitral¹⁵ o porque lo acepte expresamente, son los árbitros los que resolverán la reclamación siempre oyendo a ambas partes e intentando, en su caso, que éstas lleguen a un acuerdo.

Los árbitros, por su parte, tienen la consideración de personas honorables que cuentan con formación adecuada para resolver los conflictos que se someten a su consideración y que actúan con independencia, imparcialidad y confidencialidad. Atendiendo al acuerdo de las partes o, a falta de éste, a la cuantía y complejidad de la reclamación ésta será resuelta por un árbitro único o por un órgano arbitral integrado por tres miembros cada uno de los cuales ha sido propuesto, respectivamente, por la Administración pública, las organizaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales¹⁶.

BIBLIOGRAFÍA

Azcárraga Monzonís, C. (2009). “ADRS in Spain: projected changes for arbitration and mediation”, *ZZP Int Zeitschrift für Zivilprozess International Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts*, nº 14.

Embid Irujo, J.M.

- (2013a). Conferencia pronunciada en Universidad de Castellón, 19 de abril.

14 Existen, al menos, una Junta Arbitral de Consumo por provincia. Al respecto, puede consultarse la información dada por el Instituto Nacional de Consumo disponible en <http://www.consumo-inc.gob.es/arbitraje/home.htm?id=60>

15 Este documento puede consultarse en <http://www.consumo-inc.gob.es/arbitraje/docs/OPAterritorial1.pdf>

16 Para las reclamaciones transfronterizas existe el servicio del Centro Europeo del Consumidor, información disponible en <http://www.cec.consumo-inc.es/>



- (2013b, febrero 18). “La mediación y el Derecho de sociedades”. Extraído de <http://www.commenda.es/actualidad/10>

Iglesias Buhigues, J.L., Esplugues Mota, C., Palao Moreno, G. (eds). (2012). *Civil and Commercial Mediation in Europe*, Intersentia, Cambridge.

Ortiz Hernández, A., (2013). “La mediación en el ámbito del concurso de acreedores”, Diario La Ley, num. 8020, 11 de febrero.

Prats Albentosa, L.

- (2011). “Desjudicialización (I). El proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, La Ley, num. 7625, 2011, p. 1-2.

- (2013). “La utilidad práctica de la mediación para la solución de conflictos derivados de la contratación civil y mercantil”. Ponencia pronunciada en la inauguración del Foro de Mediación mercantil en Madrid.

Rodríguez Prieto, F., (2012). “El notario y los sistemas alternativos de resolución de conflictos”, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo LII, p. 318.

Talens Seguí, J. (2013). Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Sueca, el 21 de marzo.

Trigo Sierra, E. Moya Fernández, A.J., (2012). “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del RD Ley 5/2012”, Actualidad jurídica, num. 32, p. 104.



LA IRRESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA MENOR DE DOCE AÑOS EN COSTA RICA: A PROPÓSITO DE UNA RECIENTE Y AFORTUNADA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL EN LA QUE DECLARA QUE UN JUEZ INCURRIÓ EN UNA GRAVE INFRACCIÓN A SUS DEBERES*

M.Sc. Frank Harbottle Quirós¹ materia de derechos humanos de las y los niños y adolescentes.

Resumen:

La legislación costarricense no es contraria con el marco jurídico de protección de los derechos fundamentales de las y los menores en cuanto a la edad mínima de responsabilidad penal. Ha sido establecida por la Ley de Justicia Penal Juvenil en doce años. Queda pendiente discutir seriamente si ese monto debe elevarse. A pesar de lo dispuesto por la normativa, no todas y todos los jueces la aplican conforme a derecho. Un claro ejemplo de ello es un reciente caso en el que un Juzgado Penal Juvenil condenó penalmente a un menor sin haber cumplido los doce años de edad para el momento del hecho delictivo. Afortunadamente la Sala de Casación Penal, a través de un procedimiento de revisión, bajo la causal de grave infracción a los deberes del juez, emitió un fallo absolutorio y ordenó el cese inmediato de las sanciones impuestas, con fundamento en la normativa nacional e internacional vigente en

Abstract:

Costa Rican law does not conflict with the legal block for the protection of fundamental rights of minors as to the minimum age of criminal responsibility. It has been established by the juvenile criminal law in twelve years. It remains to seriously discuss whether this amount should be increased. Although the provisions of the regulations, not all and all judges apply according to law. A clear example of this is a recent case in which a Juvenile Criminal Courts sentenced a minor without complying with the twelve years old at the time of the crime. Fortunately the Criminal Cassation Chamber, through a review process, based on the cause of serious breach of the duties of the judge, issued a judgment of acquittal and ordered the immediate cessation of sanctions imposed, based on national and international regulations human rights relating to children and adolescents.

¹ Bachiller y Licenciado en Derecho con graduación de honor de la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Defensor Público; cargo en el que se desempeñó desde los años 2006-2010. Desde mayo de 2010, labora como Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Cuenta con diversas publicaciones dentro del campo del Derecho penal sustantivo y procesal.

Palabras clave:

Derechos Humanos, edad mínima, ley penal juvenil, menor de edad, sanción penal.

* *El contenido de este artículo no representa necesariamente el criterio oficial de la institución en la que el autor labora.*

Key Word:

Human Rights, minimum age, juvenile criminal law, minor, penalty.

Introducción

De acuerdo con la normativa internacional, los Estados deben fijar límites en cuanto a las edades y la capacidad de responsabilidad penal de las personas, debiendo establecerse una edad mínima a partir de la cual deben responder penalmente por los hechos delictivos en que incurran. En este artículo se abordará esta temática desde dos apartados. En primer término, se hará referencia al bloque normativo que resulta vinculante u obliga a Costa Rica dentro del ámbito de protección de los Derechos Humanos de la niñez y la adolescencia desde el Derecho Internacional, así como la cuestión de la edad mínima de la responsabilidad penal del menor en el contexto internacional. En la segunda parte, se estudiará el tema de la irresponsabilidad penal de la persona menor de doce años en la normativa costarricense, descendiendo al ámbito de la praxis judicial, concretamente, exponiendo un caso en el que la Sala de Casación Penal anuló una sentencia dictada por un Juzgado Penal Juvenil que había condenado penalmente a un menor sin haber cumplido los doce años de edad para el momento de los hechos delictivos, en contra de lo dispuesto por la Ley de Justicia Penal Juvenil, disponiéndose, en su lugar, un fallo absolutorio.

I. Derechos Humanos de la niñez y adolescencia en el contexto del Derecho Internacional y su vinculación con el tema de la responsabilidad penal

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Liga de Naciones en 1924, fue la primera que consagró los derechos de las y los niños y adolescentes². Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la que implícitamente se contemplan los derechos de esta población³. Más adelante, en 1959, la Asamblea General de la ONU, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño⁴. Diez años después, se redactó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978⁵. El 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General, en su resolución 40/33, adoptó las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”). Ante la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nació la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de

2 Datos tomados de [http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/La evolucion de las normas internacionales sobre derechos de la infancia.pdf](http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/La%20evolucion%20de%20las%20normas%20internacionales%20sobre%20derechos%20de%20la%20infancia.pdf), recuperado el 5 de enero de 2014.

3 Datos tomados de <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>, recuperado el 5 de enero de 2014.

4 Datos tomados de [http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/La evolucion de las normas internacionales sobre derechos de la infancia.pdf](http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/La%20evolucion%20de%20las%20normas%20internacionales%20sobre%20derechos%20de%20la%20infancia.pdf), recuperado el 5 de enero de 2014.

5 Datos tomados de [http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicaspecializado/sistema idh.htm](http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicaspecializado/sistema%20idh.htm), recuperado el 5 de enero de 2014.



la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada en Costa Rica por la Ley N° 7184, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 149, del 9 de agosto de 1990). Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990; misma fecha en que la Asamblea General adoptó las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en su resolución 45/113⁶ y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) en su resolución 45/110⁷.

Este preámbulo nos conduce directamente al concepto “*corpus juris* internacional en materia de niñez”, entendido, como el reconocimiento de un conjunto de normas que garantizan el pleno goce de los derechos humanos de las y los niños y adolescentes como resultado de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos; permitiendo fijar el contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), según el cual, los Estados tienen el deber de garantizar que se respeten los derechos humanos de las y los menores, incluyendo, aparte de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general en relación con esta población, para efectos interpretativos, las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, entre ellas, por supuesto, la Observación General

6 TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada. Con Exposición de Motivos del Proyecto de Ley. Instrumentos Internacionales.** Editorial Juritexto, San José, 2004, pp. 383-404.

7 Datos tomados de http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm, recuperado el 5 de enero de 2014.

N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en repetidas ocasiones se ha pronunciado por medio de opiniones consultivas o jurisprudencia (al resolver casos contenciosos) sobre los derechos humanos de las y los niños y adolescentes y, particularmente, sobre el principio del interés superior, aplicando lo dispuesto por la CADH. A su vez, ha acudido, en un enfoque integrador y sistemático, a otros instrumentos internacionales vinculados con sus derechos, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

En la Opinión Consultiva “Condición jurídica y derechos humanos de los niños” la Corte señaló:

“...Si esta Corte recurrió a la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer lo que debe entenderse por niño en el marco de un caso contencioso, con mayor razón puede acudir a dicha Convención y a otros instrumentos internacionales sobre esta materia cuando se trata de ejercer su función consultiva, que versa sobre “la interpretación no sólo de la Convención, sino de ‘otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos...’”⁸.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, el numeral 19 de la CADH debe entenderse como un derecho adicional y complementario, que el tratado establece para quienes por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección espe-

8 Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 30.

cial, por cuanto los niños son titulares tanto de los derechos humanos que corresponden a todas las personas, como de aquellos derechos especiales derivados de su condición, es decir, deben ser titulares de medidas especiales de protección⁹.

Al no definirse el término “niño” en la CADH, debe partirse del concepto establecido en el artículo 1 de la CDN, la cual, si bien es un instrumento promulgado por la ONU, la Corte IDH lo ha considerado como fuente de derecho para sus decisiones. Al respecto en el caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) se expresó que:

“...El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como ‘niño’”. Sin embargo, el Tribunal se remitió al Sistema Universal indicando que “la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, ‘salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad...’”¹⁰ () “...tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana...”¹¹.

9 Corte IDH., Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 244; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 152; y especialmente: Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C No. 112, párr. 147 y Caso Servellón García y otros, vs. Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152, párr. 113.

10 Corte IDH., Caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr.188.

11 Ibidem, párr. 194.

En el caso “Instituto de Reeducación del Menor”, la Corte IDH, partiendo de la cita los párrafos 95 y 98 de la Opinión Consultiva “Condición jurídica y derechos humanos de los niños” indicó:

“...Esta Corte ha señalado que las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías...”¹².

El año anterior, en el caso “Mendoza y otros”, la Corte IDH, basándose en el párrafo 116 de la Opinión Consultiva recién mencionada, afirmó:

“...Las reglas del debido proceso se hallan establecidas, en primer lugar, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, como ya ha sostenido anteriormente esta Corte, otros instrumentos internacionales son relevantes al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las

12 Corte IDH., Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 147.



*Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)...*¹³.

La CDN es el instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos más importante dentro del marco de la protección internacional de los derechos humanos la niñez mundial. El contenido de esta Convención, así como lo expresado en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos permitieron el surgimiento de una nueva doctrina de la infancia que trajo como consecuencia que a nivel interno cada Estado iniciara un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral, reconociendo a las y los niños y adolescentes como sujetos de derecho, a diferencia de la doctrina de la situación irregular, que concebía al niño como objeto de protección del Estado, de la sociedad y de la familia.

Hasta este momento se ha brindado un panorama de la normativa internacional que tutela los Derechos Humanos de la niñez y adolescencia. Es hora de proceder con el estudio de su regulación en lo que respecta al ámbito de la responsabilidad penal.

Actualmente existe un criterio que se podría considerar universalmente aceptado respecto de la mayoría de edad, recogido en el artículo 1 la CDN, de acuerdo con el cual, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

No obstante, en el ámbito jurídico internacional, no existe uniformidad jurídica para establecer cuál debe ser la edad mínima de la responsabilidad penal de las personas menores de edad, al tratarse de una cuestión de política criminal de cada Estado¹⁴.

La problemática de la edad penal está indisolublemente ligada con la del menor y con el juicio de imputabilidad.

En el artículo 40.3.a) de la CDN se menciona que los Estados Partes deben tomar todas las medidas apropiadas para el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

En este mismo sentido la Regla N° 4.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores recomienda que su comienzo no se debe fijar a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual.

En la Opinión Consultiva “Condición jurídica y derechos humanos del niño” se estableció:

“...La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones

13 Corte IDH., Caso Mendoza y otros vs. Argentina., sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260, párr. 149.

14 TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada. Con Exposición de Motivos del Proyecto de Ley.** Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, p. 49.

específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal. 106. Las Reglas de Beijing en su disposición 4, que no tiene naturaleza vinculante, estableció que la imputabilidad penal “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual” del niño. 107. La Convención sobre los Derechos del Niño no alude explícitamente a las medidas represivas para este tipo de situaciones, salvo el artículo 40.3 inciso a) que obliga a los Estados Partes a tener una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal...¹⁵.

Es importante hacer ver que al no existir una norma con carácter obligatorio en el ámbito internacional, los países tienen la opción de poner un límite que responda a sus necesidades y a su seguridad, lo cual quedará supeditado a lo que cada sociedad considere conveniente para ese espacio y ese tiempo.

Ante este panorama, algunos países han variado de forma impresionante la edad mínima de responsabilidad penal. Se puede decir, en términos generales, que en Europa Central la adquisición de esta responsabilidad, ha sido de 14 años de edad (Alemania, Austria, Francia, Italia), aunque otros experimentan una mayoría penal relativamente precoz, como Suiza (a los 7 años de edad) y a los 10 años de edad Inglaterra, sin embargo, sólo autorizan las sanciones de privación de libertad más avanzadas, a partir de los 15 años en Suiza. Mientras que en América Latina, la ten-

dencia es la adquisición de la responsabilidad penal a partir de los 12 años de edad. Otros países mantienen distintas edades, como Nicaragua en 13 años de edad, mientras que Panamá la redujo de 14 años a 12 años de edad y México la aumentó a 12 años y Chile la fijó en 14 años desde la aprobación de la Ley de Responsabilidad del Menor promulgada en el año 2005¹⁶.

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CDNUN) en su Observación General N° 7, párrafo 36 i) al referirse a la conducta conflictiva e infracción de la ley destacó:

“...En ningún caso los niños pequeños (definidos como los niños menores de 8 años de edad; véase el párrafo 4) serán incluidos en definiciones jurídicas de la edad mínima de responsabilidad penal. Los niños pequeños con mala conducta o que violan la ley necesitan ayuda y comprensión benévolas, para que aumenten su capacidad de control personal, su empatía social y capacidad de resolución de conflictos. Los Estados Partes deberán garantizar que se ofrece a los padres/cuidadores apoyo y formación adecuados para cumplir con sus responsabilidades (art. 18) y que los niños pequeños tienen acceso a una educación y atención de calidad en la primera infancia, y (si procede) a orientación/terapias especializadas...”¹⁷.

15 Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A No. 17, párrs. 105-107.

16 TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada. Con Exposición de Motivos del Proyecto de Ley.** Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, p. 49.

17 Organización de las Naciones Unidas., Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7, 20 de septiembre de 2006, párr. 36 i).

Si bien la CDN no indica cuál debe ser la edad mínima de responsabilidad penal aceptable, el CDNUN en su Observación N° 10 apuntó:

“...Los informes presentados por los Estados Partes ponen de manifiesto la existencia de un amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal. Varían desde un nivel muy bajo de 7 u 8 años hasta un encomiable máximo de 14 ó 16 años. En un número bastante considerable de Estados Partes hay dos edades mínimas a efectos de responsabilidad penal. Se considerará que los niños que tienen conflictos con la justicia que en el momento de la comisión del delito tuvieron una edad igual o superior a la edad mínima menor, pero inferior a la edad mínima mayor, incurren en responsabilidad penal únicamente si han alcanzado la madurez requerida a ese respecto. La evaluación de la madurez incumbe al tribunal/magistrado, a menudo sin necesidad de recabar la opinión de un psicólogo, y en la práctica suele resultar en la aplicación de la edad mínima inferior en caso de delito grave. El sistema de dos edades mínimas a menudo no sólo crea confusión, sino que deja amplias facultades discrecionales al tribunal/juez, que pueden comportar prácticas discriminatorias. Teniendo en cuenta este amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal, el Comité considera que es necesario ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones claras con respecto a la mayoría de edad penal...”¹⁸.

Al comentar el párrafo 3 del artículo 40 de la CDN, en el cual no se consigna una edad mínima determinada se afirmó:

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas., Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, 15 de enero al 2 de febrero de 2007, párr. 30.

“...El Comité entiende que esa disposición crea la obligación para los Estados Partes de establecer una edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP). Esa edad mínima significa lo siguiente: -Los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la EMRP el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños. -Los niños que tengan la EMRP en el momento de la comisión de un delito (o infracción de la legislación penal), pero tengan menos de 18 años (véanse también los párrafos 35 a 38 infra), podrán ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal. Sin embargo, estos procedimientos, incluido el resultado final, deben estar plenamente en armonía con los principios y disposiciones de la Convención, según se expresa en la presente observación general...”¹⁹.

Asimismo, al interpretarse la regla 4 de las Reglas de Beijing se dijo:

“...De acuerdo con esa disposición, el Comité ha recomendado a los Estados Partes que no fijen una EMRP demasiado temprana y que si lo han hecho la eleven hasta un nivel internacionalmente aceptable. Teniendo en cuenta estas recomendaciones, cabe llegar a la conclusión de que el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal inferior a 12 años no es

¹⁹ Organización de las Naciones Unidas., Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10., párr. 31.

internacionalmente aceptable para el Comité. Se alienta a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola...²⁰ (la negrita no es del original).

Para el Comité, es importante que, en la medida de lo posible, no se recurra a procedimientos judiciales cuando los niños tengan conflictos con la justicia. Sobre este aspecto indica:

“...el Comité insta a los Estados Partes a no reducir la EMRP a los 12 años. La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 ó 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales. A este respecto, los Estados Partes deben incluir en sus informes información detallada sobre el trato que se da a los niños que no han alcanzado todavía la EMRP fijada por la ley cuando se alegue que han infringido las leyes penales o se les acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y qué tipo de salvaguardias legales existen para asegurar que reciban un trato tan equitativo y justo como el de los niños que han alcanzado la mayoría de edad penal. 34. El Comité desea expresar su preocupación por la práctica de prever excepciones a la EMRP, que permite la aplicación de una edad mínima menor a efectos de responsabilidad penal en los casos en que, por ejemplo, se acuse al niño de haber

*cometido un delito grave o cuando se considere que el niño está suficientemente maduro para considerársele responsable penalmente. El Comité recomienda firmemente que los Estados Partes fijen una EMRP que no permita, a título de excepción, la utilización de una edad menor. 35. Si no se dispone de prueba de la edad y no puede establecerse que el niño tiene una edad igual o superior a la EMRP, no se considerará al niño responsable penalmente...”*²¹.

En lo que respecta a las y los niños y adolescentes, en términos generales, puede decirse que hay dos edades de interés para efectos de responsabilidad penal. Una, por debajo de la cual no pueden ser procesados penalmente por haber infringido las normas penales. Otra, dentro de la cual la persona es penalmente responsable, sólo que se le juzga y se le trata conforme a las normas del sistema de responsabilidad penal juvenil.

A partir de consideraciones dogmáticas, aún las legislaciones suelen considerar la minoría de edad penal como causa de inimputabilidad del sujeto o de semiimputabilidad según las franjas cronológicas establecidas por el legislador.

