

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

Número 3, Época I, septiembre diciembre 2013

ISSN: 2340-4647



IURE LICET
ABOGADOS

Dykinson, S.L.

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

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

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad (REDS).

IURELICET ABOGADOS (Área de Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2340-4647

REVISTA DE DERECHO EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)

NÚMERO 3, ÉPOCA I, OCTUBRE 2013– ENERO 2014

IURELICET

ABOGADOS

DYKINSON , S.L.

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad
(REDS).

IURELICET ABOGADOS (Área de
Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista
en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOIA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Encargado de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SECRETARÍA TÉCNICA

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado especialista en Derecho Penal Económico

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Encargado de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado especialista en Derecho Penal Económico

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

MARIA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

LUIS GARAU JUANEDA

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

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

Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Coruña

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA

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

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ CORTÁZAR

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

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

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

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

Universidad de Granada

Vocales:

CARME CHACÓN PIQUERAS

ExMinistra de Defensa y Vivienda. Professor in Residence en Miami Dade College

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

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

LEOPOLDO CALVO- SOTELO IBAÑEZ-MARTIN

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Master en The Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University. Ex Secretario General del Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales del Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones. Ex Subsecretario del Ministerio del Interior, Letrado Mayor de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

CAMILO CELA CONDE

Director del Laboratorio de Sistemática humana

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

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

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

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

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

Juez Honorario en el Tribunal de Perugia . Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.

Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

GUILLERMO OLIVEIRA

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

Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA

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

Universidad de Lisboa

EDUARDO VERACRUZ PINTO

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

Universidad de Lisboa

RAÚL CERVINI

Catedrático de Derecho Penal y Encargado de Posgrados e Investigaciones Internacionales

Universidad Católica del Uruguay

ARNEL MEDINA CUENCA

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

MAYDA GOITE PIERRE

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

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

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

Universidad de La Habana

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

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

Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

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

Universidad de Costa Rica y Universidad Latina

AGUSTÍN LUNA SERRANO

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

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR RUIZ DE AGUIRRE

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

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

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

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Catedrático de Derecho Civil. Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

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

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

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

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ CHARTERINA

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

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

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

Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Directora del Instituto Universitario de Investigación en Mediación y Gestión de conflictos de la UCM (IMEDIA). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

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

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

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

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOBER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

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

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

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

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

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

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

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

Universidad Pablo de Olavide

JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

INDICE

1.- ALBERTO PALOMAR OLMEDA

- Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

LA LEGISLACIÓN CONTRA EL DOPAJE EN ESPAÑA

2.- MIGUEL ABEL SOUTO

- Profesor titular de Derecho penal. Universidad de Santiago

METODOLOGÍAS DOCENTES ACTIVAS EN DERECHO PENAL Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE RECURSOS DE APRENDIZAJE QUE FACILITEN EL TRABAJO AUTÓNOMO

3.- ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

- Doctoranda en Derecho Civil. Investigadora. Universidad de Deusto

EL CONCEPTO DE WRONGFUL BIRTH Y SU INHERENTE PROBLEMÁTICA. UNA POLÉMICA DEL PASADO Y DEL PRESENTE.

4.- ANA MARIA GIL ANTÓN

- Grupo de Investigación de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR)

LA PRIVACIDAD DEL MENOR EN INTERNET

5.- LUIS JAVIER CUENCA LÓPEZ

- Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada. Máster Universitario en Seguridad Integral en la Edificación y Arquitecto Técnico.

CONSTRUCCIÓN INDUSTRIALIZADA. EL SUELO COMO MATERIA PRIMA. INDUSTRIALIZED CONSTRUCTION. THE LAND AS A RAW MATERIAL.

6.- M^a ISABEL CABRERA CEPEDA

- Servicio Andaluz de Salud. Trabajadora Social.

VALORACION DE LOS PROFESIONALES DEL DISTRITO SANITARIO ALJARAFE SOBRE LOS TALLERES DE SENSIBILIZACIÓN DEL MALTRATO CONTRA LAS MUJERES 2010-2012.

7.- ENRIQUE GADEA SOLER

- Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Deusto

LA SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES: EL CASO PARTICULAR DE LAS FUSIONES HETEROGÉNAS

8.- CARLOTTA LATTINI

- Abogada y profesora asociada de Historia del Derecho Medieval y Moderno en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de los Estudios de Camerino (Italia).

EL ESPÍRITU EGOÍSTA DE AQUÉL DERECHO". NICOLA COVIELLO Y LA CIENCIA JURÍDICA ITALIANA ENTRE INDIVIDUALISMO Y SOLIDARISMO-

9.- KRYSZYNA WOJCIK RADKOWSKA

- Profesora contratada en Ciencias del Derecho de la Universidad de Deusto

CAMINOS DE EVOLUCIÓN DEL DERECHO HACIA LA POSTMODERNIDAD

10.- FIRMA INVITADA: D. PIER LUIGI MARIA DELL'OSSO

- Fiscal General Antimafia de Italia

ORGANISED CRIME GLOBALISATION AND ITS LINKS WITH INTERNATIONAL TERRORISM

11.- DAVID LORENZO MORILLAS FERNANDEZ

- Profesor Titular en Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES VARIABLES DE LA DELINCUENCIA JUVENIL EN ESPAÑA

RECENSIONES

1.- OSCAR MONJE BALMASEDA

- Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Deusto

MANUAL SOBRE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

2.- FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

- Catedrático Derecho Civil Universidad de Deusto. Abogado

EL REPARTO DE BIENES Y DEUDAS ENTRE CONYUGES EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL

3.- IGNACIO LLEDÓ BENITO

- Abogado Penalista

EL DOPAJE EN EL DEPORTE: COMENTARIOS A LA LEY ORGANICA 3/2013 DE 20 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL DEPORTISTA Y LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN LA ACTIVIDAD DEPORTIVA (AAVV)

4.- IGNACIO LLEDÓ BENITO

- Abogado Penalista

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

5.- ANTONIO JESÚS YUGUEROS GARCÍA

- Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

**MENORES, JÓVENES Y JUSTICIA. ENTRE LA PRÁCTICA Y LA REFLEXIÓN SOBRE
LA EDUCACIÓN Y LA VIOLENCIA**

“MIRABILIA”

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE INMUEBLES Y ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS A UNA LEY (1/2013 DE 14 DE MAYO) QUE NO SOLUCIONA LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS.

En la actualidad, pese a las consideraciones de orden económico financiero y de las normas cada vez más restrictivas que marcan las diferentes normativas supraestatales, la vivienda (pese a los imponderables de la aguda crisis y de los efectos de la denominada “burbuja inmobiliaria”), sigue siendo en la percepción del ciudadano (sobre todo quien esta arraigado en la cultura latina) un bien por el que se desembolsa el mayor montante económico, en una economía familiar.

Así, se ha argumentado con razón que el precio de la adquisición de una vivienda, es junto con la del vehículo, los mayores esfuerzos en la tesorería doméstica del ciudadano. De hecho, pese a la devaluación del sector inmobiliario, adquirir una vivienda es el equivalente a duros años de trabajo (quien tenga la suerte de mantener la estabilidad en el empleo, pese a las amenazas de primas de riesgo, activos tóxicos, bancos malos y exigencias inapelables de la “Troika Europea”....

La concepción de la cultura de la adquisición en propiedad sigue siendo un deseo colectivo en la vida del ciudadano, pese a voluntaristas políticas gubernamentales que ensalzan los valores y beneficios de las políticas de alquiler de viviendas. No debemos olvidar que conforme se reconoce en nuestra Carta Magna, la vivienda es un derecho, que programáticamente reconoce el legislador constituyente en el art. 47 CO “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, a cuyo fin corresponde a los poderes públicos promover las condiciones necesarias, y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este Derecho.

Todo ello se ensalza, *ad pompam vel ostentationem*, en un país en el que las entidades financieras se han convertido en verdaderas inmobiliarias, al quedarse en sus balances con aquellas propiedades inmobiliarias (suelo, viviendas en construcción y/o constructores en el mercado inmobiliario.

La crisis, y la opacidad verdadera del agujero financiero, (debido al excedente de sus recursos inmobiliarios), unido al “descredito intencional” sobre todo en la UE en la que políticas de austeridad culterana, marcan los ritmos nacionales ha llevado a una situación crítica al sector conocido en el “argot” popular como “la Banca”, aunque en buena medida la debacle ha venido marcada por la politización en la gestión de las cajas de ahorros.

Naturalmente que este excedente de viviendas sin vender (más de 800.000) y el hecho que hoy en día las entidades tengan que provisionar sus “activos sanos”, nos recrea un panorama desolador. Los llamados “bancos malos” han hecho aún mas patente, si cabe la radiografía del “riesgo promotor” del sector financiero.

Sin evadirnos del tema principal de esta introducción, que no es otra que hablar de la política social de la vivienda *lato sensu*, no podemos tampoco obviar estas consideraciones que hoy más que nunca han provocado la mayor crisis económica, financiera y de credibilidad en el sistema de normativas y los mecanismos reguladores desde “la Transición política”.

Es evidente que cuando hablamos de suelo y promociones inmobiliarias debemos conocer el complejo y “competencias”, ordenamiento urbanístico en el que las comunidades autónomas y Ayuntamientos tienen un papel preponderante.

Precisamente el *consumidor de la vivienda* padece una verdadera odisea en su adquisición, no en vano, es el sector más conflictivo y estadísticamente en el que las reclamaciones son más habituales.

Se habla de que ello es debido, quizá a que intervienen diferentes agentes de la edificación (promotor, constructor, director de obra, director de ejecución de obra, proyectista, etc.); pero también, porque constituye un uso habitual, comprar viviendas sobre plano, y aquí es donde la información al consumidor no es tan exhaustiva, como exigen los textos legales y/o reglamentarios.

Además de leyes específicas destacando la ley de Ordenación de la edificación, existen otras normas garantistas como las que se recogen en la ley de Consumidores y usuarios, pero otras normas a veces desconocidas para el consumidor y silenciadas por el vendedor. Nos referimos por ejemplo a la ley sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de vivienda, o la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas. Naturalmente, no podemos obviar tampoco la ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación en el juego protector frente a las cláusulas abusivas incorporadas a un contrato lógicamente por la parte que asume una “posición dominante”.

También tenemos que llamar la atención del lector de otro de los aspectos esenciales en la adquisición de la vivienda, y que el consumidor debe tener muy en cuenta, nos referimos a la fijación de garantías. Por ejemplo “avales” para asegurar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta; pero también si lo que se lleva a cabo es una permuta de vivienda actual, por otra futura. En conclusión, es fundamental, preveer, la garantía de un aval, que por lo menos ascienda a la cantidad de la vivienda, a la sazón originaria y objeto de permuta, por si la nueva no llega a construirse.

Un aspecto de interés, que no podemos obviar tampoco, es el referido a los derechos de los “consumidores de inmuebles”. Son los derechos que tiene el adquirente de la vivienda en construcción para entrar a inspeccionarla y comprobar el desarrollo de las obras. Como indica ESTAL SASTRE hay distintas posibilidades: una compraventa de cosa futura (compraventa sobre plano) o un contrato de obra inmobiliaria, en el que el adquirente asume la posición de comitente o dueño de la obra o incluso de promotor privado.

Es fundamental asimismo, y en línea con lo que estamos exponiendo que en el momento de la entrega al comprador y/o adquirente no se pueda por ejemplo exigir la formalización de la escritura pública, sino se ha obtenido la licencia de primera ocupación. Del mismo modo que tampoco corresponde al comprador y suele estipularse en los contratos, la obligación para aquél (cuando en esencia corresponde al vendedor) de los gastos derivados de la obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar la construcción y/o su división y cancelación....

Volviendo al tema de la licencia de primera ocupación. Es obligatorio que el Ayuntamiento conceda la pertinente autorización administrativa (licencia de primera ocupación) a tenor de la reglamentación de las Corporaciones locales).

En conclusión, como bien argumenta GONZALEZ CARRASCO el hecho que sea una licencia que concede el Ayuntamiento no significa que su falta de obtención no sea imputable de vendedor. Por ello el vendedor esta obligado a pagar la cláusula penal prevista para el incumplimiento o el cumplimiento tardío. Además, el comprador podrá exigir la devolución de las cantidades anticipadas.

Repárese como dice GONZALEZ CARRASCO que a diferencia de la tardanza en la entrega material del inmueble (habitual y a menudo prevista mediante cláusulas penales o reparable mediante las oportunas indemnizaciones por demora), la no solicitud de licencia de primera ocupación o su no consecución una vez terminada la obra determina siempre la posibilidad de resolver el contrato con independencia de la gravedad del retraso.

En otro orden de consideraciones nos parece pertinente también llamar la atención del lector, sobre otro de los temas que socialmente han ocupado y preocupado a la sociedad española en su conjunto, en el año 2013, que ha transcurrido ya, y que se refiere a la Ley 1/2013 de protección de deudores sin recursos. La referida Ley, no ha supuesto en su integridad, una respuesta efectiva, a la aludida protección de deudores hipotecarios sin recursos económicos.

Ya la gestación de esta Ley, no tuvo el concurso y consenso necesario de las distintas sensibilidades parlamentarias. Un tema tan conflictivo y socialmente tan necesario de legislación, transcurrió su debate parlamentario con muy pocas enmiendas.

En realidad, el meollo principal y objeto de la Ley, se cumple de forma escasa, ya que si el significativo problema y drama social de las ejecuciones hipotecarias, no encuentra un acomodo y solución completa con esta Ley, que realmente deja indiferentes aquellas personas en el umbral de exclusión y con falta de recursos económicos deja indefensos.

Es una lástima, que la Ley no haya aprovechado la regulación de la llamada “segunda oportunidad” o “freshstart”.

El ciudadano no comprende los datos macroeconómicos ni tampoco comprende la provisión de miles de millones de euros a la Banca, y que esta, no sea capaz de “responsabilizarse”, de su fracción de culpa colectiva, en el drama de la crisis inmobiliaria, y ello a costa de resquebrajar en buena medida la estabilidad social.

En realidad el incumplimiento de la obligación del pago de la hipoteca, sobre todo en estos sectores que hemos indicado más arriba, que están en el umbral de la exclusión, no ha sido sino la consecuencia “fatal” de la crisis económica que ha generado un desempleo brutal, y con ello una disminución del poder adquisitivo, que ha sido la principal causa del incumplimiento “no voluntario” en los préstamos hipotecarios.

Hemos indicado hace un momento, que las entidades financieras, han sido poco sensibles, desde una perspectiva global, a este drama y a esta “debacle” social, sobre todo por mantener políticas de financiación, ciertamente muy exigentes como ha ocurrido con los intereses de demora, o con las denominadas clausulas suelo.

Uno de los temas que se criticaba antes de la Ley, era que se mantuviese el precio de tasación de la vivienda, fijada en la escritura del préstamo hipotecario, precisamente en una época alcista, y que en una situación de crisis económica provocaba una verdadera devaluación del precio de la vivienda en el momento de la ejecución. De ahí que la Ley, que comentamos se hiciera eco de este problema que lo ha solucionado con una solución contemporizadora, modificando el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determinando que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, que no pueda ser inferior, en ningún caso al 75% del valor señalado en la tasación.

Otra de las cuestiones que tiene una estrecha relación con el tema que analizamos, y que indicábamos más arriba, es la referida a la provisión de ingentes capitales, a la Banca. En cierto modo, ha sido un verdadero “rescate financiero”, pero el ejemplo a la ciudadanía, sobre todo del perfil del deudor objeto de protección en esta ley, ha supuesto una respuesta poco moralizante. De hecho, se ha argumentado con razón (que suscribimos plenamente) que tales ayudas “públicas” debían haber disminuido, principal e intereses de prestamos hipotecarios, a personas con riesgo de exclusión social. Como siempre los más perjudicados, han sido los deudores situados en un umbral de exclusión, como consecuencia del fuerte desempleo, que se traduce en un drama social, al que todavía hoy en día se le ve una situación muy “tibbia”. Por ello, podemos hablar más de una crisis social incluso más importante que la económica que es su consecuencia. Sin embargo estas ayudas se han dedicado, fundamentalmente a la concesión de nuevos préstamos hipotecarios, provocando una “parálisis” del mercado hipotecario precisamente por esta falta de confianza.

En línea con lo expuesto, se ha argumentado con razón (destacamos las pertinentes reflexiones de MARTIN BRICENA) que la acumulación de los activos inmobiliarios en los balances de nuestras entidades financieras, aparece como uno de los problemas que han incidido en la falta de liquidez de estas últimas. El aumento de unos activos de carácter inmobiliario ha obligado a las entidades financieras a crear sociedades específicas dedicadas a la gestión y venta de los bienes inmuebles. Las cantidades que tienen que provisionar estas entidades de crédito reflejan la disminución de valor de los activos inmobiliarios en el mercado.

Otro de los temas “estrella”, y que no ha encontrado un desarrollo como el que se demandaba en las iniciativas legislativas durante la fase de la tramitación parlamentaria de la ley, ha sido el de la “dación en pago”, que comenta la ley que citamos en su capítulo IV; pero que tampoco resulta la “panacea”, más bien en algunos casos, la “caja de pandora” para aquellos acreedores con cargas posteriores al bien hipotecado que entrase en la solución extrajudicial de la dación en pago. Además no nos olvidemos, para los Bancos, solo supone una pérdida en su cuenta de resultados cuando el valor del inmueble adjudicado, vía “dación”, tiene un valor de mercado inferior al de la deuda, y se pierde las garantías adicionales no hipotecarias, otorgadas por el titular y avalistas del préstamo.

La dación en pago, queda en la ley 1/2013 como una opción obligada para la entidad financiera cuando fracasen los intentos de “reestructuración” (condonación) o bien “quita” (compensación). Solo cuando fracasen estos mecanismos previsores, se acudiría a la dación en pago que sería obligatoria para la entidad financiera. Ya vemos como el principio de la autonomía de la voluntad, queda muy distorsionado en las exigencias de la Ley 1/2013.

Otro de los problemas que la citada ley no ha contemplado con un criterio de solución pacificadora es el tema de las (clausulas abusivas), las denominadas en el argot popular como “clausulas suelo y/ techo”. Tenemos que destacar en este sentido importantes sentencias del Tribunal Supremo, que han propiciado la revocación de estas clausulas, siempre y cuando se compruebe la “falta de transparencia informativa para el cliente”. Es este el núcleo del problema, y sobre todo, cuando, los profesionales nos encontramos, que en muchos casos las operaciones hipotecarias sobre vivienda habitual obligaban previamente a la firma en notaría a aceptar la oferta vinculante. En este punto resulta aleccionador, iniciativas como la del Consejo General del Notariado que ha puesto en marcha, un organismo de control preventivo de las clausulas abusivas.

Nos parece interesante en esta reflexión de temas generales, analizar aunque sea someramente, uno de los asuntos que la ley citada ha preterido intencionalmente. Nos referimos a la fórmula del cálculo de la cuota del préstamo. El sistema utilizado es el llamado “sistema francés”, que supone amortizaciones crecientes de capital, e intereses decrecientes a lo largo de la vida del préstamo. Es decir, para el sufrido ciudadano supone los primeros años estar pagando ingentes cantidades de intereses, y amortizando muy poco capital.

En coherencia con lo que explicamos, también es interesante comentar la cuestión referida al tipo de interés de demora por impago del préstamo, que es otra de las reclamaciones que tradicionalmente lleva a cabo AUSBANC al ser considerado “usura” aunque ciertamente han sido autorizados por el Banco de España...

Desde una posición crítica, se queja la Banca, también que en una situación tan delicada como la que estamos viviendo, todas las sentencias que modifiquen situaciones contractuales conllevarán una reducción de los beneficios previstos y puede ser el detonante “fatal” para entidades financieras con solvencia limitada.

Antes en el comienzo de nuestra explicación, comentábamos el tema de la “segunda oportunidad”. Desde sectores doctrinales competentes sobre esta cuestión, se reclama una reforma de la ley concursal a fin de tener en cuenta las peculiaridades de la persona física. En el concurso de la persona física no hay “fresh start”, como sí existe en el concurso de una sociedad.

Entre las propuestas del informe del Defensor del Pueblo en torno a la materia del endeudamiento familiar de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria, se insistía en la regulación de un procedimiento concursal específico para las personas físicas, que permitiera, en según qué circunstancias predeterminadas, para la paralización de ciertas ejecuciones. Cuestión ésta que no ha contemplado la Ley, y que entendemos que resulta un error de política legislativa no haberlo abordado.

En conclusión con estas apreciaciones estamos de acuerdo con la magistrada ALASTRUEY RAQUEL, miembro del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación, quien concluye con razón que en esta sociedad y en este momento es imprescindible que todos los partícipes de la misma, ejerzamos una verdadera responsabilidad personal frente a la situación de exclusión social que está provocando las ejecuciones hipotecarias. La ley de segunda de oportunidad para las personas físicas como existe en la mayoría de los países de nuestro entorno jurídico, de buena fe, que no pueden cumplir los compromisos asumidos demandan necesariamente soluciones imaginativas, como establecer un plan de pagos adecuado a sus posibilidades sin quedar lastrados con las deudas de por vida.

La aludida autora arguye con razón al procedimiento de la “mediación”, ante la ejecución hipotecaria, y supone en los casos de imposibilidad de cumplimientos de las obligaciones garantizadas con hipoteca, como un método que reintegra el valor y dignidad tanto a las personas deudoras, como a la Banca y su negocio.

En fin, la ley 1/2013, parece que ha sido más contemporizadora con las entidades financieras, y con las exigencias de la “Troika Europea” que para las necesidades reales del sufrido ciudadano en el umbral de exclusión, que ha visto como se le priva de la vivienda, como consecuencia directa de la carencia de ingresos, no de un “incumplimiento rebelde”.

Además, el fuerte “desempleo” que actúa como freno a la recuperación económica y a la necesaria incentivación al consumo, impedirá que se atiendan tanto las cuotas del préstamo hipotecario como cualquier “alquiler social”, que se plantea también en la Ley; pero que no deja de ser más que un principio de declaración “buenista”, que una solución eficaz y tranquilizadora para el desamparado deudor hipotecario en el umbral de la exclusión social.

Y ello, a pesar del stock de viviendas que existen en España que se acerca peligrosamente a la inquietante cifra del millón.... Algo falla en las previsiones legislativas, y en los agentes económicos y sociales. La única medida energizante, será paulatinamente recuperar el “empleo” lo que conllevará a reflexionar sobre las últimas reformas laborales (pero eso es otra historia, que no corresponde ahondar en estas consideraciones generales).

Todo ello acontece en un momento en el que la concesión de préstamos hipotecarios se reduce a una cuarta parte desde el fatídico comienzo de la crisis en el año 2007.

Así, se han alzado voces argumentando con razón que el desplome del mercado hipotecario, progresivamente desde el inicio de la crisis no ha hecho más que crecer. Así sucede que el capital prestado como explica muy bien la analista REQUERO MARISA pasa de rozar los 300.000 millones de euros, hasta los 51.743 millones el año pasado. En cinco años el dinero concedido para comprar una casa cedió en torno a un 83%.

Sin embargo, una visión más optimista y euforizante, (y desde una reflexión puramente macroeconómica...) la ofrecía el presidente de la Asociación Hipotecaria Española (SANTOS GONZALEZ) quien aseguraba ya para el 2014 una revitalización del crédito hipotecario. Si bien a nuestro juicio, ello se cohonestaba mal, con un precio cada vez más devaluado de la vivienda libre, unido a un proceso creciente de morosidad, lo que no se compadece bien con la augurada estabilidad del crédito financiero.

Fdo: Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda
Socios Fundadores de Iure Licet Abogados

LA LEGISLACIÓN CONTRA EL DOPAJE EN ESPAÑA

ALBERTO PALOMAR OLMEDA¹
Prof. Titular (Acred) de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Fecha de recepción: 23 de diciembre de 2013

Fecha de aceptación: 7 de enero de 2014

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN ESPAÑA. 1.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN ESPAÑA. 1.1.- LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL DEPORTE. 2.- EL PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE DOPAJE. 2.1.- LA REALIZACIÓN DE LOS CONTROLES DE DOPAJE. 2.2.- LA PLANIFICACIÓN DE LOS CONTROLES. 2.3.- LA NOTIFICACIÓN A LOS DEPORTISTAS. 2.4.- LA TOMA DE MUESTRAS. 2.5.- TRANSPORTE DE LAS MUESTRAS Y LA DOCUMENTACIÓN. 2.6.- EL ANÁLISIS DE LAS MUESTRAS. 2.7.- LAS AUTORIZACIONES PARA USO TERAPÉUTICO. 3.- EL RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES. 3.1.- LOS SUJETOS PASIVOS DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA. 3.2.- TIPIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES. 3.3.- LAS SANCIONES POR INFRACCIONES DE DOPAJE. 4.- EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. 5.- EL RÉGIMEN DE RECURSOS. 6.- LOS CONTROLES DE DOPAJE INTERNACIONALES. 7.- LA LISTA DE SUSTANCIAS PROHIBIDAS. 8.- EL DOPAJE Y EL ÁMBITO PENAL. III. CONCLUSIONES. LA PROTECCIÓN A LOS MENORES DE EDAD. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La regulación actual del dopaje se ha convertido en un tema de una importante complejidad por la conjunción de normas de derecho internacional, nacionales, públicas, privadas. El sistema en su conjunto es ciertamente complejo y, adicionalmente, sin que exista un sistema de solución de conflictos entre las diferentes normas. La aprobación de un nuevo marco de regulación como es el que supone la Ley Orgánica 3/2013 no puede considerarse que haya solventado esta cuestión.

ABSTRACT: The current regulation of the doping has turned into a topic of an important complexity for the conjunction of procedure, national, public, private of international law. The system in his set is certainly complex and, additional, without there exists a system of solution of conflicts between the different procedure. The approval of a new frame of regulation since he is the one that supposes the Organic Law 3/2013 it cannot think that it should have settled this question.