Desde nuestra perspectiva, con anterioridad a los doce años de edad no parece lógico vincular a una persona a un proceso penal. Ello puede tener una incidencia muy negativa. El excluir a los menores de doce años del juzgamiento penal, implica, en cierta forma, reconocer que antes de esa edad la mayor cuota de responsabilidad por sus actos recae en la familia, la sociedad y el Estado, lo cual es uno de los principios fundamentales de la doctrina de la protección integral, sin que sea

20 Organización de las Naciones Unidas., Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, párr. 32.

21 Organización de las Naciones Unidas., Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, párrs. 33-35.



un obstáculo para que las víctimas de los actos ocasionados por este segmento de la población puedan solicitar las indemnizaciones respectivas conforme a las leyes civiles. La persona no es destinataria de la ley penal y, en consecuencia, sus conductas no se hacen acreedoras de ningún tipo de sanción penal (ni pena ni medida de seguridad).

El criterio a seguir para determinar el límite de edad de las y los menores a efectos de la responsabilidad penal suele no ser uniforme.

A nivel doctrinario se discute en cuanto a si se debe tener en cuenta la edad biológica o la edad psicológica, puesto que la primera no implica sistemáticamente el mismo grado de madurez psicológica en todas las personas. Las legislaciones han optado por un criterio biológico, puramente cronológico, que ni siquiera es el mismo en todos los países. El criterio biológico facilita el automatismo en la aplicación de la ley penal del menor pues únicamente hay que controlar la fecha y hora de nacimiento del infractor, según tramos de edad, al margen de que se compruebe la inimputabilidad de determinados menores o no²².

La fórmula psicológica pura, que seguramente sería más justa a la hora de determinar el grado de culpabilidad del menor, requiere de procesos más complicados que la mera determinación de la edad biológica. Entraña un estudio individualizado de las capacidades intelectual, volitiva y de juicio moral del hecho, esto es, la comprobación de si el menor sabía y comprendía lo que hacía y era

dueño de su voluntad al actuar²³.

A través de la historia, los límites de edad utilizados para distinguir entre diferentes formas de responsabilidad penal han variado y varían en la actualidad de una legislación a otra. Lo usual es que los juristas argumenten que:

“...la elección de una u otra edad límite tiene una justificación exclusivamente legal: “Eso es así, porque la Ley así lo indica”. (A cada quien según lo que la ley atribuye). Nunca o casi nunca se ofrece otra justificación ulterior. Pero, si se procede de este modo ¿Cuál argumento podría oponerse, por ejemplo, a las intenciones de un legislador que pretenda rebajar el límite de la responsabilidad penal de adultos a los 10 años de edad?...”²⁴. (La negrita es del original).

Independientemente de que sea la mejor solución o no²⁵, lo cierto es que las legislaciones de

23 RODRÍGUEZ NÚÑEZ (Alicia). *Fundamentos de Investigación Criminal...*, p. 216.

24 CHAN MORA (Gustavo). **Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes: fundamento jurídico constitucional para el tratamiento diferenciado de la culpabilidad penal juvenil**, En: Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: análisis de los recientes cambios normativos, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2012, p. 511. De acuerdo con este reconocido autor, para decidir acerca del tratamiento, igualitario o diferenciado, que se debe dar a la responsabilidad penal de los jóvenes: (1) No se puede prescindir del criterio de la edad, porque sin él diluyen los límites entre un sistema de responsabilidad penal de adultos y un sistema de responsabilidad penal juvenil; (2) Tampoco se puede prescindir del criterio de los “atributos para comprender y actuar conforme a las normas penales” porque sin él no es posible distinguir cuando alguien ha actuado culpablemente, lo cual debe ser un fundamento para la imposición de toda responsabilidad penal. Sin embargo, estima que el uso exclusivo de este criterio puede diluir los límites entre un sistema de responsabilidad penal juvenil y un sistema de responsabilidad penal de adultos (pp. 512-513).

25 Este tópico no se analiza en esta obra, sin embargo, es importante tener presente que no es razonable que se le atribuya responsabilidad penal a un menor si no se le reconoce la capacidad para ejercer ciertos derechos. Existe una estrecha relación entre

22 RODRÍGUEZ NÚÑEZ (Alicia). *Fundamentos de Investigación Criminal. Delincuencia Juvenil*. Reprografía Doppel, Madrid, 2008, pp. 215-216.

los países han optado por un criterio puramente cronológico, convencional, con la intención de brindar mayor seguridad jurídica.

La instauración del límite inferior por debajo del cual queda excluida toda responsabilidad penal obedece a valoraciones de política criminal. Esta decisión de situar el límite en una determinada edad en la que el menor no responde penalmente no obedece tanto al hecho de considerar completamente irrelevantes las conductas delictivas cometidas por los menores de una determinada edad, ni tampoco la constatación de que por debajo de ésta no concurre en ningún caso capacidad de culpabilidad, sino más bien por entender que no es conveniente que los menores de dicha edad entren en contacto con las instancias de control judicial y sufran las incidencias de un proceso, estimando que las instancias familiares y de protección pueden responder de forma más adecuada en estos casos²⁶.

No puede negarse que el criterio cronológico implica un alto grado de convencionalismo y artificialidad, ya que el desarrollo humano no se produce por etapas sino que se trata de un proceso de evolución continuo, resulta conveniente en atención al principio de legalidad y del mantenimiento de la seguridad jurídica, el fijar una edad por debajo de la cual no se responde penalmente. Aunque establecer límites cronológicos excluye *iuris et de*

iure la responsabilidad penal de todo el que se encuentre fuera de dichos límites, ello no significa, que se afirme la imputabilidad *iuris et de iure* de los casos comprendidos en la franja cronológica prevista legalmente. Sino que también en el ámbito del sistema penal juvenil resulta ineludible comprobar la imputabilidad o capacidad de culpabilidad²⁷.

En nuestro medio se ha dicho que es conveniente la fijación de la responsabilidad penal mediante un criterio objetivo, como la edad cronológica, pese a ser convencional, en el tanto se excluyen otros que tradicionalmente se han utilizado o se utilizan pero que pueden ser inciertos, peligrosos, e incluso arbitrarios (discernimiento, libre albedrío, madurez suficiente). Tradicionalmente los límites de la responsabilidad frente a las leyes penales de los niños y los adolescentes se han establecido a partir del criterio del discernimiento, se han utilizado y se utilizan, actualmente, por ejemplo en Alemania, el grado de madurez suficiente, que se refiere a un concepto más preciso sobre el desarrollo físico y emocional del individuo, más acorde con el concepto de la psicología evolutiva²⁸.

La decisión de fijar a ciertas edades específicas los límites entre diferentes formas de responsabilidad penal, debería fundamentarse mediante algún criterio ulterior menos arbitrario que le meramente legalista. Al tomar decisiones sobre este tema particular el legislador también debería considerar los datos ofrecidos por numerosas

el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo y otras responsabilidades sociales, por ejemplo, el matrimonio (Derecho de Familia), el trabajo (Derecho Laboral) y el obligarse a actos o contratos (Derecho Civil). Bajo esta tesis, resulta cuestionable que una persona de 12, 13 o incluso 14 años sea responsable penalmente y no se le permita laborar, casarse o firmar contratos.

26 CRUZ MÁRQUEZ (Beatriz). **Educación y prevención general en el derecho penal de menores**. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 75-76.

27 CRUZ MÁRQUEZ (Beatriz). **Educación y prevención general en el derecho penal de menores**...pp. 83-84.

28 TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada**...p. 62.



teorías científicas de base empírica²⁹.

Es claro que tesis que predomina en la definición de las edades de imputabilidad penal es una expresión de la política criminal que el Estado desarrolla para hacer frente a la criminalidad, sin embargo, ésta no puede ser contraria a instrumentos internacionales, como por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño o la interpretación que haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta normativa, siendo relevante también lo dispuesto por organismos como el Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

Pese a que, como se ha indicado líneas atrás, la misma CDN no mencionan una edad mínima concreta a partir de la cual se debe responder penalmente, debe concluirse, a partir de lo afirmado por el CDNUN en la Observación General N° 10, que a nivel internacional resulta aceptable una edad no inferior a los 12 años.

En las líneas que siguen, se estudiará la regulación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, concretamente, en lo que respecta a la edad mínima de la responsabilidad penal. Finalmente, se da a conocer la sentencia 2013-00589 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual, a raíz de un procedimiento de revisión, emitió un

29 CHAN MORA (Gustavo). **Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes: fundamento jurídico constitucional para el tratamiento diferenciado de la culpabilidad penal juvenil**...pp. 491-527. Se recomienda consultar CHAN MORA (Gustavo). **Fundamentos psicológico evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad y de la culpabilidad penal de los jóvenes**, Revista digital maestría de ciencias penales N° 3, Universidad de Costa Rica, San José, 2011, pp. 351-391, quien considera que al tomar este tipo de decisiones se debe partir, entre otras fuentes, de los resultados obtenidos en las investigaciones de la psicología evolutiva y de la neurociencia.

fallo absolutorio y ordenó el cese inmediato de las sanciones que había impuesto el *a quo* al imputado.

II. Irresponsabilidad penal de la persona menor de doce años en Costa Rica

II.1 Normativa interna

El Código General de Carrillo de 1841 siguió el modelo del Código penal francés de 1808. Sin hacer referencia a una edad en la que el menor está exento de responsabilidad, establece una circunstancia atenuante para los delitos cometidos por un menor. Por su parte, el código penal de 1880 declaraba en artículo 10, inciso 2 al menor de diez años exento totalmente de responsabilidad penal. El código de 1924 (art. 19 inc.1) establecía la circunstancia atenuante de ser el delincuente menor de veintiún años y no establecía una edad dentro de la cual los sujetos estuvieran totalmente exentos de responsabilidad penal. El código penal de 1941 originalmente establecía en el artículo 25 un sistema similar al del artículo 19 inciso 1 del código penal 1924, sin embargo, este artículo fue reformado por la Ley N° 3269, de 21 de diciembre de 1963, denominada “Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores”, cuyo ámbito de aplicación eran los menores cuya edad no excediera de diecisiete años y que se encontraran en peligro social, debiendo entenderse que se encontraba en esta situación todo menor a quien se le atribuyere” una infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta” (art. 2, LOJTM). Esta Ley organizaba para los menores un sistema represivo-correctivo dirigido a conseguir su reeducación o enmienda³⁰.

30 CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). **Derecho Penal Parte General**. Tomo II. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010,

La Ley Tutelar de Menores fue la primera normativa que reguló de forma especial a esta población, con disposiciones especialmente de índole, fundamentando su aplicación en niños y jóvenes que se encontraran en situaciones de peligro social, sin establecer una edad mínima para la posible aplicación de las medidas tutelares.

No obstante, mediante Ley N° 7383, del 8 de marzo de 1994, se reformó la LOJTM vigente desde 1963, observándose, en esta reforma, una ruptura con las líneas fundamentales de la ley anterior. En esta, a diferencia de otras técnicas legislativas, se regula exclusivamente los casos en los cuales se les atribuye a los menores entre los 12 y los 18 la comisión de un delito o una contravención, dejando la regulación de las otras materias relacionadas con menores en los Códigos de Trabajo, Civil, Familia, etc., fijando la edad de 12 años para la adquisición de la capacidad de la responsabilidad penal y estableciendo que a los menores de esa edad no se podría atribuirles ninguna infracción penal, quedando a salvo la responsabilidad civil³¹.

La Ley Tutelar de Menores, concibió un proceso penal donde colocaba al adolescente en una condición totalmente desfavorable en relación con los adultos. Se diseñó un pseudo-proceso, en el cual se conculcaban sus derechos y garantías procesales de intervención, de recursos y se limitaba su personalidad, al carecer en forma absoluta del derecho de petición y de ser tomada en cuenta su opinión. Era un objeto sin participación alguna.

p.480.

31 TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Derecho penal de menores y derechos humanos en América Latina**. Revista de Ciencias Penales N° 10, volumen 7, San José, 1995, p. 37.

Ello llevó a replantear el tema a nivel nacional, por lo que en mayo de 1996 se abandona la doctrina de la situación irregular y se pasa a la doctrina de la protección integral del menor con la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil.³²

Este cambio de modelo o paradigma lo explica de forma muy clara el reconocido jurista Dr. Javier Llobet, quien afirma:

“...Cuando hablamos de la presente Justicia Penal Juvenil debemos hablar de la situación que se da con lo que nosotros llamamos “el cambio de paradigma”, la adopción de lo que se ha llamado aquí en Latinoamérica la doctrina de la protección integral a través de la convención de los Derechos del Niño de 1989 y los diversos instrumentos que la complementan y en el caso de Costa Rica con la ley de la Justicia Penal Juvenil de 1996 y la Ley de Ejecución Penal Juvenil del año 2005 y por supuesto del Código de la Niñez y la Adolescencia de 1998. Este cambio de paradigma tiene como característica principal el que se llegará a reconocer a los menores de edad los derechos que de acuerdo con los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos se había reconocido a todos los seres humanos en la Justicia Penal pero se les había desconocido a los menores de edad...”³³.

La Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ) se apoya en un nuevo modelo, diferente a la tradicional concepción tutelar, denominado modelo de

32 BURGOS MATA (Álvaro). **Los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica**. Revista Ivstitia N° 238-239, San José, 2006, p. 18.

33 LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). **Diez Años de Justicia Penal Juvenil: Perspectiva hacia el futuro**, 125 Aniversario Colegio de Abogados de Costa Rica. Memoria del XVI Congreso Jurídico Nacional del Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 2006, p. 176.



responsabilidad, en el cual se les atribuye a los jóvenes delincuentes una responsabilidad en relación a sus actos, pero a la vez, les reconoce las garantías de juzgamiento de los adultos, así como otras consideradas especiales por su condición de menores de edad³⁴. Al establecerse una edad en la cual los niños están fuera de toda responsabilidad penal o de Derecho tutelar de menores, la Ley Penal Juvenil se encuentra dentro de la tradición occidental³⁵.

La LJPJ en el artículo 6 fijó la responsabilidad penal en doce años. Se presume que las personas menores de esa edad, no tienen capacidad de culpabilidad, sin embargo, los actos ilícitos que estos niños cometan, sí producen efectos jurídicos en el ámbito civil, administrativo y de familia. El grupo etario destinatario de esta ley, según el ordinal 4, es el comprendido, entre las personas mayores de 12 años de edad y las personas menores de 18 años. No obstante, para reducir la intervención judicial; se separaron los grupos etarios de la siguiente manera: las personas mayores de 12 y menores de 15 años de edad y las personas mayores de 15 y menores de 18 años de edad. Esta división de los grupos etarios se justifica por la clara diferencia entre el desarrollo de un muchacho de 12 o 13 años de edad, y uno de 16 o 17 años. Además, esta diferenciación se apoya en que la intensidad de la intervención penal, debe ser mínima para el grupo etario más joven y así no incidir negativamente en

su proceso de desarrollo³⁶.

En relación con los límites de la responsabilidad penal juvenil, el Dr. Gustavo Chan ha afirmado que en la práctica usualmente se utilizan razones políticas, económicas, sociales, fundamentos exclusivamente dogmático-normativos, intuitivos o incluso ocurrencias sin fundamento alguno. En su criterio, así sucedió en el caso de Costa Rica donde para la fijación de 12 años de edad como límite mínimo de la responsabilidad penal juvenil no se utilizó ningún criterio científico y, al parecer, únicamente privó la ocurrencia de que a esa edad normalmente finaliza la educación primaria costarricense³⁷.

Como lo expuso hace más de una década Henry Issa, el problema de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, no es un problema que sólo esté ligado a la edad, aunque las legislaciones sí lo hagan. Es un asunto mucho más profundo, que requiere el examen de la psique de las personas de manera individual. El hecho de que la LJPJ sólo tome en consideración, para fines de imposición de la pena, a los menores a partir de los 12 años, no elimina el juicio de reproche a los que no poseen esa edad, sino que lo desplaza, lo desjudicializa y lo envía a sede administrativa. De esta manera, el artículo 6 de la Ley propone que los menores de edad sí pueden cometer hechos delictuosos, sólo que la Ley no los hace su objeto. De ahí la necesidad de una mejor delimitación del

34 TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). *De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo: la nueva ley de justicia penal juvenil*. Revista de Ciencias Penales N° 13, Volumen 9, San José, 1997, p. 100.

35 CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). *Derecho Penal Parte General*. Tomo II. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, p.480.

36 TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). *Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada*. .pp. 47-50.

37 CHAN MORA (Gustavo). *Fundamentos psicológico evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad y de la culpabilidad penal de los jóvenes*. Revista digital maestría de ciencias penales N° 3, Universidad de Costa Rica, San José, 2011, p. 357.

contralor judicial, por cuanto la Ley contempla la consulta de la restricción de la libertad con el Juez de Ejecución Penal Juvenil, pero al ser esta materia tan delicada, resulta conveniente, para los intereses de este grupo de menores, que el control de esas disposiciones administrativas sea una de las funciones fundamentales del Juez Penal Juvenil. Al señalar el artículo 6 de la LJPJ la posibilidad de restricción de la libertad ambulatoria por un órgano administrativo, tendría que entenderse: o que hay un juicio de reproche formulado por el órgano administrativo y controlado por el judicial; o que se está volviendo al estado de “peligro social” de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, que se creía superada. Cabe pensar que la finalidad del legislador fue no dejar en manos de los funcionarios administrativos la imposición de una medida que, aunque técnicamente no se conoce con ese nombre, para los efectos prácticos es una verdadera sanción. Resulta así de fundamental importancia este artículo, que significa un contralor judicial a actuaciones administrativas que implican privación de libertad³⁸.

Conforme el Código Penal y la Ley de Justicia Penal Juvenil (arts. 1 y 6), los menores de doce años carecen de toda responsabilidad por los hechos definidos en las leyes penales como delitos. Sin embargo, podrían responder civilmente de tales hechos. Estos menores que no han cumplido doce años son remitidos al Patronato Nacional de la Infancia para que se les brinde la atención y el seguimiento necesarios. El legislador niega para ese grupo de menores la capacidad de culpabilidad. Pero desde el punto de vista procesal, la absoluta incapacidad de culpabilidad del menor de 12 años es un impedimento procesal,

38 ISSA EL KHOURY (Henry). *De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica. El Derecho Penal Sustantivo en la Ley de Justicia Penal Juvenil Costarricense*. UNICEF, San José, 2000, pp. 188-189.

de modo que, un proceso no debe abrirse y, si se abre, debe ser sobreseído, tan pronto se compruebe que el autor es un menor de doce años. La LJPJ, al establecer que los menores de esa edad están fuera del Derecho penal establece una causa de inimputabilidad basada en ese criterio biológico. Así como no pueden dictarse respecto a ellos sanciones, tampoco puede aplicarse medidas de seguridad curativas, dispuestas, en principio, para mayores³⁹. Se parte de una presunción que no admite prueba en contrario, de la falta de capacidad de culpabilidad de los menores de doce años⁴⁰.

A criterio del respetable jurista José Manuel Arroyo, pese a que los menores de doce años de edad no están incluidos en la jurisdicción penal juvenil, respecto de ellos se hace una excepción cuando la administración a la que están encomendados, el Patronato Nacional de la Infancia, toma medidas que implican la restricción de su libertad ambulatoria; en cuyo caso la ley se encarga de obligar la consulta al juez de ejecución penal, quien debe autorizar y controlar la medida tomada⁴¹.

Desde la perspectiva del Dr. Carlos Tiffer, los juzgados penales juveniles tienen la obligación de declararse incompetentes en los casos en que se denuncie que una persona menor de doce años cometió un delito o una contravención, debiendo referir el caso al Patronato Nacional de la Infancia, órgano encargado y obligado de brindar

39 CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). *Derecho Penal Parte General*. Tomo II, Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, pp. 480, 448 y 493.