PALABRAS CLAVE: Dopaje, normas internacionales, solución de conflictos, ley española, Ordenamiento Jurídico.

KEYWORDS: Doping, international procedure, solution of conflicts, Spanish law, Juridical Classification.

¹ Prof. Titular (Acred) de Derecho Administrativo

I.- INTRODUCCIÓN.

La lucha contra el dopaje es considerada una de las peores lacras del deporte actual. Como afirma la introducción del Código Mundial Antidopaje², “Los programas antidopaje pretenden proteger lo intrínsecamente valioso del deporte. Este valor intrínseco se denomina a menudo “espíritu deportivo”, es la esencia misma del olimpismo, es el juego limpio”. Entre los valores a proteger se encuentra la salud de los deportistas.

En la lucha contra el dopaje se ha considerado fundamental la coordinación de todos los actores que tienen competencias en la materia, especialmente los Poderes Públicos y las federaciones deportivas internacionales de origen privado. El Convenio nº 135 contra el dopaje, del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989³, ya afirmaba en su Preámbulo que “los poderes públicos y las organizaciones deportivas voluntarias tienen responsabilidades complementarias en la lucha contra el dopaje en el deporte y, en particular, en la garantía del buen desarrollo de las manifestaciones deportivas sobre la base del principio del <fair play> (juego limpio) , así como en la protección de la salud de quienes toman parte en ellas”, para concretar “que estos poderes y organizaciones deben colaborar en todos los niveles adecuados”.

Esta colaboración tenía dificultades en su desarrollo ante la diversidad de normas que regulaban la lucha contra el dopaje, puesto que “la no homologación de las normas antidopaje producía que cada federación deportiva estableciese conductas prohibidas y posibles sanciones de manera diferente a las otras organizaciones. La intervención de los Estados, preocupados principalmente por los problemas de salud que genera el dopaje, agudizó la problemática de la falta de armonización de las distintas legislaciones” (Carretero, 2005, 77).

Con el ánimo de promover y coordinar la lucha contra el dopaje se creó la Agencia Mundial Antidopaje, que “fue constituida como una fundación de Derecho privado sometida al derecho suizo” (Pérez y Rodríguez, 2007, 51). Esta Agencia reúne a representantes tanto de Poderes Públicos como del denominado “Movimiento Olímpico”, entre los que se encuentran tanto Estados como la Unión Europea, o el Comité Olímpico Internacional.

La Agencia Mundial Antidopaje aprobó el Programa Mundial Antidopaje, cuyo principal exponente es el Código Mundial Antidopaje, que busca armonizar las normas antidopaje en todos los deportes y en cualquier territorio. Ahora bien, la naturaleza privada de la Agencia y del Código suponía que “las normas emanadas de la Agencia Mundial Antidopaje no tienen carácter vinculante para los Estados y [...] estos no están obligados a incorporarlas a su ordenamiento interno” (Carretero, 2005, 80), por lo que era necesario crear un instrumento de Derecho Internacional Público al que los Estados pudieran vincularse.

Este objetivo se consiguió con la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, de la UNESCO, hecha en París el 18 de noviembre de 2005⁴. Este es “el primer instrumento jurídico internacional que, con carácter obligatorio y alcance universal busca la eliminación del fenómeno del dopaje en el deporte, promoviendo su prevención y la lucha contra el mismo” (Pérez y Rodríguez, 2007, 57). España ratificó ese Convenio el día 25 de octubre de 2006, y Francia lo hizo el día 5 de febrero de 2007.

En virtud del artículo 4.1 de la Convención de la UNESCO, los Estados Parte se comprometen a respetar los principios del Código Mundial Antidopaje como base de las medidas internas a adoptar en la lucha contra el dopaje, que podrán comprender medidas legislativas, reglamentos, políticas o disposiciones administrativas.

² La versión española del Código Mundial Antidopaje puede consultarse en la página de internet: http://www.wada-ama.org/rtecontent/document/code_v2009_Sp.pdf

³ Instrumento de ratificación publicado en el B.O.E. núm. 140, de 11 de junio de 1992.

⁴ Instrumento de Ratificación publicado en el B.O.E. núm. 41, de 16 de febrero de 2007.

Tanto Francia como España han adoptado medidas legislativas y reglamentarias que regulan la lucha contra el dopaje, con pleno respeto tanto de los Convenios Internacionales mencionados, como del Código Mundial Antidopaje. A continuación vamos a hacer un breve resumen del contenido de esas normas que regulan la lucha contra el dopaje en Francia y en España.

II.- LA LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN ESPAÑA.

La lucha contra el dopaje en el deporte se regula en España por la mencionada Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio. Según esta Ley, se considera dopaje en el deporte la realización, por parte de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de esa Ley, de alguna de las conductas prohibidas en esta norma.

La Ley establece dos niveles diferentes de lucha contra el dopaje, uno dirigido al deporte federado y el otro al deporte en general, realizado al margen de las estructuras federativas. Los deportistas calificados oficialmente como de nivel internacional o que participen en competiciones internacionales están sometidos a las normas y procedimientos de la Federación internacional correspondiente y de la Agencia Mundial Antidopaje, incluyendo los referentes al pasaporte biológico, si existiesen. Ello se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de someterlos a controles de dopaje por parte de las autoridades españolas.

1.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN ESPAÑA.

Establece el artículo 6 de esta Ley que “Corresponde al Gobierno la formulación, impulso y dirección de una política eficaz contra el dopaje en aquellos deportistas que cuenten con licencia estatal en vigor o que, por haberla tenido o tener expectativas de tenerla, se definen en el artículo 10.1”, es decir, a aquellos deportistas que aún no teniendo licencia federativa en vigor, es previsible que puedan tenerla en un futuro.

Asimismo establece que “Corresponde al Gobierno el establecimiento de medidas de coordinación y cooperación con el resto de Poderes Públicos para la consecución de una política eficaz de protección de la salud en el deporte, de prevención de las lesiones asociadas a la práctica deportiva y para la minoración de las consecuencias perjudiciales para la salud derivadas de la práctica deportiva realizada en condiciones no idóneas”.

También corresponde al Gobierno “el establecimiento de un marco general de colaboración con las entidades deportivas, para facilitar la ejecución de las políticas públicas en la materia y coadyuvar en el compromiso común de conseguir un deporte más saludable y con mayores compromisos éticos”.

Por su parte, “Corresponde a las Comunidades Autónomas, de conformidad con sus respectivas Leyes, el desarrollo de sus propias políticas en materia de control de dopaje y de protección de la salud de los deportistas con licencia deportiva de ámbito autonómico o en competiciones de competencia autonómica”. Ahora bien, “la formulación de dichas políticas debe realizarse en el marco de los compromisos internacionales asumidos por España y en los tratados y convenios que sean de aplicación en España”.

Para cumplir con estos objetivos en el ámbito estatal, se crea la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte.

1.1.- La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte.

La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte es el organismo por medio del cual se realizan las actividades materiales de prevención, control e investigación sobre la salud y el dopaje afectantes al deporte federado de ámbito estatal. Esta Agencia ha sustituido a la

Agencia Estatal Antidopaje, regulada por el Real Decreto 185/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje.

Esta Agencia actúa con plena independencia funcional cuando establece y ejecuta medidas de control del dopaje, no pudiendo recibir órdenes o instrucciones de órgano o autoridad alguna en los procesos de control del dopaje, y especialmente en la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores cuya competencia le esté atribuida. En este ámbito corresponde a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte establecer la planificación, realizar los controles y, en su caso, tramitar y resolver los expedientes que deriven de las actuaciones realizadas.

En su condición de organismo especializado en la investigación, control y realización de la política de dopaje la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte se configura como el organismo público estatal de asesoramiento y colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con la policía judicial y con los demás Poderes Públicos con competencias relacionadas con su ámbito de actuación y, a requerimiento de éstos, con los jueces y tribunales.

En su órgano colegiado de dirección participarán, en todo caso, los agentes del deporte y, dentro de los mismos, específicamente, las Federaciones deportivas. La estructura de la Agencia también contará con un órgano de participación de los representantes de los deportistas. En todo caso, contará con un órgano de participación, coordinación y seguimiento en el que estarán representados los órganos y organismos competentes en materia de deporte y salud de las Comunidades Autónomas. Asimismo, en el caso de que existan organismos encargados de la lucha contra el dopaje en el ámbito de las Comunidades Autónomas, se constituirá en el seno de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte un órgano de participación de las mismas para la información, debate y cooperación respecto de las políticas públicas del Estado en materia de dopaje.

2.- El Procedimiento de control de dopaje.

El control de dopaje se define en la Ley, como “a) El conjunto de actividades materiales realizadas por médicos, facultativos especialistas en análisis clínicos o personal sanitario habilitado por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte si se trata de extracciones de sangre, o por personal debidamente habilitado por la misma Agencia si se trata de controles referentes a otros parámetros biológicos, cuya finalidad sea comprobar la presencia o no de alguna sustancia prohibida susceptible de producir dopaje o de la utilización de un método no reglamentario, detectados mediante procedimientos estandarizados en una muestra extraída a tal efecto.

En todo caso, los controles de dopaje incluirán las actividades de planificación para su realización con garantías, la selección de los deportistas a quienes efectuar los controles, recogidas y manipulación de muestras, los análisis de laboratorio, así como la gestión y custodia de los resultados obtenidos.

b) El conjunto de actividades materiales realizadas por médicos, facultativos especialistas en análisis clínicos y personal autorizado por la Agencia Mundial Antidopaje y las organizaciones internacionales previstas en el artículo 12 y siguientes cuya finalidad sea comprobar la presencia de alguna sustancia prohibida susceptible de producir dopaje o de la utilización de un método no reglamentario”.

Habitualmente se diferencia entre el procedimiento de control, que incluye fundamentalmente la selección de deportistas que deben someterse a control, el procedimiento de toma de muestras biológicas, el transporte de las mismas hasta el laboratorio que las analizará y el análisis de esas muestras, del procedimiento disciplinario.

La Agencia Española es la encargada de realizar las actuaciones necesarias para llevar a cabo los controles de dopaje. Esta tarea puede ser compartida o realizada en exclusiva si así se acuerda con las distintas organizaciones antidopaje y con otros organismos competentes, como las

federaciones internacionales o la Agencia Mundial Antidopaje, cuando así se prevea en la normativa.

Todos los deportistas con licencia para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal podrán ser seleccionados para someterse en cualquier momento a los controles en competición o fuera de competición

2.1.- La realización de los controles de dopaje.

Ya hemos comentado la importancia del Código Mundial Antidopaje en la labor de armonización de la lucha contra el dopaje y los esfuerzos que están realizando los distintos Estados para unificar criterios que permitan optimizar esa lucha. La Agencia Mundial Antidopaje también aprobó dentro del Programa Mundial Antidopaje dos normas denominadas Estándares Internacionales que uno regula el procedimiento de control de dopaje y el otro el funcionamiento de los laboratorios que realizan los análisis contra el dopaje.

Los Estándares Internacionales de Control y los Estándares para los Laboratorios, son normas a tener en cuenta por la influencia que tienen en la toma de muestras biológicas de los deportistas, el transporte de esas muestras hasta los laboratorios, y los análisis para detectar sustancias y métodos prohibidos, ya que todas las legislaciones nacionales seguirán los parámetros exigidos por la Agencia Mundial Antidopaje, e incluso la ley española, otorga validez en los procedimientos administrativos que se tramiten en España a los análisis realizados por los laboratorios acreditados por la Agencia Mundial Antidopaje. Es decir, los análisis realizados en cualquier laboratorio del mundo acreditado por la Agencia Mundial Antidopaje, ofrecerán las suficientes garantías para que sus resultados puedan desvirtuar la presunción de inocencia de los deportistas españoles, y estas garantías derivan del cumplimiento por parte de estos laboratorios de los protocolos establecidos en los Estándares Internacionales.

2.2.- La planificación de los controles.

El proceso de planificación empieza con la definición de criterios para el establecimiento de las competiciones donde se realizarán controles de dopaje, los deportistas que deberán someterse a dichos controles y termina con la selección de los deportistas que finalmente se someterán a la toma de muestras. La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte determinará y realizará, con medios propios o ajenos, los controles de dopaje, los controles de salud y demás actuaciones en materia de protección de la salud, que deban ser realizados cuando la financiación de los mismos se realice con fondos públicos respecto de los deportistas susceptibles de ser sometidos a control.

También las Federaciones deportivas podrán ordenar, con cargo a sus propios presupuestos los controles adicionales que consideren convenientes.. La planificación y programación de los controles del dopaje se plasmarán en un Plan de Distribución de Controles y en un Plan Individualizado de Controles.

El Plan Individualizado de Controles incluye a los deportistas que, atendiendo a las circunstancias particulares de orden deportivo, médico o personal, deban ser objeto de control y seguimiento. Los deportistas que formen parte del Plan Individualizado de Controles estarán sujetos a requerimientos específicos de datos sobre su localización para hacer efectivo el control individualizado, de tal manera que deberán proporcionar información trimestral sobre su paradero para que se le puedan realizar controles de dopaje, fuera de competición, en cualquier momento del día, para lo que deberán cumplimentar un formulario establecido por el Consejo Superior de Deportes.

Esta información que permita la localización del deportista deberán facilitarla los deportistas, los equipos, entrenadores y directivos, en función de la información de que disponga cada uno de ellos. Estos datos deberán ser enviados al organismo que realice los controles

antidopaje, pero los Estándares Internacionales de Control de la AMA especifica que sólo se enviarán a una única organización antidopaje.

Los controles fuera de competición podrán realizarse por designación o aleatorios, si bien hay que tener en cuenta que de conformidad con la normativa internacional antidopaje y en especial el Código Mundial Antidopaje y sus normas de desarrollo, los controles de dopaje fuera de competición se realizarán, preferentemente, en una franja horaria que permita el descanso nocturno del deportista, que se ha fijado entre las 6 y las 23 horas. Para facilitar el descanso nocturno del deportista, fuera de esa franja horaria, no se deberán realizar controles de dopaje fuera de competición.

En la realización de los controles de dopaje se cuidará específicamente que su realización se lleve a cabo con el mayor respeto tanto al deportista como a su entorno personal y familiar y que se realicen en las mejores condiciones de higiene y respeto a la intimidad.

Si bien todos los deportistas con licencia pueden ser sometidos a control, entre los deportistas que podrán ser sometidos a control a efectos de planificación se incluirán a los deportistas de su jurisdicción que estén cumpliendo periodos de suspensión indefinida o provisional a causa de infracciones de las normas antidopaje en el grupo objetivo de deportistas sometidos a controles, y aquellos que no habiendo renovado su licencia en el plazo establecido, exista presunción razonable de que no han abandonado la práctica deportiva y pueden estar tratando de eludir la realización de controles de dopaje fuera de competición hasta la renovación de la misma, así como a los deportistas que hayan sido suspendidos en su licencia deportiva por haber incurrido en una infracción de dopaje con carácter previo a la rehabilitación de la licencia deportiva.

Asimismo se podrán someter a controles fuera de competición a los deportistas que integren o vayan a integrar las selecciones deportivas españolas o los equipos olímpicos, y deberán someterse a un control previo para la obtención de una nueva licencia o la reanudación de la actividad deportiva aquellos deportistas que hayan sido sancionados en materia de dopaje.

2.3.- La notificación a los deportistas.

Es necesario garantizar que el deportista que deba someterse a un control del dopaje reciba una notificación por escrito, para garantizar sus derechos y, a la vez, que no haya posibilidad de alterar la muestras que ha de recogerse. Para ello es necesario identificar al deportista y comprobar su identidad mediante un documento que incluya su nombre y fotografía.

La notificación al deportista de que ha sido seleccionado para someterse a control de dopaje se realizará con carácter general sin previo aviso. El personal habilitado que haya sido designado para la realización de un control antidopaje, que estará debidamente acreditado, deberá dirigirse al lugar donde se encuentra el deportista y planificará la forma y ocasión de la notificación, tomando en consideración las circunstancias específicas inherentes al deporte o competición que se trate. Una vez practicada la notificación del control, el deportista quedará bajo la observación del Agente de Control del Dopaje, hasta que se presente en el área de control.

Si el deportista seleccionado no se presenta en el Área de Control del Dopaje en el plazo señalado en la notificación, el Oficial del control del dopaje esperará treinta minutos más, pasados los cuales dará por finalizado el control, e informará a la organización antidopaje que ordenó el control de que el deportista no se ha presentado al control de dopaje para el que fue seleccionado.

En el caso de que en un control fuera de competición el Oficial de control del dopaje se presente en la localización facilitada por la Federación deportiva española correspondiente con los datos proporcionados por el deportista, y no le encuentre, esperará como mínimo en ese lugar hasta treinta minutos adicionales, y caso de no personarse hará constar las circunstancias en las que ha intentado el control.

2.4.- La toma de muestras.

Para detección del dopaje podrán utilizarse los siguientes medios:

- a) La toma de muestras biológicas de orina o sangre.
- b) La realización de pruebas sobre el aire espirado.

Para poder realizar la toma de muestras es necesario que en el área de control de dopaje se disponga de equipos de toma de muestras suficientes para todos los deportistas que deberán someterse al control antidopaje.

El área de control de dopaje deberá garantizar la privacidad del deportista y servir exclusivamente como área de control de dopaje mientras dure el proceso de la toma de muestras, debiendo garantizarse el respeto de las disposiciones pertinentes de las normas de seguridad en materia de instalaciones sanitarias, de forma que no se expongan a riesgo la salud y la seguridad del deportista y del personal de toma de muestras. En esta área existirán bebidas que se pondrán a disposición de los deportistas que vayan a someterse al control antidopaje.

Cuando se trate de competiciones con carácter itinerante, que se realicen al aire libre o en recintos no específicamente deportivos, se deberá contar con una instalación, móvil o fija, que cumpla las condiciones establecidas para las instalaciones fijas, adecuándolas a las circunstancias que concurren y debiendo ser homologadas para ese fin.

El equipo de toma de muestras, que deberá estar homologado, se compone de los recipientes u otros dispositivos utilizados para la recogida directa o almacenaje de las muestras del deportista en cualquier etapa del proceso de la toma de muestras, y constará como mínimo de juego de recipientes para la recogida directa de las muestras de orina del deportista, y de frascos que se cierren herméticamente y dispongan de precintos de seguridad que dejen rastro de las manipulaciones indebidas para garantizar la inviolabilidad de las muestras de orina. Si se van a recoger muestras de sangre será necesario que se disponga de las agujas para la extracción de las muestras de sangre y de tubos que puedan sellarse y dispongan de precintos de seguridad contra manipulaciones indebidas para almacenar las muestras de sangre.

Los pasos a seguir para cumplir con los requisitos exigidos por el Código Mundial Antidopaje en el proceso de toma de muestras de orina son los siguientes:

1.- El personal habilitado propondrá al deportista la elección del equipo de muestras de orina adecuado y a escoger un recipiente para la recogida de la muestra, debiendo el deportista comprobar que todos los elementos están intactos y el equipo no ha sufrido alteraciones.

2.- El deportista mantendrá siempre bajo su control el recipiente de recogida y toda muestra suministrada hasta que sea precintado el contenedor en que se deposite.

3.- Un miembro del personal habilitado que sea del mismo sexo que el deportista controlado presenciara la micción, que deberá realizarse en un área que reúna garantías de intimidad. El volumen de orina deberá ser conforme con lo exigido por el laboratorio que va a realizar el análisis.

4.- El personal habilitado invitará al deportista a escoger un juego de recipientes para la toma de muestras que contenga frascos A y B, y tanto este personal como el deportista verificarán que los números de código concuerden.

5.- El deportista verterá en el frasco B el volumen de orina mínimo estipulado por el laboratorio y llenará el frasco A tanto como sea posible. A continuación el deportista rellenará el frasco B con la orina restante. El deportista dejará una pequeña cantidad de orina en el recipiente en el que se ha recogido la muestra. El deportista sellará a continuación los frascos y el personal

habilitado comprobará, en presencia del deportista, que los frascos han sido sellados adecuadamente.

6.- El personal habilitado aplicará las disposiciones pertinentes del laboratorio para medir el pH y la densidad relativa de la orina residual dejada en el recipiente de recogida con el fin de determinar si la muestra satisface los requisitos del laboratorio e, inmediatamente después de esa medición, en presencia del deportista se eliminará toda orina residual que no haya de ser enviada para su análisis.

Cuando haya varios deportistas que deban someterse al control antidopaje, es necesario garantizar la integridad, identificabilidad y seguridad de cada muestra hasta que el personal habilitado abandone el área de control de dopaje.

El deportista y el personal habilitado firmarán las actas correspondientes al proceso de toma de muestras del deportista cuando convinieren en que son fiel reflejo de lo ocurrido durante dicho proceso, haciendo constar en ellas las irregularidades que el deportista hubiere observado. Un representante firmará en nombre del deportista cuando éste fuere menor. Otras personas que hayan asistido a título oficial al proceso de toma de muestras del deportista podrán firmar las actas en calidad de testigos. De este formulario debidamente firmado se entregará un ejemplar al deportista.

La habilitación concedida para la realización de los controles de dopaje es una autorización administrativa que otorga a los médicos y a los enfermeros la autorización para actuar como Agentes de Control del Dopaje en todo el territorio del Estado. La habilitación como Agente de control del dopaje está condicionada a la superación del curso de formación teórica y práctica que se regula en los artículos siguientes. Además de esos requisitos, la habilitación como Oficial de control del dopaje, a quien corresponde dirigir el equipo de una específica toma de muestras de sangre, exigirá estar en posesión del título universitario oficial que habilite para el ejercicio en España de la profesión de médico, facultativos especialistas en análisis clínicos o personal sanitario.

Cuando la competición es de ámbito internacional, el personal podrá estar habilitado por la Agencia Mundial Antidopaje o la respectiva federación internacional.

Todas las muestras, sin excepción, deberán enviarse a un laboratorio acreditado por la Agencia Mundial Antidopaje y por el Consejo Superior de Deportes, y la documentación se enviará a la Federación Deportiva Española o al organismo que haya ordenado el control antidopaje, con plenas garantías de integridad y confidencialidad.

2.5.- Transporte de las muestras y la documentación.

El transporte se inicia cuando la documentación y las muestras selladas salen del área de control antidopaje y termina con el acuse de recibo de las muestras y la documentación correspondiente en el punto de entrega previsto.

Las muestras de sangre deben ser transportadas al Laboratorio refrigeradas, nunca congeladas, y deben idealmente mantenerse a una temperatura de 4°C, si bien, la temperatura de transporte podrá oscilar entre los 2 y los 8°C. En el contenedor de transporte de las muestras deberá insertarse un dispositivo que permita al laboratorio comprobar a la recepción de las muestras las variaciones de temperatura producidas durante el transporte. Se exceptúan de estas condiciones, las muestras que vayan a ser remitidas al laboratorio en las dos horas siguientes a su extracción, en cuyo caso, podrán transportarse entre 5 y 25°C.

Las muestras de sangre deberán ser entregadas en el laboratorio preferiblemente en las 24 horas siguientes a su extracción, si bien el plazo podrá alcanzar hasta las 36 ó 48 horas, en función del parámetro a analizar.

Las muestras debidamente envasadas se expedirán, con acuse de recibo, cuanto antes al laboratorio acreditado utilizando un medio de transporte que garantice la protección de la integridad, la identificabilidad y la seguridad de las muestras y la documentación correspondiente. En ningún caso se adjuntarán documentos en los que conste la identidad del deportista a las muestras o a la documentación que se envíe al laboratorio que realizará los análisis.

2.6.- El análisis de las muestras.

Las muestras biológicas de los deportistas deberán ser analizadas en laboratorios que estén autorizados por el Consejo Superior de Deportes y por la Agencia Mundial Antidopaje, para lo que será requisito imprescindible el cumplimiento de la norma ISO/IEC 17025, y los Estándares Internacionales para los Laboratorios de la Agencia Mundial Antidopaje.

Los resultados definitivos de los análisis de muestras recogidas en un control serán remitidos o entregados por el laboratorio directamente al correspondiente órgano disciplinario, en forma confidencial de la que quede constancia de su envío. Cuando el laboratorio informe de un resultado analítico adverso definitivo, este resultado se comunicará además a la Agencia Española, a la Agencia Mundial Antidopaje y a la Federación internacional correspondiente.

Si el resultado analítico no es adverso, sino anómalo, se ordenarán las pruebas necesarias para verificar si ese resultado analítico ha podido ser debido al consumo de una sustancia autorizada para ese deportista concreto, o a un error en la aplicación de los Estándares Internacionales, o a causas patológicas. Si tras la realización de esas pruebas se verifica que no se da ninguna de esas circunstancias, se informará el resultado como adverso.

Tras la detección de un resultado analítico adverso, se verificará el nombre del deportista al que se le tomó esa sustancia biológica y tras verificar que no existía registrada ninguna autorización de uso terapéutico, se incoará el correspondiente procedimiento disciplinario.

Una vez informado el deportista de la presencia en su muestra biológica de una sustancia o método prohibido, tendrá el derecho de solicitar el análisis de la muestra B, también llamado contraanálisis. Con carácter general este análisis deberá ser realizado en el mismo laboratorio que realizó el análisis de la muestra A, y el deportista tendrá derecho a estar presente durante la apertura y posterior análisis de la muestra B. Si el deportista renunciara a estar presente, un testigo independiente deberá estar presente durante la apertura del frasco B, para garantizar que los códigos que relacionan el frasco B con los tomados al deportista durante la toma de muestras coinciden. Cualquier anomalía que se detecte durante la apertura del frasco B deberá hacerse constar en el formulario que a esos efectos debe ser rellenado y firmado por los presentes en ese acto.

La doctrina actual del Tribunal Arbitral del Deporte, expresada principalmente en los laudos CAS 2008/A/1607 Kaisa Varis v. International Biathlon Union (IBU), de 13 de marzo de 2009, y CAS 2010/A/2161 Wen Tong v. International Judo Federation, de 23 de febrero de 2011, afirma que la no presencia del deportista o de un representante del mismo, en la apertura y análisis de la muestra B, sin haber renunciado a ese derecho, anula el resultado analítico obtenido y, por lo tanto, el resultado del análisis de la muestra A no ha sido confirmado por el resultado del análisis de la muestra B.

2.7.- Las autorizaciones para uso terapéutico.

El deportista que sufre una patología y debe seguir un tratamiento con una sustancia o método prohibido, puede solicitar una autorización para uso terapéutico (AUT), que le exonera de responsabilidad si se detecta esa sustancia o método autorizados en su organismo. Las AUT se regulan en el Convenio Internacional contra el dopaje de la UNESCO.

Las autorizaciones de uso terapéutico que se expidan según la normativa vigente, así como las documentaciones complementarias correspondientes, deberán quedar en custodia de la Agencia Española. En caso de que se haya expedido una autorización por parte de un organismo internacional a un deportista con licencia federativa para participar en competiciones de ámbito estatal, el deportista o la persona que se designe para ello está obligado a remitir una copia a la Agencia Española para su registro, desde el inicio de la validez de la misma.

Los órganos disciplinarios deportivos no podrán considerar válidas las autorizaciones de uso terapéutico que no se encuentren debidamente registradas en la Agencia Española. Esta Agencia coordinará la información con la Agencia Mundial Antidopaje y especialmente en lo que se refiere con las autorizaciones de uso terapéutico.

Para conceder las AUT se formará un Comité para Autorizaciones de Uso Terapéutico (CAUT), que incluirán al menos a tres médicos con experiencia en la asistencia médica y el tratamiento de deportistas y con buenos conocimientos de medicina clínica, deportiva y del ejercicio. Para garantizar el nivel de independencia de las decisiones, la mayoría de los miembros del CAUT no deberán tener conflictos de intereses ni responsabilidad política alguna en la organización antidopaje. Todos los miembros del CAUT firmarán un acuerdo relativo a los conflictos de intereses. En las solicitudes relativas a deportistas con discapacidades, al menos un miembro del CAUT deberá poseer experiencia concreta en asistencia y tratamiento a deportistas con discapacidades.

El deportista presentará la solicitud de AUT al menos treinta días antes de que necesite la aprobación. La concesión de una AUT sólo se estudiará tras la recepción de un impreso de solicitud cumplimentado que deberá incluir todos los documentos pertinentes, así como una historia clínica completa y los resultados de todos los exámenes, investigaciones de laboratorio y estudios gráficos pertinentes para la solicitud. Cualquier investigación, examen o estudio gráfico adicional pertinente que solicite el CAUT de una organización antidopaje antes de la aprobación correrá por cuenta del solicitante.

La solicitud deberá incluir una declaración de un médico convenientemente cualificado que certifique la necesidad de la sustancia prohibida o del método prohibido en el tratamiento del deportista y que describa por qué no puede o no debe usarse una medicación permitida en el tratamiento de la enfermedad. La sustancia o el método, la dosis, la frecuencia, la vía y la duración de la administración de la sustancia prohibida o método prohibido en cuestión también deberán especificarse.

Las decisiones del CAUT habrán de completarse dentro de un plazo de treinta (30) días tras la recepción de toda la documentación pertinente, y serán transmitidas por escrito al deportista por la organización antidopaje pertinente. En caso de que se haya presentado una solicitud de AUT dentro de un plazo razonable antes de una competición, el CAUT hará todo lo posible por finalizar el proceso de tramitación de la AUT antes del comienzo de dicha competición.

Sólo se concederán AUT si se cumplen estrictamente los siguientes criterios:

a) Que el deportista sufriera un perjuicio significativo en su salud si la sustancia prohibida o el método prohibido no se administrara durante el tratamiento de una enfermedad aguda o crónica.

b) Que el uso terapéutico de la sustancia prohibida o del método prohibido no produzca una mejora del rendimiento, salvo la que pudiera preverse al retornar a un estado normal de salud tras el tratamiento de una enfermedad confirmada. El uso de una sustancia prohibida o de un método prohibido para aumentar niveles «normalmente bajos» de una hormona endógena no se considera una intervención terapéutica aceptable.

c) Que no exista alternativa terapéutica razonable que pueda sustituir el uso de la sustancia prohibida o el método prohibido.

d) Que la necesidad del uso de la sustancia prohibida o el método prohibido no sea una consecuencia parcial o total de un uso anterior, sin una AUT, de una sustancia o un método que estuviera prohibido en el momento del uso.

3.- El régimen de infracciones y sanciones.

Siendo la función represora una de las más importantes en la lucha contra el dopaje, como hemos dicho anteriormente, la tipificación de las infracciones y sanciones se convierte en piedra angular del sistema.

3.1.- Los sujetos pasivos de la potestad disciplinaria.

Se ha incidido mucho en la necesidad de extender el régimen disciplinario en materia de lucha contra el dopaje al entorno del deportista. En este sentido, las normas aplicables contemplan de forma muy extensa las personas físicas y jurídicas que pueden incurrir en responsabilidad por actos relacionados con el dopaje. Además de los deportistas, se contempla la imposición de sanciones a clubes y equipos deportivos, técnicos, jueces, árbitros, directivos, dirigentes o personal de federaciones deportivas españolas, de ligas profesionales, de entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, clubes o equipos deportivos, médicos y demás personal sanitario de clubes o equipos, y con carácter general a cualquier persona que haya obtenido una licencia deportiva.

La Ley establece un doble régimen, en función de si el deportista debe ser considerado de nivel nacional o internacional, aunque ambos sean españoles. El artículo 37.1 de la Ley establece que “La potestad disciplinaria en materia de dopaje en la actividad deportiva efectuada con licencia deportiva estatal o autonómica homologada corresponde a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte”.

En ese mismo artículo también se establece que “La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte no tendrá competencias sancionadoras respecto de los deportistas calificados oficialmente como de nivel internacional o que participen en competiciones internacionales. En estos casos, la competencia corresponderá a las Federaciones españolas. Los actos que se dicten en el ejercicio de esta competencia, se entenderán dictados por delegación de la Federación internacional correspondiente y no tendrán la consideración de actos administrativos. Por excepción, dicha competencia podrá ser asumida por las Federaciones Internacionales o entidades que realicen una función equivalente, previa la firma del correspondiente convenio con la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte en el que se establecerán las condiciones bajo las que se asumirá dicha competencia”.

3.2.- Tipificación de las infracciones.

La tipificación de las infracciones se efectúa diferenciando entre infracciones muy graves y graves. Las infracciones previstas como muy graves son las siguientes:

a) La detección de la presencia de cualquier cantidad de una sustancia prohibida, o de sus metabolitos o marcadores, en las muestras físicas de un deportista. La lista de sustancias y métodos prohibidos podrá prever un límite de cuantificación para determinadas sustancias o criterios especiales de valoración para evaluar la detección de sustancias prohibidas.

b) La utilización, uso o consumo de sustancias o métodos prohibidos en el deporte.

c) La resistencia o negativa, sin justificación válida, a someterse a los controles de dopaje, dentro y fuera de la competición, así como la obstrucción, no atención, dilación indebida, ocultación y demás conductas que, por acción u omisión, eviten, impidan, perturben o no permitan realizar controles de dopaje en la forma prevista en esta Ley. A estos efectos se considerará de modo particular que se ha producido la infracción siempre que cualquier deportista evite voluntariamente, por acción u omisión, la recogida de muestras a que estuviese obligado a someterse.

d) La colaboración o participación, en la utilización de sustancias o métodos prohibidos.

e) La alteración, falsificación o manipulación de cualquier elemento de los procedimientos de control de dopaje.

f) La posesión por los deportistas o por las personas de su entorno, ya sea en competición o fuera de competición, de sustancias prohibidas en dichos ámbitos o de los elementos necesarios para la utilización o uso de métodos prohibidos, cuando se carezca de una autorización de uso terapéutico para su administración o dispensación, o de otra justificación legal o reglamentariamente calificada como suficiente.

La tenencia de una autorización de uso terapéutico no excluirá la comisión de la infracción si las personas responsables disponen de una cantidad de sustancias o métodos prohibidos tan superior a la que correspondería al simple uso que ampara la autorización indicada, que pudiera razonablemente suponerse que están dirigidas al tráfico previsto en la letra i) del apartado primero de este precepto.

g) La administración, dispensa, ofrecimiento, facilitación o el suministro a los deportistas de sustancias prohibidas o de la utilización de métodos prohibidos en la práctica deportiva, ya se produzcan en competición o fuera de competición.

h) La promoción, incitación, contribución, instigación o facilitación de las condiciones para la utilización de sustancias prohibidas o métodos prohibidos.

i) El tráfico de sustancias y métodos prohibidos.

j) El incumplimiento de las obligaciones relativas a la planificación de controles de dopaje, en relación con la confidencialidad de la planificación.

k) El quebrantamiento de las sanciones impuestas conforme a la Ley.

l) El intento de comisión de las conductas descritas en las letras b), e), g) e i) anteriormente mencionadas, siempre que en el caso del tráfico la conducta no constituya delito.

m) El depósito, comercialización o distribución, bajo cualquier modalidad, en establecimientos dedicados a actividades deportivas, de productos que contengan sustancias prohibidas por ser susceptibles de producir dopaje.

n) La incitación al consumo, en establecimientos dedicados a actividades deportivas, de productos que contengan sustancias prohibidas por ser susceptibles de producir dopaje.

Las infracciones graves son las siguientes:

a) El incumplimiento de las obligaciones relativas a la presentación de información sobre localización o relativas a la disponibilidad del deportista para realizar los controles en dicha localización, en los términos previstos en su normativa reguladora.

Se considerará que existe infracción cuando el deportista haya faltado a las obligaciones en materia de localización en tres ocasiones durante un plazo de dieciocho meses.

b) Las conductas descritas como infracciones muy graves en las letras a), b), y f) mencionadas anteriormente, cuando afecten, versen o tengan por objeto sustancias consideradas como «sustancias específicas».

Para que pueda considerarse que estas conductas son infracciones graves será necesario que el infractor justifique cómo ha entrado en su organismo la sustancia o la causa que justifica la posesión de la misma y que proporcione pruebas suficientes de que dicha sustancia no tiene como fin mejorar el rendimiento deportivo o enmascarar el uso de otra sustancia dirigida a mejorar

dicho rendimiento. El grado de culpa del posible infractor será el criterio que se tenga en cuenta para estudiar cualquier reducción del período de suspensión.

Para que se pueda considerar que las pruebas son suficientes será necesario que el infractor presente pruebas que respalden su declaración y que generen la convicción al órgano competente sobre la ausencia de intención de mejorar el rendimiento deportivo o de enmascarar el uso de una sustancia que lo mejore.

c) El incumplimiento de las obligaciones relativas a la información sobre tratamientos médicos y a la comunicación que el deportista está obligado a proporcionar a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte en caso de obtención de autorizaciones para el uso terapéutico, así como la vulneración de la obligación de declarar los productos susceptibles de producir dopaje en el deporte.

3.3.- Las sanciones por infracciones de dopaje.

Las sanciones previstas con carácter general para las infracciones muy graves son la inhabilitación temporal para el desempeño de cargos deportivos o suspensión o privación de licencia federativa por un período de dos años y, en su caso, multa de 3.001 a 12.000 euros, y de inhabilitación temporal para el desempeño de cargos deportivos o suspensión o privación de licencia federativa por un periodo de tres meses a dos años y, en su caso, multa de 1.500 a 3.000 euros.

Las conductas se agravan cuando esté involucrado un menor de edad o cuando se cometan por segunda o tercera vez, pudiendo llegar a imponerse sanciones de inhabilitación para el desempeño de cargos deportivos o suspensión o privación de licencia federativa a perpetuidad y multas de hasta 400.000 euros. Cuando la infracción está relacionada con la administración, dispensa, ofrecimiento, facilitación, suministro, promoción, incitación, contribución, instigación o facilitación de las condiciones para la utilización de sustancias o métodos prohibidos, las sanciones se agravan hasta la inhabilitación temporal para el desempeño de cargos deportivos o suspensión o privación de licencia federativa que puede ser a perpetuidad.

Cuando un deportista incurra por primera vez en una de las infracciones previstas en esta norma se le impondrá, aplicando el principio de proporcionalidad, las sanciones establecidas en el artículo correspondiente apreciando las circunstancias concurrentes. Las principales circunstancias concurrentes son:

a) Ausencia de culpa o de negligencia: Cuando el deportista demuestre, en un caso concreto de infracción de las normas antidopaje consistente en la presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores, o en el uso o intento de uso de una sustancia prohibida o de un método prohibido, que la infracción no se debe a una conducta culposa o negligente por su parte, se anulará el periodo de suspensión aplicable. Cuando una sustancia prohibida, sus metabolitos o sus marcadores se descubran en las muestras de un deportista, este deberá demostrar igualmente de qué forma se introdujo la sustancia prohibida en su organismo para que se levante el periodo de suspensión. En caso de aplicación de este artículo y de levantamiento del periodo de suspensión aplicable, la infracción de las normas antidopaje no será considerada una infracción para la determinación del periodo de suspensión que sea de aplicación a los casos de infracciones múltiples.

b) Ausencia de culpa o de negligencia significativas: Esta circunstancia sólo es de aplicación a las infracciones de las normas antidopaje relativas a la presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores, a la de uso o intento de uso de una sustancia prohibida o de un método prohibido y a la de administración o intento de administración de una sustancia prohibida o método prohibido. Si un deportista logra demostrar, en un caso concreto relacionado con tales infracciones, que no ha cometido ningún acto culposos o negligente, el periodo de suspensión podrá reducirse. No obstante, el periodo de suspensión reducido no podrá ser inferior a la mitad del periodo de suspensión que hubiera debido aplicarse normalmente. Cuando

el periodo de suspensión que hubiera debido aplicarse normalmente es una suspensión de por vida, el periodo de suspensión reducido aplicado en virtud de este artículo deberá ser de al menos 8 años. Cuando una sustancia prohibida, sus metabolitos o sus marcadores se descubran en las muestras de un deportista, este deberá demostrar igualmente de qué forma se introdujo la sustancia prohibida en su organismo para poder beneficiarse de un periodo de suspensión reducido.”

Sobre esta cuestión hay que tener en cuenta que las normas antidopaje prevén un sistema de responsabilidad objetiva, si bien a partir de declarar la responsabilidad del deportista podrá no imponerse una sanción cuando haya quedado acreditada la ausencia de culpa o falta del deportista en la comisión de la infracción.

Asimismo se tendrá en cuenta que el deportista podrá quedar exonerado parcialmente de responsabilidad administrativa si denuncia ante las autoridades competentes a los autores o cooperadores, personas físicas o jurídicas, o coopera y colabora con la Administración competente, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el procedimiento o proceso correspondiente contra aquellos. Para la aplicación de esta previsión la denuncia y, en su caso, las pruebas que se acompañen, deberán tener entidad suficiente para permitir la incoación de procedimiento sancionador o, en su caso, la iniciación del correspondiente proceso judicial. La exoneración y la extinción total o parcial de la responsabilidad será proporcionada a los términos de la denuncia y la colaboración, su eficacia y solvencia jurídica para la lucha contra el dopaje.

Las sanciones por infracciones graves son menos severas, y dará lugar a sanciones de amonestación o suspensión o privación de licencia federativa por un período de hasta dos años, y multas de inferior cuantía, que oscila entre los 1.500 y los 3.000 euros en el caso de los deportistas, si bien en otros casos la multa puede ser de hasta 10.000 euros. Cuando exista reincidencia en una infracción grave se considerará como infracción muy grave la segunda infracción.

En todos los casos, las sanciones personales de multa, en los casos de deportistas, solo podrán imponerse cuando éstos obtengan ingresos, que estén asociados a la actividad deportiva desarrollada.

4.- El Procedimiento disciplinario.

El procedimiento disciplinario se inicia por resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte como consecuencia de la comunicación que haga, de forma directa, el laboratorio de control del dopaje actuante o como consecuencia del conocimiento de los hechos o la recepción de las pruebas que permitan fundar la posible existencia de una infracción en materia de dopaje. La Agencia podrá tramitar diligencias reservadas previamente al inicio del procedimiento, con la finalidad de determinar si hay indicios suficientes para la apertura del mismo. La Agencia deberá comprobar que ese deportista no está en posesión de una autorización para uso terapéutico expedida según la normativa vigente y registrada en la Agencia Estatal, que le autorice a utilizar esa sustancia detectada. Si la autorización para uso terapéutico ha sido expedida por parte de un organismo internacional a un deportista con licencia federativa para participar en competiciones de ámbito estatal, solamente se considerará válida si ha sido debidamente registrada en la Agencia Estatal.

El artículo 38 de la Ley contempla la inmediata suspensión provisional de la licencia, cuando se detecte en el organismo de un deportista una sustancia considerada de especial gravedad. El período de suspensión provisional durará un máximo de tres meses y se deducirá del plazo total de suspensión finalmente impuesto.

La instrucción y resolución de los expedientes disciplinarios que, por incumplimiento de las prescripciones de la Ley Orgánica, proceda llevar a cabo y que afecten a directivos de las federaciones deportivas españolas, ligas profesionales y, en su caso, entidades con funciones análogas, corresponderá en única instancia administrativa al Tribunal Administrativo del

Deporte y el procedimiento se sustanciará conforme a las normas de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y su normativa de desarrollo.

El procedimiento disciplinario en materia de dopaje terminará mediante resolución o por caducidad, que se producirá en el plazo de seis meses a contar desde la adopción del acuerdo de incoación del procedimiento.

5.- El régimen de recursos⁵.

Las resoluciones adoptadas conforme a la presente Ley por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, o los actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, causen indefensión o perjuicio irreparable para los derechos e intereses legítimos de los afectados podrán ser recurridas ante el Tribunal Administrativo del Deporte. El plazo para interponer el recurso será de treinta días, contado desde el siguiente a la notificación de la resolución. Transcurrido este plazo, la resolución ganará firmeza.

Tendrán legitimación para recurrir las personas físicas o jurídicas afectadas por la resolución dictada y en todo caso: a) El deportista o sujeto afectado por la resolución. b) La eventual parte contraria en la resolución o los perjudicados por la decisión. c) La Federación deportiva internacional correspondiente. d) El organismo antidopaje del país de residencia del sujeto afectado. e) La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte. f) La Agencia Mundial Antidopaje. g) El Comité Olímpico Internacional o el Comité Paralímpico Internacional cuando la resolución afecte a los Juegos Olímpicos o Juegos Paralímpicos.

El recurso especial en materia de dopaje en el deporte se tramitará conforme a las reglas establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común para el recurso de alzada con las siguientes especialidades: a) El plazo máximo de resolución y notificación de la resolución será de tres meses, a contar desde la fecha en que el escrito de iniciación tenga entrada en el registro del Tribunal Administrativo del Deporte. b) Transcurrido dicho plazo sin resolución expresa, los interesados podrán entender desestimado el recurso. c) Las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte en esta materia son inmediatamente ejecutivas, agotan la vía administrativa, y contra las mismas las personas legitimadas podrán interponer recurso contencioso-administrativo.

Las resoluciones dictadas en relación con deportistas que por ser calificados oficialmente como de nivel internacional no estén incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley o las que se dicten en el marco de una competición internacional, podrán ser recurridas ante el órgano y con arreglo al sistema de resolución de conflictos previsto en la normativa de la Federación internacional correspondiente.

6.- Los controles de dopaje internacionales.

⁵ El régimen de recursos es modificado por el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, estableciendo en su artículo 40 que las resoluciones adoptadas conforme a la Ley por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte o, en su caso, por los órganos disciplinarios de las federaciones deportivas españolas, o los actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, causen indefensión o perjuicio irreparable para los derechos e intereses legítimos de los afectados podrán ser recurridas ante el Tribunal Administrativo del Deporte.

La Ley otorga legitimación para recurrir tanto al deportista o sujeto afectado por la resolución, la eventual parte contraria en la resolución o los perjudicados por la decisión, la federación deportiva internacional correspondiente, el organismo antidopaje del país de residencia del deportista, la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, la Agencia Mundial Antidopaje y al Comité Olímpico Internacional o el Comité Paralímpico internacional cuando la resolución afecte a los Juegos Olímpicos o Paralímpicos.

El recurso se tramitará conforme a las reglas establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien el plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses a contar desde la fecha en que el escrito de iniciación tenga entrada en el registro del tribunal Administrativo del Deporte, debiéndose considerarse como negativo el silencio administrativo, siendo las resoluciones inmediatamente ejecutivas.

R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

La Ley Orgánica, regula las competencias en el ámbito de los controles de dopaje que se realicen en competiciones internacionales que se celebren en España, así como los controles que pueden realizar en España, las organizaciones internacionales, a deportistas con licencia expedida por una federación española.

Esta Ley nos dice que la responsabilidad de la ordenación y realización de controles de dopaje en las competiciones internacionales celebradas en España corresponde al Comité Olímpico Internacional o a las federaciones deportivas o instituciones internacionales que, respectivamente, las organicen o a aquellas federaciones en las que éstas deleguen la citada organización. En línea con esta regulación, se establece que les corresponde a estas organizaciones el ejercicio de la potestad disciplinaria. La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte podrá realizar controles de dopaje en las competiciones internacionales celebradas en España en las que la Federación internacional no haya ordenado la realización de controles.

También podrán ordenarse, sin menoscabo de las competencias autonómicas, la realización de controles fuera de competición a deportistas extranjeros que se encuentren en España y, especialmente, cuando utilicen centros e instalaciones de entrenamiento de titularidad pública.

En estos casos, y para ejercer la potestad disciplinaria sobre estos deportistas, los resultados analíticos serán comunicados a la respectiva federación deportiva internacional y a la Agencia Mundial Antidopaje.

La Ley también regula los controles de dopaje fuera de competición realizados en España a deportistas con licencia española por parte de organizaciones internacionales, poniendo como límite a la actuación de las organizaciones internacionales la realización de los controles que consistan en la extracción de sangre del deportista se realizarán siempre por un médico, por un facultativo especialista en análisis clínicos u otro tipo de personal sanitario cuyo título le otorgue dicha competencia, y que esté habilitado por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte para el desempeño de esta función. El resto de controles referentes a otros parámetros biológicos deberá hacerse en todo caso por personal debidamente habilitado por la Agencia.

Asimismo estos controles deberán respetar el descanso nocturno del deportista, por lo que no podrá realizarse entre las 23 horas y las 6 horas del día siguiente.

La Ley prevé que las organizaciones deportivas internacionales y la Agencia Estatal puedan suscribir acuerdos y convenios de colaboración para que sea esta última la que realice materialmente los controles de dopaje que aquellas quieran realizar en España.

La Ley prevé que cualquier resolución dictada por las autoridades antidopaje de otros Estados o por las Federaciones o entidades internacionales competentes serán reconocidas de manera automática en España siempre que sean conformes a lo dispuesto en el Código Mundial Antidopaje y correspondan al ámbito de competencias de esa entidad. La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte será la encargada de hacer el reconocimiento de oficio o a instancia de los deportistas, en los casos en que puedan suscitarse dudas acerca de su procedencia. El reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales y de las sentencias firmes dictadas por los tribunales extranjeros en materia de dopaje se ajustará a lo establecido en el Libro II, Título VIII, Sección 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por el Real Decreto de 3 de febrero de 1881 y a las normas internacionales aplicables en España.

7.- La lista de sustancias prohibidas.

Según se prevé en la Ley, en el marco de los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por España, y en particular en el marco de la Convención Antidopaje de UNESCO, el Consejo Superior de Deportes publicará en el Boletín Oficial del Estado, mediante Resolución de su Presidencia, la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte. Esta publicación tendrá carácter periódico y se producirá, en todo caso, cuando se introduzcan cambios en la misma. El

Consejo Superior de Deportes establecerá formas adicionales de información y de consulta de la lista de sustancias y métodos prohibidos mediante su inserción en páginas digitales de instituciones y de entidades relacionadas con el deporte, así como por cualquier otro medio y soporte que faciliten el conocimiento, la difusión y la accesibilidad de la misma.

Esta lista se modifica todos los años, y diferencia aquellos métodos y sustancias consideradas de mayor gravedad, de las denominadas sustancias específicas, que podrán ser consideradas de menor gravedad.

Respecto a la lista hay que mencionar que la misma se establece como abierta, al establecer que también se prohíben aquellas otras sustancias con estructura química o efectos biológicos similares. Esto añade una especial complejidad que perjudica el principio de seguridad jurídica, al establecer en una norma sancionadora un precepto en blanco que solo podrá completarse caso por caso, cuando una acusación de dopaje sea resuelta en el procedimiento disciplinario.

8.- El dopaje y el ámbito penal

El artículo 44 de la Ley Orgánica 7/2006 introdujo una modificación del Código Penal para añadir un delito específico relacionado con el dopaje, concretamente un apartado bis del artículo 361 de ese Código, incluido entre los delitos contra la salud pública, que establece:

“1. Los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

2. Se impondrán las penas previstas en el apartado anterior en su mitad superior cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

Que la víctima sea menor de edad.

Que se haya empleado engaño o intimidación.

Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional.”

Como puede apreciarse, el tipo delictivo no incluye las conductas de consumo de sustancias o métodos prohibidos, que son las infracciones más habituales que cometen los deportistas en esta materia, lo que permite considerar que este delito se dirige a perseguir las conductas fraudulentas cometidas por el llamado entorno del deportista, salvo que sea el propio deportista el que realiza alguna acción de las tipificadas en este artículo.