40 LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. La sanción penal juvenil*, UNICEF, San José, 2000, p 223.

41 ARROYO GUTIÉRREZ (José Manuel). *De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica. Ejecución de las Sanciones en Justicia Penal Juvenil*, UNICEF, San José, 2000, pág. 463.



la atención y el seguimiento necesarios. En su criterio, no es conveniente que las instituciones de asistencia social impongan medidas administrativas que restrinjan la libertad ambulatoria a la persona menor de doce años, así como tampoco que sea un juez de ejecución penal, el que deba vigilar esta medida. Debería corresponderles a funcionarios de los juzgados de la niñez o de familia pues, de lo contrario, se corre el riesgo de que estas medidas de protección se conviertan o se confundan con sanciones privativas de libertad. Debe entenderse que lo que proceden son las medidas de protección que prevé el artículo 135 del Código de Niñez y Adolescencia (no restringen la libertad ambulatoria), porque de no ser así, la persona menor de doce años de edad, estaría en una posición menos beneficiosa que la que es mayor de esa edad⁴².

Habiendo brindado hasta este momento un panorama desde el plano normativo y doctrinario, se procede con el estudio de la sentencia 2013-00589 dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

II.2 La Sala Tercera y su importante labor en la determinación de graves infracciones a los deberes del juez: a propósito de un error judicial consistente en el juzgamiento ilegal de una persona menor de doce años de edad en la vía penal

A continuación se expone un interesante caso, en el que la Sala de Casación Penal de Costa Rica anuló una sentencia condenatoria dictada por un Juzgado Penal Juvenil y dispuso absolver a la persona imputada, al constatar que dicho Juzgado

incurrió en un error judicial, al haber sancionado a un menor que, al momento de los hechos delictivos, tenía una edad inferior a la fijada como mínima para responder penalmente, estableciéndose que, para el momento de resolverse el procedimiento de revisión, el sentenciado llevaba cumpliendo injustamente sanciones punitivas por casi un año y medio, resultando improcedente someterlo a un procedimiento administrativo de contención ante el Patronato Nacional de la Infancia.

En el caso objeto de estudio, el Juzgado Penal Juvenil de Buenos Aires de Puntarenas, en fecha 21 de diciembre de 2010, declaró al imputado autor responsable de un delito de abuso sexual contra persona menor de edad, imponiéndole como sanciones, libertad asistida por un plazo de dos años, órdenes de orientación y supervisión por un plazo de dos años, y sanción de internamiento en centro especializado por el plazo de un año, en caso de incumplimiento de las penas anteriores.

En enero de 2013, habiéndose agotados los recursos extraordinarios procedentes en contra de la sentencia firme, un defensor público interpuso procedimiento de revisión ante la Sala de Casación Penal, argumentando que el imputado había sido condenado pese a que no tenía la edad de doce años cuando ocurrieron los hechos delictivos por los que fue acusado.

Las y los Magistrados de la Sala Tercera, de forma unánime, declararon con lugar el procedimiento de revisión con base en lo preceptuado por el inciso d) del artículo 408 del Código Procesal Penal, el cual admite como causal, cuando se demuestre que la sentencia es ilegítima a consecuencia directa de una grave infracción a

42 TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). *Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada...* pp. 64-65.

sus deberes cometida por un juez. Ello conllevó a que se anularan las sentencias dictadas por el Juzgado Penal Juvenil respectivo y el antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, ordenándose la absolutoria del sentenciado por el delito de abuso sexual, disponiéndose el inmediato cese de las sanciones impuestas, además de rechazar la pretensión del Ministerio Público de remitir el caso al Patronato Nacional de la Infancia⁴³.

La trascendencia de este voto es innegable en lo que respecta a la protección de los derechos humanos de la niñez. Lo anterior, en razón de que el máximo órgano de casación penal de Costa Rica reconoció que un Juez Penal Juvenil cometió un error judicial (evidente e indiscutible), por cuanto, a pesar de que de acuerdo con la Ley de Justicia Penal Juvenil, el límite de responsabilidad penal es de doce años, dicho órgano jurisdiccional le impuso sanciones penales a una persona que se encontraba debajo del límite inferior de responsabilidad penal vigente en Costa Rica.

La Sala de Casación Penal fue categórica en cuanto a que el Juzgado Penal Juvenil dictó una sentencia condenatoria ilegítima al castigar a un sujeto inimputable, en completa y flagrante violación de los derechos y garantías procesales vigentes en el ordenamiento jurídico costarricense. Al respecto indicó: “...en el derecho penal de adultos, el primer nivel de la culpabilidad, exige la capacidad de imputabilidad, cuya base elemental, es tener una edad mínima. Igual en penal juvenil, donde para poder imponer una pena por delito, el inculgado debe ser un adolescente, es decir, tener

entre 12 y menos de 18 años de edad. Si el sujeto tiene menos de doce años de edad, es un niño (art. 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia), y por consiguiente, un inimputable a quien no se puede declarar culpable ni exigir responsabilidad penal... ”⁴⁴.

Según lo expuso la Sala Tercera, en este asunto, la edad del imputado se desprendía con meridiana claridad e inmediatez, de una simple lectura de las actuaciones procesales que constan en el expediente. En la acusación formulada por el Ministerio Público y sometida al contradictorio se consignó que los hechos investigados atribuidos al justiciable ocurrieron en marzo de 2007. Asimismo, en los datos personales de identificación de su declaración se indicó que nació el 4 de mayo de 1995, circunstancia que se confirma a través de impresiones de consulta al Registro Civil, visibles en el expediente. De esta forma, se condenó de manera ilegal a una persona que para el momento de los hechos delictivos, tenía once años y diez meses de edad.

Finalmente, se tiene que la solicitud de la Fiscalía de remitir el caso al Patronato Nacional de la Infancia fue rechazada por las siguientes razones: i) la revisión de la sentencia firme, procede sólo a favor del sentenciado, y lo que se invoca, no fue solicitado por la parte promovente y le podría perjudicar; ii) las penas impuestas, corresponden a situaciones ocurridas en marzo de 2007 (han pasado alrededor de cinco años y medio, desde la *notitia criminis*), según se desprende de los hechos probados de la sentencia condenatoria; iii) a la fecha el indiciado lleva cumpliendo sanciones

43 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 2013-00589, de las diez horas con treinta y cuatro minutos, del 24 de mayo de 2013.

44 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 2013-00589, de las diez horas con treinta y cuatro minutos, del 24 de mayo de 2013.

punitivas por casi un año y medio, producto de un procesamiento judicial injusto; iv) sobre las posibles medidas administrativas de contención, el Fiscal a cargo no argumenta cuáles serían las necesidades actuales del menor de edad, que justificarían su adopción, que, paradójicamente, podrían ser peor que las sanciones penales impuestas en esta causa, puesto que podría restringirse su libertad ambulatoria; v) resulta desproporcional e irrazonable, que a una persona menor de doce años, juzgada arbitrariamente por la ley de justicia penal juvenil, que incluso, ha tenido que asistir a un programa de ofensores sexuales, tenga que someterse de nuevo, alrededor de cinco años y medio después, tras la anulación de su condena en un procedimiento de revisión, por los mismos hechos, a un procedimiento administrativo tutelar, que le aborde una situación del pasado, sin interés actual, y que debió gestionarse justo cuando se tuvo conocimiento del suceso, lo cual, nunca se hizo, faltándose al deber de objetividad y legalidad, de parte del Ministerio Público.

Conclusiones

El estudio de la edad mínima a partir de la cual la persona es responsable penalmente es un tema polémico. Necesariamente debe tener como punto de partida el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, de forma más concreta, del marco jurídico de protección de los derechos fundamentales de los menores.

La normativa internacional no es totalmente clara en cuanto a la edad a partir de la cual debe iniciar la responsabilidad penal del menor, encontrándose, como único criterio orientador, lo que contempla en el numeral 40. 3 a) de la CDN al señalar: “...*Los Estados Partes tomarán todas las*

medidas apropiadas para...a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales...”, lo cual se complementa con la Regla N° 4.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores que recomienda que “*su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual*”.

La Observación General N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, si bien no es vinculante para la Corte IDH, es clave, por cuanto recomienda a los Estados Partes, en el párrafo 32, no fijar una edad mínima de responsabilidad penal demasiado temprana, considerando que no es aceptable internacionalmente una edad inferior a los doce años.

La legislación costarricense no es contraria con el marco jurídico de protección de los derechos fundamentales de las y los menores en cuanto a la edad mínima de responsabilidad penal fijada por la Ley de Justicia Penal Juvenil en doce años. Sin embargo, queda pendiente discutir seriamente si ese monto debe elevarse. El tema de la edad a partir de la cual se debe exigir la responsabilidad penal debe ser fruto de un estudio exhaustivo e integral, que comprenda, entre otros aspectos, el conocimiento científico y la realidad social y jurídica de nuestra sociedad a partir del respectivo momento histórico en que se vive.

La resolución 2013-00589, dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es un vivo ejemplo de que en la Administración de

Justicia las y los Jueces incurran en errores y, en algunos casos, en “horrores”. Afortunadamente el caso comentado fue resuelto conforme a derecho por la Sala de Casación Penal. Sin embargo, ello no borra las sanciones ilegales que un menor tuvo que cumplir por un tiempo, así como el tener que estar sometido a un proceso penal en una etapa tan temprana de su vida, a consecuencia de un error judicial.

Referencias Bibliográficas

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencias:

Caso Mendoza y otros vs. Argentina., sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260.

Caso Servellón García y otros, vs. Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152.

Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148.

Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134.

Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C No. 112.

Caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63.

Opinión Consultiva:

Condición jurídica y derechos humanos del niño, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A No. 17.

Organización de las Naciones Unidas

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7, 20 de septiembre de 2006.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, 15 de enero al 2 de febrero de 2007.

Jurisprudencia de Costa Rica

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 2013-00589, de las diez horas con treinta y cuatro minutos, del 24 de mayo de 2013.

Libros

ARROYO GUTIÉRREZ (José Manuel). **De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica. Ejecución de las Sanciones en Justicia Penal Juvenil**, UNICEF, San José, 2000.

BURGOS MATA (Álvaro). **Los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica**. Revista Ivstitia N° 238-239, San José, 2006.

CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). **Derecho Penal Parte General. Tomo II**. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010.



CHAN MORA (Gustavo). **Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes: fundamento jurídico constitucional para el tratamiento diferenciado de la culpabilidad penal juvenil**, En: Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: análisis de los recientes cambios normativos, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2012.

CHAN MORA (Gustavo). **Fundamentos psicológico evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad y de la culpabilidad penal de los jóvenes**, Revista digital maestría de ciencias penales N° 3, Universidad de Costa Rica, San José, 2011.

CRUZ MÁRQUEZ (Beatriz). **Educación y prevención general en el derecho penal de menores**. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.

ISSA EL KHOURY (Henry). **De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica. El Derecho Penal Sustantivo en la Ley de Justicia Penal Juvenil Costarricense**. UNICEF, San José, 2000.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). **Diez Años de Justicia Penal Juvenil: Perspectiva hacia el futuro**, 125 Aniversario Colegio de Abogados de Costa Rica. Memoria del XVI Congreso Jurídico Nacional del Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 2006.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). **De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica**. La sanción penal juvenil, UNICEF, San José, 2000.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ (Alicia). **Fundamentos de Investigación Criminal. Delincuencia Juvenil**. Reprografía Doppel, Madrid, 2008.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada. Con Exposición de Motivos del Proyecto de Ley**. Editorial Jurídica Continental, San José, 2011.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Ley de justicia penal juvenil: comentada y concordada. Con Exposición de Motivos del Proyecto de Ley. Instrumentos Internacionales**. Editorial Juritexto, San José, 2004.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo: la nueva ley de justicia penal juvenil**. Revista de Ciencias Penales N° 13, Volumen 9, San José, 1997.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Derecho penal de menores y derechos humanos en América Latina**. Revista de Ciencias Penales N° 10, volumen 7, San José, 1995.

Sitios Web

[www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/La evolucion de las normas internacionales sobre derechos de la infancia.pdf](http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/La%20evolucion%20de%20las%20normas%20internacionales%20sobre%20derechos%20de%20la%20infancia.pdf)

www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml
www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm



PRIVATE ENFORCEMENT EN DERECHO DE LA COMPETENCIA: ¿“MITO O REALIDAD”?

M^a Victoria Torre Sustaeta. Resumen

Personal investigador del Departamento de Derecho Procesal y Administrativo de la Universidad de Valencia.

Summary

The main idea behind this Project is achieving a European procedural system or common frame that is able to avoid the different obstacles dealing with the national and cross border litigations. In this regard, this study does an approach to this topic through an area that is being thoroughly developed by the European Commission, that is, the private enforcement of the European Competition law. As far as we know, Competition law is one of the most important issues of the European Union policies. Until very recent public enforcement was predominating in this topic, that is, enforcement was undertaken by the European Commission and by specially entrusted authorities of the Member States: the National Competition Authorities. Nowadays the Commission's policies are focused in the development and improvement of the private enforcement of the European competition law, but, what private enforcement of the competition law means? that is, briefly, the judicial application of the antitrust rules (101 and 102 articles of the TFUE) by the national courts of each European member state. Normally, through damages actions by the victims of the infringement of the competition rules. But, is it really an efficient system in the European Union? Could be a real device for a cross-borders litigations? Is it a procedural harmonisation through the backdoor?

La idea principal de este estudio gira en torno a la posibilidad de instaurar un régimen procesal común y uniforme en la Unión Europea, capaz de solucionar los constantes obstáculos jurídicos que surgen entre los diferentes sistemas procesales de los Estados miembros. En este sentido, para analizar esta posible armonización procesal a través de la instauración de herramientas jurídicas comunes, se ha tomado como plataforma jurídica material o cauce material en una de las materias que más interés parece despertar para la Comisión Europea, el Derecho de la Competencia y su “aplicación privada”, esto es, su aplicación a instancia de parte ante los órganos jurisdiccionales. La aplicación del Derecho de la Competencia ha sido, desde sus inicios, de naturaleza pública. Ello en tanto en cuanto se ha tratado de una cuestión delegada en órganos de naturaleza administrativa y son las Autoridades Nacionales de la Competencia las que especialmente se han encargado de velar por el cumplimiento y la garantía de las normas que configuran el Derecho de la Competencia. No obstante, los recientes informes y estudios de la Comisión europea parecen dirigidos al desarrollo e implantación del “private enforcement” como mecanismo de tutela a instancia del particular y que se delegará en los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro. En principio, tendrá por objeto la salvaguardia de las normas contempladas en los artículos 101 y 102 del TFUE a través del ejercicio de pretensiones declarativas de la nulidad de los actos contrarios a las reglas de defensa de la Competencia y/o la correlativa condena a la indemnización de los daños y perjuicios

causados. ¿Ahora bien, es realmente el “private enforcement” un mecanismo eficaz y viable para tutelar los intereses de los particulares? Puede proporcionar soluciones reales a los litigios transfronterizos? ¿O se trata, en definitiva, de una armonización procesal por la puerta de atrás?

Palabras clave. Derecho de la Competencia, tutela procesal, armonización.

Keywords. Competition Law, legal protection, harmonization.

I. Introducción. la técnica del *private enforcement* en el Derecho de la competencia europeo.

La fiebre del *private enforcement* del Derecho de la Competencia parece estar recorriendo Europa y los regímenes jurídicos nacionales no quedan indiferentes a su paso¹. Los sistemas procesales de los Estados miembros resultan los principales afectados, siempre y cuando se entienda que el objetivo del llamado “private enforcement” del Derecho de la Competencia (o al menos uno de los objetivos de la misma) es garantizar una tutela eficaz y uniforme de los derechos privados que resultan vulnerados como consecuencia de una conducta anticompetitiva (de las tipificadas en las disposiciones 101 y 102 del TFUE).

1 El artículo que se presenta toma como coordenadas los últimos movimientos de la Comisión Europea, materializados en el Libro Verde 19 de diciembre de 2005, “Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, COM (2005) 672 final, y Libro Blanco de 2 de abril de 2008, “Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, COM (2008) 165, (Ver documentos originales en http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_es.htm) y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”, publicado en Bruselas, 4 de febrero de 2011 SEC (2011) 173 final y consulta pública celebrada en el Parlamento Europeo el 5 de abril de 2011 en Bruselas.

El problema se plantea cuando, en el marco de un mercado supranacional común y sin fronteras, se parte de un concepto omnímodo del ordenamiento jurídico nacional como un todo, pero no como uno solo. Las nuevas exigencias de aquella Comunidad, que hoy ha devenido en Unión, obligan a rediseñar una nueva realidad jurídica que se ajuste a las necesidades del modelo actual y para ello, el nuevo derecho europeo debe romper con el “carácter universal de las soluciones jurídicas”², aunque todavía no disponga de los mecanismos necesarios para afrontar la diversidad y complejidad de las referidas situaciones jurídicas que implica esta nueva realidad.

Y es que, la mal llamada, a nuestro juicio, “aplicación privada” del Derecho de la Competencia –y dicese “privada” porque es a instancia de los particulares, aunque su naturaleza siga siendo “pública” (en tanto en cuanto se trata de tutela jurisdiccional)– ha servido, entre otras cosas, para evidenciar los abismos procesales que distan a unos Estados de otros, cuando se trata de procesos cuyo objeto versa sobre pretensiones declarativas de un ilícito *antitrust* y, en su caso, de condena al resarcimiento de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la infracción *antitrust*.

Tal y como pone de manifiesto la Comisión Europea a través del Libro Verde de 2005 y el Libro Blanco del 2008 sobre las “acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia” –sin perjuicio del informe *ASHURST*³, también encar-

2 FERNANDEZ ROZAS, J. C., (2012) “El largo camino hacia la unificación del derecho de los contratos en la UE”, *El notario del siglo XXI*, Nº 42, Enero-Febrero.

3 El informe *ASHURST*, (2004) “*Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition ru-*



gado por la Comisión en 2004—, las dificultades que existen en los distintos Estados miembros a la hora de reclamar ante los órganos jurisdiccionales los daños y perjuicios derivados de un ilícito *antitrust* son, en su mayoría, de naturaleza procesal (ya que, como se verá luego, vienen referidos tanto a los sujetos del proceso -cuestiones relativas a la legitimación de las partes y al órgano jurisdiccional competente-; las dificultades en la prueba y la cuantificación de los daños, los problemas que surgen en materia de procesos colectivos... entre otras muchas vicisitudes). Problemas que, en definitiva, pueden traducirse en verdaderos obstáculos que alejan al justiciable de una tutela judicial uniforme cuando se trata de hacer uso de su derecho de acción en los diferentes Estados miembros de la Unión.

Por otro lado, entre los impedimentos para un ejercicio judicial uniforme y efectivo de estos derechos privados que nacen como consecuencia del ilícito *antitrust* se hallan también, junto a las deficiencias de carácter procesal, disposiciones de clara naturaleza civil —sirva de ejemplo el tema relativo a los plazos de prescripción en la responsabilidad civil por daños; materia sobre la que, a pesar de varios intentos, todavía no se ha logrado un consenso comunitario en lo que a su armonización se refiere⁴.

les”, ofrece una visión general de los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros.

4 Téngase en cuenta que en el marco del Derecho de daños han tenido lugar varios proyectos comunitarios con relación a una posible unificación de los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (The Principles of European Tort Law (PETL)). En el propio informe PETL se señala que parecía prácticamente imposible “elaborar una propuesta que pudiera reconciliar todas las diferencias, o matices que existen en los distintos ordenamientos jurídicos comunitarios”. Ver a este respecto, MAGNUS, U., (2001), el “Comparative report on the Law of Damages” realizado en su obra *Unification of Tort Law Damages*, pp. 37 y ss. y KOZIOL, H., (2003), en *European Tort Law*, pp. 552 y ss. Sin perder de vista el actual y ambicioso proyecto del European Code

En esta línea habrá que advertir también de las implicaciones que conlleva la implantación de esta modalidad de tutela a cargo del particular. Si bien se trata de un remedio que persigue, principalmente, “la satisfacción de los intereses públicos mediante el empleo de remedios privados”⁵, de los últimos informes y propuestas publicadas por la Comisión puede deducirse que podría tratarse, además, de otra fórmula empleada por el legislador supranacional para trasponer el Derecho europeo en los sistemas nacionales.