Las conductas tipificadas deben realizarse cuando no existe justificación terapéutica, puesto que el hecho de facilitar una sustancia aunque esté prohibida, exclusivamente con finalidad terapéutica [...] no debería dar lugar, en modo alguno a la tipicidad penal para luego entender que dicha conducta estaría justificada” (Álvarez, 2007, 568).

El artículo 33 de la Ley Orgánica 3/2013 establece la colaboración con las autoridades judiciales, previendo en su apartado primero que “Si la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte tuviera conocimiento en el ejercicio de sus funciones de la posible existencia de conductas que pudieran ser constitutivas del delito previsto en el artículo 361 bis del Código

Penal lo pondrá de inmediato en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del Ministerio Fiscal o Juez competente para la instrucción del correspondiente proceso”.

En caso de que el proceso penal finalice con una condena firme por la comisión de un delito previsto en el artículo 361 bis del Código Penal, la misma llevará aparejada automáticamente, como medida asociada, la suspensión de la licencia federativa por el mismo plazo establecido en la presente Ley para las infracciones administrativas equivalentes, incluso en caso de reincidencia. Dicha medida será adoptada por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte una vez tenga conocimiento de la condena. En este caso ya no será posible sancionar a quien haya sido afectado por la medida asociada, siempre que entre el delito y la infracción administrativa se aprecie que existe identidad de hechos, sujetos y fundamento.

La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte podrá solicitar que le sean remitidas aquellas diligencias de instrucción practicadas que sean necesarias para la continuación de los procedimientos sancionadores. Dicha petición será resuelta por el Juez de instrucción, previa audiencia de los interesados, en el plazo de 20 días. En dicha audiencia los interesados podrán solicitar que sean también remitidos los documentos que les puedan beneficiar. La resolución del Juez será plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad, entregando a la Administración, mediante resolución motivada, únicamente las diligencias que la aplicación de tal principio autorice.

En el caso de que la causa penal ya no se encuentre en fase de instrucción la petición se dirigirá al órgano jurisdiccional que esté conociendo de las actuaciones respecto de las diligencias de instrucción o de las pruebas ya practicadas.

III.- CONCLUSIONES. LA PROTECCIÓN A LOS MENORES DE EDAD.

En relación con los menores de edad, lo primero que hay que destacar es que las medidas van encaminadas, fundamentalmente, al deporte competitivo, de tal manera que aquellos menores de edad que no se insertan en el deporte de competición, organizado por las Federaciones Deportivas, no se benefician directamente de las acciones preventivas o represoras en esta materia.

La especial protección que se contempla en relación con los menores de edad es el establecimiento de sanciones agravadas cuando la conducta prohibida se realiza teniendo a un menor de edad como víctima, sean estas sanciones administrativas o penales. Este régimen ha sido establecido tanto en Francia como en España. También el Código Mundial Antidopaje prevé un agravamiento de la sanción cuando determinadas conductas han afectado a menores de edad, según se establece en su artículo 10.3.2

Por otro lado, no se prevé un tratamiento especial en el régimen disciplinario cuando la conducta infractora haya sido cometida por un menor de edad, si bien esa circunstancia debe ser tomada en cuenta en la determinación de la culpabilidad del deportista. Así, el Código Mundial Antidopaje en sus comentarios a los artículos 10.5.1 y 10.5.2 dice que “Aunque los menores no recibirán un tratamiento especial en sí a la hora de establecer la sanción correspondiente, sin duda la juventud y la falta de experiencia constituyen factores relevantes a tener en cuenta en el momento de determinar la culpabilidad del deportista”

BIBLIOGRAFÍA.

Álvarez Vizcaya, M. (2007). La protección penal. Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi.

Carretero Lestón, J. L. (2005). La Agencia Mundial Antidopaje: naturaleza, composición y funciones. Régimen jurídico del dopaje en el deporte. Barcelona. Bosch.

Cazorla Prieto, L.M. y Palomar Olmeda, A., (2007). Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi.

De Asís Roig, A. y Hernández San Juan, I. (2006). Estudios sobre el dopaje en el deporte. Madrid. Dykinson.

Millán Garrido, A. (Coord.). (2005). Régimen jurídico del dopaje en el deporte. Barcelona. Bosch.

Millán Garrido, A. (Dir.). (2007). Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte. Barcelona. Bosch.

Pérez González, C., y Rodríguez García, J. (2007). El contexto internacional de la ley. Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi.

"METODOLOGÍAS DOCENTES ACTIVAS EN DERECHO PENAL Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE RECURSOS DE APRENDIZAJE QUE FACILITEN EL TRABAJO AUTÓNOMO"

MIGUEL ABEL SOUTO
Profesor titular de Derecho penal
Universidad de Santiago

Fecha de recepción: 6 de diciembre de 2013

Fecha de aceptación: 7 de enero de 2014

SUMARIO: 1. METODOLOGÍAS DOCENTES ACTIVAS Y ABP. 2. APLICACIÓN DEL ABP AL DERECHO PENAL. 3. DEL ARTE AL DERECHO PENAL MEDIANTE EL ABP. 4. PUESTA A DISPOSICIÓN DE RECURSOS DE APRENDIZAJE QUE FACILITEN EL TRABAJO AUTÓNOMO.

RESUMEN: El presente artículo es una muestra de la nueva metodología docente en el Derecho Penal, exigida por el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) y basada en el "Problem based learning" o aprendizaje basado en problemas (ABP) del mundo anglosajón. También por la implantación del sistema de créditos europeos (ECTS), que valoran el volumen de trabajo total del alumno, expresado en horas. Es un método educativo "innovador" centrado en el estudiante que promueve el "trabajo interpersonal-colaborativo". La ABP surgió a finales de los sesenta para la materia médica y pronto se expande al resto de disciplinas entre las que se encuentran las Ciencias Jurídicas. El objetivo del método es que el "alumno aprenda a aprender", en los tiempos en los que la legislación cambia cada día, aprenda a trabajar en equipos. El ABP, son breves textos con problemas de la vida profesional que deben resolver y analizar en grupo; el problema estimula el aprendizaje, se basa tanto en la teoría constructivista (aprendizaje en colaboración con otros) como en la psicología cognitiva, promoviendo la motivación del alumno y el pensamiento crítico. La enseñanza del Derecho Penal puede partir de una noticia de prensa, o a través del arte envolviendo a la literatura, poesía, teatro, opera, cine, televisión o la misma Historia. Por último, la puesta a disposición de recursos de aprendizaje para facilitar el trabajo autónomo en lengua inglesa y gallega con la creación de diccionarios jurídicos, página web, monografía electrónica y libro impreso. Así como la impartición de clases prácticas con supuestos de hechos de sentencias.

ABSTRACT : This article is a sample of the new teaching methodology in criminal law, required by the European Higher Education Area (EHEA) and based on the "Problem-based learning" of the Anglo-Saxon world. Also introduced is the System of European Credits (ECTS), that valuates the total workload of the student in terms of hours. It is an educational method "innovator" focused on the student who promotes "interpersonal-collaborative" work. ABP emerged in the late 1960's in medical studies and soon expanded

to other disciplines, among them being the legal sciences. The objective of the method is that "students learn to learn, learning to work in teams during an era in which legislation changes on a daily basis. The ABP are brief texts with professional life problems that must be resolved and analyzed in groups; the problem stimulates learning and is based both on constructivist theory (learning in collaboration with others) as in cognitive psychology, and by promoting student motivation and critical thinking. The teaching of criminal law can be initiated with a press release, or through art involving literature, poetry, theatre, opera, cinema, television or a similar method, or discipline like History. Finally, to facilitate self-employment in English, and Galician, learning resources such as legal dictionaries, web pages, electronic monographs and printed books have been created. In addition, the practice classes will be taught using real court cases and judgements/sentences.

PALABRAS CLAVE: Aprendizaje basado en problemas (ABP). Trabajo interpersonal-colaborativo. Teoría constructivista, psicología cognitiva, pensamiento crítico, el valor de la argumentación, arte a través del Derecho Penal, diccionarios jurídicos en inglés y gallego para investigación y docencia.

KEYWORDS: Learning based problems (ABP). Interpersonal-collaborative work. Constructivist theory, cognitive psychology, critical thinking, the value of the argument, Art through the Criminal Law, legal dictionaries in English and Galician for research and teaching.

1. METODOLOGÍAS DOCENTES ACTIVAS Y ABP

El espacio europeo de educación superior (EEES) exige metodologías docentes activas¹ centradas en el aprendizaje del estudiante² entre las que destaca la conocida en el mundo anglosajón, en cuyo seno nació, como Problem Based Learning³ o aprendizaje basado en problemas (ABP)⁴.

Sabido es que la convergencia con el EEES de la Universidad española requería una serie de cambios⁵, especialmente la implantación de un sistema de créditos europeos (ECTS) que permita su transferencia y acumulación⁶, el cual valora el volumen de trabajo total del alumno⁷, expresado en horas.

Así pues, la convergencia europea radica en desplazar el punto de apoyo de la docencia desde la enseñanza al aprendizaje, de lo que el profesor pueda dar a lo que el alumno realmente asimila, de la presentación de información, su explicación, propuesta de actividades y evaluación a la organización del proceso para que los alumnos puedan acceder al nuevo conocimiento que el profesor les propone, el desarrollo de guías y recursos de aprendizaje que faciliten el trabajo autónomo, tutorizar su proceso de aprendizaje, etc.⁸ Se dice que se ha operado un giro copernicano en el que el alumno se sitúa en el centro, aunque realmente nos hallamos ante ideas ya señaladas —sin remontarnos a la mayéutica socrática ni a la etimología de «educación», que significa hacer salir o llevar fuera⁹— por GINER DE LOS RÍOS, MACÍAS PICAVEA¹⁰ u ORTEGA Y GASSET, a cuyo juicio «en la construcción de la Universidad hay que partir del estudiante, no del saber ni del profesor»¹¹.

En tal orientación de la docencia el ABP, como método educativo innovador centrado en el estudiante¹² que promueve el «trabajo interpersonal-colaborativo»¹³, representa una excelente técnica pedagógica.

El ABP nace en 1969, en la nueva facultad de medicina de la universidad canadiense de McMaster¹⁴, como respuesta a la escasa efectividad de los métodos

¹ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A./ASTIGARRA GOENAGA, J./RUEDA MARTÍN, M.A./USOZ OTAL, J., *Metodologías activas para la docencia en las ciencias económicas y jurídicas. Una experiencia de innovación docente en un contexto difícil*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010.

² Cfr. GALÁN, A./AMILBURU, M.G./MUÑOZ, I., “The effects of implementing the ESHE on the assessment of teaching competency in Spain”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 44, 2012, p. 362.

³ Vid. ABEL SOUTO, M., “El ABP como una nueva técnica pedagógica aplicada a las ciencias jurídicas y al Derecho penal en el EEES”, en *Dereito*, nº 19.2, 2010, pp. 469-485.

⁴ GARCÍA SEVILLA, J., “Prólogo”, en LA MISMA AUTORA (coord.), *La metodología del aprendizaje basado en problemas*, Universidad de Murcia, 2008, p. 1.

⁵ Cfr. VÁZQUEZ GÓMEZ, G., *Formación científica y métodos del profesorado universitario*, UIMP, Santander, 2003, p. 15.

⁶ Cfr. TEJERINA GARCÍA, F., *El profesorado universitario y el reto de la calidad*, UIMP, Santander, 2003, pp. 10 y 11.

⁷ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M.A., “Un ejemplo de la aplicación de metodologías activas en las clases prácticas de la asignatura de Derecho penal, parte general”, en <http://www.unizar.es/eees/innovacion06/index.html>, p. 3.

⁸ Cfr. ZABALZA BERAZA, M.A., *A didáctica universitaria*, USC, Santiago, 2004, pp. 30 y 35.

⁹ Cfr. MOORE, S./WALSH, G./RÍSQUEZ, A., *Teaching at College and University: Effective Strategies and Key Principles*, Open University Press UK Limited, 2007, traducido al gallego por Verónica Arias Sánchez y Natalia Casado Bailón como *Ensinando na universidade. Estratexias eficaces e principios clave*, Tórculo, Universidade de Vigo, 2008, p. 93.

¹⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *La enseñanza del Derecho en la encrucijada. Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 98 y 99, con referencias bibliográficas en notas 45 y 46.

¹¹ ORTEGA Y GASSET, J., *Misión de la Universidad y otros ensayos sobre educación y pedagogía*, Revista de Occidente en Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 49.

¹² Cfr. PELÁEZ VILLA, J., “Aprendizaje basado en problemas”, 2010, en <http://www.slideshare.net>, p. 1.

¹³ FIGUEROA RUBALCAVA, A.E. (coord.), “Aprendizaje basado en problemas”, 2008, en <http://ufap.dgdp.uaa.mx>, p. 2.

tradicionales para la preparación profesional ante el enfrentamiento a nuevos problemas¹⁵. Concretamente, en la población de Hamilton se generó un debate sobre la ineficacia de sus médicos para abordar los problemas de salud¹⁶ y se constató que los estudiantes con buenos conocimientos en diversas materias médicas eran incapaces de aplicarlos¹⁷, por lo que la universidad de McMaster se replanteó la formación tradicional basada en el conocimiento sistemático y potenció las competencias y habilidades necesarias para el trabajo¹⁸. También se aplicó muy pronto el ABP en las escuelas de medicina de las universidades estadounidense de Case Western Reserve¹⁹ y australiana de Newcastle²⁰. En 1974 la universidad holandesa de Maastricht organizó todos sus estudios según esta técnica pedagógica y la universidad danesa de Aalborg creó la variante del aprendizaje basado en proyectos para gran parte de sus enseñanzas²¹. Rápidamente se expandió por todo el mundo no sólo en la medicina, veterinaria, enfermería, odontología e ingenierías²² sino también a las ciencias sociales en general, como económicas, empresariales, administración y dirección de empresas, psicología, trabajo social²³, y a las ciencias jurídicas en particular²⁴.

Actualmente las modificaciones legislativas son tan frecuentes que el estudiante tendrá que renovar sus conocimientos muchas veces durante la vida laboral, de manera que objetivo de la formación universitaria debe ser que los alumnos «aprendan a aprender»²⁵ durante toda la vida.

Asimismo, cada vez menos personas trabajan aisladamente, por lo que debe capacitarse a los futuros profesionales para trabajar en equipos.

En consecuencia, entre los objetivos del ABP figuran el promover la responsabilidad del propio aprendizaje²⁶ y solucionar problemas participativamente, con sus compañeros, en pequeños grupos, tareas similares a las que se enfrentarán, como profesionales, a lo largo de su vida diaria²⁷.

El ABP comienza con la presentación a los alumnos de un problema, normalmente un breve texto que describe una situación de la vida cotidiana o profesional, que deben analizar y resolver en grupo, cuya elaboración constituye el factor fundamental para el éxito de esta técnica pedagógica²⁸. El problema sólo es «una excusa para la construcción del conocimiento»²⁹; el objetivo no radica en su resolución sino en utilizarlo como base para identificar los temas de aprendizaje³⁰, así el estudiante advierte sus necesidades educativas, comprende mejor la situación y alcanza los objetivos del aprendizaje³¹. El problema que se plantea contiene en sí la semilla del interés al partir de situaciones

¹⁴ Cfr. PRIETO A./DÍAZ D./HERNÁNDEZ, M./LACASA, E., “Variantes metodológicas del ABP: el ABP 4x4”, en GARCÍA SEVILLA, J., *op. cit.*, p. 55.

¹⁵ Cfr. PÉREZ, M.A., “La efectividad del ABP”, en GARCÍA SEVILLA, J., *op. cit.*, p. 123.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. VIZCARRO, C./JUÁREZ, E., “¿Qué es y cómo funciona el aprendizaje basado en problemas?”, en GARCÍA SEVILLA, J., *op. cit.*, p. 12.

¹⁸ Cfr. PÉREZ, M.A., *op. cit.*, p. 123.

¹⁹ Cfr. “Aprendizaje basado en problemas”, en <http://www.slideshare.net>, 2660437, p. 1.

²⁰ Cfr. FIGUEROA RUBALCAVA, A.E., *op. cit.*, p. 3.

²¹ Cfr. GARCÍA SEVILLA, J., *op. cit.*, p. 2.

²² Cfr. PRIETO, A./DÍAZ, D./HERNÁNDEZ, M./LACASA, E., *op. cit.*, p. 57.

²³ Cfr. FIGUEROA RUBALCAVA, A.E., *op. cit.*, p. 3.

²⁴ Cfr. GARCÍA SEVILLA, J., *op. cit.*, p. 2.

²⁵ VIZCARRO, C./JUÁREZ, E., *op. cit.*, p. 9.

²⁶ Cfr. PELÁEZ VILLA, J., *op. cit.*, p. 2.

²⁷ Cfr. FIGUEROA RUBALCAVA, A.E., *op. cit.*, pp. 6 y 7.

²⁸ Cfr. ROMERO MEDINA, A./GARCÍA SEVILLA, J., “La elaboración de problemas ABP”, en LA MISMA AUTORA, *op. cit.*, p. 33.

²⁹ FONT, A., “El uso de las TIC como soporte para el ABP”, en GARCÍA SEVILLA, J., *op. cit.*, p. 256.

³⁰ Cfr. FIGUEROA RUBALCAVA, A.E., *op. cit.*, p. 7.

³¹ Cfr. PELÁEZ VILLA, J., *op. cit.*, p. 2.

cotidianas y confusas³², relacionadas con la disciplina³³, que obligan al análisis. Es decir, el problema estimula el aprendizaje³⁴ y, al ser su función iniciar tal proceso, debe ser atractivo³⁵ y formularse en un estilo retador, que cree inquietudes y transmita interés mediante «experiencias fuertes» que obliguen a los estudiantes a romper la rutina³⁶. De manera que metodológicamente se parte de conceptos y situaciones familiares al alumno para conseguir la motivación, *conditio sine qua non* del aprendizaje significativo³⁷.

Por último, el ABP se fundamenta en la teoría constructivista³⁸, cuya vertiente social afirma que el aprendizaje resulta especialmente efectivo cuando se realiza en colaboración con otros³⁹. Igualmente, el ABP se sustenta en la psicología cognitiva, que promueve la motivación del alumno⁴⁰, condición necesaria del aprendizaje significativo⁴¹.

2. APLICACIÓN DEL ABP AL DERECHO PENAL

A modo de ejemplo, en la enseñanza del Derecho penal puede partirse de una noticia de prensa sobre el crimen de Seseña que diga, según una de las versiones, que «Chanel golpeó a Cristina con el propósito de causarle la muerte y, creyendo haberlo logrado, para encubrir su delito, después le produjo varios cortes y arrojó su cuerpo a la fosa de la fábrica de yesos para simular un accidente, pero posteriormente se probó que Cristina murió desangrada en la fosa y no por el golpe anterior», y sobre tal base cabe analizar las clases de dolo, el llamado *dolus subsequens*, el concurso real entre homicidio doloso intentado y homicidio culposo consumado así como el error inesencial sobre el curso causal del homicidio doloso consumado. Podría iniciarse una clase afirmando que la noche anterior Vicente, policía fuera de servicio, se fue de copas a la fascinante muralla mora que se encuentra dentro del NH de Murcia en la que un desconocido con el que se tropezó le enseñó una pistola y le dijo que iba a pegarle dos tiros, ante lo que decidió marcharse para casa; de camino, por la calle del Santo Cristo, escuchó unos pasos que en la oscuridad se abalanzaban contra él y, creyendo que el desconocido venía a cumplir su amenaza, se giró rápidamente y disparó a la sombra que resultó ser Marta, una estudiante de Derecho que corría temprano para conseguir uno de los pocos puestos de lectura en la Biblioteca General, a la que mató, situación que serviría de pretexto para estudiar la legítima defensa putativa, el cumplimiento de un deber y el uso de armas por los agentes. Otra clase puede comenzar entregándole a los alumnos una fotocopia del artículo 301 del Código penal para que adviertan la complejidad de las conductas que allí se castigan⁴² y cómo se aclara el exacto contenido del delito de blanqueo a través del examen de las distintas clases de interpretación (auténtica, judicial, doctrinal, gramatical, lógico-sistemática, histórica, teleológica, declarativa, extensiva y restrictiva), materia de la parte general del Derecho penal que sería el objetivo del aprendizaje. También cabría sorprender a los alumnos con el caso de un terrateniente que envía a su criado a recoger leña en un bosque en plena

³² Cfr. THE BRITISH SCHOOL, “El aprendizaje basado en problemas (ABP O PBL). Una herramienta complementaria”, en <http://www.slideshare.net>, pp. 1, 2 y 4.

³³ Cfr. ROMERO MEDINA, A./GARCÍA SEVILLA, J., *op. cit.*, pp. 33, 35 y 37.

³⁴ Vid. CLAYTON, W./GJSELAERS, W.H., “Problem based learning. Guide for educators”, 2008, en <http://www.bized.co.uk/current/pbl/educator.htm>.

³⁵ Cfr. MORENO R./MARTÍNEZ, R., “Aplicación de la metodología docente de aprendizaje basado en problemas a grupos amplios de estudiantes”, en GARCÍA SEVILLA, J., *op. cit.*, p. 145.

³⁶ Cfr. ZABALZA BERAZA, M.A., *Competencias docentes do profesorado universitario. Calidade e desenvolvemento profesional*, Vicerreitoría de formación e innovación educativa da Universidade de Vigo, Tórculo, Vigo, 2008, pp. 80, 82, 83 y 91.

³⁷ Cfr. FONT, A., *op. cit.*, p. 257.

³⁸ Cfr. BOTIA VARGAS, R.A., “Aprendizaje basado en problemas”, en <http://www.slideshare.net>, p. 1.

³⁹ Cfr. FONT, A., *op. cit.*, p. 260.

⁴⁰ Cfr. FIGUEROA RUBALCAVA, A.E., *op. cit.*, p. 4.

⁴¹ Cfr. FONT, A., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴² Vid. ABEL SOUTO, M., “Conductas típicas del blanqueo en el Ordenamiento penal español”, en EL MISMO AUTOR/SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 175-246 y 325-327.

tormenta con la esperanza de que caiga un rayo y lo mate, resultado que se produce, con el fin de estimular el interés de los alumnos sobre el nexo causal, la afirmación de la causalidad por la teoría de la equivalencia de las condiciones, su negación conforme a la teoría de la adecuación social, la causalidad atípica según la teoría de la relevancia jurídica y la solución que ofrecen los criterios de imputación.

Por otra parte, los objetivos pueden ser multidisciplinares, de modo que incluyan diversas materias⁴³, aunque los problemas específicos son más fáciles de programar, en ellos resulta menor el intervalo desde el planeamiento a la solución y la motivación mayor⁴⁴. De hecho, en la universidad de Maastricht se observa una tendencia, a lo largo de tres décadas, hacia problemas concretos ante las dificultades derivadas de la planificación inicial más abierta⁴⁵. Con todo, puede ofrecerse a los alumnos la noticia, en más de una ocasión repetida por los ministros de Justicia, de que, ante la percepción de cierto incremento de la delincuencia juvenil o la alarma social de un crimen cometido por un menor, se pretenda apaciguar a las víctimas y a la comunidad con el anuncio de una reforma de la Ley penal del menor, situación que serviría de base para analizar el carácter subsidiario o de ultima ratio del Derecho penal, conforme al cual sólo es legítima la intervención penal cuando los otros sectores del Ordenamiento jurídico sean insuficientes para resolver el problema, de manera que previamente habría que desarrollar una política social no sancionatoria que ataque los factores de las conductas perturbadoras (aumento de las becas de estudio, la oferta laboral juvenil, el acceso a la vivienda y la erradicación de los barrios marginales); después, si fracasa, puede recurrirse a las reacciones civiles, fiscales o administrativas y sólo en último extremo sería legítimo el recurso a las penas criminales. También es posible partir de la recepción por un alumno de una multa, con la firma de un director general, por exceso de velocidad y las dudas que se le suscitan en torno a si se encuentra ante una sanción penal para abordar las diferencias cuantitativas u ontológicas entre ilícito penal y administrativo. Finalmente, cabe plantear el caso de un joven, Juan, que compra un porro a otro, Luis, tras intentar infructuosamente un regateo, pues el vendedor le dice que también tiene que pagar sus impuestos, y luego invita a Marcos a una calada, para lo cual Sergio, sentado entre Juan y Marcos en las escaleras situadas ante la majestuosa torre barroca de la catedral de Murcia, se lo pasa a este último, situación que sirve de pretexto para analizar el significado esencial del principio de legalidad y su vulneración por cláusulas abiertas como la del artículo 368 del Código penal, que castiga a los que «de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas», con lo que Sergio quedaría abarcado por la conminación penal, amén de permitirnos entrar en el campo administrativo, que multa el consumo en público, y fiscal, al plantearse la tributación del producto de las actividades delictivas.

3. DEL ARTE AL DERECHO PENAL MEDIANTE EL ABP

En primer lugar, también el arte⁴⁶ puede calar más hondo que la ciencia y aportar datos, mediante la literatura, para el análisis jurídico⁴⁷ que siembren la semilla del interés en el alumno al permitirle, sin esfuerzo, superar, de manera divertida, hasta el cansancio intelectual⁴⁸.

⁴³ Cfr. ROMERO MEDINA, A./GARCÍA SEVILLA, J., *op. cit.*, p. 38.

⁴⁴ Cfr. MORENO, R./MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 146.

⁴⁵ Cfr. MOUST, J.H.C./VAN BERKEL, H.J.M./SCHMIDT, H.G., "Signs of erosion: Reflections on three decades of problema-based learning at Maastricht University", en *Higher Education*, nº 50, 2005, pp. 665-683.

⁴⁶ Vid. ABEL SOUTO, M., "Desde la literatura, ópera, cine y televisión hasta las ciencias jurídicas y el Derecho penal mediante la nueva técnica pedagógica del aprendizaje basado en problemas", en *Dereito*, nº 20.2, 2011, pp. 183-205 y *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (Rejie)*, nº 5, 2011, pp. 87-104.

⁴⁷ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *La Criminología en la literatura universal. Ensayo de propedéutica biológico-criminal sobre fuentes literarias*, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 10 y 11.

⁴⁸ Cfr. DEL ROSAL, J., *Crimen y criminal en la novela policíaca*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, p. 11.

Precisamente en el campo penal ofrece múltiples oportunidades la historia de la literatura universal para acudir al ABP, ya que constantemente recurre al delito como fuente de inspiración, desde el fratricidio de Caín con el que comienza la Biblia, pasando por los asesinatos recogidos en la *Ilíada* de Homero, la *Orestíada* de Esquilo, Edipos de Sófocles, Orestes, Electra e Ifigenia de Eurípides, las innumerables venganzas y crímenes de los Nibelungos germánicos, hasta los atroces episodios de nuestro Romancero, v. gr. *La Condesa traidora* o *Los infantes de Lara*⁴⁹, habida cuenta de que la «eterna»⁵⁰ temática del delito «sigue a la sociedad como sombra al cuerpo»⁵¹. Penas todavía existentes en países que pretenden ser los abanderados mundiales de la civilización, como la de muerte, pueden ser estudiadas partiendo de nuestra poesía (*Un criminal* de Machado, en *Campos de Castilla*, *El reo de muerte* y *el verdugo* de Espronceda o *Garrrote vil*, de Valle-Inclán), teatro (*Fuenteovejuna* de Lope de Vega y *El alcalde de Zalamea*, de Calderón de la Barca) o novela (*La familia de Pascual Duarte* de Cela y *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, el cual supo que llegaba a Barcelona porque los árboles estaban repletos de ahorcados)⁵² y penas ya desaparecidas en todo el mundo, como la de galeras, pueden servir de base para indagar la finalidad utilitaria del castigo tomando, también de la obra cumbre cervantina, como pretexto el capítulo de los galeotes⁵³. La lectura de Dostoyewski (*Crimen y Castigo*) puede estimular el análisis conjunto del asesinato, el robo y la atenuante de arrepentimiento; para el estudio de la figura del anarquista y el terrorismo son útiles novelas de Baroja; es posible abordar la violencia sexista desde las obras de Calderón y Shakespeare (uxoricidio pasional de Otelo), la pederastia en Sodoma y Gomorra de Proust, la delincuencia juvenil como protesta en la literatura alemana, los crímenes multitudinarios en Galdós, que recoge la matanza de religiosos de 1834 en el *Episodio nacional* que lleva por título *Un faccioso más y algunos frailes menos*, y se puede encargar a los alumnos la lectura de dos libros para que adviertan cómo en el *Delincuente honrado* de Jovellanos⁵⁴ se reflejan las ideas del marqués de Beccaria⁵⁵.

Concretamente, cabría ofrecer a los estudiantes 1984, la última obra de George Orwell y probablemente la más famosa e influyente, creadora de conceptos aún hoy vivos como gran hermano, doblepensar y neolengua⁵⁶, para que trabajen en grupos primero y expongan al resto de la clase después la vinculación del pensamiento con el lenguaje y la teoría significativa de la acción, el fundamento de la responsabilidad criminal en la libertad y su destrucción por el crimental o el castigo de los meros pensamientos, la manipulación política del lenguaje y la pretendida novedad de la localización permanente⁵⁷, fruto del marketing punitivo popular que vendió como nueva la vieja pena del arresto domiciliario, las telepantallas orwellianas y el seguimiento electrónico de la localización permanente así como la medida de libertad vigilada y el hecho de que el autor nos pretendiese sorprender al final de la novela con la revelación de que el protagonista, Winston Smith, había sido vigilado durante 7 años, cuando desde la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, se permite un seguimiento permanente mediante aparatos electrónicos, posterior al cumplimiento de la prisión, que puede alcanzar los 10 años.

⁴⁹ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *op. cit.*, pp. 15-17.

⁵⁰ DEL ROSAL, J., *op. cit.*, p. 33.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes contra la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 25-27, 49, 50 y 61-71.

⁵³ Vid. ARROYO ZAPATERO, L., "Delitos y penas en el Quijote", en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, n° 2, 1998, pp. 266-272.

⁵⁴ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *op. cit.*, pp. 17, 24, 54-57, 60, 80-84, 97, 99, 143, 178-181 y 193.

⁵⁵ Vid. BECCARIA, C., *Dos delitos e das penas*, con prólogo de GONZÁLEZ GUITIÁN, L., traducido del italiano al gallego por Benedict Buono, USC, Santiago, 2011; MATUS ACUÑA, J.P. (dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios. Vigencia de la obra De los delitos y de las penas*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2011.

⁵⁶ Cfr. GALVÁN, F., "Introducción", en ORWELL, G., 1984, Austral, Barcelona, 2010, p. 9.

⁵⁷ Vid. ABEL SOUTO, M., *La pena de localización permanente*, Comares, Granada, 2008.

En segundo término, se habla en la ópera de un amplio catálogo de delitos y penas⁵⁸, el cual demuestra que «el bel canto no ha sido ajeno al Derecho punitivo»⁵⁹ y nos permite servirnos de la música para llegar al Derecho penal mediante el ABP, ofreciendo a los estudiantes fragmentos de libretos para su comentario en grupos, proceso de aprendizaje en el que el ritmo y la melodía que acompañan al texto y materia objeto de estudio facilitan la motivación del alumno. Se trata de aprovechar los profundos sentimientos que despierta la ópera para acercar e identificar, a través de la música, al estudiante con el delincuente, su castigo y la víctima⁶⁰.

Así, para analizar el homicidio podemos servirnos de *Tosca* e *Il Tabarro* de Puccini, *La forza del destino* y *Rigoletto* de Verdi, *I Pagliacci* de Ruggiero Leoncavallo, *Wozzeck* de Alban Berg, *Carmen* de Bizet, *Rosmonda D'Inghilterra* de Donizetti, *Fausto* de Gounod, *Il Pirata* de Bellini, *Il Giuramento de Mercadante*, *Beatrice Cenci* de Goldschmidt o *Cadillac de Hindemith*⁶¹; para abordar el asesinato cabe partir de *Rigoletto* (por precio), *Luisa Miller*, *Simon Boccanegra* (asesinatos alevosos, con veneno o mientras se duerme), *Un Ballo in Maschera* y *Otello* (ambos con incidencia de los estados pasionales) de Verdi, *Lucrezia Borgia* (envenenamientos) y *Lucia di Lammermoor* (imputabilidad) de Donizetti, *Adriana Lecouvreur* (envenenamiento por celos) de Cilea o *Edgar* (alevosía y estados pasionales) de Puccini⁶²; el magnicidio puede estudiarse sobre la base de *El Baile de Máscaras* de Auber; es posible abordar el proxenetismo y la violación desde *Rigoletto*, el acoso sexual desde *Tosca*, el secuestro desde *Iris* de Mascagni, la acusación y denuncia falsas desde *Fausta* de Donizetti, los malos tratos a los presos desde *Fidelio* de Beethoven y las torturas desde *I Due Foscari* de Verdi, *Beatrice di Tenda* de Bellini o *Tosca*⁶³.

Respecto a las penas, la de muerte puede ser analizada, en general, sobre la base de *Le Dernier Jour d'un Condamné* de los hermanos Alagna⁶⁴, *Egmont* de Beethoven, *Il Pirata*, *Beatrice di Tenda* o *Simon Boccanegra*⁶⁵, y en sus distintas formas de ejecución cabe abordarla desde *Aida* de Verdi (enterramiento), *Poliuto* de Donizetti (martirio en circo), *Don Carlo* e *Il Trovatore* de Verdi, *La Fiamma* de Respighi⁶⁶ o *Norma* de Bellini (hoguera)⁶⁷, *La Juive* de Halévy (en caldero hirviendo), *Anna Bolena*, *Roberto Devereux* y *Maria Stuarda* de Donizetti⁶⁸, *Gloriana* de Britten⁶⁹, *Beatrice Cenci* o *Salomé* (decapitaciones genéricas)⁷⁰, *Andrea Chénier* de Giordano y *Dialogues de Carmélites* de Poulenc (guillotina), *Tosca*⁷¹ o *Ainadamar* de Golijov sobre Lorca (fusilamientos)⁷². Asimismo, es posible aproximarse a las penas restrictivas de derechos desde *Manon Lescaut* de Puccini (deportación a las colonias), *I Due Foscari* (exilio en Creta) o *Dialogues de Carmélites* (expulsión y destierro interior)⁷³. Finalmente, para estudiar la historia de la prisión, además de la última obra mencionada, en la que aparecen los cadalsos y prisiones de la revolución francesa, puede tomarse como pretexto parte de los libretos, que se suministrarían a los alumnos para trabajar en grupos, de *Tosca* (castillo de Sant'Angelo), *Roberto Devereux* (Torre de Londres), *Samson et Dalila* de Saint-Saëns (calabozo en Gaza), *The Beggar's Opera* de Gay y Pepusch (Newgate), *Il*

⁵⁸ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Castigos, delitos y bel canto*, Edisofer, Madrid, 1998, pp. 14-16, 22, 31 y 102.

⁵⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes...*, cit., p. 99.

⁶⁰ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., op. cit., p. 32.

⁶¹ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., op. cit., pp. 37, 50, 73-76, 81, 82, 84, 85, 97, 98, 103, 104, 107, 108 y 119.

⁶² Vid. GARCÍA VALDÉS, C., op. cit., pp. 50, 51, 55-59, 61, 62, 68, 72, 83, 84, 118 y 123.

⁶³ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., op. cit., pp. 37-39, 50, 51, 53, 58, 105, 106, 114 y 121-123.

⁶⁴ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes...*, cit., pp. 110-112.

⁶⁵ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., op. cit., pp. 57, 66 y 103-106.

⁶⁶ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., op. cit., pp. 28-30, 33, 46 y 66.

⁶⁷ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes...*, cit., pp. 99 y 100.

⁶⁸ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes...*, cit., pp. 102, 103, 106 y 107; GARCÍA VALDÉS, C., op. cit., pp. 42, 44, 45 y 102.

⁶⁹ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes...*, cit., p. 103.

⁷⁰ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., op. cit., pp. 86, 87 y 108.

⁷¹ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes...*, cit., pp. 103-108; GARCÍA VALDÉS, C., op. cit., pp. 34, 36, 37 y 40.

⁷² Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes...*, cit., pp. 112 y 113.

⁷³ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., op. cit., pp. 36, 58, 93 y 95.

Prigioniero de Dallapiccola (celda subterránea) o Fidelio de Beethoven (patios y calabozos de una cárcel-fortaleza sevillana)⁷⁴.

En tercer lugar, también el carácter documental e informativo del cine enriquece la enseñanza de cualquier materia, las emociones que produce el séptimo arte pueden despertar el interés del alumno por un tema jurídico, la identificación que genera entre sujeto y objeto potencia el aprendizaje significativo e, igualmente, el cine aporta la baza fundamental para el aprendizaje motivador de enseñar deleitando, reflejada en el aforismo *prodesse delectare*⁷⁵. Así, v. gr., resulta interesante que el alumno reflexione sobre documentales como La corporación o Caso Enron para el aprendizaje del Derecho penal de la empresa mediante tareas vinculadas a aulas virtuales⁷⁶ y la construcción en ellas de «cinetecas» con comentarios de películas que pongan de relieve su conexión con la asignatura⁷⁷. Conviene proyectar obras como Heroína para que los alumnos perciban la incidencia del narcotráfico en Galicia y analicen en grupos la conexión entre el crimen y la drogadicción, si con la actual regulación se protege realmente la salud pública, las propuestas político-criminales de legalización controlada, el atentado contra el principio de legalidad que comportan los tipos abiertos como el artículo 368 del Texto punitivo, la positiva rebaja penológica operada en 2010 para la figura criminológica del traficante-consumidor o las no tan acertadas modificaciones sobre la criminalidad organizada y el tipo de extrema gravedad por uso de embarcaciones⁷⁸. Igualmente, cabe abordar los crímenes contra la humanidad desde ¿Vencedores o vencidos?⁷⁹, las leyes eugenésicas nacionalsocialistas desde Amen y Good⁸⁰, el asesinato desde A sangre fría⁸¹, las torturas desde Brazil⁸², La pasión de Juana de Arco, Dies irae⁸³, El crimen de Cuenca⁸⁴, Estado de sitio⁸⁵, El experimento⁸⁶ o, junto con la violación, el asesinato, la cadena perpetua, la detención ilegal y el abuso de confianza, desde El secreto de sus ojos⁸⁷, las lesiones y la corrupción en el deporte desde Más dura será la caída⁸⁸, los delitos relacionados con la

⁷⁴ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *op. cit.*, pp. 36, 37, 40, 44, 109, 111, 113 y 117.

⁷⁵ Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes...*, *cit.*, pp. 349 y 350.

⁷⁶ Cfr. RÍOS CORBACHO, J.M., “Innovación docente del Derecho penal de la empresa a través de técnicas colaborativas y entornos virtuales de aprendizaje en el espacio europeo de educación superior”, en *Rejje*, n° 3, 2011, p. 75.

⁷⁷ Cfr. HOLGADO SÁEZ, C., “Las nuevas tecnologías en los estudios de Derecho en el marco del EEES: sugerencias didácticas de actividades colaborativas con entornos virtuales”, en *Rejje*, n° 3, 2011, p. 102.

⁷⁸ Vid. ABEL SOUTO, M., “Luces y sombras en la reforma penal sobre drogas de 2010”, en *La Ley Penal*, n° 83, 2011, pp. 61-86; LORENZO SALGADO, J.M., “Reformas penales y drogas: observaciones críticas. (Especial referencia a la LO 5/2010, de modificación del Código penal)”, en MUÑOZ CONDE, F./LORENZO SALGADO, J.M./FERRÉ OLIVÉ, J.C./CORTÉS BECHIARELLI, E./NÚÑEZ PAZ, M.A. (dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 631-679.

⁷⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, F./MUÑOZ AUNIÓN, M., *¿Vencedores o vencidos? Comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Stanley Kramer El juicio de Nuremberg (1961)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁸⁰ Vid. HOLGADO SÁEZ, C., “El cine como herramienta didáctica para la historia de Alemania: a propósito del programa de eugenesia en el nacionalsocialismo”, en *Arte y Sociedad. Revista de Investigación*, n° 4, 2013, pp. 1-19.

⁸¹ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *A sangre fría. El núcleo duro del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

⁸² Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Brazil. Vigilancia, seguridad, tortura”, en GARCÍA AMADO, J.A./PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (coords.), *Torturas en el cine*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 99-128.

⁸³ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “La pasión de Juana de Arco/Dies irae. Las políticas de la tortura”, en GARCÍA AMADO, J.A./PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *op. cit.*, pp. 47-78.

⁸⁴ Vid. DOVAL PAIS, A., “El crimen de Cuenca. La tortura de todos: el campo de concentración como metáfora del neofascismo cotidiano”, en GARCÍA AMADO, J.A./PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *op. cit.*, pp. 143-160.

⁸⁵ Vid. BARBER BURUSCO, S., “Estado de sitio. Tortura y poder”, en GARCÍA AMADO, J.A./PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *op. cit.*, pp. 231-244.

⁸⁶ Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., “El experimento. Algunas consideraciones sobre el *Stanford Prison Experiment*”, en GARCÍA AMADO, J.A./PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *op. cit.*, pp. 179-199.

⁸⁷ Vid. RÍOS CORBACHO, J.M., “El secreto de sus ojos”, en <http://proyectodecine.wordpress.com/2011/07/01/>, pp. 1-21.

⁸⁸ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Más dura será la caída de Mark Robson. A propósito de deporte en el cine y Derecho”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n° 34, 2012, pp. 427-441.

prostitución desde *Las noches de Cabiria*⁸⁹, *Belle de jour*⁹⁰, *La vida de Oharu*⁹¹, *El matrimonio de María Braun*⁹², *Taxi Driver*⁹³ o *Whore*⁹⁴, la deleznable pena de muerte mediante la proyección de más de medio centenar de películas⁹⁵ así como otras consecuencias jurídicas del delito⁹⁶ y es posible analizar en grupos cómo en *Soy un fugitivo*⁹⁷, *Tres colores: rojo*⁹⁸ o *La naranja mecánica*⁹⁹ se reflejan todas las teorías de la pena¹⁰⁰ o esta última obra también puede servir de base para abordar el cambio de posiciones entre criminal y víctima¹⁰¹.

De la misma manera la televisión también puede ser una fuente inagotable para servirnos del ABP. En este sentido no debemos despreciar el valor de *Los Simpson*, pues cada episodio representa una inversión de millón y medio de dólares, y aunque nos riamos con estos divertidos personajes, alguien se los toma muy en serio: 300 individuos que destinan 8 meses de trabajo a cada episodio¹⁰², de los que, según Matt Groening, la mitad se graduaron en Harvard¹⁰³. Se trata de «valernos del interés del público en la serie»¹⁰⁴ para acercarlo al Derecho penal, ya que la ficción puede instruir al provocar respuestas cognitivas y afectivas relevantes con sus personajes, como Homer y Marge, que son caricaturas nuestras, al incidir positivamente sobre la atención del alumno, que se proyecta imaginariamente, aunque al ser dibujos animados no se confunde con ellos, lo que estimula más la reflexión sobre los personajes y las situaciones; además, el humor de *Los Simpson* contribuye a su valor heurístico, del que siempre disfrutó la comedia como herramienta pedagógica¹⁰⁵.

⁸⁹ Vid. ORTS BERENGUER, E., “*Las noches de Cabiria*. La dignidad de una prostituta”, en EL MISMO AUTOR (coord.), *Prostitución y Derecho en el cine*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 93-112.

⁹⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “*Belle de jour* y la libre opción por la prostitución”, en ORTS BERENGUER, E., *op. cit.*, pp. 113-127.

⁹¹ Vid. MAQUEDA ABREU, M.L., “*La vida de Oharu*. El comercio sexual de seres humanos: una esclavitud de todos los tiempos”, en ORTS BERENGUER, E., *op. cit.*, pp. 57-72.

⁹² Vid. JAREÑO LEAL, A., “*El matrimonio de María Braun*. Abolicionismo o legalización: las opciones legales con respecto a la prostitución”, en ORTS BERENGUER, E., *op. cit.*, pp. 27-55.

⁹³ Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “*Taxi Driver* y las posibles razones para reprimir penalmente comportamientos relacionados con la prostitución”, en ORTS BERENGUER, E., *op. cit.*, pp. 129-141.

⁹⁴ Vid. CUGAT MAURI, M., “*Whore*. El cine contra el cine”, en ORTS BERENGUER, E., *op. cit.*, pp. 13-26.

⁹⁵ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes...*, *cit.*, pp. 169-357.

⁹⁶ Vid. RÍOS CORBACHO, J.M., “Las consecuencias jurídicas del delito y el cine”, en *Ciencia Ergo Sum*, nº 19.1, 2012, pp. 6-23.

⁹⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Crimen y castigo. Derecho penal, ¿para qué? A propósito de *Soy un fugitivo*”, en PRESNO LINERA, M.A./RIVAYA, B. (coords.), *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 77-108.

⁹⁸ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El color de la justicia. (Tres colores: rojo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁹⁹ Vid. RÍOS CORBACHO, J.M., *La naranja mecánica. Problemas de violencia y resocialización en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

¹⁰⁰ Vid. ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena y límites al “ius puniendi” desde el Estado democrático*, Dilex, Madrid, 2006; RÍOS CORBACHO, J.M., “Los fines de la pena a través del cine”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, nº 15, 2011, pp. 425-456.

¹⁰¹ Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R.S./AGUILAR CÁRCELES, M.M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, Madrid, 2011.

¹⁰² Cfr. IRWIN, W./CONARD, M.T./SKOBLE, A.J. (eds.), *The Simpsons and Philosophy, Open Court, Chicago and La Salle, Illinois*, 2001, traducido al castellano por Diana Hernández como *Los Simpson y la filosofía*, Círculo de lectores, Barcelona, 2009, p. 13.

¹⁰³ Cfr. IRWIN, W./LOMBARDO, J.R., “*Los Simpson* y la alusión: «El peor ensayo de la historia»”, en IRWIN, W./CONARD, M.T./SKOBLE, A.J., *op. cit.*, p. 101.

¹⁰⁴ SKOBLE, A.J., “Lisa y el antiintelectualismo estadounidense”, en IRWIN, W./CONARD, M.T./SKOBLE, A.J., *op. cit.*, p. 40, nota 1.

¹⁰⁵ Cfr. MCMAHON, J.L., “La función de la ficción: El valor heurístico de Homer”, en IRWIN, W./CONARD, M.T./SKOBLE, A.J., *op. cit.*, pp. 263, 269, 271, 272, 280 y 282.

Los Simpson, con su casi medio millar de episodios divididos en más de 20 temporadas¹⁰⁶, representan una rica cantera para extraer materiales pedagógicos que sirven para la construcción del aprendizaje en el Derecho penal.

Así, la serie nos ofrece un montón de oportunidades para analizar categorías de la parte general del Derecho penal, v. gr., la comisión por omisión, la posición de garante o la imprudencia respecto al encargado de seguridad en una central nuclear, los estrechísimos márgenes del *ius corrigendi* como causa de justificación relacionados con las palizas que a Bart le propina Homer y hasta su imputabilidad, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el entramado empresarial de Burns, la antipedagógica violencia de Rasca y Pica o la hipocresía de una rehabilitación que únicamente aporte una constante sonrisa y complacencia como la de El blues de la Mona Lisa; los numerosos crímenes de Bart pueden servir de base para estudiar la delincuencia de menores, el comportamiento de Nelson y sus colegas permite analizar el *mobbing* escolar y las bandas juveniles, el episodio Bar, el asesino es útil para abordar características de la criminalidad organizada e incluso el ser más inocente de todos, Maggie, pese a disparar al señor Burns por quitarle su piruleta, plantea cuestiones tan clásicas como la discutible incapacidad de acción en los inimputables o tan novedosas como su silencio, la filosofía del lenguaje de Wittgenstein y la teoría significativa de la acción¹⁰⁷.

De otro lado, Los Simpson también facilitan abundantes pretextos para estudiar la parte especial del Derecho penal y analizar infracciones como la falta de hurto, v. gr. de la hija del reverendo Lovejoy, que sustrae la limosna de la congregación; las estafas inmobiliarias, al contemplar las formas de venta de viviendas en Bocados inmobiliarios, o de seguros, en Boda indemnización, cuando Moe presiona a Homer para que le destruya el vehículo y así poder cobrar el seguro; la utilización fraudulenta de la señal de televisión por cable ajena en Homer contra Lisa y el octavo mandamiento; la corrupción del sistema político de Springfield; la malversación del alcalde Quimby, que se queda con los fondos de la lotería; los constantes cohechos del jefe de policía Wiggum o el del congresista Bob Arnold, que acepta un soborno; la criminalidad económica del señor Burns o sus delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, relativos a la energía nuclear, la protección de la flora, fauna y animales domésticos.

A modo de ejemplo, el episodio Marge encadenada, en el que acaba en prisión por olvidarse de pagar una botella de whisky en el supermercado de Apu, puede servir de base para dividir la clase en grupos que analicen la capacidad de acción, de la que carecen los dibujos animados, los elementos subjetivos del injusto y su incompatibilidad con la comisión imprudente, la falta de hurto, la crisis de las penas cortas privativas de libertad, las alternativas a la prisión, nuestra tasa de criminalidad en comparación con la de otros países y las estadísticas penitenciarias españolas, europeas y estadounidenses. La puesta en común de todos los grupos permitiría extraer interesantes conclusiones sobre nuestro sistema penal, que no es ninguna broma, que cualquiera por un descuido puede acabar en prisión, como le sucedió al ser más íntegro de Springfield, que en España, con uno de los mayores porcentajes de encarcelamientos en la Unión europea pese a poseer una de las menores tasas de criminalidad, se abusa de la prisión y que cada vez nos alejamos más de Europa —con figuras como la conversión de tres faltas de hurto en un delito, introducida por la reforma penal de 2010— para acercarnos a lo más salvaje del oeste americano, el

¹⁰⁶ Cfr. MATHESON, C., “*Los Simpson*, la hiperironía y el sentido de la vida”, en IRWIN, W./CONARD, M.T./SKOBLE, A.J., *op. cit.*, p. 150.

¹⁰⁷ Vid. VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

cual, de momento, con el séptuplo de nuestra tasa encierros, mantiene el récord mundial de encarcelamientos¹⁰⁸.

4. PUESTA A DISPOSICIÓN DE RECURSOS DE APRENDIZAJE QUE FACILITEN EL TRABAJO AUTÓNOMO

En cuanto a la puesta a disposición de recursos de aprendizaje para facilitar el trabajo autónomo quisiera dejar constancia de una experiencia con la que pretendía tanto incrementar las competencias, destrezas y habilidades de los estudiantes en lengua inglesa, de modo que se permita su movilidad en el marco del EEES, como potenciar la normalización lingüística en gallego, campo en el que ya había dado unos primeros pasos con la publicación de un tecnolecto¹⁰⁹, y mejorar la capacitación del profesorado de Derecho para acceder a fuentes de investigación en inglés, publicar contribuciones científicas en este idioma y ofrecer su docencia en inglés.

Por lo que hace al método, como coordinador del Grupo de Innovación Docente Interdisciplinar de Derecho, organicé, con ayuda del Programa de Formación e Innovación Docente de la USC, dos cursos de profundización en el inglés jurídico público y privado, para los que conté con un catedrático de Filología inglesa, dirigidos a profesores de Derecho, que debían elaborar, supervisados, secciones, en las que fuesen especialistas, de un diccionario, con términos en inglés, castellano y gallego, así como seleccionar las combinaciones, jurídicamente relevantes, de palabras más frecuentes, según el Corpus Concordance English, que, con sus 2,2 millones de términos, constituye la mayor base de datos sobre inglés jurídico¹¹⁰.