Lo cierto es que la técnica del *private enforcement* del Derecho de la Competencia puede constituir una herramienta jurídica ciertamente revolucionaria en la medida en que, para que resulte viable en la Unión, implica cambios que trascienden más allá de su propio ámbito material afectando a muchas otras ramas del ordenamiento jurídico que están estrechamente relacionadas. Es por esta razón por la que incluso se le ha llegado a atribuir la intención de armonizar indirectamente elementos de Derecho civil (*Tort law*) tomando como pretexto el impulso de las acciones de daños y perjuicios por ilícitos *antitrust* —fórmula que ha llegado a calificarse como un intento de armonización de diferentes ramas del Derecho, por ejemplo, el Derecho procesal y el Derecho de daños, “por la puerta de atrás”⁶.

of Civil Procedure.

5 ALPA, G., (2010) “El derecho civil europeo: presente y futuro”, *Revista valenciana de estudios autonómicos*, nº 54, Vol. 2.

6 MARCOS, F., SANCHEZ GRAELLS, A., (2008), “Towards a European Tort Law damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: harmonizing Tort Law through the Back Door?” en *European Review of Private Law*, 3, p. 469-485.

II. Sobre el marco jurídico-material: el Derecho de defensa de la competencia.

Nuestro comentario partirá del mercado interior europeo que constituye la piedra angular de aquella Comunidad Europea que recibe hoy el nombre de Unión y cuyo éxito se hizo depender del buen funcionamiento del mismo como un espacio económico operativo y único para después situarse en uno de los mercados internos que lo componen, concretamente, el español.

Como es sabido, para que esta construcción supranacional prosperara se precisaba de una regulación jurídica que determinara su funcionamiento y ofreciera una cierta seguridad jurídica a los operadores jurídicos que intervienen en él garantizando los posibles derechos resultantes.

El principio de libre establecimiento, el principio de libre iniciativa económica, y la idea de una competencia libre y no falseada conformaron los pilares básicos sobre los que descansó y descansa el funcionamiento del mercado común. El cumplimiento de semejantes condiciones hacía necesaria una actuación paralela de los poderes públicos –encaminada a impedir y sancionar las conductas y prácticas susceptibles de restringir la libre competencia–.

De esta manera, y prácticamente a la par que se instauraba el comercio interior, se creaban aquellas reglas dirigidas a “la tutela y defensa de la libertad de la competencia” –o, si se prefiere, “una tendencia legislativa de los Estados dirigida a prevenir y, en su caso, reprimir y sancionar los abusos que constituyen los obstáculos artificiales voluntariamente creados por los empresarios que son perjudiciales para el desarrollo de la compe-

tencia practicable o imperfecta en el mercado”⁷–. Como ya se ha dicho y es sabido, esta regulación se encuentra principalmente recogida en la actualidad en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (los originarios artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo) y en el Reglamento (CE) 1/2003 de 16 de diciembre de 2002⁸.

Situándonos en el plano nacional español, reflejo de las directrices europeas es la Ley de Defensa de la Competencia de 15/2007⁹.

Respecto a la tipología de conductas tipificadas normativamente como contrarias a la libre competencia, son tres las categorías de prácticas que conforman el marco regulador del Derecho de la Competencia como prácticas susceptibles de restringir el mercado –o como se han denominado, “*the three common evils that most antitrust regimes are designed to police*”¹⁰.

En primer lugar, aquellas categorías denominadas “de prohibición” que prevén desde la prohibición de acuerdos, pactos o prácticas concertadas entre empresas –regulada por el artículo 101 del TFUE en el sistema europeo y por el artículo 1

7 BROSETA PONT, M., /MARTÍNEZ SANZ, F. (2012), *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, pp. 162 y ss.

8 Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (DOCE L 1, de 4.1.2003).
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:ES:PDF>.

9 Véase, la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 del 3 de julio de 2007 y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia que desarrolla los procedimientos administrativos de inspección, sanción, resolución y exención contemplados en la LDC.

10 CRANE, D., (2011) *The institutional structure of antitrust enforcement*, Oxford University press, New York, p. 13-14.



de la Ley 15/2007 del 3 de julio de Defensa de la Competencia española (en adelante, LDC) – hasta la prohibición del abuso de conductas monopolísticas o, si se quiere, del abuso de posición dominante –prevista por el artículo 102 del TFUE y por el artículo 2 de la LDC española–.

Y, en segundo lugar, las incardinadas en la modalidad de “conductas de control”, aquellas dirigidas al control de fusiones y concentraciones, que vienen reguladas por el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y por el artículo 3 de la LDC española.

Delimitado brevemente el marco legal regulador, conviene saber que entre la teoría y la práctica queda todavía un gran camino por recorrer, sobre todo, y como se verá, a la vista de la naturaleza híbrida del Derecho de la Competencia, que lo sitúan a caballo entre el derecho público y el derecho privado y de la pluralidad de aristas que conforman el carácter poliédrico de esta disciplina.

En efecto, por un lado, podríamos indicar que existen los problemas denominados de fondo o de contenido material –que giran en torno a las contradicciones que pueden surgir entre la finalidad de unas normativas (de distinta naturaleza) y la normativa del Derecho de la Competencia. Por otro, están aquellos de forma o que residen en su propia aplicación, esto es, entre sus vías de tutela: pública-administrativa –a través de la CE y las Autoridades Nacionales Competentes (en adelante, ANC) – y pública-judicial –mediante la iniciativa privada de los particulares ante los órganos jurisdiccionales.

Todo ello sin perder de vista que, aunque su finalidad es el de asegurar el buen funcionamiento del mercado y garantizar una libre competencia, se trata de un derecho sobre el que a día de hoy “no existe un verdadero acuerdo sobre qué objetivos son los que tiene que perseguir el Derecho comunitario de la Competencia”¹¹ en tanto en cuanto su halo de protección no está del todo definido: ¿en qué medida protegiendo al mercado se está tutelando los intereses de todos los operadores jurídico-económicos que intervienen en él?.

II.1. Problemas de fondo: la ambigüedad material.

Claro es, que el Derecho de la Competencia se dirige a salvaguardar el mercado y su libre funcionamiento. Ahora bien, lo que no deja de ser discutible es el halo de protección que ejerce dicha regulación sobre los operadores que intervienen en él¹².

11 Así lo entiende una de las máximas voces de la doctrina comunitaria sobre derecho de la competencia, KORAH, V., *EEC Competition Policy, Legal Form or Economic Efficiency, Current Legal Problems* (1986), p. 85, y *An Introductory guide to EC Competition law and practice*, Ed. Maxwell, (1994), p. 106, por remisión de DÍEZ ESTELLA, F., (2003) “Los objetivos del derecho “antitrust”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 224, pp. 32-52.

12 En este sentido, la teoría de la eficiencia económica, respaldada por la Escuela de Chicago como la razón de ser del derecho *antitrust* en la etapa de expansión económica de los Estados Unidos en la década de los 80, respondía a un enfoque social de la política antimonopolio que reivindicaba como objetos clásicos la defensa del pequeño comerciante y la protección de los consumidores. Ténganse muy presente dicho razonamiento en la medida en que constituye, en parte, la justificación material del “private enforcement” al extrapolar la influencia de las conductas del mercado al ciudadano, al consumidor, en definitiva, al particular. Véase BORK, R.H., (1983) *The Antitrust Paradox*, Ed. Free Press, Nueva York, 1983, p.61.

En la misma línea se pueden situar los argumentos de ALFARO AGUILA-REAL, J., (2004) en torno al objeto del Derecho de la Competencia cuando señala que “controlar el poder del mercado” en tanto en cuanto “si un operador económico no tiene poder de mercado, no puede influir en el precio o las cantidades ofertadas, y por lo tanto, no puede afectar negativamente al bien-

Estrechamente ligada a esta problemática, en torno al objetivo u objetivos que pretende cumplir la normativa antitrust -“uno de los problemas más arduos de la política legislativa es la fijación de los intereses dignos de protección jurídica en el marco del Derecho regulador de la libre competencia”¹³-, se halla la ambigüedad o, mejor, la elasticidad material, con la que el Derecho de la Competencia consigue colarse, o interferir, en otras disciplinas.

Como advierte VICIANO PASTOR (2011: 242), “la compatibilidad del Derecho de Defensa de la Competencia con el Derecho Privado que regula el contrato, produce una serie de problemas (como son: la importante afectación del primero en el segundo, no respetando —e, incluso, eliminando en algunos casos características típicas propias de la figura en el Derecho Privado (lo cual puede tener sentido en algunos ámbitos, pero no en todos); y la grave falta de sintonía entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa en relación con la aplicación del Derecho de la Competencia”¹⁴). Además, la articulación de sus dos vías de tutela, a saber, la administrativa y la jurisdiccional, no han ayudado a solucionar los problemas sino, más bien, todo lo contrario.

La relatividad que caracteriza el Derecho de la Competencia desde el punto de vista material no

star del consumidor” (en “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio”, *InDret*, n° 253, Barcelona, p. 2.).

13 CALVO CARAVACA A. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., (2003) *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, p. 267-268.

14 Así lo expone VICIANO PASTOR, J. (2011), “Derecho “antitrust” y contrato de agencia: los riesgos significativos e insignificantes del agente en las redes distribución de carburante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de derecho mercantil*, N° 280, pp. 242-243.

sólo se manifiesta respecto de su contenido en sí mismo, sino también, y sobre todo, respecto de su contenido para con el resto de ramas jurídicas¹⁵. Sirvan de ejemplo las contradicciones o finalidades contrapuestas que pueden surgir entre la aplicación de una determinada normativa administrativa, como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (la llamada Ley Paraguas que traspuso la Directiva de servicios) incorporando al ordenamiento jurídico una serie de principios básicos para la libre circulación de los servicios¹⁶ y

15 En este sentido, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2012 (35/2012) y 29 de marzo de 2012 (162/2012) donde, ante la confrontación del artículo 1124 del CC y el artículo 82 del TCE, expone: “ respecto de las reglas reguladoras de los contratos tiene que ponerse en relación, como señalamos en la sentencia 35/2012, de 14 de febrero, con el derecho de la competencia, dado que éste reclama de las empresas que se encuentren en una posición dominante un comportamiento impecable en la defensa de sus intereses, a fin de que armonicen su voluntad de ser competitivas con las consecuencias restrictivas que su actuación pueda producir en el mercado. Lo que se traduce en que comportamientos que serían lícitos para otras empresas, pueden no serlo para las que ocupan una posición de dominio —normalmente, por haber utilizado medios desproporcionados en la defensa de su actuación defensiva. En ese sentido, en su sentencia de 15 de febrero de 2005 - C-12/2003 - el Tribunal de Justicia de la Unión Europea destacó que cuando una empresa ocupa una posición dominante debe, en su caso, adaptar su comportamiento para no obstaculizar la competencia efectiva en el mercado. Y en la antes citada de 16 de septiembre de 2008 - asuntos acumulados C-468/2006 a C- 478/2006 - recordó su doctrina según la que, si bien es cierto que la existencia de una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos son atacados, por lo que se le debe reconocer, en una medida razonable, la facultad de realizar los actos que juzgue adecuados para proteger dichos intereses, no son admisibles tales conductas cuando su finalidad sea, precisamente, reforzar esta posición dominante y abusar de ella. De todo lo expuesto deriva, cuanto menos, la conclusión de que el Tribunal de apelación obró correctamente al entrar en el examen de las circunstancias concurrentes con la decisión de Audiovisual Sport, SL de resolver el vínculo contractual que le vinculaba a Tenaria, SA.

16 Entre otros, el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa; los de necesidad, proporcionalidad y no discriminación cuando se supedita la libre prestación de servicios y la libertad de establecimientos a una autorización previa de la autoridad competente.

el espíritu de la normativa de Defensa de la Competencia. Y ello en tanto en cuanto la primera, aún a pesar de suavizar la regulación en materia de concesiones y autorizaciones, sigue creando determinadas barreras de entrada, dificulta de forma considerable la actividad de las empresas, repercutiendo negativamente en los niveles de competencia efectiva y de inversión¹⁷, pudiendo atentar contra el principio de Unidad de Mercado¹⁸ y, la segunda, aspira sin embargo a eliminar cualquier fragmentación de mercado en beneficio de la libre circulación y la competencia efectiva en el mercado nacional¹⁹.

Este tipo de disparidades jurídicas también surgen en materia contractual. En efecto, partir como premisa de que todos los contratos en los que las empresas sustituyen la rivalidad entre ellas por el acuerdo y la cooperación son ilegales²⁰ daría lugar a pensar que la normativa *anti-*

trust “limita desproporcionadamente la libertad contractual”²¹. Ahora bien, existen excepciones²². Aunque sean excepciones que, en ocasiones, redunden también en la ambigüedad por depender de factores tan inciertos como que se exceptúen “los acuerdos que solo afectan de forma insignificante al comercio entre Estados miembros y a la competencia”²³—.

No será de extrañar, por lo tanto, que este tipo de situaciones haya llevado a ciertos autores a calificar de “desesperado” este recurso al Derecho de Defensa de la Competencia para una cuestión relativa a la naturaleza jurídica de un contrato y cuya competencia para conocer del asunto, según algunos, pueda corresponder más bien a un Juz-

efectos”. (“Los acuerdos de transferencia de tecnología y el nuevo reglamento de exención por categorías”, publicado en *VI curso de derecho de la competencia europeo y español*).

21 ALFÁRO AGUILA REAL, J. (2003), “El nuevo real decreto de exenciones por categorías de acuerdos ¿una revolución indirecta?”, *Revista mensual de competencia y sectores regulados*, n° 14.

22 No se considerarían ilegales los acuerdos restrictivos amparados por una ley o reglamento con base legal (art. 2 LDC); los celebrados entre empresas no competidoras cuando no tengan efectos excluyentes o discriminatorios serios (Resolución del TDC de 18 de septiembre 2001); todas las restricciones *inmanentes* a un tipo contractual (artículo 2 del Código de Comercio y 1258 cc); todos los acuerdos autorizados en particular o *singularmente* (art. 4 LDC); todos los acuerdos que reúnan determinadas características definidas en un reglamento nacional o comunitario (*exenciones por categorías de acuerdos* art. 3 LDC). Por otro lado, como señala ALFÁRO AGUILA-REAL, (2003) han de mencionarse las construcciones de las autoridades de competencia para reducir aún más el ámbito de la prohibición utilizando, por ejemplo, el concepto de *acuerdo* entre *empresas independientes* y rechazando, por ejemplo, que sea un acuerdo restrictivo de la competencia el contrato de agencia entre un agente comercial y su principal o la no aplicación de la prohibición a los acuerdos de escasa importancia que, por esta razón, no son susceptibles de afectar al funcionamiento competitivo del mercado (en “El nuevo real decreto de exenciones por categorías de acuerdos ¿una revolución indirecta?”, *Revista mensual de competencia y sectores regulados*, n° 14).

23 Así, la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia, última versión de 20-XII-2001, recogiendo una práctica de la Comisión legitimada por el TJCE, (Comunicación de 1970 publicada en el DOCE n° c 64 de 2.6.1970 par. 2).

17 En virtud del Anteproyecto de Ley de Garantía de Unidad de Mercado, la racionalización del marco normativo existente y el cumplimiento con los requisitos de transposición de la Directiva de Servicios no han sido suficientes para eliminar posibles fragmentaciones del mercado español, traduciéndose en un mayor coste que dificulta de forma considerable la actividad de las empresas, repercutiendo negativamente en los niveles de competencia efectiva y de inversión.

18 El principio de Unidad de Mercado tiene su reflejo en el artículo 139 de la Constitución española (CE), que indica que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

19 Véase el informe de la Dirección de Promoción de la CNC, IPN 89/13, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de Unidad de Mercado con la que persigue suavizar las concesiones y autorizaciones administrativas en aras a fomentar una competencia efectiva en el mercado español sin barreras administrativas de entrada ni de circulación.
<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informessobrenormativa/tabid/166/Default.aspx>

20 Como señala DÍEZ ESTELLA, F., (2005) “...ilegales, por que se entienden contrarios al orden público económico, por lo que podríamos hablar de una nulidad “administrativa” y además son nulos, con la nulidad civil, la que el art. 6.3 del código civil anuda a la vulneración de normas imperativas; no producirán

gado de Primera instancia civil y no a una autoridad administrativa ni a un Juez de lo Mercantil que aplica la normativa *antitrust*²⁴.

Como se ha subrayado por la doctrina, una de las peculiaridades del Derecho de la Competencia “es su capacidad y autonomía para crear calificaciones jurídicas propias, distintas a las tradicionalmente asumidas por otras ramas del Derecho, provocando que, en ocasiones, los operadores económicos tengan dificultades para desarrollar el contenido de sus relaciones jurídicas”²⁵. Lo que produce, no sólo “una fractura importantísima en la necesaria seguridad jurídica que debe existir” sino también “en la predictibilidad de las opciones jurídicas que se adopten, puesto que si el Derecho de la Competencia destruye las categorías jurídicas definidas, y genera conflictos entre ámbitos jurisdiccionales que aplican la misma norma, la seguridad jurídica se resiente y quienes “pierden” no sólo son los operadores económicos

24 DÍEZ ESTELLA, F. (2009), “A vueltas con la fijación de precios en la distribución de carburantes en la distribución de carburantes” (Comentario al auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 3 de septiembre de 2009, Asunto C-506/07) en *La Ley* 2089/2009.

25 VICIANO PASTOR, *op. cit.*, p. 242. En este sentido, acudiendo a la casuística jurisprudencial puede comprobarse como la aplicación de las normas de derecho de la competencia puede imperar incluso sobre ciertas cláusulas contractuales de naturaleza genuina, como por ejemplo el contrato de agencia: “Importa también dejar sentado desde el principio que, a pesar de que el contrato litigioso contiene una cláusula de no competencia de las contempladas por la Directriz 19 de la Comunicación de la Comisión de 13-10-2000 (cláusula que, al prohibir al agente prestar sus servicios de agencia para competidores del principal, es susceptible -según la aludida Directriz- de infringir el Art. 81-1 del Tratado aún en la hipótesis de que nos encontrásemos ante un acuerdo genuino de agencia en el que la totalidad de los riesgos se asumiese por el principal), lo cierto es que, al prestarse los servicios contractuales “..desde locales y terrenos que son propiedad del proveedor..”, la aludida cláusula se encontraría amparada por el Reglamento de exención por categoría 2790/99 de la Comisión, cuyo Art. 5,a) excluye en tales supuestos la aplicabilidad de la limitación temporal de 5 años prevista para la exención de la prohibición” (Sentencia del 22 de marzo de 2005 del Juzgado de lo mercantil número 2 de Madrid)

afectados sino también el propio mercado en su funcionamiento y, por extensión, el interés público”²⁶. Y es que el ámbito en el que se encuentra incardinado el Derecho de la Competencia puede llegar a convertirlo, en ciertas ocasiones, en una herramienta jurídica demasiado próxima a las políticas de mercado y demasiado lejana de la seguridad jurídica.

Con todo, si a esta problemática material se le añade, además, la dificultad de combinar dos posibles vías de protección difícilmente “combinables”, la tutela deviene ineficaz.

II.2. Problemas de forma: sus dos vías de tutela.

II.2.1. Sobre la vía administrativa.

En atención a los objetivos que justifican y desarrollan la regulación jurídica de Defensa de la Competencia y “por ser normas de intervención del Estado en la economía y, esencialmente, por proteger el interés general que recae sobre el adecuado funcionamiento del mercado”²⁷, se considera que las normas de libre competencia son, ante todo, disposiciones de orden e interés público²⁸.

26 VICIANO PASTOR, *op. cit.*, p. 242.

27 Por todos, PASCUAL Y VICENTE, J. (2003), “Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 224, pp. 10-31.

28 Al respecto, resulta interesante el estudio de CANDELARIO MACÍAS, M.I. (1999), sobre las implicaciones del principio de conservación de la empresa como contrapeso del principio de libre iniciativa económica o libertad de empresa que propugna el artículo 38 de la CE en el marco de una realidad económica que aboga por el libre funcionamiento del mercado (en “Conservación de la empresa versus libre competencia”, *RGD*, nº 655, pp. 3535-3552).



En efecto, el orden concurrencial se configura como un elemento esencial de la organización económica del mercado cuya máxima manifestación se halla reflejada en los artículos 43 y 44 del TFUE y en el artículo 38 de nuestra Carta Magna.

No obstante, siguiendo a BELLIDO PENADÉS, si bien la competencia y la libertad de empresa no figuran entre las materias en las que preceptos expresos de la constitución reservan la actuación del Derecho *ab initio* a los órganos jurisdiccionales, la actuación del derecho por órganos administrativos solo encontraría apoyo constitucional en el artículo 103. 1 CE, cuando esa aplicación del Derecho constituye una forma de autotutela para la mejor satisfacción del interés general²⁹. Y esta fue la fórmula escogida para aplicar o actuar el Derecho de la Competencia en defensa del interés público.

Ahora bien, este sistema tradicional de aplicación pública –que se delega en los órganos administrativos, la Comisión Europea y las ANC– no contempla, sin embargo, los efectos jurídicos privados que podía entrañar el incumplimiento de las disposiciones 101 y 102 del Tratado o 1 y 2 de la LDC esto es, el derecho a declarar la nulidad del acto ilícito y el correspondiente derecho a ser reparado por los daños y perjuicios ocasionados –derechos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encargó de reconocer como consecuencia del principio de eficacia directa de las disposiciones del Tratado sobre los particulares–. Claro es, entonces, que la tutela debida de estos derechos privados derivados de

una práctica anticompetitiva sólo podía delegarse en los órganos jurisdiccionales.

Así las cosas, a través del *private enforcement* o aplicación del Derecho de la Competencia a instancia de los particulares, se pretende impulsar la iniciativa privada –mediante el derecho de las víctimas a reclamar los daños y perjuicios sufridos por conductas ilícitas *antitrust* ante las jurisdicciones nacionales– como otra medida disuasoria complementaria al sistema administrativo de contención de los cárteles. Ahora bien, no se confundan los papeles, como advierte ALFARO AGUILA-REAL, “el proceso civil, basado en el principio dispositivo y no inquisitivo, funciona adecuadamente en los pleitos que versan sobre Derecho de la Competencia en los que se discute si una cláusula infringe el art. 81 o el art. 82 o si unas declaraciones públicas de una asociación de empresarios constituye una incitación al boicot o si un gran distribuidor está practicando precios predatorios, pero no está diseñado para averiguar y sancionar conductas como las que constituyen un *hardcore cartel*”³⁰.

II.2.2. Sobre la tutela judicial.

Con la reformulación del Tribunal de Justicia sobre los efectos jurídicos derivados de la infracción de la normativa europea de Defensa de la Competencia, surge la necesidad de implantar, o mejor, de reforzar, un cauce de tutela consistente en la interposición por los particulares de acciones judiciales civiles fundadas en la violación de la normativa europea *antitrust*³¹.

29 En este sentido, BELLIDO PENADÉS, R. (1998), *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, p. 22. También de manera pormenorizada ORTELLS RAMOS, M., “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española”, Madrid, 1984, p.441-444.

30 ALFARO AGUILA-REAL, J., op. cit., “Contra la armonización...”.

31 Véase la sentencia de 20 de septiembre de 2001 del TJCE, *Courage y Crehan*, C-453/99, Rec. p. I-6297, apartado 31, y en el mismo sentido, la sentencia de 13 de julio de 2006, asunto *Man-*

La Comisión Europea ha manifestado claramente la intención de consolidar este sistema en todos los países de la Unión, sobre todo desde la llamada modernización del sistema de aplicación de las normas comunitarias de Derecho de la Competencia de 1999. No obstante, si ya resultó una tarea compleja aquella de incorporar la aplicación judicial del Derecho de la Competencia todavía lo está siendo más que ésta se consolide de una manera coherente, eficaz y uniforme en todos los Estados miembros, sobre todo para aquellos Estados donde tradicionalmente se hallaba la vía administrativa como vía de tutela —única y prevalente—.

En efecto, no fue sencillo dotar de una naturaleza dual a un sistema cuya tutela monopolizaba la vía administrativa. A pesar de la facultad, y obligación a su vez, por la que se habilitó a los órganos jurisdiccionales para conocer “directamente” de los asuntos que implicaran la infracción de la normativa comunitaria sobre Defensa de la Competencia —primero reconocida por reiterada jurisprudencia del TJUE y después, y más expresamente, por medio del citado artículo 6 del Reglamento (CE) 1/2003—, esta no pareció ser asimilada eficazmente por los ordenamientos jurídicos de algunos de los países miembros, sobre todo en aquellos cuya tutela había sido tradicionalmente administrativa³².

Para ciertos Estados miembros, la maniobra jurídica mediante la cual implantar la tutela privada del Derecho de la Competencia llegó a suponer un verdadero problema³³. La principal dificultad

devenía de la propia concepción jurídica material del sistema *antitrust*: ¿cómo configurar el sistema de tutela privada del Derecho de la Competencia si se partía de la base de que la Defensa de la Competencia tutelaba intereses públicos, otorgándose su protección a los órganos administrativos, y la Competencia Desleal tutelaba los intereses privados y se delegaba en los órganos jurisdiccionales?³⁴—. Sirva en este caso de ejemplo el sistema español que, ante la “imposibilidad” normativa de acudir a la vía jurisdiccional por incumplimiento de las normas *antitrust*, se invocaban las normas de Competencia Desleal como vía indirecta de tutela de los derechos vulnerados por actos contrarios a la Defensa de la Competencia³⁵.

Partiendo de la insuficiencia normativa nacional, la ausencia de normativa europea común que disciplinase el régimen jurídico procesal de la tutela “privada” en caso de incumplimiento de los artículos 101 y 102, ha hecho el camino todavía más fácil, toda vez que obliga a acudir

Europeo y español: curso de iniciación, Volumen 4, Dykinson, pp. 173-174

34 Véase BROSETA PONT, M., /MARTÍNEZ SANZ, F. (2012), donde se establece la caracterización de uno y otro sector con base en la naturaleza de los intereses que protegen la Defensa de la Competencia y la Competencia Desleal. Así mientras “la Ley de defensa de la competencia española posee como objetivo específico garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público”, los intereses tutelados por el sector de la Competencia Desleal “son de naturaleza privada (los del competidor perjudicado por el acto desleal)” (*Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, pp. 162 y ss.)

35 Se trataba de formular una demanda por actos de Competencia Desleal invocando la “violación de normas”, conducta tipificada por el artículo 15.1 de la LCD. Y es que se consideraba desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva, que debía ser significativa, adquirida mediante la infracción de las leyes y que según lo dispuesto en su segundo apartado “tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial” En la misma línea se admitía la posibilidad de acudir también al artículo 5 de la LCD que podría sustentar la pretensión declarativa de la ilicitud de la conducta como “actos de engaño”.

fredi y otros, C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619.

32 Véase, FOLGUERA CRESPO, J., y MARTÍNEZ CORRAL, B., *Op. cit.*, pp. 102-103

33 BLANCO ORTIZ, L., (2010), *Derecho de la competencia*



a los ordenamientos nacionales y a sus específicas y dispares legislaciones sobre proceso civil: lo que implica, como consecuencia, un obstáculo adicional nada desdeñable para los demandantes que inician un proceso transfronterizo de tales características.

II.3. La efectividad de la tutela procesal: dificultades en el inicio y en el *iter* procedimental.

Desde la perspectiva puramente procesal, los problemas surgen incluso antes de iniciar el proceso en sí mismo y se van multiplicando durante el *iter* procedimental hasta la finalización del proceso mediante sentencia.

De entrada, la falta de publicidad de esta opción para los particulares y la desmotivación ante los altos costes procesales, tratándose en la mayoría de casos de cantidades mínimas, conduce al justiciable a renunciar al ejercicio de su propio derecho de acción. A esta situación de inseguridad jurídica en la que se halla el operador jurídico que, como consecuencia de una práctica restrictiva de la competencia, ha visto vulnerados sus intereses privados, hay que sumarle que, en ocasiones, no sólo desconoce la existencia de la propia infracción, sino que además ignora su propio derecho de acción –el cual, a la sazón, revestirá distintas maneras de proceder según el Estado miembro en el que se encuentre, todo ello debido a la carencia de una normativa que pueda uniformar las condiciones procesales en las que ejercitar su derecho–.

Además, si se añaden las dificultades que pueden entrañar los procesos en defensa de intereses supraindividuales –sobre todo cuando se trata de intereses difusos, esto es, indeterminados o difícilmente determinables–, o los problemas inhe-

rentes a la prueba de la relación de causalidad entre el ilícito antitrust y los daños causados –sin perjuicio de las dificultades a la hora de cuantificar los daños– conduce a replantearse, cuanto a menos, si compensa iniciar este tipo de proceso. Por supuesto, si el coste procesal puede resultar ya excesivo respecto de la cantidad que se pretende reclamar tratándose de procesos nacionales, esto se acentúa todavía más, si cabe, cuando interviene un elemento de extranjería o se trata de procesos entre diferentes Estados miembros –lo que implica, costes adicionales, desplazamientos, el plazo de notificación de los documentos se prolonga, gastos de traducción pertinentes...etc., por no hablar de los problemas que pueden derivarse de la aplicación de un sistema legal u otro–.

Situándonos en el plano del sistema español, y sin ánimo de ser omnicomprendivos, ya que excederíamos la finalidad de este comentario, en la configuración de un proceso civil *sui generis* como el que nos ocupa, puede afirmarse que prácticamente la mayoría de los problemas que se generan dependen de dos presupuestos, la condición del titular del derecho de acción y la naturaleza de las pretensiones que vayan a conformar el objeto del proceso.

En primer lugar, como se ha dicho, habrá que tener en cuenta la condición del justiciable y su lugar en el mercado. Esto es, que atendiendo a su posición en el mercado según sea el reclamante una empresa rival, un consumidor o, incluso, uno de los infractores que haya participado en un acuerdo vertical anticompetitivo, tendrá más o menos dificultades en el proceso. Como advierte FATTORI, “la diversidad sustancial existente entre los sujetos del mercado lesionados por una conducta anticompetitiva se traduce, de manera

inevitable, en una diversidad también en el plano procesal³⁶. En efecto, la realidad práctica dista mucho de la teórica. Toda vez que es el propio mercado el que separa los consumidores de los empresarios situando a los primeros muy lejos del derecho que ostentan los segundos de disfrutar, y en su caso, reclamar, un buen funcionamiento del mercado.

El caso del consumidor demandante constituye sin duda el más complejo. Partiendo de que, en el caso de un cártel de fijación de precios, serán miles los consumidores que puedan resultar afectados por cantidades prácticamente ínfimas, no será lo mismo que se reclame por uno de los perjudicados que por un buen número de ellos. Como señala BUJOSA VADELL, “la masificación de este tipo de interés ha propiciado la creación de organizaciones que procuran velar por su efectiva protección, sobre todo cuando los individuos que forman parte de estos grupos (que en unas ocasiones estarán más o menos determinados y en otras serán indeterminados) se han ido concienciando de la inseguridad jurídica que puede producirse en relación con su interés individual (bien como miembro o bien como conjunto)”³⁷.

Ahora bien, trasladar los esquemas del tradicional proceso individual al colectivo no deviene fácil, y mucho menos en este contexto jurídico material. La configuración del propio proceso como colectivo se traduce en problemas de diversa índole procesal: desde las dificultades que

pueden surgir a la hora de determinar el número de perjudicados y la cuantificación de su pretensión de condena a la indemnización de los daños, en materia de prueba, desinformación e inaccesibilidad a documentos relevantes para probar la relación de causalidad entre el ilícito antitrust y los daños y perjuicios producidos hasta la cuantificación de los daños y perjuicios cuando se trata de procesos en defensa de intereses supraindividuales “difusos”, esto es, indeterminados o difícilmente determinables³⁸, según lo previsto en el artículo 11.3 de la LEC.

Los consumidores y usuarios conforman un colectivo muy débil no solo ante los ataques materiales que pueden sufrir como consecuencia de una conducta anticompetitiva sino también a la hora de afrontar su defensa en la vía judicial.

Asumido esto, la Unión ha reconfigurado el sistema de protección ofrecido a los consumidores dotando de un espíritu pro-consumidor a determinadas leyes que en sus orígenes carecían del mismo o, si se prefiere, prescindían del mismo. De esta manera se ha otorgado protección al consumidor bajo el manto de ciertas normativas materiales que en un principio ni ofrecían cobertura jurídica a este sector ni se crearon con tal finalidad.

Con el pretexto de ofrecer las garantías suficientes para proteger los intereses de los consumidores ante posibles amenazas anticoncurrenciales, la Comisión se preocupa ahora de los dispositivos procesales nacionales y supranacionales, que el

36 Véase, FATTORI, P. (2010), *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bolonia, pp. 481 y ss. En la misma línea, CARPAGNANO, M. (2010), “Litigación en derecho de la competencia: la perspectiva italiana (1990-2010)”, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, (dir., VELASCO SAN PEDRO, A.), Lex nova, p. 93.

37 BUJOSA VADELL, L. (2005) “La posición del juez en los procesos colectivos” *La Ley*, nº 6379, pp. 2-3.

38 Véase, PARDO IRANZO, V. (2003), “Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en la sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados”, en BARONA VILAR, S., (Coord.) *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 418-419.

consumidor tiene a su alcance para hacer efectiva la protección que le brindan las normas materiales. Para ello ha decidido realizar un cambio de enfoque a la hora de mejorar sus condiciones trasladando el concepto de justiciable individual a justiciable como colectivo, en aras de facilitar una cobertura jurídica efectiva de los intereses supraindividuales³⁹, planteándose incluso la posibilidad de importar del sistema angloamericano figuras como las *class actions*⁴⁰ –donde uno de los miembros del grupo litiga en su nombre y en representación de los demás miembros con los mismos intereses y cuya resolución puede surtir efectos legales para todos y cada uno de los que hallen dentro del grupo por “voluntad expresa o tácita”–.

Si bien la Comisión Europea lleva insistiendo en promover la acción privada como cauce de tutela del *European Competition Law*, parece que esta es una de las cuestiones que más le preocupa, sobre todo tras valorar su última propuesta en materia de *collective redress actions*⁴¹, a propósito

39 Véase al respecto, entre otros, MILLER, A. (Jan., 1979), “Of Frankenstein monster and shining knights: myth, reality and the “class actions problem”, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 3, pp. 664-694; POMERANTZ, A. (1970), “New Development in Class Actions. Has their Deth Knell Been Sounded?”, *Busl*, vol. 25, p. 1.260; HANDLER, M., “The Shift from Substantive to Procedural innovations in Antitrust Suits – The 23 rd Annual Antitrust Review”, *Columbia Law Review*, vol. 71, 1971; BUJOSA VADELL, L., “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los estados Unidos de América” en *Justicia 94*, 1994; del mismo autor, “La posición del juez en los procesos colectivos” *La Ley*, nº 6379, 15 de diciembre de 2005 y GASCÓN INCHAUSTI, F., *La tutela judicial de los consumidores y las transacciones colectivas*, 2010, Civitas, p.25.

40 Al respecto, BUJOSA VADELL, L. (1994), “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América”, *Justicia 94*.

41 “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”, documento de trabajo de la Comisión Europea publicado en Bruselas, 4 de febrero de 2011 SEC (2011) 173 final y consulta pública celebrada en el Parlamento Europeo el 5 de abril de 2011 en Bruselas.

de la necesidad y la viabilidad de implantar mecanismos que contribuyan a garantizar la aplicación privada de las normas de competencia en el ámbito de la Unión.

En segundo lugar, y estrechamente relacionado con las partes del proceso, será importante delimitar la pretensión o pretensiones que se ejerciten son las que concretarán el objeto del proceso y, con ello, condicionarán desde la determinación de la competencia jurisdiccional, las vías de defensa del demandado, la accesibilidad o facilidad de prueba, los plazos de prescripción para ejercer las acciones hasta, incluso, la posibilidad de suspender el plazo para dictar sentencia en espera de una resolución administrativa previa, tal y como ordena el artículo 434.3 de la LEC.

En efecto, de la modalidad de tutela pedida, sea mero-declarativa del ilícito antitrust y/o formulada de manera autónoma o conjuntamente con la de condena a la compensación de los daños y perjuicios producidos por el ilícito antitrust, va a depender la fijación, entre otras cosas, del órgano jurisdiccional competente. Y no es cuestión baladí esta última, si bien se trata de una de las cuestiones que más preocupa en el plano español.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, que atribuye la competencia objetiva para conocer de los asuntos que tengan como objeto el Derecho de la Competencia a los Juzgados de lo Mercantil, no son los únicos juzgados que pueden resultar competentes. En ocasiones, dependiendo de la naturaleza de la pretensión o pretensiones que se ejerciten tanto por el actor como por el demandado, podrá llegar a conocer el Juzgado de Primera Instancia (artículo 45 LEC y

artículo 85 LOPJ) (imaginemos el supuesto en el que se inicie un proceso cuyo objeto principal sea simplemente un incumplimiento contractual) o, el Juzgado de lo Mercantil (artículo 86 ter 2 letra f LOPJ) como órgano especializado para conocer de los asuntos relativos a Derecho de la Competencia (por ejemplo, en el caso en el que se invocase la normativa *antitrust* no por el actor sino por el demandado en reconvenición, artículo 406 de la LEC o excepción especial o reconvenicional, artículo 408 de la LEC).

Otra de las cuestiones, que tanto la Comisión, en su Libro Blanco, como el TJUE, en la sentencia *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*⁴², tratan de resolver es la relativa al acceso de los particulares a los documentos que ostenta la ANC que han sido voluntariamente cedidos por las empresas infractoras en el ámbito de los llamados programas de Clemencia⁴³, esto es, una vía alternativa para perseguir los ilícitos anticoncurrenciales basado en el “chivatazo” de alguno o algunos de los miembros del cártel con la finalidad de exculparse del pago de la totalidad o de parte de la multa impuesta⁴⁴. El supuesto se traduce en una

42 Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2011 asunto c-360/09 “*Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*”.

43 Véase “Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel” (2006/C 298/11).

44 Inspirado en el modelo comunitario, el sistema español de clemencia viene recogido en los artículos 65 y 66 de la LDC estableciendo que podrán acogerse al programa de exención del pago de la multa aquellas empresas o personas físicas que sean las primeras en aportar elementos de prueba para que la CNC pueda ordenar una inspección o detectar la existencia de un cártel. Además, la exención está condicionada a que el solicitante cumpla cinco obligaciones: (i) deber de cooperación plena, continua y diligente con la CNC; (ii) terminación inmediata de la participación en la presunta infracción (salvo que la CNC indique lo contrario con el fin de preservar la eficacia de una posible inspección); (iii) no haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención; (iv) no haber revelado a terceros, distintos de las autoridades de defensa de la competencia, su intención de

clara contraposición de intereses, el del particular que acude a la vía judicial para reclamar los daños y perjuicios y que solicita acceder a aquellos documentos (voluntariamente facilitados por los infractores a las ANC) como fuente de prueba de los hechos alegados en el proceso civil *versus* la confidencialidad de aquellos documentos que han sido cedidos en el marco de un Programa de Clemencia para preservar la finalidad de estos programas, ya que de autorizar el acceso a dichos documentos se podría en peligro, según apuntan ciertos colectivos⁴⁵, la finalidad de estos programas, que no es otra que “desmantelar los carteles” a base de este tipo de incentivos como la dispensa de la sanción económica a los infractores que confiesen la práctica anticoncurrencial.