Con ello seguimos el «principio de la economía en la enseñanza», terminología acuñada por ORTEGA Y GASSET bajo la cual pone de relieve que, habida cuenta de que la limitación en la capacidad de aprender es el principio de la instrucción, únicamente se debe enseñar lo que un buen estudiante medio puede aprender en realidad¹¹¹. Por desgracia, los docentes solemos percibir esta sencilla idea demasiado tarde pues, según se dice, atravesamos tres etapas: una inicial de profesor novel, que enseña lo que no sabe, otra de investigador veterano que se empeña en transmitir lo que sabe y una tercera de profesor adulto que alcanza la madurez cuando enseña lo que el alumno debe saber. Atendiendo, por tanto, a las ideas del maestro ORTEGA Y GASSET hemos renunciado a la exhaustividad de contenidos, que se salva con las oportunas remisiones bibliográficas. Lo importante era ofrecer los términos esenciales de cada sección y las combinaciones de palabras más frecuentes con relevancia jurídica.

En cuanto a los resultados, hemos creado una página web, una monografía electrónica¹¹² y un libro impreso¹¹³. Se trata, sin lugar a dudas, de los diccionarios jurídicos ingleses más completos en su ámbito, pues constan de 20 secciones elaboradas por catedráticos, titulares y profesores contratados de Derecho, secciones con recomendaciones bibliográficas específicas que abarcan desde la parte general y especial del Derecho penal

¹⁰⁸ Cfr. ABEL SOUTO, M., “Alternativas necesarias frente al punitivismo: *probation*, suspensión y sustitución de la pena de prisión en el Código penal español, reformado por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n° 23, 2011, pp. 386 y 387.

¹⁰⁹ Vid. ABEL SOUTO, M., *Termos esenciais de Dereito penal*, USC, Santiago, 2011; VARELA CASTRO, L./BARREIRO PRADO, X.X. (coords.), *Diccionario xurídico galego*, Xerais, Vigo, 2011, también en <http://www.dixuri.com>.

¹¹⁰ Vid. *Corpus Concordance English*, en http://www.lexutor.ca/concordancers/concord_e.html.

¹¹¹ Cfr. ORTEGA Y GASSET, J., *op. cit.*, pp. 47 y 50.

¹¹² Vid. ABEL SOUTO, M. (coord.), *Bilingual Legal Dictionary. (English-Spanish)*, USC, Santiago, 2011, en <http://hdl.handle.net/10347/3599>.

¹¹³ Vid. ABEL SOUTO, M. (coord.), *Multilingual Legal Dictionary. (English-Spanish-Galician)*, Meubook, Santiago, 2012.

¹¹⁴, la Criminología¹¹⁵ y la Penología¹¹⁶, pasando por el Derecho internacional público, comunitario, administrativo¹¹⁷, tributario, laboral, de la seguridad social, constitucional¹¹⁸ y dos secciones de Derecho internacional privado, hasta el Derecho de consumidores, contratos, familia, sucesiones, daños¹¹⁹ y dos secciones de Derecho procesal. También se suministran otras fuentes bibliográficas genéricas¹²⁰ y referencias a recursos online (iate¹²¹; law¹²²; reverso¹²³; the free dictionary¹²⁴) que han servido de soporte a nuestro trabajo y permitirán al lector allanar el camino si decide tomar la senda de la traducción jurídica.

También conviene dejar, en la fotocopiadora u online¹²⁵, para los alumnos materiales propios que deban ser estudiados en los que se concreten algunas de nuestras investigaciones, especialmente cuando sean necesarias explicaciones detalladas sobre un elemento del curso poco tratado en la bibliografía¹²⁶, como en el campo de las sanciones previstas por la Ley penal del menor¹²⁷, puesto que es importante que el alumno perciba la confluencia de las dos tareas esenciales del profesor universitario, docencia e investigación.

De otro lado, las clases prácticas¹²⁸ deben mostrar la realidad así como familiarizar al alumno con la utilización de instrumentos normativos, bibliográficos y, especialmente, jurisprudenciales, para lo que resulta oportuno extraer los supuestos de hecho de sentencias, de modo que el estudiante pueda contrastar lo debatido en clase con la solución judicial¹²⁹. Además, así también se salvan los peligros que presentan los casos de laboratorio, que pueden convertir la enseñanza del Derecho penal «en un estéril ejercicio especulativo»¹³⁰. Igualmente, habrá que proporcionar tales hechos probados al alumno con una antelación suficiente que le permita su estudio y reflexión. En dicha línea, y en el marco de las exigencias que plantea la convergencia en el EEES, cabe situar una publicación mía de materiales docentes¹³¹. Se trata de casos prácticos, acompañados de recomendaciones bibliográficas y de un anexo normativo, que no surgen de la pura elucubración, sino que son tomados de los foros. A cada supuesto de hecho se acompaña la solución que, en su día, ofreció el tribunal sentenciador, así como una serie de cuestiones, a resolver por el estudiante, que pretenden ponerla en tela de juicio.

¹¹⁴ Vid. CLARKSON, C.M.V./KEATING, H.M., *Criminal Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell, London, 2010; HERRING, J., *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2010; SMITH, J.C./HOGAN, B., *Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

¹¹⁵ Vid. CONKLIN, J.E., *Criminology*, Tufts University, London/New York, 2012; TIERNEY, J., *Criminology, theory and context*, Prentice Hall, Essex, 2010.

¹¹⁶ Vid. OLARIETA ALBERDI, J.M. (ed.), *Diccionario interactivo de Derecho penitenciario*, en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa>.

¹¹⁷ Vid. WADE, H.W.R., *Administrative Law*, Pearson Longman, New York, 1994.

¹¹⁸ Vid. BRADLEY, A.W./EWING, K.D., *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Longman, New York, 2010.

¹¹⁹ Vid. BARNARD, D., *The Civil Court in Action*, Butterworths, London, 1985.

¹²⁰ Vid. ALCARAZ VARÓ, E., *El inglés jurídico. Textos y documentos*, Ariel, Barcelona, 2007; LOSADA LINIERS, T. (coord.), *Glosario multilingüe Akal de términos jurídicos y económicos*, Akal, Madrid, 2012; MCLAUGHLIN, E./MUNCIE, J. (comps.), *Diccionario de Criminología*, Gedisa, Barcelona, 2012.

¹²¹ Vid. Iate. *The EU's multilingual term base*, en <http://iate.europa.eu/>.

¹²² Vid. Law.com, en <http://www.law.com/>.

¹²³ Vid. Reverso, en <http://www.reverso.net/>.

¹²⁴ Vid. The Free-Dictionary, en <http://www.thefreedictionary.com/>.

¹²⁵ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Elaboración de materiales docentes y experiencias de innovación”, en <http://tv.um.es/video?id=46741>.

¹²⁶ Cfr. MOORE, S./WALSH, G./RÍSQUEZ, A., *op. cit.*, p. 60.

¹²⁷ Vid. ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil”, en *Actualidad Penal*, nº 6, 2002, pp. 105-164; DEL MISMO AUTOR, “Internamientos penales de menores en la Ley orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LVII, 2006, pp. 77-106.

¹²⁸ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en el Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2012.

¹²⁹ Cfr. ALONSO RIMO, A., *Proyecto docente*, Valencia, 2002, pp. 483 y 484.

¹³⁰ HAVA GARCÍA, E., *Proyecto docente*, Universidad de Cádiz, Jerez de la Frontera, 2001, p. 235.

¹³¹ Vid. ABEL SOUTO, M., *Casos prácticos sobre comportamientos postdelictivos en el antiguo y nuevo Código penal*, Unidixital, Santiago, 2003.

Por último, también conviene poner a disposición de los alumnos unidades didácticas que traten diversos temas del programa, como la publicada por mí sobre las penas privativas de libertad, con nociones teóricas esenciales y propuesta de actividades, por ejemplo, un café-coloquio, en el que el ambiente distendido favorece la interacción con el alumno, sobre la crisis de la pena de prisión que parte, para el debate, de un texto de VON LISZT, un comentario individual con ayuda de la bibliografía recomendada, sobre la aplicación de los requisitos para la sustitución facultativa de la prisión hecha por una resolución judicial en materia de violencia sexista o trabajos en grupo sobre epígrafes de la unidad didáctica¹³².

En definitiva, educar no es llenar un balde sino encender una llama¹³³. No se trata de orientar la enseñanza simplemente a la memorización ni de proporcionar respuestas, sino de mostrar cómo conseguirlas, de promocionar una actitud crítica ante el Derecho positivo y el valor de la argumentación para que el estudiante pueda enfrentarse, una vez abandonada la Universidad, a las continuas modificaciones que se operan en el campo jurídico¹³⁴, de transmitir al alumno la función crítica de la dogmática como instrumento que permita la mejora de las leyes y de las resoluciones judiciales para aproximarse al ideal de la Justicia, anhelo de la humanidad plasmado en el firmamento, según cuenta la mitología, desde que Astrea, diosa de la Justicia, abandonó la tierra para transformarse en la constelación de Virgo y dejar a sus pies la balanza que ponderaba lo justo e injusto convertida en Libra¹³⁵. Se trata de convencer al alumno para que diariamente tome en sus manos la desatendida balanza de la Justicia y con ella pondere los valores en conflicto¹³⁶.

5. BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil”, en *Actualidad Penal*, nº 6, 2002, pp. 105-164.

ABEL SOUTO, M., Casos prácticos sobre comportamientos postdelictivos en el antiguo y nuevo Código penal, Unidixital, Santiago, 2003.

ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena y límites al “ius puniendi” desde el Estado democrático, Dilex, Madrid, 2006.

ABEL SOUTO, M., “Internamientos penales de menores en la Ley orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LVII, 2006, pp. 77-106.

ABEL SOUTO, M., La pena de localización permanente, Comares, Granada, 2008.

ABEL SOUTO, M., “Derecho penal, norma de valoración, bien jurídico y enseñanza de valores en el EEES”, en *Dereito*, nº 18.1, 2009, pp. 305-313 y *Rejje*, nº 2, 2009, pp. 93-100.

ABEL SOUTO, M., “Conductas típicas del blanqueo en el Ordenamiento penal español”, en EL MISMO AUTOR/SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.), I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 175-246 y 325-327.

¹³² Vid. ABEL SOUTO, M., *As penas privativas de liberdade. Unidade didáctica 16*, USC, Santiago, 2011.

¹³³ Cfr. MOORE, S./WALSH, G./RÍSQUEZ, A., *op. cit.*, p. 113.

¹³⁴ Cfr. RÍOS CORBACHO, J.M., “Sobre la metodología y herramientas en la enseñanza del moderno Derecho penal”, en *Rejje*, nº 6, 2012, p. 58.

¹³⁵ Cfr. CHEERS, G. (ed.), *Mythology: Myths, Legends and Fantasies*, Global Book Publishing, 2003, traducido al castellano por Anuvela como *Mitología: todos los mitos y leyendas del mundo*, Círculo de lectores, Barcelona, 2005, p. 29.

¹³⁶ Vid. ABEL SOUTO, M., “Derecho penal, norma de valoración, bien jurídico y enseñanza de valores en el EEES”, en *Dereito*, nº 18.1, 2009, pp. 305-313 y *Rejje*, nº 2, 2009, pp. 93-100.

ABEL SOUTO, M., “El ABP como nueva técnica pedagógica aplicada a las ciencias jurídicas y al Derecho penal en el EEES”, en *Dereito*, nº 19.2, 2010, pp. 469-485.

ABEL SOUTO, M., *Termos esenciais de Dereito penal*, USC, Santiago, 2011.

ABEL SOUTO, M., *As penas privativas de liberdade. Unidade didáctica 16*, USC, Santiago, 2011.

ABEL SOUTO, M., “Alternativas necesarias frente al punitivismo: probation, suspensión y sustitución de la pena de prisión en el Código penal español, reformado por Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, nº 23, 2011, pp. 339-387.

ABEL SOUTO, M., “Luces y sombras en la reforma penal sobre drogas de 2010”, en *La Ley Penal*, nº 83, 2011, pp. 61-86.

ABEL SOUTO, M., “Desde la literatura, ópera, cine y televisión hasta las ciencias jurídicas y el Derecho penal mediante la nueva técnica pedagógica del aprendizaje basado en problemas”, en *Dereito*, nº 20.2, 2011, pp. 183-205 y *Rejie*, nº 5, 2011, pp. 87-104.

ABEL SOUTO, M. (coord.), *Bilingual Legal Dictionary. (English-Spanish)*, USC, Santiago, 2011, en <http://hdl.handle.net/10347/3599>.

ABEL SOUTO, M. (coord.), *Multilingual Legal Dictionary. (English-Spanish-Galician)*, Meubook, Santiago, 2012.

ALCARAZ VARÓ, E., *El inglés jurídico. Textos y documentos*, Ariel, Barcelona, 2007.

ALONSO RIMO, A., *Proyecto docente*, Valencia, 2002.

“Aprendizaje basado en problemas”, en <http://www.slideshare.net>, 2660437.

ARROYO ZAPATERO, L., “Delitos y penas en el Quijote”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, nº 2, 1998, pp. 266-272.

BARBER BURUSCO, S., “Estado de sitio. Tortura y poder”, en García Amado, J.A./Paredes Castañón, J.M., *op. cit.*, pp. 231-244.

BARNARD, D., *The Civil Court in Action*, Butterworths, London, 1985.

BECCARIA, C., *Dos delitos e das penas*, con prólogo de González Guitián, L., traducido del italiano al gallego por Benedict Buono, USC, Santiago, 2011.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Elaboración de materiales docentes y experiencias de innovación”, en <http://tv.um.es/video?id=46741>.

BOLDOVA PASAMAR, M.A./ASTIGARRA GOENAGA, J./RUEDA MARTÍN, M.A./USOZ OTAL, J., *Metodologías activas para la docencia en las ciencias económicas y jurídicas. Una experiencia de innovación docente en un contexto difícil*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010.

BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M.A., “Un ejemplo de la aplicación de metodologías activas en las clases prácticas de la asignatura de Derecho penal, parte general”, en <http://www.unizar.es/eees/innovacion06/index.html>, pp. 1-29.

BOTIA VARGAS, R.A., “Aprendizaje basado en problemas”, en <http://www.slideshare.net>.

BRADLEY, A.W./EWING, K.D., *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Longman, New York, 2010.

CHEERS, G. (ed.), *Mythology: Myths, Legends and Fantasies*, Global Book Publishing, 2003, traducido al castellano por Anuvela como *Mitología: todos los mitos y leyendas del mundo*, Círculo de lectores, Barcelona, 2005.

CLARKSON, C.M.V./KEATING, H.M., *Criminal Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell, London, 2010.

CLAYTON, W./GIJSELAERS, W.H., "Problem based learning. Guide for educators", 2008, en <http://www.bized.co.uk/current/pbl/educator.htm>.

CONKLIN, J.E., *Criminology*, Tufts University, London/New York, 2012. Corpus Concordance English, en http://www.lex tutor.ca/concordancers/concord_e.html.

CUGAT MAURI, M., "Whore. El cine contra el cine", en Orts Berenguer, E., op. cit., pp. 13-26.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El color de la justicia. (Tres colores: rojo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes contra la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "Más dura será la caída de Mark Robson. A propósito de deporte en el cine y Derecho", en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 34, 2012, pp. 427-441.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *A sangre fría. El núcleo duro del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

DEL ROSAL, J., *Crimen y criminal en la novela policíaca*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Brazil. Vigilancia, seguridad, tortura", en GARCÍA AMADO, J.A./PAREDES CASTAÑÓN, J.M., op. cit., pp. 99-128.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Crimen y castigo. Derecho penal, ¿para qué? A propósito de *Soy un fugitivo*", en PRESNO LINERA, M.A./RIVAYA, B. (coords.), *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 77-108.

DOVAL PAIS, A., "El crimen de Cuenca. La tortura de todos: el campo de concentración como metáfora del neofascismo cotidiano", en GARCÍA AMADO, J.A./PAREDES CASTAÑÓN, J.M., op. cit., pp. 143-160.

FIGUEROA RUBALCAVA, A.E. (coord.), "Aprendizaje basado en problemas", 2008, en <http://ufap.dgdp.uaa.mx>.

FONT, A., "El uso de las TIC como soporte para el ABP", en GARCÍA SEVILLA, J., op. cit., pp. 253-281.

GALÁN, A./AMILBURU, M.G./MUÑOZ, I., "The effects of implementing the ESHE on the assessment of teaching competency in Spain", en *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 44, 2012, pp. 349-370.

- GALVÁN, F., “Introducción”, en Orwell, G., 1984, Austral, Barcelona, 2010, pp. 9-54.
- GARCÍA AMADO, J.A./PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (coords.), *Torturas en el cine*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GARCÍA SEVILLA, J., “Prólogo”, en LA MISMA AUTORA (coord.), *La metodología del aprendizaje basado en problemas*, Universidad de Murcia, 2008.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Castigos, delitos y bel canto*, Edisofer, Madrid, 1998.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “El experimento. Algunas consideraciones sobre el Stanford Prison Experiment”, en García Amado, J.A./Paredes Castañón, J.M., op. cit., pp. 179-199.
- HAVA GARCÍA, E., *Proyecto docente*, Universidad de Cádiz, Jerez de la Frontera, 2001.
- HERRING, J., *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- HOLGADO SÁEZ, C., “Las nuevas tecnologías en los estudios de Derecho en el marco del EEES: sugerencias didácticas de actividades colaborativas con entornos virtuales”, en *Rejie*, nº 3, 2011, pp. 93-105.
- HOLGADO SÁEZ, C., “El cine como herramienta didáctica para la historia de Alemania: a propósito del programa de eugenesia en el nacionalsocialismo”, en *Arte y Sociedad. Revista de Investigación*, nº 4, 2013, pp. 1-19.
- Iate. The EU’s multilingual term base, en <http://iate.europa.eu/>.
- IRWIN, W./CONARD, M.T./SKOBLE, A.J. (eds.) *The Simpsons and Philosophy*, Open Court, Chicago and La Salle, Illinois, 2001, traducido al castellano por Diana Hernández como *Los Simpson y la filosofía*, Círculo de lectores, Barcelona, 2009.
- IRWIN, W./LOMBARDO, J.R., “Los Simpson y la alusión: «El peor ensayo de la historia»”, en IRWIN, W./CONARD, M.T./SKOBLE, A.J., op. cit., pp. 101-114.
- JAREÑO LEAL, A., “El matrimonio de María Braun. Abolicionismo o legalización: las opciones legales con respecto a la prostitución”, en ORTS BERENGUER, E., op. cit., pp. 27-55.
- Law.com, en <http://www.law.com/>.
- LORENZO SALGADO, J.M., “Reformas penales y drogas: observaciones críticas. (Especial referencia a la LO 5/2010, de modificación del Código penal)”, en MUÑOZ CONDE, F./LORENZO SALGADO, J.M./FERRÉ OLIVÉ, J.C./CORTÉS BECHIARELLI, E./NÚÑEZ PAZ, M.A. (dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 631-679.
- LOSADA LINIERS, T. (coord.), *Glosario multilingüe Akal de términos jurídicos y económicos*, Akal, Madrid, 2012.
- MAQUEDA ABREU, M.L., “La vida de Oharu. El comercio sexual de seres humanos: una esclavitud de todos los tiempos”, en ORTS BERENGUER, E., op. cit., pp. 57-72.
- MATHESON, C., “Los Simpson, la hiperironía y el sentido de la vida”, en IRWIN, W./CONARD, M.T./SKOBLE, A.J., op. cit., pp. 133-154.

MATUS ACUÑA, J.P. (dir.), Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios. Vigencia de la obra De los delitos y de las penas, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2011.

MCLAUGHLIN, E./MUNCIE, J. (comps.), Diccionario de Criminología, Gedisa, Barcelona, 2012.

MCMAHON, J.L., “La función de la ficción: El valor heurístico de Homer”, en IRWIN, W./CONARD, M.T./SKOBLE, A.J., op. cit., pp. 263-284.

MOORE, S./WALSH, G./RÍSQUEZ, A., Teaching at College and University: Effective Strategies and Key Principles, Open University Press UK Limited, 2007, traducido al gallego por Verónica Arias Sánchez y Natalia Casado Bailón como Ensinando na universidade. Estratexias eficaces e principios clave, Tórculo, Universidade de Vigo, 2008.

MORENO R./MARTÍNEZ, R., “Aplicación de la metodología docente de aprendizaje basado en problemas a grupos amplios de estudiantes”, en GARCÍA SEVILLA, J., op. cit., pp. 144-162.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R.S./AGUILAR CÁRCELES, M.M., Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización, Dykinson, Madrid, 2011.

MOUST, J.H.C./VAN BERKEL, H.J.M./SCHMIDT, H.G., “Signs of erosion: Reflections on three decades of problema-based learning at Maastricht University”, en Higher Education, nº 50, 2005, pp. 665-683.

MUÑOZ CONDE, F. /MUÑOZ AUNIÓN, M., ¿Vencedores o vencidos? Comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Stanley Kramer El juicio de Nuremberg (1961), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

OLARIETA ALBERDI, J.M. (ed.), Diccionario interactivo de Derecho penitenciario, en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa>.

ORTEGA Y GASSET, J., Misión de la Universidad y otros ensayos sobre educación y pedagogía, Revista de Occidente en Alianza Editorial, Madrid, 1982.

ORTS BERENGUER, E., “Las noches de Cabiria. La dignidad de una prostituta”, en EL MISMO AUTOR (coord.), Prostitución y Derecho en el cine, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 93-112.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “La pasión de Juana de Arco/Dies irae. Las políticas de la tortura”, en GARCÍA AMADO, J.A./PAREDES CASTAÑÓN, J.M., op. cit., pp. 47-78.

PELÁEZ VILLA, J., “Aprendizaje basado en problemas”, 2010, en <http://www.slideshare.net>.

PÉREZ, M.A., “La efectividad del ABP”, en GARCÍA SEVILLA, J., op. cit., pp. 123-143.

PRIETO A./DÍAZ D./HERNÁNDEZ, M./LACASA, E., “Variantes metodológicas del ABP: el ABP 4x4”, en GARCÍA SEVILLA, J., op. cit., pp. 55-78.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., La Criminología en la literatura universal. Ensayo de propedéutica biológico-criminal sobre fuentes literarias, Bosch, Barcelona, 1951.

QUINTERO OLIVARES, G., “Belle de jour y la libre opción por la prostitución”, en ORTS BERENGUER, E., op. cit., pp. 113-127.

QUINTERO OLIVARES, G., *La enseñanza del Derecho en la encrucijada. Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en el Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2012.
Reverso, en <http://www.reverso.net/>.

RÍOS CORBACHO, J.M., *La naranja mecánica. Problemas de violencia y resocialización en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

RÍOS CORBACHO, J.M., “Innovación docente del Derecho penal de la empresa a través de técnicas colaborativas y entornos virtuales de aprendizaje en el espacio europeo de educación superior”, en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, nº 3, 2011, pp. 67-80.

RÍOS CORBACHO, J.M., “El secreto de sus ojos”, en <http://proyectodecine.wordpress.com/2011/07/01/>, pp. 1-21.

RÍOS CORBACHO, J.M., “Los fines de la pena a través del cine”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, nº 15, 2011, pp. 425-456.

RÍOS CORBACHO, J.M., “Las consecuencias jurídicas del delito y el cine”, en *Ciencia Ergo Sum*, nº 19.1, 2012, pp. 6-23.

RÍOS CORBACHO, J.M., “Sobre la metodología y herramientas en la enseñanza del moderno Derecho penal”, en *Rejie*, nº 6, 2012, pp. 55-80.

ROMERO MEDINA, A./GARCÍA SEVILLA, J., “La elaboración de problemas ABP”, en *LA MISMA AUTORA*, op. cit., pp. 33-53.

SKOBLE, A.J., “Lisa y el antiintelectualismo estadounidense”, en IRWIN, W./CONARD, M.T./SKOBLE, A.J., op. cit., pp. 38-50.

SMITH, J.C./HOGAN, B., *Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

THE BRITISH SCHOOL, “El aprendizaje basado en problemas (ABP O PBL). Una herramienta complementaria”, en <http://www.slideshare.net>.
The Free-Dictionary, en <http://www.thefreedictionary.com/>.

TEJERINA GARCÍA, F., *El profesorado universitario y el reto de la calidad*, UIMP, Santander, 2003.

TIERNEY, J., *Criminology, theory and contex*, Prentice Hall, Essex, 2010.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Taxi Driver y las posibles razones para reprimir penalmente comportamientos relacionados con la prostitución”, en ORTS BERENGUER, E., op. cit., pp. 129-141.

VARELA CASTRO, L./BARREIRO PRADO, X.X. (coords.), *Diccionario xurídico galego*, Xerais, Vigo, 2011. También en <http://www.dixuri.com>.

VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VIZCARRO, C./JUÁREZ, E., “¿Qué es y cómo funciona el aprendizaje basado en problemas?”, en García Sevilla, J., op. cit., pp. 9-32.

WADE, H.W.R., Administrative Law, Pearson Longman, New York, 1994.

ZABALZA BERAZA, M.A., A didáctica universitaria, USC, Santiago, 2004.

ZABALZA BERAZA, M.A., Competencias docentes do profesorado universitario. Calidade e desenvolvemento profesional, Vicerreitoría de formación e innovación educativa da Universidade de Vigo, Tórculo, Vigo, 2008.

EL CONCEPTO DE WRONGFUL BIRTH Y SU INHERENTE PROBLEMÁTICA.

Una polémica del pasado y del presente.