Sin perjuicio de esta última cuestión, que apunta más a la tensión jurídica entre los dos cauces de tutela por los dos tipos de intereses en juego, como se puede comprobar los verdaderos problemas surgen en torno a la falta de desarrollo de la actuación judicial.

II.4. La articulación de dos vías de protección: la trascendencia de la resolución administrativa en sede judicial.

La delimitación de los dos estadios, el administrativo y el judicial, cada uno con un ámbito jurídico claro y definido que proteger, evitaría muchas de las dificultades que, en la teoría y en la práctica, se producen.

presentar la solicitud de exención o su contenido, y; (v) no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

45 En este sentido, las Conclusiones del Abogado General JÁN MAZAK presentadas el 16 de diciembre de 2010 en el asunto C-360/09 y la *Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012 (Protection of leniency material in the context of civil damages actions)*

En efecto, siendo varios los problemas por resolver, el primero y principal, es un problema de fondo: partiendo de un mismo interés jurídico público, como es el libre funcionamiento del mercado, se confunden las competencias de dos campos del derecho bien diferenciados, el administrativo y el judicial. El segundo problema, es una consecuencia del primero: la trascendencia del ámbito administrativo en el judicial. Y ello, en dos sentidos. Por un lado, y en relación a los Programas de Clemencia –incardinados en el sistema administrativo, cabría preguntarse ¿en qué medida debe considerarse que el interés privado de quien ejerce su derecho a obtener una tutela judicial efectiva puede contraponerse al interés privado del infractor que, con la mera intención de beneficiarse o, como mínimo, salir lo menos perjudicado posible, colabora en un programa de clemencia?

Por otro, y con base en el principio de “no contradicción” entre la resolución administrativa y la judicial, que prevé el artículo 16 del Reglamento (CE) 1/2003, el juez puede suspender el proceso en espera de la resolución administrativa la cuestión sería ¿hasta qué punto puede una resolución administrativa trascender más allá de su ámbito llegando a producir un efecto vinculante sobre resoluciones judiciales?

Esta cuestión no es del todo novedosa sino que puede remontarse a la extinta Ley de Defensa de la Competencia 16/1989. Bajo la vigencia del artículo 13.2 de la anterior LDC se preveía que “la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, ju-

risdiccional”. En este sentido, la doctrina había interpretado mayoritariamente que “las partes y los terceros que pretendían la declaración de los efectos civiles derivados del incumplimiento de las normas de libre competencia, estaban sometidos a un doble procedimiento, uno de orden administrativo y otro de carácter judicial, y a soportar en caso de que se hubiese controvertido la decisión adoptada por la autoridad administrativa de competencia, nacional o autonómica, la espera de una resolución definitiva del asunto, pues la decisión administrativa debía ser firme para que fuese procedente la reclamación judicial”⁴⁶. Criterio que venía denominándose “requisito de procedibilidad administrativa” que, en su condición de presupuesto procesal, mermaba la autonomía de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones resarcitorias haciéndolas depender de una resolución administrativa previa⁴⁷.

46 En este sentido, FERNÁNDEZ VICIÉN manifiesta que “en términos de tiempo, imponer un trámite previo a la acción de resarcimiento, supone una excesiva prolongación del tiempo de espera necesario para verse resarcido de los perjuicios sufridos, máxime cuando los efectos de las prácticas contrarias a la LDC pueden poner en peligro la viabilidad de las empresas afectadas”. Y es que de conformidad con lo previsto por el 13.2 de la Ley 16/1989 y a tenor literal de lo dispuesto en el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, de enero 20 de 2005, p. 27 “La aplicación de las normas nacionales de competencia por parte de los jueces requiere, con carácter previo, la firmeza de la declaración administrativa de existencia de infracción de la LDC. Por tanto, solo es posible solicitar la nulidad y los daños y perjuicios derivados de un acto o acuerdo anticompetitivo tras acudir previamente a los órganos administrativos, con competencia exclusiva para la declaración de la existencia de conducta prohibida, obtener su relación en el plazo que corresponde y esperar a que cobre firmeza, lo que supone si es recurrida, esperar a que se agote la vía judicial” (“La eficiencia real del derecho de la competencia: la indemnización de los daños causados”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dir.) *La modernización del derecho de la competencia*, Madrid/Barcelona: Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2005, p.173-174.)

47 Véase, ORTELLS RAMOS, M. y BELLIDO PENADES, R., *Las medidas cautelares en Derecho de la Competencia: la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia y de los Tribunales civiles*, Valencia, 1999, pp. 51-61.

Ahora, es el artículo 434. 3 de la LEC el que, en conjunción con el artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 –sobre la “aplicación uniforme de la normativa comunitaria de defensa de la competencia”⁴⁸–, se expresa de manera potestativa al prever que el juez “podrá suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de –nótese– un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas –un procedimiento administrativo y, por lo tanto, no un proceso contencioso-administrativo– y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal”.

La relatividad con la se expresa el legislador al configurar este precepto como potestativo conduce, a nuestro juicio, a una cierta situación inseguridad jurídica si bien, aunque supera definitivamente el llamado requisito de procedibilidad, está habilitando la vinculación “prejudicial” de las resoluciones administrativas sobre los pronunciamientos judiciales de manera imprecisa. Será el

48 Recuérdese el tenor literal del artículo 16.1 del Reglamento 1/2003: Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia: “Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales.”

juez de oficio, ya que nada dice sobre la posibilidad de suspender el proceso a instancia de una de las partes, quien decida cuando debe esperar o no a la resolución administrativa aún con el riesgo de pronunciamientos contrarios.

Estas son sólo algunas de las múltiples preguntas que pueden derivarse de la coexistencia de sendas vías de tutela y del llamado “efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de la Competencia”, como lo denomina la Comisión Europea en su Libro Blanco.

La disyuntiva se remite, en nuestra opinión, a un error de base que aplica las mismas reglas del juego a dos estadios jurídicos distintos. Esto es, si el objetivo de la vía administrativa es tutelar el libre funcionamiento del mercado, en cuanto tutela del interés público, investigando y sancionando de oficio –al gozar del privilegio de autotutela y sin perjuicio de las denuncias a instancia del particular–, no se debería permitir que sus resoluciones puedan influir, en la manera en que se prevé que pueden hacerlo, sobre los pronunciamientos que emiten los órganos jurisdiccionales civiles, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, sobre los intereses privados de las partes en conflicto.

III. El Libro Blanco de la Comisión Europea: “lo que contiene y lo que pretende”.

Como ya se ha señalado, muchos de los problemas advertidos parecen corroborarse en los Libros Verde y Blanco de la CE ⁴⁹ —sobre las Ac-

49 Al Libro Blanco de la Comisión Europea publicado el 2 de abril de 2008, y el respectivo y anterior libro verde del 2005 que planteaba extensamente dicha cuestión, cabe añadir el examen en profundidad y la intensa valoración de la cuestión desde la perspectiva de los diferentes estados miembros realizado previamente por el informe *Ashurt* realizado en Agosto de 2004.

ciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia- del 2005 y del 2008, respectivamente, y posteriormente, en el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre dicho Libro Blanco publicado en 2009⁵⁰.

Ahora bien, partiendo de las numerosas cuestiones que se plantean en el citado Libro Blanco –que son problemas que en la praxis interfieren en la efectividad de la vía judicial y que, lejos de ser España un caso aislado, resultan de la mayoría de los sistemas internos de la Unión–, las iniciativas y propuestas de la Comisión nos conducen, cuanto menos, a reflexionar sobre el alcance de las mismas⁵¹.

Como afirma la Comisión “la mejor manera de tratar de solucionar la actual ineficacia de las acciones por daños y perjuicios debidos al incumplimiento de las normas de competencia es una combinación de medidas tanto a nivel comunitario como nacional, afin de lograr una protección mínima satisfactoria del derecho de las víctimas a la reparación de conformidad con los artículos 81 y 82 en cada Estado miembro, así como unas condiciones más equitativas de competencia y una mayor seguridad jurídica en la UE”.

Se trata, en general, de implantar una serie de instrumentos procesales comunes y uniformes

a todos los Estados miembros y que son, en su mayoría, de naturaleza procesal –por ejemplo, el punto 2.1 del Libro en materia de recursos colectivos, el punto 2.2 relativo al acceso a las pruebas y el punto, 2.3, entre otros, sobre el llamado “efecto vinculante” de la resolución administrativa–, y civil –véase, el punto 2.7 referido a los plazos de prescripción–.

Con base en estas propuestas, en las que “la cooperación judicial en materia civil y el desarrollo de un espacio europeo de justicia se ha venido desarrollando a la par de la consolidación de un mercado interior europeo”⁵², se plantea la siguiente cuestión: ¿son estos instrumentos de armonización procesal un medio idóneo para impulsar el *private enforcement* del Derecho de la competencia en la Unión? o, por el contrario, ¿es esa cuestionada “aplicación privada”, el pretexto perfecto para acercar, aproximar o armonizar la pluralidad de regímenes procesales –y en otros puntos, materiales– que conviven bajo el manto de la Unión Europea?.

50 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2009/C 228/06) sobre el Libro Blanco sobre el Libro Blanco -Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia COM(2008)-

51 Sobre la instrumentalización del Derecho de la Competencia como una vía indirecta de armonizar otras disciplinas como el derecho de daños véase, MARCOS, F., SANCHEZ GRAELLS, A. (2008), “Towards a European Tort Law damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: harmonizing Tort Law through the Back Door?” en *European Review of Private Law*, 3, p. 469-485.

52 Véanse los objetivos seguidos por el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (DOCE C19 de 23 de enero de 1999, n° 16, pp. 1-15), el Programa de Estocolmo adoptado en la reunión del Consejo Europeo celebrada los días 10 y 11 de diciembre de 2009. Tanto es así que en la propuesta de modificación o refundición del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (Bruselas I), Bruselas, COM (2010) 748.

4. A modo de conclusión: la armonización o aproximación de los sistemas nacionales como solución a los problemas de efectividad de la tutela procesal del Derecho de la competencia, ¿necesidad o conveniencia?

Partiendo de lo anterior, se hace inevitable valorar la implicación que entraña el uso del Derecho de la Competencia como plataforma jurídica material a través de la cual se intenta armonizar o, cuanto menos, aproximar, los distintos sistemas procesales.

Estas iniciativas de la Comisión no han dejado indiferente a la doctrina⁵³. En este sentido, se ha llegado a sostener que esta fórmula, consistente en armonizar indirectamente elementos de Derecho civil (*Tort law*) tomando como pretexto el impulso de las acciones de daños y perjuicios por ilícitos *antitrust*, es un intento de armonización del Derecho de daños “por la puerta de atrás”⁵⁴.

Lo mismo podría aplicarse con respecto al Derecho procesal. Y lo cierto es que esta propuesta puede resultar una buena maniobra para aproximar los diferentes sistemas procesales de los Estados miembros con ocasión de la influencia que parece ostentar el Derecho de la Competencia. Primero, como garante de un sistema económico de libre competencia en el marco de un mercado común interior y, segundo, por la estrecha relación material que guarda con otras disciplinas (tales como el Derecho de los consumidores o

el Derecho de daños). Todo ello implica ofrecer y garantizar una cobertura procesal suficiente a los operadores económicos que participan de los avatares de un mercado supranacional y que, a la sazón, sufren las consecuencias jurídicas que derivan del mismo.

En este sentido, si verdaderamente constituye una razón de peso suficiente como para motivar el cambio de otras piezas angulares de nuestros ordenamientos jurídicos, como las reglas aplicables al proceso o el propio de derecho de daños, la pregunta que debe plantearse no es “¿Qué función se pretende cumplir con el “private enforcement” del Derecho de la Competencia? Sino ¿Qué papel juega realmente el “private enforcement” en la construcción-consolidación jurídica de la Unión Europea? Todo ello en el marco de una Unión compuesta por una pluralidad de ordenamientos jurídicos que tiene todavía una tarea pendiente por resolver si bien, antes de pensar en el “cómo”, deberá pensar en el “a dónde” quiere llegar. Tarea distinta será la de sopesar cual es la vía adecuada para alcanzar las exceptivas de la Unión, como Espacio Europeo de Justicia⁵⁵,

En definitiva, sobre la base de las políticas comunitarias que tienen por finalidad la construcción de “un Espacio Europeo de Justicia” y en consonancia con el principio de reconocimiento mutuo y las iniciativas dirigidas a facilitar la litigación transfronteriza en la Unión Europea, el binomio normativo formado por la coordinación de los artículos 81 y 114 del TFUE podría dar luz verde a la aproximación entre las normativas de los diferentes sistemas de los Estados miembros,

53 Véase, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Contra la armonización positiva: reforzar el *private enforcement* del Derecho de la competencia” *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 3/2009, Barcelona.

54 MARCOS, F., SANCHEZ GRAELLS, A., “Towards a European Tort Law damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: harmonizing Tort Law through the Back Door?” *European Review of Private Law*, 3-2008, p. 469-485.

55 Sobre los diferentes mecanismos articulados por la Unión Europea en la configuración de un Espacio Europeo de Justicia, CALDERÓN CUADRADO, P., “Contra la armonización positiva –y procesal– de la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 72 y ss.



encontrando su razón de ser tanto en su finalidad –que es, el buen funcionamiento del mercado interior–, como en el medio –uniformar las condiciones procesales para facilitar la efectiva aplicación del *private enforcement*– evitando así la proliferación de “monopolios jurídicos” entre los distintos sistemas legales⁵⁶.

56 Al respecto véase, ALFARO ÁGUILA-REAL (2009), “Contra la armonización positiva: reforzar el *private enforcement* del Derecho de la competencia” en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, n3, 2009, Barcelona, y CALDERÓN CUADRADO, P., CALDERÓN CUADRADO, P., “Contra la armonización positiva –y procesal- en la Unión Europea”, AA.VV (Dir.) DE LA OLIVA SANTOS, A., CALDERON CUADRADO, P. (2012), *La armonización del Derecho Procesal tras el tratado de Lisboa*, Aranzadi, Navarra.



RELACIONES FAMILIARES INTERNACIONALES. NUEVOS RETOS EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Carmen Azcárraga Monzonís

Profesora Contratada

Doctora de Derecho Internacional Privado

Universitat de València, España

tackles four matters which illustrate this complex social and legal reality from the perspective of Private International Law. In particular: same-sex marriages, civil partnerships, surrogate motherhood and child abduction.

Resumen

El Derecho de familia se ha visto afectado en las últimas décadas por los movimientos migratorios y la internacionalización de las relaciones privadas de las personas cuyas vidas se conectan con más de un país. Muchas dificultades se plantean en este contexto, tales como el tratamiento de instituciones jurídicas extranjeras, la determinación de la ley aplicable al caso concreto o el reconocimiento del estado civil de unos países a otros. En este marco, el presente artículo aborda cuatro campos que ilustran esta compleja realidad social y jurídica desde la perspectiva del Derecho internacional privado. En particular: los matrimonios homosexuales, las parejas de hecho, la maternidad subrogada y la sustracción de menores.

Summary

Family Law has been affected in the last decades by migratory movements and the internationalization of private relationships of persons whose lives are connected with more than one country. Many difficulties arise in this context, such as the treatment of foreign institutions, the determination of the law governing a particular case or the recognition of civil status from one country to others. In this framework, this article

Palabras clave

Derecho de familia internacional, matrimonios homosexuales, parejas de hecho, maternidad subrogada, sustracción internacional de menores

Keywords

International Family Law, same-sex marriages, civil partnerships, surrogate motherhood, international child abduction

Breve CV de la autora

Licenciada en Derecho, 2002, Universitat de València (Premio extraordinario de Licenciatura). Licenciada en Traducción e Interpretación, 2013, Universitat de València. Máster en Abogacía Internacional Práctica, 2006, Universidad de Murcia. Doctora en Derecho Internacional, 2007, Universitat de València. Autora y coautora de publicaciones en distintas materias, en España y en el extranjero. Estancias de investigación e impartición de docencia en diferentes países europeos y latinoamericanos.

I. Introducción.

Como fundadora y coordinadora de la red jurídica internacional REDCompara, quisiera dedicar las primeras palabras de este artículo a expresar mi agradecimiento a todas las personas que hicieron posible la celebración del “Seminario internacional sobre Derecho privado: presente y futuro”, que tuvo lugar en San José los días 4 y 5 de abril de 2013 en la sede del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Gracias al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica por acoger esta iniciativa. Gracias al entusiasta grupo de compañeras y compañeros de la Universitat de València que se sumó a este proyecto, el cual, una vez desarrollado, confío que haya sido fructífero y provechoso para todas las partes implicadas.

La organización de este seminario permitió acercar a un público interesado diversas materias de actualidad en Europa y Latinoamérica, temas sobre los que ahora los y las ponentes publicamos nuestras respectivas aportaciones. Mi ponencia, que llevaba por título “Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en un mundo globalizado”, perseguía realizar un repaso de algunas de las dificultades que para el Derecho de familia ha supuesto la internacionalización de las relaciones privadas. En este contexto, son cuatro los temas que se abordaron en la ponencia y que propongo retomar en este comentario.

Cuatro temas actuales, complejos, en ocasiones dramáticos y, en todo caso, eminentemente prácticos y apegados al devenir diario de muchas personas cuyas vidas se conectan con varios países. Trataremos primero las dificultades del tratamiento internacional de los matrimonios entre personas del mismo sexo. En segundo lugar,

los problemas que suscitan en el ámbito internacional las parejas de hecho o uniones civiles. En tercer lugar, la problemática de la maternidad subrogada, o, como se conoce más vulgarmente, el fenómeno de los llamados “vientres de alquiler”. Y finalmente, en cuarto y último lugar, la sus-tracción internacional de menores.

II. Matrimonios homosexuales internacionales: principales problemas y algunas soluciones.

La institución del matrimonio, uno de los ejes del Derecho de familia, se ha visto inevitablemente afectada por las diferentes tradiciones y costumbres de los pueblos. En España, ha sido una figura históricamente arraigada en costumbres, tradiciones y religión. Esta idea se vio reflejada claramente en el giro normativo que se produjo tras la aprobación de la Constitución de 1978 y la posterior reforma del Código Civil, pasando de una regulación de marcado carácter confesional a otra más acorde con los países de nuestro entorno. Hoy se contempla una única clase de matrimonio, de la que en todo caso se derivan efectos civiles, aunque pueda adoptar distintas formas en su celebración¹.

Ciñendo este comentario a la problemática propia de los matrimonios entre personas del mismo sexo, son dos las cuestiones principales que se

1 Artículo 49 CC: “Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

1.º Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código.

2.º En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración”.

Artículo 50 CC: “Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos”.

suscitan en esta materia. En primer lugar, la determinación de la capacidad nupcial de los contrayentes que provienen de países donde no se permite este tipo de matrimonio. En segundo lugar, su “exportación” a otros países, es decir, la posibilidad de acceder a los registros de países distintos al de su celebración, con el fin primordial para los ciudadanos de poder disfrutar de la continuidad de su estado civil cuando traspasan fronteras.

II.1. Matrimonios internacionales y capacidad nupcial.

El Derecho internacional privado español no proporciona una norma de conflicto específica que permita estipular la ley aplicable a la capacidad nupcial, lo que obliga a reconducir esta necesidad a la regla general sobre capacidad contemplada en el artículo 9.1 del Código Civil español (CC) (Esplugues Mota, 2012: 355), que otorga un tratamiento de la capacidad de las personas físicas autónomo e independiente de la materia en cuyo marco se requiera determinar, en este caso el matrimonio. En virtud de la señalada disposición, la capacidad de los sujetos en las relaciones privadas internacionales, también por tanto en el ámbito matrimonial, se regirá por la ley de su nacionalidad como ley personal.