D^a. Arantzazu Vicandi Martínez
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2013

Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2013

SUMARIO: I. CONCEPTO Y ORIGEN DE WRONGFUL BIRTH. 1. CONCEPTO. 2. ORIGEN. II. CONCEPTOS AFINES A LA FIGURA DE WRONGFUL BIRTH. 1. WRONGFUL LIFE. 2. WRONGFUL CONCEPTION O WRONGFUL PREGNANCY. 3. LESIONES AL FETO. 4. PROCREACIÓN IRRESPONSABLE. 5. DISADVANTAGED O DISSATISFIED LIFE. III. LA LEGITIMACIÓN EN LA FIGURA. IV. EL DAÑO INDEMNIZABLE. 1. EL NACIMIENTO DE UN HIJO COMO DAÑO. 2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN. 3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. 4. EL PERJUICIO ECONÓMICO. 5. EL IMPACTO O SHOCK PSICOLÓGICO. 6. EL DAÑO MORAL. V. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LOS CURSOS CAUSALES NO VERIFICABLES. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este artículo se estudia el concepto de wrongful birth y la problemática que gira en torno a esta figura, que dada su complejidad abarca la práctica totalidad de sus vertientes, desde el daño hasta la propia causalidad. Con un análisis doctrinal, acompañado de breves notas jurisprudenciales, se pretenderá dar respuesta a una noción de tal complejidad como la presente, que a pesar de que cuenta con una breve pero intensa tradición jurídica y doctrinal en nuestro país, a día de hoy se encuentra en entredicho.

ABSTRACT: In this article the idea of wrongful birth together with the difficulties around it are studied. Furthermore, due to the concept's complexity almost all related topics are covered, ranging from the damage to the causality. By using a theoretical analysis with the help of brief notes from case law, this paper is aimed at shedding light on this difficult issue which, despite of having a short but intense tradition in our country, nowadays is still questioned.

PALABRAS CLAVE: Wrongful birth, pruebas prenatales, causalidad.

KEYWORDS: Wrongful birth, prenatal tests, causality.

I. CONCEPTO Y ORIGEN DE *WRONGFUL BIRTH*.

1. *CONCEPTO*.

I. La construcción doctrinal de *wrongful birth* es una noción de corte jurisprudencial, joven y polémica, que ha seguido una trayectoria errante tanto en la dogmática como en la jurisprudencia; no en vano, la primera idea que nos suscita es la de “nacimiento injusto”, un concepto con una importante carga ética y moral.

Esta figura parte de una acción judicial que ejercitan los padres de un menor contra un centro sanitario o profesional médico en concreto, por haberse visto imposibilitados para acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, con motivo de taras físicas o psíquicas en el feto; pudiendo éstas ser detectadas en pruebas prenatales. Esta definición engloba el escenario básico de la idea, al que pueden incorporarse múltiples variantes, desde la práctica defectuosa de una actividad diagnóstica, hasta la omisión de un dato que apunta a una posible anomalía genética; pasando por la simple negligencia en la custodia de las muestras obtenidas.

Una máxima que debe estar presente en esta noción es que la enfermedad que padece la criatura es inherente a la concepción misma, esto es, la actuación sanitaria no la ha provocado, sino que se ha limitado a no diagnosticarla.

II. Macía Morillo define este concepto como “... la reclamación de responsabilidad que interponen uno o ambos progenitores, en la que solicitan la reparación de un daño consistente en la privación de la facultad de decisión, así como en los gastos unidos al nacimiento del niño”¹.

Galán Cortés estructura de forma clara y ordenada esta construcción doctrinal, por lo que su exposición es una de la más idóneas a los efectos comprender esta noción “En la acción de *wrongful birth* los progenitores, actuando en su propio nombre y derecho, alegan que, al no haberse detectado (bien por error en el diagnóstico o por no aconsejar sobre la conveniencia de llevarlo a cabo) o no haberseles informado en momento oportuno (aun sin haber error de diagnóstico, no se comunica éste en tiempo y debida forma) sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con malformaciones, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre el procrear o no, o sobre si dar lugar o no al nacimiento”².

Emaldi Cirión acude a una descripción más concisa de esta idea “...se trata de una demanda que entablan los padres del niño contra el médico que no detectó en un diagnóstico prenatal la afección fetal o que, incluso, no les propuso someterse a las pruebas diagnósticas oportunas...”³.

Conviene aludir a la interpretación que Roth hace de la figura de *wrongful birth*. Éste se pronuncia en la misma línea que los anteriores autores y resulta igualmente clarificador cuando señala “The claim of “*wrongful birth*” is advanced by the parents of a child born with genetic defects wherein a physician or technician, for example, failed to

¹ Añade esta autora que todas las acciones de *wrongful birth* encierran una importante repercusión moral y ética, dado que sobrevuelan sobre la idea de que los padres hubiesen preferido no tener un hijo, a que éste se encuentre enfermo. La coyuntura que subyace bajo esta figura es que “es mejor no vivir que vivir en condiciones enfermas”. A. MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant monografías, Valencia, 2005, páginas 80 y 86.

² J. C. GALÁN CORTÉS, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76, 2008, pp. 279 - 290, página 286.

³ A. EMALDI CIRIÓN, “La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos”, *Diario La Ley*, núm. 5, 2001, pp. 1602 - 1612, página 1605.

order, carry out, or interpret appropriate tests during the pregnancy that would have disclosed the presence of the defect, allowing the physician or technician to inform the parents of its presence”⁴.

III. De las tesis destacadas se desprenden aspectos clave que precisan el concepto de esta categoría jurídica y matizan sus diversas vertientes. La acción de wrongful birth parte del nacimiento de un niño con graves malformaciones, no habiendo sido ninguna de ellas descubierta durante la gestación, a pesar de que era posible. Esta omisión se traduce en una falta de información que impide a los padres decidir libremente entre continuar o interrumpir el embarazo. En relación a esta última afirmación, conviene aclarar que el litigio promovido por los progenitores recibe el nombre de wrongful birth, mientras que si el recurrente es el propio hijo afectado, la acción pasa a denominarse wrongful life⁵.

Destacamos que el elemento clave de la construcción doctrinal de wrongful birth no reside tanto en el desconocimiento del estado de salud del nasciturus (por una razón u otra), como en la limitación de opciones que sufren sus padres, al ignorar la dolencia que afecta a su futuro hijo⁶.

2. ORIGEN.

I. El origen de este concepto de wrongful birth se encuentra en la jurisprudencia de Estados Unidos, en el caso *Gleitman vs. Cosgrove*, de la Corte de Nueva Jersey (1967). Una mujer se contagió de rubéola el segundo mes de su gestación y como consecuencia de ello dio a luz a un niño con graves problemas de salud. Dado que en ningún momento se le informó sobre el efecto que la rubéola podía tener en el feto, promovió la primera acción judicial en esta materia, al considerar que no se le había dado la oportunidad de interrumpir el embarazo. Sin embargo, el asunto no fue indemnizado, porque el Tribunal estimó que el daño invocado era abstracto y no cuantificable, y por ende no indemnizable. Asimismo, otro de los motivos esgrimidos fue la imposible valoración de este tipo de litigios, por ser contrarios a “la santidad de la vida”⁷.

Fue necesario aguardar hasta la década de los años setenta a fin de ver admitida una controversia de wrongful birth. Esto ocurrió también en Estados Unidos, en el caso *Becker vs. Schwartz*, de la corte de New York (1978). Se trataba de una mujer con alto riesgo de concebir un hijo aquejado de síndrome de Down por su avanzada edad, aspecto sobre el que no fue informada. El triste desenlace se tradujo en el nacimiento de un niño

⁴ R. ROTH, “Congenital disabilities and the Law”, *Clinics in perinatology*, núm. 34, 2007, pp. 263 - 273, páginas 264 y 265.

⁵ La variante de *wrongful birth*, conocida como *wrongful life*, es una construcción doctrinal muy controvertida, en gran medida porque se esgrime como daño “el derecho a no haber nacido”. Tomando como base el mencionado hecho indemnizable, su aceptación no sólo es difícil, sino prácticamente inconcebible. Ahora bien, a pesar de la polémica ante la que nos encontramos, esta figura ha sido estimada por algunos Tribunales, bien intencionadamente, bien por descuido; al llegar a admitirse demandas conjuntas de *wrongful birth* y *wrongful life*, precisamente por no diferenciarse las partidas indemnizatorias. Aunque no procede que nos detengamos excesivamente en esta cuestión, sí que cabe incidir en la frase clave “derecho a no haber nacido”, pues puede no ser el único daño de este concepto. De esta misma opinión se muestra DE ÁNGEL YÁGÜEZ cuando señala “Si lo que se invoca es que *habría sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones en que lo hace*, me parecen fundados los argumentos por los que la demanda se desestima. Cuestión distinta es que el hijo demandante reclame la reparación de los daños económicos que acarrea su vida enferma. Si es esto lo que ocurre, no veo razones de peso por las que la demanda haya de ser desestimada”. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de *wrongful birth*”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 17, 2002, pp. 179 - 202, página 191.

⁶ ALISTE SANTOS se hace eco de esta situación al aseverar “El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia. No obstante, debido tanto a la escasez de los fallos como a los pronunciamientos diametralmente distintos, no podemos hablar de una jurisprudencia francamente favorable a la consolidación de estas demandas, ni tan siquiera de una línea jurisprudencial clara, reinando sobre el asunto la contradicción de sentencias, que no aporta sino incertidumbre y dudas”. T. ALISTE SANTOS, “El *favor nascituri* y su aplicación por el Juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*”, *Práctica de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, núm. 49, 2007, pp. 5 - 17, página 7.

⁷ Conviene añadir sobre este asunto, que no sólo fue pionero en materia de *wrongful birth*, sino que también lo fue en *wrongful life*, al ser demandantes de la acción tanto la madre como el hijo.

enfermo de la trisomía del cromosoma 21, que llevó a la madre a iniciar una acción judicial para ser indemnizada por el daño sufrido, traducido en el desconocimiento de la posibilidad de tener un hijo enfermo. El Tribunal dictaminó a su favor, pero sin aludir a gastos especiales, más allá de los propios del daño moral y los específicos del embarazo (lucro cesante).

II. En nuestro caso hubo que esperar al año 1997 para que se enjuiciara el primer litigio de wrongful birth, concretamente a la sentencia de 6 de junio de 1997⁸. Se trataba de una mujer, cuyo embarazo fue calificado de alto riesgo porque ya había dado a luz a otro hijo con síndrome de Down, por lo que se le aconsejó que se sometiese a una amniocentesis, dadas sus circunstancias. Se le practicaron no una, sino dos de estas pruebas, por ser la primera defectuosa. A pesar de su predisposición, la segunda de ellas también fue infructuosa, pero en esta ocasión la paciente no fue informada. Para cuando ésta tuvo conocimiento de las circunstancias de la segunda actividad diagnóstica, se había sobrepasado el plazo legal para el aborto por motivos terapéuticos.

II. CONCEPTOS AFINES A LA FIGURA DE WRONGFUL BIRTH.

Existe un pequeño número de construcciones jurídicas muy similares a la de wrongful birth que pueden dar lugar a equívoco, por lo que conviene analizarlas brevemente para evitar confusiones.

Wrongful life.

El ya mencionado concepto de wrongful life es tan similar al de wrongful birth, que es habitual que ambos sean estudiados de manera conjunta.

De Ángel Yáguez define esta noción como “En la acción de wrongful life, en cambio, el hijo demandante argumenta que, <<de no haber sido por>> el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad”⁹.

Las semejanzas entre ambas ideas son manifiestas, hasta el punto de que sólo existe un aspecto que las diferencia: el actor. En los supuestos de wrongful life es el propio hijo, quien una vez alcanzada su mayoría de edad, inicia un proceso judicial contra el médico que no le diagnosticó del padecimiento que le aquejaba en el útero materno, alegando su “derecho a no haber nacido”¹⁰. Huelga destacar que si la figura de wrongful birth es polémica, el grado de controversia se incrementa cuando se pretende hacer valer el derecho de alguien a no haber nacido.

Toda esta polémica tiene como resultado el rotundo rechazo hacia este concepto por la práctica totalidad de ordenamientos jurídicos, desde la primera ocasión en la que fue invocado ante un Tribunal, en el ya mencionado asunto *Gleitman vs. Cosgrove*; en el que se inició tanto una acción de wrongful birth como de wrongful life.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, Sala Primera, recurso 165/1993, ponente Gil de la Cuesta. Dado que se trata de la primera resolución dictada en esta materia, conviene mencionar que la primera vez que un órgano judicial se pronunció sobre esta cuestión, que fue sobre este mismo asunto, fue el 10 de junio de 1991, en el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia.

⁹ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos”, en L. MARTÍNEZ – CALCERRADA y R. DE LORENZO (Directores), *Derecho Médico*, Colex, Madrid, 2001, pp. 93 - 195, página 117.

¹⁰ PACHECO JIMÉNEZ define esta construcción doctrinal como “La acción de wrongful life es aquella demanda judicial que interpone en su propio nombre el hijo – o sus representantes legales – que ha nacido con algunas enfermedad o anomalía congénita contra el médico solicitando una reparación por el daño que experimenta: su propia vida”. M. N. PACHECO JIMÉNEZ, “El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones de <<wrongful birth y wrongful life>>”, en C. CARRETERO GONZÁLEZ y F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, (Directores), *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 1801 - 1812, página 1809.

No obstante lo señalado, existen grietas en ese muro de contención creado por la jurisprudencia y la doctrina, entre las que se han colado litigios, que no sin repercusión, han sido estimados. Un ejemplo emblemático es el del caso Perruche, un supuesto de wrongful life que llegó a la Cour de Cassation francesa, dando lugar a una extraordinaria polémica. Una mujer se contagió de rubéola durante su embarazo, porque su hija la padeció en esa época. Conociendo el riesgo que esta enfermedad podía tener para el feto, se sometió a las pruebas pertinentes a fin de conocer si ella también se había infectado, ya que de ser así, procedería a la interrupción del embarazo. Aunque la paciente estaba contagiada, se le notificó lo contrario, así como que el feto estaba sano. Dados los alentadores resultados obtenidos, ésta continuó con su embarazo, dando a luz a un niño gravemente enfermo. Años después los padres del menor, Nicolás, demandaron a los responsables del diagnóstico erróneo, viendo sus pretensiones admitidas e indemnizadas. Pasado un tiempo de esta resolución, y con la finalidad de asegurar que Nicolás estuviese atendido durante toda su vida, sus padres iniciaron una nueva acción judicial, pero en esta ocasión en nombre de su hijo (es decir, se pretendía indemnizar al menor por el hecho de haber nacido), que corrió la misma suerte que la anterior, estimándose el día 17 de noviembre del año 2000 por la Cour de Cassation francesa. La trascendencia del caso fue inmediata y los colectivos médicos se hicieron eco de ello, hasta tal punto, que la Asamblea francesa vio la necesidad de reunirse y poner fin a la doctrina Perruche el día 10 de enero de 2002. Se estableció la premisa por la cual nadie puede beneficiarse de un perjuicio que tenga origen en su propio nacimiento, es decir, nadie puede ser indemnizado por nacer, independientemente de sus circunstancias¹¹.

Wrongful conception o wrongful pregnancy.

En segundo lugar está el concepto de wrongful conception o wrongful pregnancy. A pesar de la semejanza léxica que comparten ambas figuras, lo cierto es que éstas son muy dispares entre sí, ya que la problemática del supuesto de hecho no gira en torno al nacimiento de un niño con graves afecciones físicas o psíquicas, sino sobre la concepción y posterior alumbramiento de un hijo sano pero no deseado; previa práctica de una esterilización quirúrgica (vasectomía o ligadura de trompas). Es decir, se trata de un embarazo no deseado tras una esterilización, que tenía precisamente esa finalidad, evitar una concepción.

Esta figura, aunque pueda parecer controvertida, goza de una amplia aceptación en nuestros Tribunales, requiriendo para su admisión únicamente la diligencia del paciente en sus actuaciones (proceder de acuerdo a las prescripciones médicas, etc.) y que en la actividad sanitaria haya mediado algún tipo de omisión negligente, bien en materia informativa, bien en la práctica de la intervención.

Lesiones al feto.

¹¹ Nótese además la incorrecta decisión de acudir a ambas ideas, ya que una excluye a la otra. No en vano, es una condición *sine qua non* para el ejercicio de la figura de *wrongful life*, que los padres de esta persona no hayan acudido en su momento a la acción de *wrongful birth*, algo que sí ocurrió en este asunto. El continente europeo, en su práctica totalidad, sigue esta misma línea de repulsa hacia cualquier intento de admisión de supuestos de *wrongful life*. Existe una salvedad en Holanda, donde los casos de *wrongful life* sí son aceptados, pero por una cuestión terminológica y conceptual, ya que en este país *wrongful life* se traduce como *wrongful birth*, por lo que en realidad la indemnización no se otorga al nacido enfermo. ROMERO COLOMA apunta hacia dónde debería dirigirse la justificación del daño en los asuntos de *wrongful life*, a fin de que estos fuesen indemnizados: la opción más correcta no es pretender indemnizar la vida, sino la vida enferma. A. M. ROMERO COLOMA, "Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2559 - 2608, página 2570. No podemos cerrar esta nota a pie sin mencionar pequeños descuidos y olvidos de los Tribunales españoles en los que acciones de *wrongful birth*, que tienen como actores a los padres del menor, en nombre propio y en representación del mismo, son estimadas sin distinción alguna entre los sujetos activos; provocando la admisión de supuestos de *wrongful life*. No obstante, estas resoluciones no dejan de ser anecdóticas, porque el juzgador no se pronuncia sobre esta noción, lo que evidencia, como hemos señalado al principio, que se trata más de una indiscreción, que de una intención. Ejemplos de estos pequeños errores son la sentencia del Tribunal Supremo 18 de diciembre de 2003 (Sala Primera, recurso 776/1998, ponente Corbal Fernández) y la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 (Sala Primera, recurso 3337/1999, ponente Seijas Quintana), entre otras.

En tercer lugar se encuentran los supuestos de hecho en los que nace un niño con importantes taras, tanto físicas como psíquicas, pero que tienen un origen distinto al de los casos de wrongful birth. La causa de las lesiones no es la propia concepción, sino un acto médico. Ahora bien, no se trata de un concepto como el del tipo penal de lesiones al feto, sino que es una figura más amplia, que engloba las lesiones preconceptivas, las que se irrogan durante la gestación y las que pueden provocarse en el propio parto.

Se trata de una construcción doctrinal que envuelve por un lado aquellos perjuicios que son causados, al padre o a la madre, con carácter previo a la concepción y que acarrearán una enfermedad o tara al futuro feto; y por otro lado los menoscabos directamente ocasionados al nasciturus en formación, bien en una intervención, bien en una prueba, o incluso en las actuaciones dirigidas a una interrupción voluntaria del embarazo. Finalmente se encuentran aquellos daños que se producen al feto en el momento mismo de su nacimiento (fórceps, vueltas de cordón umbilical, sufrimiento fetal, etc.).

Procreación irresponsable.

En cuarto lugar tenemos la construcción doctrinal relativa a la procreación irresponsable. Este concepto es especialmente complejo, al consistir en una acción judicial iniciada por un hijo contra sus propios progenitores, cuyas actuaciones han dado lugar a que éste se encuentre afectado por una malformación o una enfermedad. El escenario requiere que el padre o la madre (o ambos), por su actuación irresponsable durante el embarazo o la concepción (consumo de sustancias, falta de adopción de cautelas, etc.), expongan a su prole, traduciéndose ello en consecuencias tras su nacimiento.

Otra situación sería la de aquellos padres, que aun conociendo que su futuro hijo se encuentra afectado por una enfermedad tratable en el claustro materno, rechazan cualquier posibilidad de sanación.

Por último se nos presenta el contexto de las dolencias hereditarias o contagiosas, supuesto de hecho en el que uno o los dos ascendientes, o son portadores, o están aquejados de una patología, a pesar de la cual deciden procrear. Ello provoca que su descendencia nazca enferma de la misma afección que ellos padecen.

La complejidad de esta noción se desprende de su propia naturaleza, al ser una acción que un hijo ejercita contra sus propios padres. Las consecuencias éticas y sociales de esta idea son importantes, y quizás precisamente por ello, esta construcción es prácticamente desconocida en la jurisprudencia internacional y aún no se ha llegado a invocar ante nuestros Tribunales.

Disadvantaged o dissatisfied life.

La última de las ideas afines a la de wrongful birth es todavía más llamativa que la inmediatamente estudiada, nos referimos al concepto de disadvantaged o dissatisfied life. Estas construcciones doctrinales siguen la misma línea que la anterior, en la medida en que vuelve a ser el hijo el que demanda a sus progenitores, con la especialidad de que en esta ocasión el motivo es diferente. El actor nace sano y sin problemas de salud destacables, por lo que su pretensión indemnizatoria se fundamenta en el hecho de haber nacido en un entorno poco apropiado, bien por condiciones raciales, bien económicas o políticas. Éstas le han privado de una infancia normal, por haber sufrido exclusión social o penurias¹².

¹² Un ejemplo clásico de esta categoría jurídica es el litigio *Zepeda vs. Zepeda* (1963), en el que un niño demandó a su padre por haber nacido ilegítimo. Éste había mantenido relaciones con su madre, con la promesa de un futuro matrimonio que no se produjo jamás, algo que obligó al menor a vivir estigmatizado por su condición extramatrimonial. N. PACHECO JIMÉNEZ, "Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica", *Facultad de ciencias sociales de Cuenca*, núm. 2, 2011, pp. 1 - 16, página 6.

III. LA LEGITIMACIÓN EN LA FIGURA.

I. La pretensión indemnizatoria de la acción de wrongful birth únicamente puede ser ejercitada, bien por ambos padres (conjuntamente), bien por la madre en solitario; pero nunca por el padre, ya que éste no tiene capacidad procesal para ser el actor de la misma.

La justificación de esta cuestión es sencilla, el aborto es una práctica, que de acudirse a ella, es inherente a la mujer; se trata de una decisión exclusiva y personalísima de la misma, y por lo tanto intransferible. Esta afirmación nos lleva a la conclusión de que, dado que la esencia del concepto de wrongful birth gira en torno a la lesión del derecho a la información, dirigido hacia una eventual interrupción del embarazo, la decisión de pretender una indemnización sólo puede ser de la madre, al ser ésta la única que ha visto lesionado su derecho¹³.

El Tribunal Supremo no admite réplicas a esta cuestión, a pesar de que no existen muchos ejemplos que puedan ilustrarnos. Tan sólo contamos con una única resolución en la que fue un padre el que pretendió la indemnización, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007¹⁴. En este litigio la iniciativa la adoptó el padre de la criatura, que fue inadmitida precisamente por falta de litisconsorcio activo necesario. El juzgador consideró que la interrupción del embarazo es una facultad propia e intransferible de la mujer, y al derivar la idea de wrongful birth de ésta, no puede ser ejercida por nadie que no sea ella misma, o en su defecto por los dos progenitores, pero nunca por el padre en solitario¹⁵.

II. Existe no obstante una fuerte polémica, no tanto sobre las personas legitimadas para ejercitar la acción, sino sobre las que pueden solicitar una indemnización, es decir, los terceros afectados. Nos referimos a los parientes próximos al menor, como lo pueden ser los hermanos y los abuelos.

A fin de esclarecer si estos familiares cercanos pueden ser incluidos en la reclamación, es necesaria la existencia de un daño personal o patrimonial en su vida, algo que en principio se presume con los padres, al suponerse este dolor y sufrimiento moral, así como el menoscabo patrimonial.

Autores como Romero Coloma califican esta situación de hecho como una “reclamación del daño de rebote”, cuyo fundamento no es el parentesco, sino la incidencia que la enfermedad del nuevo ser pueda tener en la esfera personal y patrimonial de terceros que cohabiten con él¹⁶. Imaginemos por ejemplo hermanos o abuelos que convivan con esta persona afectada por graves dolencias, la incidencia que puede tener en la vida diaria, y el impacto psicológico y moral que puede entrañar, son indiscutibles. Es habitual, y de hecho existen muchos ejemplos jurisprudenciales de reclamaciones conjuntas de los

¹³ MACÍA MORILLO apunta que el daño en la idea de *wrongful birth* se divide entre el feto y la madre, por lo que el estado civil de ésta es irrelevante. Ahora bien, no hay que confundir esta cuestión, esto es, el hecho de que en la construcción doctrinal los únicos legitimados sean madre e hijo, con que el padre, así como el resto de la familia, no puedan ser indemnizados en relación a otros perjuicios vinculados con el concepto (shock psicológico, daño moral, etc.). A. MACÍA MORILLO, “El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011, pp. 83 - 98, página 85.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007, Sala Tercera, recurso 92/2007, ponente Puente Prieto.

¹⁵ Concretamente señala el Tribunal Supremo a este respecto “...la facultad de optar por la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre, conforme resulta del artículo 5 de la Ley General de Sanidad, artículo 417 bis del Código Penal y 9 del Real Decreto 2.409/86 y fundamento decimotercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1.985, lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento...”.

¹⁶ A. M. ROMERO COLOMA, “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, página 2569, *cit.*, nota 11.

padres en nombre propio y en el de sus hijos menores (hermanos del afectado), tomando como base precisamente, estas circunstancias antedichas¹⁷.

IV. EL DAÑO INDEMNIZABLE.

1. EL NACIMIENTO DE UN HIJO COMO DAÑO.

I. Lo primero a destacar sobre el daño en la figura de wrongful birth es que éste jamás puede fundarse en el nacimiento de un hijo, independientemente del estado de salud del mismo. Esta afirmación conforma un principio básico ampliamente desarrollado y aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Todo ello, a pesar de que la primera resolución que se dictó en la materia, la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, dejaba entrever lo contrario; en la medida en que en sus argumentaciones podía vislumbrarse que el juzgador traducía el principal perjuicio del concepto de wrongful birth, precisamente en el nacimiento de un hijo enfermo¹⁸. No es necesario tener que aludir a ideas como la “santidad de la vida” o “que la bendición del nacimiento de un hijo traslapa todo tipo de daños inherentes al mismo”, para negar cualquier posibilidad de que el nacimiento de un hijo pueda equipararse a un daño¹⁹. Tan sólo debemos acudir a la dignidad de la persona, a los efectos de considerar imposible dicha opción dañosa.