De este modo, la ley de la nacionalidad de los contrayentes regirá los posibles impedimentos para contraer matrimonio, su eventual dispensa y las personas legitimadas para solicitarla. Tales impedimentos pueden relacionarse, por ejemplo, con la edad mínima para contraer matrimonio, la vinculación familiar con el otro contrayente o la vigencia de un matrimonio previo, pero en todo caso quedarán sujetos al orden público internacional español ante la disparidad con que se en-

cuentra regulada la institución del matrimonio en los Derechos sustantivos de los distintos países. Desde esta perspectiva, resulta interesante mencionar algunas situaciones que pueden resultar problemáticas además de los matrimonios homosexuales, como los matrimonios prohibidos por motivos religiosos o por pertenencia a una determinada etnia, o entre parientes muy cercanos.

Ahora bien, dentro de la capacidad matrimonial, el fenómeno que más problemas ha suscitado en la práctica española ha sido la poligamia islámica. No entraré en detalle en los problemas que plantea este modelo familiar dado que no constituye el objeto de este comentario, pero no quisiera dejar de mencionarlo por cuanto es un claro ejemplo de la internacionalización del Derecho de familia y de la introducción de instituciones jurídicas extranjeras como consecuencia del perfil multicultural de la sociedad española. En este marco las autoridades españolas han tenido que enfrentarse a situaciones en que personas extranjeras ven regida su capacidad matrimonial por leyes foráneas que les otorgan capacidad matrimonial a pesar de la vigencia de un vínculo matrimonial previo. Baste señalar que el ordenamiento jurídico español se limita a prohibir toda clase de reconocimiento a este tipo de relaciones familiares, lo que proclama tanto desde el orden civil como desde el penal, habiéndose constatado un cierto aperturismo en la práctica mediante el otorgamiento de pensiones de viudedad a cónyuges sobrevivientes de varones polígamos (Azcárraga Monzonís, 2011: 224).

Junto con la poligamia, me gustaría detenerme brevemente en otro supuesto que preocupa especialmente por los intereses y valores en juego: los matrimonios de niños. Desde una ópti-

ca estrictamente jurídica, se trata de un problema de determinación de la edad mínima para contraer matrimonio, una cuestión regida, de nuevo, por la ley nacional del contrayente. En el caso de los extranjeros, la edad para contraer matrimonio no tiene necesariamente que coincidir con la establecida por el Derecho español (18 años como regla general, 16 en el caso de emancipados y 14 con autorización judicial) (Díez-Picazo y Gullón, 2012: 70), pero se considera contraria al orden público internacional español la aplicación de leyes extranjeras que admitan un matrimonio entre sujetos que no hayan alcanzado la pubertad. Queda en manos de la autoridad competente valorar el caso concreto para impedir este tipo de matrimonios (Carrascosa González, 2003: 128).

Retomando el objeto de este comentario, otros supuestos relacionados con la capacidad matrimonial que generan disfunciones en el panorama internacional como consecuencia de la disparidad de legislaciones y que merecen ser destacados desde la perspectiva española son los relativos al matrimonio de transexuales y entre personas del mismo sexo. En relación con los primeros (Arenas García, 2006: 191-198), la principal dificultad radica en la ausencia de reconocimiento del cambio de sexo en virtud de la ley nacional del sujeto como obstáculo a la capacidad matrimonial.

La falta de reconocimiento del cambio de sexo —amén de imposibilitar el libre desarrollo de la persona— impide contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo en países donde no se permiten este tipo de uniones. Así ocurría en España antes de la aprobación del matrimonio homosexual, lo que se resolvió en la práctica hasta ese momento de forma positiva para este colectivo de personas al entender la Dirección General

de Registros y del Notariado (DGRN) que no existen razones para negar la capacidad matrimonial al transexual que ha visto reconocida legalmente su condición (RDGRN de 24 de enero de 2005²).

Hoy, la barrera teórica relativa a la ausencia de capacidad nupcial de los transexuales extranjeros en aplicación del artículo 9.1 CC sigue dándose por cuanto continúa existiendo un tratamiento jurídico desigual de esta materia en el Derecho comparado —en la práctica, como señalábamos, deberá resolverse el problema aplicando la ley española a su capacidad—, pero la barrera hacia el matrimonio se ha derribado desde la aprobación en España de los matrimonios homosexuales. De esta manera, aún cuando no gocen en principio de capacidad nupcial de conformidad con sus leyes nacionales, pueden contraer matrimonio en España con otra persona de su mismo sexo.

En el año 2005, la reforma del Código Civil operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio³ introdujo la equiparación en España en requisitos y efectos de matrimonios homosexuales y heterosexuales, pero no reguló los problemas asociados a los aspectos internacionales de esta novedad, que no tardarían en surgir. Como señalaba con anterioridad, se plantean básicamente dos dificultades en este escenario. En primer lugar, la incapacidad para contraer matrimonio de los extranjeros nacionales de Estados que no permiten esta clase de uniones. Y, en segundo lugar, su (complicado) reconocimiento en países distintos a su celebración.

2 TOL 579.094.

3 BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.



Abordaré esta segunda cuestión en el epígrafe siguiente relativo al acceso al registro de los matrimonios internacionales, centrando la atención en este momento en la incapacidad para contraer matrimonio de los extranjeros nacionales de Estados que no permiten las uniones homosexuales, problema que se planteó al poco tiempo de la reforma legislativa. Si el futuro contrayente es ciudadano de un país que no contempla esta clase de uniones, una aplicación estricta de la norma impediría que contrajera matrimonio en nuestro país con otra persona de su mismo sexo. Téngase en cuenta que éste es precisamente el caso de la gran mayoría de Estados del mundo, ya que el matrimonio homosexual, aunque en expansión, sigue siendo una opción minoritaria en el panorama comparado. Por no hablar de los países en que se persigue penalmente la homosexualidad, pudiendo conllevar incluso una condena a pena de muerte.

En la práctica española, este obstáculo relacionado con la capacidad nupcial ha sido coherente, de nuevo, con la tendencia garantista aplicable a las relaciones nacionales, lo que se traduce en la aplicación del Derecho español a la determinación de la capacidad de estas personas, que verían negado su *ius connubi* por estos motivos de aplicarse la ley de su nacionalidad a esta cuestión (R-Cir. DGRN de 29 de julio de 2005⁴). Nótese al respecto que este razonamiento ha salvado de momento el problema suscitado en este ámbito, pero lo deseable sería que en algún momento el legislador español regulara la dimensión internacional de los matrimonios homosexuales.

Se ha señalado con acierto que estamos realmente ante un problema de existencia, aceptación

o rechazo de un modelo matrimonial civil y no tanto ante un problema de capacidad, de ahí que lo más lógico sería combinar una norma de competencia internacional de autoridades con una norma de conflicto basada en la *lex loci celebrationis* para los requisitos de formación del matrimonio. Por el contrario, hacer uso de la excepción de orden público para evitar la aplicación de leyes foráneas discriminatorias en este ámbito supone hacer de la excepción una regla general (porque la mayoría de países aún prohíben este tipo de matrimonios), lo que sólo puede significar que la norma principal está mal formulada (Quiñones Escámez, 2006: 503).

II.2. El acceso al registro de los matrimonios internacionales.

Vistos los diferentes aspectos relacionados con la celebración de los matrimonios internacionales, queda por abordar en relación con esta institución la posibilidad de inscribirlos en los Registros Civiles de países diferentes al de su celebración. En otras palabras, se trata de esclarecer el reconocimiento en un país de un matrimonio que ha sido celebrado en otro, a los efectos de que los ciudadanos puedan disfrutar de la continuidad de su estado civil en las relaciones transfronterizas.

Desde la perspectiva española, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 1.9 de la Ley del Registro Civil (LRC)⁵ deberán inscribirse en dicho Registro los hechos concernientes al estado civil de las personas que determina la ley, entre ellos, el matrimonio. Y desde la perspectiva internacional-privatista interesa igualmente el artículo 15 LRC, según el cual en el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y

4 BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005.

5 BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.

a los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros, inscribiéndose en todo caso los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el Derecho español.

Partiendo de esta base, anteriormente ya se calificaba el reconocimiento de los matrimonios internacionales como “complicado”, empezando por las trabas burocráticas y administrativas que se exige a los ciudadanos para solicitar la inscripción con base en la aportación de documentos públicos extranjeros (legalización o Apostilla, copias simples o compulsadas, traducciones...), situación que acompaña tanto a los matrimonios heterosexuales como a los homosexuales, que se agrava en el caso de los homosexuales ante la heterogeneidad normativa de esta clase de uniones en el Derecho comparado y la infranqueable barrera del orden público internacional de los países que no reconocen este tipo de uniones.

Ya es posible vaticinar pues que los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España no podrán registrarse como tales en países que no permitan este tipo de uniones (ostentando en consecuencia un estado civil diferente en sus relaciones transfronterizas), si bien en algunos podrán ser inscritos como parejas de hecho allí donde se permitan las uniones civiles entre personas del mismo sexo, o al menos en otros generarán ciertos efectos aunque no se reconozcan como institución (Álvarez González, 2006: 62). A la inversa, lógicamente, no se planteará tal dificultad, pudiéndose inscribir en España los matrimonios homosexuales celebrados en otros países.

III. Parejas de hecho internacionales: principales problemas y algunas soluciones.

Las parejas de hecho reciben un tratamiento desigual en el panorama comparado, donde es posible apreciar diferentes niveles de reconocimiento, desde la negación absoluta de efectos jurídicos hasta su equiparación a los matrimonios. España se encuentra dentro de la categoría de países que ha visibilizado social y jurídicamente esta forma de unión civil, otorgando un cierto reconocimiento a las parejas de hecho, tanto a las heterosexuales como a las homosexuales, si bien el régimen es fragmentado y en ocasiones desigual como consecuencia de una regulación heterogénea, con normas de origen estatal y autonómico o regional, que conviven dentro del territorio español.

El Derecho positivo español mantuvo tradicionalmente una postura de rechazo frente a las uniones extramatrimoniales, posición que ha evolucionado positivamente con el tiempo hacia un reconocimiento cada vez más extenso de efectos derivados de este tipo de uniones. A la hora de analizar las posibilidades de regulación de las parejas de hecho se han identificado dos modelos: la regulación parcial de algunos efectos jurídicos, o la atribución de una normativa específica dirigida a regular las cuestiones principales de este modo de convivencia (Mesa Marrero, 2000: 67). El caso español podría identificarse con ambos.

Como señalaba anteriormente, la regulación de las parejas de hecho en el Derecho español se encuentra fragmentada en legislación estatal y regional. Y mientras la legislación estatal sobre la materia responde al primer modelo –un creciente conjunto de normas de ámbito estatal prevé hoy

ciertos efectos jurídicos para las parejas de hecho en diferentes ámbitos (civil, penal, extranjería, seguridad social, técnicas de reproducción asistida, arrendamientos urbanos...)-, la regional se identifica con el segundo, con base en la adopción de leyes específicas en gran parte de las Comunidades Autónomas españolas (Alonso Pérez, 2007: 92) cuya conformidad con la Constitución Española ha sido cuestionada al considerar que su contenido excede de la competencia atribuida por la misma a las Comunidades Autónomas (Murillo Muñoz, 2006: 471 y ss).

En todo caso, mientras no se declaren inconstitucionales, cubren una parcela a la que no ha llegado todavía el Derecho estatal, aplicándose en circunstancias diferentes relacionadas con la residencia de las partes, su empadronamiento en municipios de una determinada región o su vecindad civil. Algunas requieren además un periodo de tiempo determinado de convivencia.

Por ejemplo, la reciente Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana exige que al menos uno de los miembros de la pareja ostente vecindad civil valenciana. Por su parte, la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía requiere que al menos uno de los miembros tenga su residencia habitual en un municipio de esta Comunidad Autónoma. O la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, que exige al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad. Bastará la mera convivencia cuando la pareja tuviera descendencia en común, pero en todo caso los dos miembros de la pareja de hecho han de estar empadronados en alguno de los ayunta-

mientos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Cabe advertir no obstante que la normativa sobre parejas de hecho vigente en España, sea de origen estatal o regional, no aborda los problemas propios de la dimensión internacional de las parejas de hecho. No excluye en principio a los extranjeros para la formación de este tipo de uniones, pero no resuelve aspectos como, en primer lugar, la determinación de cuál sea la ley aplicable a la validez o existencia de las parejas no casadas en los supuestos internacionales y, en segundo lugar, la continuidad transfronteriza de este tipo de uniones, esto es, su eventual reconocimiento en un país distinto a aquel en que se constituyeron, cuestión compleja que encuentra obstáculos similares a los mencionados en el supuesto de los matrimonios homosexuales ante la heterogeneidad normativa existente en el panorama comparado.

Para la consideración de estas cuestiones debemos acudir pues a las soluciones doctrinales formuladas ante esta laguna legal, que se suman a algunas propuestas procedentes de organizaciones internacionales que han trabajado sobre esta materia.

III. 1. La dimensión internacional de las parejas de hecho.

Diversas organizaciones internacionales con protagonismo en la codificación internacional del Derecho internacional privado se han interesado por la dimensión internacional de las parejas de hecho. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por ejemplo, viene prestando atención a este problema desde 1987 (Comité Guillemet, 2001: 311), si bien no ha llegado por el momento a proponer un texto legislativo.

Por el contrario, dentro de la labor de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) se ha elaborado el Convenio n° 32 relativo al reconocimiento de uniones de hechos inscritas, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007. De hecho, España es el único país que ha ratificado este instrumento de momento -con fecha 4 de agosto de 2010-, por lo que aún no ha entrado en vigor.

Por su parte, la Unión Europea se ha interesado por las uniones registradas de forma paralela al tratamiento del régimen económico matrimonial. En ambas materias contamos hoy con dos Propuestas de Reglamento de 16 de marzo de 2011. En particular respecto del tema que nos ocupa, es necesario mencionar la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁶.

Es pues evidente el interés que este tema ha suscitado en las organizaciones que participan en la codificación del Derecho de familia internacional, pero se trata de propuestas legislativas no vigentes en este momento, por lo que la ausencia de normativa sobre la materia nos obliga a centrarnos a continuación en las soluciones doctrinales dirigidas a resolver fundamentalmente dos problemas.

Por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a la existencia de las parejas de hecho, y descartada por el momento la solución óptima, esto es, elaborar una norma de conflicto propia para las parejas de hecho que se basara principalmente en la autonomía de la voluntad de las partes, la doctrina se muestra dividida. Algunos

autores se inclinan por una aplicación analógica de las normas reguladoras del matrimonio, pero parece sensato pensar que aquellos que decidieron no contraer matrimonio tampoco querrán que se les aplique el estatuto matrimonial.

Una segunda opción pasaría por hacer prevalecer los elementos contractuales de este tipo de uniones y aplicar en consecuencia las normas conflictuales de los contratos internacionales, lo que en el caso europeo pasaría por designar la ley aplicable a este tipo de uniones en virtud del Reglamento (CE) N° 593/2008 del parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁷.

Otros, por el contrario, defienden que al tratarse de un modelo de familia, debe aplicarse el artículo 9.1 CC, según el cual los derechos y deberes de familia deben regirse por la ley nacional como ley personal, aunque esta tesis únicamente serviría en caso de ley nacional común y manteniendo el “efectos expansivo” de dicha disposición, hoy en declive.

Además, en todas las propuestas anteriores parece olvidarse que en el caso de las parejas registradas ya ha intervenido una ley, en virtud de la cual se han constituido, que debiera tenerse en cuenta en su dimensión internacional. Así pues, parece conveniente que, a falta de una regulación expresa, se diferencie entre las parejas inscritas y las no inscritas, considerando que la ley aplicable en el primer caso debería ser la ley del registro en virtud de la cual se constituyó legalmente, como ley que la hizo nacer (Abarca Junco, 2012: 114-155).

6 COM(2011) 127 final.

7 DOUE L 177, de 4 de julio de 2008.



Y en relación con las no inscritas, o parejas de hecho “informales”, cabría plantearse qué ley presenta una vinculación más estrecha con la pareja en cuestión. La respuesta más razonable a mi entender es la ley de la residencia habitual común de los miembros de la pareja, y, en ausencia de ésta, será necesario valorar las circunstancias del caso para aplicar finalmente la ley que presente los vínculos más estrechos con la situación privada internacional.

Por último, en relación con los efectos derivados de la convivencia de hecho, aquéllos que cuentan con una normativa propia deberían regirse por la misma, como es el caso, por ejemplo, de la determinación de derechos sucesorios (artículo 9.8 CC) y la eventual reclamación de alimentos (Reglamento (CE) N° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁸).

III.2. El reconocimiento transfronterizo de las parejas de hecho.

Tal y como se señalaba con anterioridad, el reconocimiento transfronterizo de las parejas de hecho queda condicionado y limitado por la disparidad legislativa existente sobre esta materia. Como punto de partida, la continuidad de este “estado civil” se sujeta en primer lugar, a la existencia de la misma figura en el Estado de destino; y, en segundo lugar, a los requisitos exigidos por su legislación para su posible registro.

En el caso de España, el reconocimiento de las parejas de hecho inscritas en otros países se ve

afectado por dos factores. Por un lado, la ausencia de una normativa estatal sobre el registro de este tipo de uniones, y, por otro lado, la existencia de normativas regionales. Este panorama legislativo conlleva la necesidad de analizar dos opciones con vistas a dilucidar la eventual inscripción de parejas de hecho constituidas en otros países. Primero, el acceso al Registro Civil, y, segundo, el acceso a los registros constituidos por las distintas normativas autonómicas.

a) En primer lugar, por lo que respecta a la inscripción en el Registro Civil español de parejas inscritas en otros países, resulta necesario volver a lo contemplado por el artículo 15 LRC, según el cual tendrán acceso al Registro Civil los hechos inscribibles que afectan a los españoles y a los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros, inscribiéndose en todo caso los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el Derecho español. A partir de esa necesaria conexión con el país para tener acceso al Registro Civil, la cuestión que se plantea a continuación pasa por determinar si estamos ante un “hecho inscribible”, para lo que necesitamos retomar el artículo 1 LRC, en cuya enumeración se confirma que no figuran las parejas de hecho.

A pesar de ello, resulta interesante destacar que la mayoría de la doctrina defiende que se trata de una enumeración *numerus apertus*, siendo para algunos la solución más “razonable” si se aplica el método de la equivalencia funcional. Se trataría de discernir si la pareja registrada extranjera es equivalente al matrimonio que sí tiene acceso al Registro Civil español, lo que exigiría un estudio de la institución extranjera para determi-

8 DOUE L 7, de 10 de enero de 2009.

nar si guarda una suficiente correspondencia con la institución del foro. Ciertamente es que el Tribunal Constitucional (TC) español ha señalado la imposibilidad de considerarlas como una realidad “equivalente” al matrimonio (STC de 8 de febrero de 1993), pero algunos entienden que si se concluye la equivalencia entre la institución extranjera y la matrimonial española de modo positivo, la pareja debería tener acceso al Registro (Soto Moya, 2013: 74).

b) En segundo lugar, en relación con los registros regionales, tras una lectura de las distintas normativas autonómicas se evidencia cómo algunas hacen referencia a la coordinación de registros nacionales (por ejemplo, artículo 27 del Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia; artículo 4.5 y 6 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco), pero no se menciona en ninguna de ellas el acceso de parejas inscritas en otros países. Por ello, entendemos que la opción se reduce a solicitar la inscripción *ex novo* de la pareja de hecho en el territorio en cuestión, lo que será posible como regla general para los extranjeros, con algunas excepciones.

Efectivamente los requisitos generales de inscripción contemplados en las distintas normativas permiten extraer que los extranjeros pueden concluir parejas de hecho en España como regla general. A modo de ejemplo, la anteriormente mencionada Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía no menciona a los extranjeros como miembros de la pareja pero simplemente requiere que al menos uno de ellos tenga residencia habitual en un municipio de dicha Comunidad. También lo permite impli-

citamente la referida Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, que exige como vínculo con la región el empadronamiento de los dos miembros de la pareja en alguno de los ayuntamientos de dicha Comunidad Autónoma, independientemente por tanto de su nacionalidad.

En otras leyes, no obstante, aunque en un número minoritario, sí se plantean limitaciones de acceso a esta institución para los extranjeros cuando para la inscripción en una determinada región se exige la vecindad civil de los miembros de la pareja, condición que sólo ostentan los españoles. Por ejemplo, en Galicia, de acuerdo con la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia y el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, se exige, además de otros requisitos, que al menos uno de los miembros de la pareja ostente la vecindad civil gallega. De igual modo, en la mencionada Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana exige que al menos uno de los miembros ostente vecindad civil valenciana, por lo que en estas dos Comunidades no se permite inscribir parejas formadas por dos miembros extranjeros, ya que ninguno de ellos tiene la vecindad civil requerida.

IV. La maternidad subrogada: una realidad social por regular en el Derecho internacional privado.

Un fenómeno tan reciente como el de la maternidad subrogada o la gestación por sustitución exige en primer lugar una aproximación a su concepto. Son muchas las definiciones que se han acuñado para identificar esta realidad y otras



tantas las clasificaciones propuestas dentro de la misma por lo que me inclino por una noción que abarque a grandes rasgos todas ellas, en virtud de la cual se trataría de un acuerdo privado entre particulares previo a la concepción, por el cual una parte acuerda llevar a término un embarazo y entregar el recién nacido a la otra parte renunciando a la filiación que se le pueda atribuir, en su caso, de tal forma que los derechos y obligaciones que ésta conlleva corresponderán a los padres que han solicitado la gestación, y no así a la madre gestante, con quien se romperá el vínculo jurídico con el menor.

Como decía, son múltiples las modalidades de maternidad subrogada previstas, dependiendo de las legislaciones de los distintos países y, en ocasiones, de los acuerdos concluidos por las partes dentro o fuera de la legalidad. Así, en determinadas ocasiones mediará un contrato, en otras no (casos entre familiares, o por amistad); se realizará por medio de precio (con lucro), o de forma gratuita (cubriendo estrictamente los gastos propios de un embarazo y del parto); se aportará o no material genético de los padres solicitantes; y por medio de agencias (es una realidad que alrededor de esta práctica ha crecido todo un mercado que beneficia a determinadas agencias que se ofrecen como intermediarias en los procesos) o directamente entre particulares.

Al mismo tiempo, dado que es una materia controvertida y regulada de forma muy diferente según los países (allí donde es regulada), no resulta difícil encontrar argumentos a favor y en contra del recurso a la maternidad subrogada.

a) Comenzando por las manifestaciones a favor, esta práctica permite tener hijos genéticos a

muchas personas que no tienen esta opción por otros medios. Al mismo tiempo, no parece que se justifiquen las críticas cuando se desarrolla por lazos de amistad o familiares, e incluso si supone unos ingresos extra a una mujer adulta que decide conscientemente emprender esta maternidad, de manera informada y libre. En relación con las parejas de homosexuales, además, es una puerta abierta a la maternidad que se cierra en las otras alternativas, por motivos biológicos e incluso sociales y legales en el caso de las adopciones. En España, por ejemplo, tienen reconocido el derecho a adoptar per la barrera se encuentra en muchos países de origen de los niños, que no permiten adoptar a parejas del mismo sexo. Por último, no se termina de entender por qué esta práctica debería prohibirse en los países en los que, como España, se admite la donación de material genético para la reproducción. Este razonamiento impediría la alegación del orden público contra la maternidad subrogada.

b) En cuanto a los argumentos en contra de la maternidad subrogada, algunas voces aseguran que se utiliza a los bebés como un producto, sobre todo en la modalidad onerosa, en la que media un precio por el servicio. El motivo anterior se refuerza además con la intervención de agencias, que ha transformado esta práctica en un negocio lucrativo para éstas. Asimismo, se aduce que la distancia geográfica existente en los casos internacionales entre los padres comitentes y las madres gestantes sólo puede ser perjudicial, ante la falta de contacto entre unos y otros y la ausencia de seguimiento continuado del embarazo ante cualquier eventualidad. Se alega también que existiendo ya la figura de la adopción no se justifica recurrir a la maternidad subrogada (aunque ya hemos advertido cómo personas y parejas homosexuales tienen muy

restringida esta posibilidad en la práctica aunque la tengan reconocida legalmente). Para terminar, uno de los argumentos en contra más recurrentes y menos fundados: criterios morales y religiosos que niegan métodos de reproducción diferentes a los “tradicionales”.

Así pues, se invocan argumentos a favor y en contra de esta práctica. Pero en un sentido o en otro, lo cierto es que existe. En aquellos países en que se prohíbe, los padres viajan a otros donde se permite -pasando a interesar este tema al Derecho internacional privado-, siendo éste precisamente el caso de España. Veamos cómo se ha abordado esta problemática.

IV.1. La maternidad subrogada desde la perspectiva española.

La gestación por sustitución se reguló por primera vez en España en el año 1988. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida dedicó un artículo a su regulación, que después se reproduciría en posteriores leyes: la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que derogaba la anterior de 1988, y la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida⁹.

Se trata concretamente del artículo 10 –la única disposición consagrada a esta realidad en todo el ordenamiento jurídico español-, que lleva por título de “Gestación por sustitución”, y en cuyo apartado primero se indica que “*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”. Además, el mismo

artículo especifica en su apartado segundo que “*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”, estableciendo pues en todo caso la filiación de estos menores a favor de la mujer gestante e imposibilitando cualquier opción a los comitentes. Por último, este mismo artículo dedica un tercer apartado a la acción de la reclamación de paternidad biológica en estos casos, que “*queda a salvo (...) respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”.

Por lo tanto, la respuesta del Derecho español frente a este fenómeno es parca y exclusivamente negativa. El contrato se declara nulo de pleno derecho, y hay quien incluso opina que es inconstitucional (cf. Lledó Yagüe, 1988: 148). A mi entender, esta regulación es, además de equivocada¹⁰, insuficiente para responder a un fenómeno social necesitado de regulación. Para empezar, no se aporta una definición que aclare ante qué figura nos encontramos, y mucho menos distingue los diferentes tipos de maternidad subrogada existentes. Simplemente se limita a prohibirla, declarando la nulidad de pleno derecho del contrato y determinando la maternidad a favor de la mujer gestante, obviando que existe otra parte en dicho acuerdo, los padres comitentes. Paradójicamente, la ley determina la maternidad a favor de quien no quiere ejercerla, y se la niega a quien la pretende. Entiendo que no mueve al legislador español necesariamente el afán de proteger la dignidad de la mujer portadora o el aprovechamiento de su cuerpo con fines meramente reproductivos, lo cual, por otra parte, no dejaría de ser una pos-

10 En contra, Rivero Hernández (2010: 376). Según este autor, “la función que más se acerca a la madre [...] es de la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación (no sólo biológica sino psíquica, afectiva, llena de emociones, al parecer compartidas)”.

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

tura excesivamente paternalista. Tampoco parece motivado por el principio del interés superior del niño. Intuyo motivos más culturales, o tradicionales, sino de corte religioso.

En todo caso, se trata de un tema que ha irrumpido no hace tanto en la opinión pública, aunque hace más de 20 años que se considera que los españoles vienen haciendo uso de esta posibilidad, desde la llegada del primer bebé a España en los años 90 del siglo XX. También las autoridades españolas llevan enfrentándose a problemas relacionados con la filiación en el uso de técnicas de reproducción asistida desde hace unos años, dándose la primera Resolución de la DGRN sobre la materia de 5 de junio de 2006 (De la Iglesia Monje, 2011: 1670). Pero el impacto mediático sobre la maternidad subrogada y, con éste, el debate social y doctrinal surgió unos años más tarde cuando empezó a denegarse el registro de hijos de homosexuales en los Registros Civiles consulares españoles de los países en los que se contrataba la gestación y nacían los niños¹¹.

El caso más conocido ha sido el de un matrimonio de varones valencianos, que contrató la gestación de sus gemelos en 2009 en California, por medio del material genético de uno de ellos, y a los que se denegó la inscripción de los niños en el Registro Civil consular de Los Ángeles. La pareja recurrió esta decisión ante la DGRN, organismo que ordenó la inscripción de la filiación. Posteriormente, la Fiscalía volvió a recurrir esta decisión, conociéndose el caso posteriormente en diversas instancias judiciales, que confirmaron la denegación del Consulado. Hoy, este asunto se encuentra en fase de recurso ante el Tribunal Su-

premo, colocando a los menores en una situación de incerteza jurídica en términos de filiación y nacionalidad, aunque otras personas en la misma situación ya han conseguido inscribir a sus hijos españoles como propios y ya han empezado a reconocerse permisos de paternidad / maternidad por algunos tribunales.

Es una constatación que ante la prohibición de la ley, los ciudadanos españoles han viajado a otros países (Estados Unidos, India, Rusia...) para satisfacer su anhelo de ser padres por medio de esta técnica. Los problemas surgidos en la práctica con la utilización de esta posibilidad en el extranjero conllevaron que las autoridades españolas tuvieran que pronunciarse sobre los eventuales efectos que pudiera desplegar en el Estado español. A falta de normativa expresa sobre el particular, al menos se dictaron ciertas directrices en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución¹², dictada como reacción al mencionado caso de los gemelos nacidos en California (Álvarez González, 2010: 342). Su objetivo esencial era dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor y otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres gestantes.

IV.2. El acceso al Registro de los nacidos mediante maternidad subrogada: la Instrucción de la DGRN de 5 octubre de 2010.

En la Instrucción de 5 de octubre de 2010 la DGRN reconoce que ciudadanos españoles han interpuesto recurso ante la misma contra resolu-

11 <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/recortes-de-prensa.html>

12 BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

ciones de distintos encargados de Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna.

Frente a esta situación, el organismo directivo consideró que resultaba necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida, valorando los intereses del menor y de las madres gestantes, estableciendo la necesidad de abordar, al menos, tres aspectos igualmente importantes:

a) En primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento;

b) En segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y;

c) En tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹³, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional¹⁴, así como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

13 BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

14 BOE núm. 312, de 29 de Diciembre de 2007.

Partiendo de estas premisas, mediante esta Instrucción se fijaron las directrices para los Encargados del Registro Civil, teniendo en cuenta que el impacto de los valores y principios no son los mismos en el ámbito interno que en el internacional, y que, en suma, la coherencia interna de un ordenamiento no es el mismo en sede de “constitución” que de “reconocimiento” (Guzmán Zapater, 2010: 735), esto es, en el momento de la creación de una situación en el territorio nacional que en el de la aceptación de efectos de situaciones creadas en el extranjero.

Como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución se estableció la presentación de una resolución judicial dictada por Tribunal competente, con la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

La resolución extranjera debe ser reconocida en España en aplicación de los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en virtud de los cuales será necesario ins-



tar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

Claro lo anterior, la Instrucción advierte que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

V. La sustracción internacional de menores: regulación actual.

El fenómeno de la globalización, la desaparición de fronteras y la oportunidad de movilidad que han ido adquiriendo los ciudadanos con el tiempo han incrementado las relaciones entre personas de distintas nacionalidades y/o residentes en países diferentes, lo que en el ámbito del Derecho de familia ha supuesto un aumento en el número de parejas formadas por sujetos con aquellas características, dando lugar, con ello, a rupturas con elementos de extranjería, las cuales, a su vez pueden conllevar casos de sustracción internacional de menores.

Se trata de una materia objeto de regulación de distintos instrumentos jurídicos de fuente diversa, tanto internacionales como nacionales, que contemplan definiciones, más o menos próximas, de los aspectos clave de este fenómeno. Nos

apoyaremos en el Convenio de La Haya de 1989 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en vigor actualmente en 90 países del mundo¹⁵ entre los que se encuentran España¹⁶ y Costa Rica, para proporcionar la noción de “traslado o retención ilícito de un menor”. De esta suerte, en virtud del artículo 3, “*El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:*

a) *cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*

b) *cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.*

Tanto en España como en Costa Rica se han producido esta clase de situaciones. Podríamos recordar el asunto Tomayko en el país centroamericano, que supuso una situación de crisis con Estados Unidos, o el más reciente de los acontecidos en el país europeo, precisamente en Valencia, sobre tres menores de padres mexicano y española sustraídos de México a España. También en esta tierra es muy conocido el caso de una abogada valenciana que se encuentra actualmente en prisión en Nueva Jersey por haber sustraído su hija

¹⁵ Estado actual actualizado en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=24

¹⁶ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

a España contraviniendo una sentencia estadounidense que atribuía la custodia al padre –de fallo contrario a una previa sentencia española que la atribuía a la madre-. Y resulta necesario destacar también las dificultades añadidas que se dan en los supuestos en que los menores son trasladados a países de corte cultural diferente al de su residencia habitual. La relación con los países de tradición musulmana puede ser especialmente compleja, teniendo en cuenta el papel reservado a la mujer en la sociedad y en la ley islámicas.

Señalaba anteriormente que la sustracción internacional de menores se regula actualmente por diversos instrumentos jurídicos. Ya he mencionado el Convenio de La Haya de 1980, que ha instaurado un sistema de Autoridades Centrales que ha permitido tejer una amplia red internacional en uno de los convenios más exitosos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y, de hecho, de cuantos instrumentos internacionales se han adoptado en esta disciplina. Me centraré ahora brevemente en otros textos internacionales.

En el ámbito europeo, destaca el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹⁷, que entró en vigor en marzo de 2005 y respecto del cual se ha dicho que tiene un carácter “doblemente doble” por razón de la materia y de los sectores que abarca en su articulado (Espinosa Calabuig, 2007: 26). Mediante la regulación de la retención ilícita de menores por el Reglamento 2201/2003 se busca atenuar los distintos resultados que puedan producir dichas retenciones o

traslados siempre que se produzcan en el ámbito de los Estados Miembros, actualmente 28 con la reciente adhesión de Croacia, además de desarrollar la orden de restitución inmediata ya contemplada en el mencionado Convenio de La Haya de 1980 y establecer reglas de distribución de la competencia judicial internacional de los tribunales europeos ante estas situaciones.

Por otro lado, también en el ámbito europeo resulta necesario mencionar el Convenio Europeo de Luxemburgo de 1980, elaborado en el seno del Consejo de Europa, organización internacional con sede en Estrasburgo (Francia). Este instrumento presenta la misma finalidad que el Convenio de La Haya de 1980, pero se diferencia en el recurso al exequátur de las decisiones relativas a la custodia de menores a través de un procedimiento simple y rápido como medio de resolver los problemas de *legal kidnapping*. A pesar de ello, su aplicación en la práctica es escasa porque ha sido superado en eficacia por el Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003 (Calvo Carrascosa González, 2008: 118).

Y finalmente, llamar la atención sobre la posibilidad de que algunos países hayan firmado acuerdos bilaterales en aras a una pronta resolución de estas crisis entre ellos, como es el caso del Convenio entre el reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores¹⁸. El artículo 2 del Convenio hispano-marroquí de 1997 señala que para la aplicación del mismo es necesario que se cumplan tres requisitos: que el menor tenga una edad inferior a dieciséis años, que no se encuentre

17 DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

18 BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997.



emancipado y tenga nacionalidad española o marroquí.

Bibliografía.

Abarca Junco, A.P. (2012): *Derecho internacional privado, vol. II*. Madrid: UNED.

Alonso Pérez, J.I. (2007): *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea*. Barcelona: Bosch.

Álvarez González, S. (2006): “El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho español: perspectiva internacional”, p. 62. En Navas Navarro, S. (ed.): *Matrimonio homosexual y adopción*. Madrid: Reus.

Álvarez González, S. (2010): “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, p. 342.

Arenas García, R. (2006): “Transexualidad y matrimonio en el Derecho internacional privado (Comentario a la resolución de la DGRN de 24 de enero de 2005)”, pp. 191-198. En Navas Navarro, S. (ed.): *Matrimonio homosexual y adopción*. Madrid: Reus.

Azcárraga Monzonís, C. (2011): “Situaciones privadas internacionales: una puerta abierta a la discriminación por razón de género”, p. 224. En Fabregat Monfort, G.: *Mujer y Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2008): *Derecho de familia internacional*. Madrid: Colex.

Carrascosa González, J. (2003): “Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 21, p. 128.

Comte Guillemet, N. (2001): “Las parejas no casadas ante el DIPr”, p. 311. E Calvo Caravaca, A.L. e Iriarte Ángel, J.L.: *Mundialización y familia*. Madrid: Colex.

De la Iglesias Monje, M.I. (2011): “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 725, p. 1670.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2012): *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia, vol. III, Tomo I*. Madrid: Tecnos.

Espinosa Calabuig, R. (2007): *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*. Madrid: Marcial Pons.

Esplugues Mota, C. (2012): “Matrimonio: celebración y relaciones entre los cónyuges”, pp. 353-371. En Esplugues Mota, C. e Iglesias Buhigues, J.L.: *Derecho internacional privado*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Guzmán Zapater, M. (2010): “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *Anuario Es-*



pañol de Derecho Internacional Privado, t. X, p. 735.

Lledó Yagüe, F. (1988): *Fecundación artificial y Derecho*. Madrid: Tecnos.

Mesa Marrero, C. (2000): *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Cizur Menor: Aranzadi.

Murillo Muñoz, M. (2006): *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea*. Madrid: Dykinson.

Quiñones Escámez, A. (2006): “Límites internacionales a la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo”, p. 503. En Lasarte, C. (ed.): *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*. Madrid: El Derecho.

Rivero Hernández, F. (2010): “La filiación derivada de procreaciones asistidas”, p. 376. En LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir): *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia*. Barcelona: Bosch.

Soto Moya, M. (2013): *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

CRITERIOS PARA REDACCIÓN DE ENSAYOS

A partir del próximo número, la Revista El Foro recibirá los ensayos y artículos estructurados bajo los lineamientos que dicta su nueva condición de Revista Científica. Estos criterios y estándares de calidad responden al formato de publicaciones científicas seriadas por Latindex, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

- Solamente se recibirá trabajos de investigación, comunicación científica o creación originales e inéditos.
- Deberá proporcionarse el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo.
- Título en negrita, en letras mayúsculas y minúsculas, justificado a la izquierda.
- Resumen del contenido en español e inglés -no más de 12 líneas-.
- Debe incluir palabra clave en dos idiomas.
- Cuerpo de texto con subtítulos con letra normal negrita para los principales y normal para los secundarios, justificados a la izquierda.
- Letra tamaño 11, tipo Arial, a espacio y medio no justificado.
- Extensión no menor de 10 ni mayor de 15 páginas. En casos especiales, en consideración de la importancia del tema, el Consejo Editorial podrá hacer excepciones en cuanto a la extensión.
- Uso razonable de las notas al pie de página.
- El artículo tendrá: introducción, desarrollo y conclusión, pero se respetará otro tipo de redacción, según la escogencia científica del autor.
- Las frases o palabras que deban resaltarse van en itálica al igual que los nombres científicos y palabras en otro idioma.
- Las ilustraciones, gráficos y fotografías deben adjuntarse en hojas y archivos separados con las indicaciones respectivas con muy alta resolución. No deben enviarse digitalizados por escáner.
- Las citas y bibliografía deben aparecer al final del documento bajo el formato APA disponible en:
http://www.cimm.ucr.ac.cr/cuadernos/documentos/Normas_APA.pdf.





Teléfono: (506) 2202-3600

De la rotonda de las Garantías Sociales 200 m oeste y 100 m norte. Zapote, San José

www.abogados.or.cr