De esta opinión se muestra Aliste Santos al pronunciarse sobre esta cuestión “En definitiva, de los argumentos expuestos se deduce, que en nuestro sistema jurídico vigente no hay margen para la aceptabilidad de las pretensiones en que se fundamentan las demandas de wrongful life y wrongful birth. Y esto, siempre que se invoque la posibilidad de abortar como interés jurídico lesionado y el daño sea el hijo tarado o malformado genéticamente”²⁰. Entiende este autor, compartiendo su criterio con la doctrina mayoritaria, que considerar el nacimiento de un hijo como un daño, supondría la inviabilidad de las acciones de wrongful birth. Parte de la idea de que no existe conexión causal cuando se argumenta que el perjuicio tiene como fundamento el nacimiento de un niño con taras que se desconocían. Sin embargo, matiza que el nexo causal es robusto cuando el menoscabo que se baraja es la vulneración del derecho de información²¹.

De Ángel Yágüez sigue una línea argumentativa muy similar a la del anterior autor, al apuntar que el objeto de indemnización no es el nacimiento de un niño, ya que ninguna persona puede ser un daño en sí misma. No obstante, el perjuicio económico que puede ocasionar el nacimiento de un ser enfermo, sí que puede considerarse un menoscabo, siempre y cuando la dolencia fuese desconocida, como consecuencia de una información deficiente²².

¹⁷ Son ejemplo de ello las siguientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006, (Sala Primera, recurso 3337/1999, ponente Seijas Quintana) y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2007, (Sala Primera, recurso 4469/2000, ponente Roca Trías), entre otras.

¹⁸ Concretamente señala esta resolución “... un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el síndrome de Down (mongolismo); lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales”. No obstante, autores como DE ÁNGEL YÁGÜEZ estiman que la intención del juzgador no era la de afirmar que el daño de la controversia era el nacimiento de un hijo enfermo. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 4, 1996, pp. 105 - 117 y “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 5, 1996, pp. 141 - 156.

¹⁹ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado”, *Revista Española de Seguros*, núm. 57, 1989, pp. 47 - 87.

²⁰ T. ALISTE SANTOS, “El favor nascituri y su aplicación por el Juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*”, página 15, *cit.*, nota 6.

²¹ Este autor aboga por amoldar nuestra legislación a la *Loi n° 2002 - 2003 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* francesa, por la cual se garantiza el resarcimiento de las afecciones que son consecuencia de una vulneración del derecho de información, pero no tomando como base el daño moral sufrido por los padres, sino la omisión informativa misma.

²² R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “*wrongful birth*”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *cit.*, nota 5.

Vivas Tesón por su parte, rechaza cualquier pretensión indemnizatoria fundamentada en el nacimiento de una persona, basándose para ello en el principio de la dignidad de la misma y en su libre desarrollo de la personalidad²³.

Salàs Darrocha descarta cualquier alusión a un “derecho a la calidad de vida”, por su abstracción. Admitiendo no obstante partidas económicas adicionales, como el coste añadido de la crianza del hijo enfermo²⁴.

Pérez – Tenessa se pronuncia de forma más drástica cuando enuncia, que al encontrarse los padres obligados a soportar este tipo de contingencias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 154.1 del Código Civil, el nacimiento de un niño enfermo no puede ser un daño²⁵.

II. A pesar de que no existe una teoría constante y pacífica sobre cuál es el perjuicio a indemnizar, se ha podido apuntar una hipótesis más o menos aceptada por la práctica generalidad de la doctrina, por la cual el nacimiento de un niño no puede considerarse un daño²⁶.

2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

I. Descartada cualquier opción de acudir a la primera vertiente del daño mencionada, el derecho a la información se presenta como una de las vías de indemnización más idóneas.

A una paciente se le priva de una información necesaria, que en función del caso concreto, incide de una forma u otra, pero el resultado final es siempre el mismo: una omisión informativa.

El defecto de información puede tener su origen, bien en posibles actividades diagnósticas a practicar, que en el supuesto específico fuesen recomendables, bien en la frustración de una prueba desplegada, etc.

Esta desinformación provoca que la paciente sea incapaz de tomar una decisión razonada y coherente con sus principios, dado que cualquier resolución que adopte se encontrará ofuscada por el desconocimiento que padece. Ello provoca una vulneración de la dignidad de la persona, al atentarse contra el artículo 15 de la Constitución, que recoge el derecho a la libre procreación.

La pérdida de oportunidad.

I. Parte de la doctrina considera que una de las vertientes dañosas de la figura de wrongful birth es la pérdida de oportunidad. La pérdida de oportunidad (perte de chance) se

²³ I. VIVAS TESÓN, “Responsabilidad médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 11, 2003, pp. 403 - 416, página 408.

²⁴ J. T. SALÀS DARROCHA, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2005, pp. 2692 a 2711, página 2701.

²⁵ A. PÉREZ – TENESSA, “Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad”, *Revista de Administración pública*, núm. 154, 2001, pp. 47 - 62, páginas 55 y 56. LENOIR, por su parte, nos ofrece una visión comparativa con la jurisprudencia francesa por la cual, aunque ésta también es firme en este aspecto, matiza que cabe la concurrencia de supuestos especiales, en los que el fracaso de un aborto sí puede ser un daño, pero no lo específica. N. LENOIR, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (y II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, pp. 127 - 148, página 144.

²⁶ Sobre este punto concreto se pronuncian KLEIN y MAHONEY cuando señalan “Damages have been awarded based on varying combinations of the expenses that are directly attributable to the physician’s negligence. These include the costs incurred solely as a result of the child’s disability. In some jurisdictions, damages have been awarded to the parents for emotional pain and suffering. A court may also permit a damage award for emotional injuries but must offset them with an estimate of the disabled child’s positive value to the family. The law in this area can be murky and varies based on the estate in which a provider practices”. R.D. KLEIN, y M. J. MAHONEY, “Medical legal issues in prenatal diagnosis”, *Clinics in perinatology*, núm. 34, 2007, pp. 287 - 297, página 294.

traduce en una suerte de suma y resta aritmética de oportunidades. La idea es sencilla, ante una posibilidad de curación o mejora, un elemento azaroso irrumpe en la actividad médica, provocando que ésta no pueda desplegarse completamente, o simplemente que nada pueda hacerse; con severas consecuencias para el paciente.

II. Existe un elemento clave en esta construcción doctrinal: la incertidumbre. Se desconoce si el paciente, de someterse al acto médico debido, habría podido ser diagnosticado o tratado. No obstante hay un aspecto claro: éste se ha visto prácticamente condenado, al limitarse sus posibilidades de tratamiento a cero.

Un importante sector doctrinal considera que en los litigios de *wrongful birth* el daño puede traducirse en una pérdida de oportunidad, no en vano el escenario del que se parte es similar. Un feto se encuentra aquejado de una enfermedad que no se conoce hasta el momento mismo de su nacimiento, a pesar de que podía ser diagnosticada durante la gestación. Esta situación viene provocada por una omisión informativa, debido a la cual la madre no tiene posibilidad alguna de someterse a una prueba esclarecedora.

El grado de incertidumbre es semejante, ya que se ignora que si de haber sido los padres informados sobre esta sospecha de enfermedad, se hubiesen sometido a una prueba prenatal, y de haberlo hecho, si habrían acudido a la interrupción del embarazo.

III. Como precursores de esta corriente doctrinal se encuentran autores como Vivas Tesón, que mantiene que una vertiente del perjuicio indemnizable en los supuestos de *wrongful birth*, es precisamente la pérdida de oportunidad. Esta autora estima que el menoscabo se encuentra en la pérdida de posibilidades de decisión por parte de los progenitores, tanto de someterse a una prueba, como de interrumpir el embarazo²⁷.

Lenoir, comentando un supuesto concreto en el que una muestra de cultivo de una amniocentesis era insuficiente, apunta que el reproche no puede basarse en una extracción defectuosa. El error se encuentra en que los padres no fueron informados sobre este extremo, perdiendo cualquier posibilidad de interrumpir el embarazo. Ambos autores barajan la teoría de que el elemento clave en el concepto de *wrongful birth* es la pérdida de oportunidad que sufren los progenitores, al no poder decidir sobre el futuro de su hijo²⁸.

Díez – Picazo Giménez se muestra menos ecléctica con esta cuestión al afirmar que, el único daño indemnizable en esta idea es precisamente la pérdida de oportunidad, traducida en arrebatar cualquier posibilidad de decisión a la madre del nasciturus enfermo²⁹.

Aunque Galán Cortés comparte esta teoría, lo hace de una forma más matizada, tomando como base la doctrina francesa. Este autor apunta que la determinación de interrumpir o continuar con el embarazo, no es una opción que resida únicamente en la madre, sino que también se encuentra englobada por un elemento aleatorio, ajeno a la misma. Galán Cortés halla un escollo prácticamente insalvable en la aplicabilidad de la pérdida de oportunidad: calificar el no nacer como un beneficio esperado, un elemento esencial para este concepto³⁰.

IV. Esta duda da pie a que aquellos sectores doctrinales detractores de esta idea se pronuncien. Martín Casals y Solé Feliú parten de lo discutible del ya mencionado “suceso favorable”. Estos autores centran su argumentación en que la principal característica de la

²⁷ I. VIVAS TESÓN, “Responsabilidad médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial”, *cit.*, nota 22.

²⁸ N. LENOIR, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (y II)”, página 145, *cit.*, nota 24.

²⁹ G. DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ, “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *Diario La Ley*, núm. 3, 1998, pp. 1700 – 1710, página 1706.

³⁰ J. C. GALÁN CORTÉS, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”, páginas 287 y 288, *cit.*, nota 2.

pérdida de oportunidad es el azar, por lo que el daño en ningún caso puede verse afectado por la voluntad del paciente. Dado que la construcción doctrinal de wrongful birth depende de la decisión de la madre, la pérdida de oportunidad no se presta a ser una opción dañosa a invocar³¹.

Entre estos dos extremos se sitúa Navarro Michel, con una teoría intermedia sobre la aplicabilidad de la pérdida de oportunidad en el concepto de wrongful birth. Esta autora afirma que la cuestión no se dilucida entre abortar o no, sino en la imposibilidad de decidir. Esto es, esta autora traduce la pérdida de oportunidad en la limitación decisoria que sufre la madre, como consecuencia de un elemento ajeno a su voluntad, encontrándose así el factor azar y el “suceso favorable” en esta formulación³².

V. De las opiniones doctrinales expuestas extraemos, que aunque en un principio esta idea de considerar la pérdida de oportunidad como un daño en la figura de wrongful birth pueda parecernos correcta, incluso idónea a efectos condenatorios, lo cierto es que nos presenta un panorama con más problemas que soluciones. Ya que solo es necesario acudir a dos elementos para dismantelar cualquier teoría que pretenda utilizar esta opción dañosa: la situación final beneficiosa y la cuestión azarosa.

La pérdida de oportunidad se caracteriza por una imposibilidad de diagnóstico o tratamiento, motivado por el azar, de la que derivan importantes consecuencias para la salud del enfermo. Trasladando esta afirmación a la noción de wrongful birth, el escenario se complica porque el “hecho beneficioso” o “restablecimiento de la salud”, debería equipararse al aborto.

En segundo lugar existe otro obstáculo: la cuestión azarosa. La suerte o el azar conforman un elemento imprescindible en la relación de hechos de la pérdida de oportunidad. Si lo trasladamos a los casos de wrongful birth, no hay posibilidad de hallar un concepto afín, ya que en su lugar se encuentra la voluntad de la madre, traducida en su decisión, bien de interrumpir su embarazo, bien de proseguir con el mismo.

El perjuicio económico.

I. El menoscabo económico que sufren, tanto los padres como la familia más directa (es decir, aquellos que convivan con el menor), se divide en dos partidas: el daño económico por la enfermedad del niño por un lado y el perjuicio pecuniario por imprevisión, por el otro.

Aunque el nacimiento de una persona enferma no es un daño indemnizable, esta afirmación no impide que algunos aspectos del alumbramiento de este nuevo ser no puedan resarcidos³³.

³¹ M. MARTÍN CASALS Y J. MARTÍN CASALS, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 60, 2002, pp. 1097 – 1122, página 1115. ROMERO COLOMA aboga por esta misma idea, al considerar que la pérdida de oportunidad se caracteriza por el azar, elemento que no se encuentra en la figura de *wrongful birth*, al mediar la voluntad de la madre. A. M. ROMERO COLOMA, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, página 2597, *cit.*, nota 11.

³² M. NAVARRO MICHEL, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 72, 2006, pps. 1637 – 1658, página 1651. Opinión compartida por MEDINA al apuntar ésta “La falta del deber de información en el caso del nacimiento con discapacidad se relaciona: ya con la pérdida de chance de la posibilidad de decidir sobre la continuación del embarazo...”. G. MEDINA, “Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful birth. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *Revista crítica de derecho privado*, núm. 5, 2008, pp. 469 – 491, página 487.

³³ De manera acorde a las afirmaciones del Tribunal Supremo respecto de que los únicos gastos indemnizables en un supuesto de *wrongful birth* son aquellos que tienen carácter extraordinario, se pronuncia NAVARRO MICHEL al señalar “Si lo indemnizable solo es el <<plus que resulta de la discapacidad>> (digo <<solo>> pero puede alcanzar cifras muy elevadas), los gastos que derivan de la enfermedad o discapacidad del hijo no incluyen los gastos ordinarios de alimentación ya que, por sus características, el deber legal de alimentos (su carácter personalísimo, recíproco, indisponible e irrenunciable) no puede ser objeto de tráfico jurídico”. M. NAVARRO MICHEL, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, página 1654, *cit.*, nota 31. De esta misma opinión se

El primero de los perjuicios económicos, motivado por la enfermedad de la criatura, debemos entenderlo desde la perspectiva de los gastos añadidos a la crianza habitual de un hijo, cuya base es la dolencia que aqueja al mismo. Cualquier pretensión de los padres de ser indemnizados por los gastos de crianza habituales (artículos 142 y 143 del Código Civil) es imposible, al ser estos una obligación inherente a la paternidad, tal y como viene recogido en el artículo 151 del Código Civil. Estos deberes son una obligación personalísima de los progenitores y por ende intransferibles, motivo por el cual su satisfacción no podría reclamarse a un centro sanitario o a un médico, independientemente de la incidencia que hubiesen tenido en el nacimiento del menor.

Esta última afirmación no es impedimento para la existencia de desembolsos que trascienden de los gastos habituales, y que derivan de la propia enfermedad del hijo. Un niño o niña afectado por algún tipo de tara física o psíquica, tiene necesidades especiales en lo relativo a la educación, vivienda, adaptación del coche familiar, etc. Todos estos costes son añadidos y su origen es la enfermedad del menor. No sería desacertado que los progenitores acudiesen al auxilio judicial, a los efectos de ver satisfechas estas partidas económicas. Se trata de algo habitual y que cuenta con una amplia aceptación por parte de los Tribunales³⁴.

II. La otra vertiente del daño patrimonial toma como base estos mismos gastos añadidos, pero incidiendo en su incremento proporcional como consecuencia de una falta de previsión, todo ello fruto del desconocimiento del estado de salud del menor hasta el momento mismo del alumbramiento.

Para que pueda acudir a esta opción indemnizable es necesario algo más que el simple nacimiento de un niño con graves taras, se requiere la convergencia de un segundo elemento: la imprevisión.

El aumento de esta partida económica reside en la premura que envuelve estos gastos, motivada por la desinformación sufrida por los padres del neonato, que confiaban en el buen estado de su hijo. No son insólitos los casos en los que se asevera el buen estado de salud de un feto hasta su nacimiento, momento en el que se evidencian afecciones hasta entonces desconocidas. Esta situación obliga a los padres a actuar de manera rauda y urgente, dado que sin poder reponerse de la impresión de ver nacer a un ser enfermo que se vaticinaba sano, deben iniciar todos los trámites pertinentes, a fin de cubrir las necesidades de su nuevo hijo.

Ahora bien, limitar esta partida indemnizatoria únicamente a aquellos supuestos en los que se desconoce el estado del feto hasta el instante mismo del parto, podría ser incoherente, pues un conocimiento a escasos días del alumbramiento no varía la imprevisión económica. Esto es, una información tardía debería equipararse a un desconocimiento. Sin embargo, de esta afirmación no debe entenderse una equiparación de escenarios, siendo necesaria una ponderación que permita dilucidar el grado de indemnización en cada caso concreto, en función de la lejanía o cercanía de la información con el nacimiento.

muestra VIVAS TESÓN, al enumerar como únicos gastos indemnizables aquellos que son “especiales o extraordinarios” derivados de la enfermedad, no debiéndose incluir los desembolsos propios de la crianza. Destaca esta autora como gastos resarcibles: gastos médicos, educación especial, adaptación de la vivienda y del transporte, entre otros. I. VIVAS TESÓN, “Responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial”, página 408, *cit.*, nota 22.

³⁴ Son ejemplo de ello las siguientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007, (Sala Primera, recurso 2047/2000, ponente Xiol Ríos), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007, (Sala Tercera, recurso 6676/2003, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, (Sala Tercera, recurso 4936/2004, ponente Díez – Picazo Giménez), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010, (Sala Primera, recurso 444/2007, ponente Seijas Quintana) y sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011, (Sala Primera, recurso 128/2008, ponente Seijas Quintana).

Esta baremación se fundamenta en que la sorpresa no se desnaturaliza por ser anunciada con escasos días de antelación, es decir, que aunque la imprevisión es menor, ésta sigue causando un perjuicio económico real. En virtud de ello podría entenderse que aquellos escenarios en los que los padres reciben la fatal noticia tras la práctica de una prueba escasos días antes del alumbramiento (un mes por ejemplo), también deberían ser indemnizables, tomando como base este concepto de la imprevisión económica.

El impacto o shock psicológico.

I. Esta vertiente del daño se traduce en la conmoción moral o psicológica que sufren los padres del menor al ver, en el momento mismo del nacimiento, que el hijo sano que esperaban se encuentra gravemente enfermo. Esta opción indemnizable sigue una línea muy similar a la de la anteriormente comentada, dado que se centra en el elemento sorpresivo.

Aunque esta idea puede resultar llamativa, se encuentra ampliamente respaldada por la doctrina. Un ejemplo es Galán Cortés, quien estima que una falta de preparación psicológica de los padres debe indemnizarse, por las consecuencias morales que supone³⁵.

Línea doctrinal compartida por Martín Casals y Solé Feliu, quienes además matizan esta noción, destacando una diferencia entre esta partida indemnizatoria y la inmediatamente anterior. Consideran estos autores que es factible indemnizar el impacto psicológico de los padres, si estos desconocían el verdadero estado de su hijo, incluso de forma autónoma al concepto de wrongful birth, en el caso de que éste hubiese sido rechazado. No obstante, sientan también una importante limitación, la imposibilidad de invocar este daño cuando los progenitores ya conocen el estado del feto, aunque se les haya notificado escasos días antes del alumbramiento. En este punto encontramos la principal diferencia entre este daño y el anterior³⁶.

No obstante, esta partida indemnizatoria no se encuentra libre de críticas. Navarro Michel rechaza la opción de dividir la acción de responsabilidad por wrongful birth, más si cabe cuando el eje central del perjuicio indemnizable, la propia acción, es rechazada³⁷.

II. Tras las obligadas aclaraciones doctrinales conviene finalizar con una cuestión que ya se apuntaba líneas atrás: la distinción entre la partida indemnizable del shock psicológico y la imprevisión económica. A pesar de las aparentes semejanzas entre estos dos conceptos, existe un elemento claramente diferenciador: cualquier conocimiento previo al nacimiento desnaturaliza este daño y la posibilidad de indemnizarlo. Esta limitación es lógica, dado que la base del resarcimiento estriba precisamente en el impacto que sufren los padres al descubrir, en la culminación del parto, la enfermedad de su hijo.

No obstante, es posible matizar esta afirmación, ya que aunque cualquier información anterior invalida la posibilidad de que este daño sea resarcido, ello no obsta para que pueda ser graduado. Un conocimiento previo es un importante escollo para las posibles indemnizaciones, y es precisamente en el mismo donde se encuentra la posibilidad de hallar una solución para los supuestos de hecho que queden en entredicho. No consideramos equiparable una sospecha de malformación tras la práctica de una prueba de escaso calado, frente a una “casi aseveración” tras una amniocentesis, donde el porcentaje de error es prácticamente nulo.

En este escenario también podría regularse el grado de impacto psicológico, en función de la gravedad de la sospecha, utilizándose para tal fin el criterio objetivo de la

³⁵ J. C. GALÁN CORTÉS, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”, página 237, *cit.*, nota 2.

³⁶ M. MARTÍN CASALS y J. SOLÉ FELIU, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, páginas 1115 y 1116, *cit.*, nota 30.

³⁷ M. NAVARRO MICHEL, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, página 1653, *cit.*, nota 31.

fiabilidad de la prueba que arroja el resultado dudoso. No son necesarias muchas explicaciones cuando comparamos una ecografía de Nivel I con una de Nivel IV. Mientras que unos exámenes arrojan leves dudas, otros muestran conjeturas fundadas, siendo precisamente estos últimos, los que quedarían fuera del margen de indemnización.

La cuestión consiste en discernir si la duda se acerca más a una sospecha o a una certeza, para lo cual es conveniente utilizar el criterio objetivo de la fiabilidad del análisis del que procede el diagnóstico, y a su vez, el dato perturbador en cuestión.

Esta opción quizás podría aplicarse, no sólo a los casos de diagnosis dudosa, sino también a supuestos de hecho en los que en un principio se ha detectado una patología en el feto y después se ha descartado (erróneamente), o en aquellas situaciones en las que la madre se ha sometido a un tratamiento médico que puede afectar al nasciturus (como rayos X o fármacos), cuando desconocía su estado. En ambos ejemplos existe una sombra de duda que se perpetúa durante toda la gestación.

El daño moral.

I. El daño moral en los casos de wrongful birth se puede presentar como un amplio abanico de posibilidades, desde el sufrimiento de los padres por el nacimiento de un hijo enfermo, hasta la contemplación del desarrollo de un niño con malformaciones; pasando por situaciones de impotencia, zozobra, ansiedad y angustia³⁸.

Espiau Espiau define de forma escueta el daño moral, y aunque no se refiere concretamente a la noción de wrongful birth, la claridad de su exposición hace que sea igualmente aplicable. Este autor explica este menoscabo como un padecimiento que se prolonga durante un cierto tiempo, algo que nos permite diferenciarlo del impacto psicológico³⁹.

Garriga Gorina elabora un cuidadoso listado de padecimientos que pueden traducirse en el daño moral. Esta autora enumera los siguientes "...el hecho de traer al mundo un hijo con discapacidades, que requerirá de los padres una dedicación personal mucho más intensa y prolongada que un hijo sano y también el sufrimiento que provoca la incertidumbre sobre quien lo cuidará en el caso en que les sobreviva"⁴⁰.

De Ángel Yáguez complementa esta idea de los sufrimientos al calificar el daño moral como una aflicción que sufren unos padres por un hijo gravemente enfermo, aquejado de una dolencia irremediable. Consideramos que este aspecto concreto debe tener un especial relieve en la valoración del daño moral, ya que una afección irreparable es una práctica condena al sufrimiento y la ausencia de toda esperanza de mejora⁴¹.

A pesar de esta aparente armonía, la naturaleza del daño moral en la noción de wrongful birth, también cuenta con voces discordantes. Tal es el caso de Cecchini Rosell y

³⁸ M. N. PACHECO JIMÉNEZ, "El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones de <<wrongful birth y wrongful life>>", en C. CARRETERO GONZÁLEZ y F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, página 1809, *cit.*, nota 10.

³⁹ En relación al daño moral como consecuencia de perjuicios en el transporte aéreo, este autor apunta "La STS de 31 de mayo de 2000 será objeto de cita, probablemente, por acoger un criterio jurisprudencial que admite o incluye, el denominado <<daño moral>> en la responsabilidad contractual. En efecto, después de recordar que << [l]a situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico >> (FD 2º), se plantea << si la doctrina es aplicable a la aflicción producida por el retraso en un transporte aéreo >> (id), llegando a una respuesta afirmativa. Con ello, la sentencia culmina un proceso de extensión o ampliación del ámbito de aplicación de la noción de <<daño moral>> que ha venido desarrollando el TS a partir de la sentencia de 9 de mayo de 1984 ...". S. ESPIAU ESPIAU, "Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2000", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, 2002, pp. 1277 – 1287, página 1282.

⁴⁰ M. GARRIGA GORINA, "Negligencia en el diagnóstico prenatal. *Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002*", *Indret*, núm. 3, 2003, pp. 1 – 14, página 8.

⁴¹ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte D)", páginas 110 y 111, *cit.*, nota 17.

Romero Coloma, quienes estiman que el origen de esta vertiente dañosa se encuentra en la imposibilidad de decidir que han sufrido los padres.

El primero de ellos resulta claro “La cuestión que provoca los daños materiales y morales es la privación del derecho de opción entre interrumpir el embarazo o tener un hijo con síndrome de Down.” Las palabras de este autor no admiten lugar a réplica sobre esta cuestión⁴². Por su parte Romero Coloma afirma de manera casi idéntica que “El daño moral resarcible ha de ser circunscrito al que sufre la madre por haber sido privada de la facultad de interrumpir el embarazo...”⁴³.

Estas divergencias no se limitan a la naturaleza aplicable a este concepto del daño moral, sino que también trascienden a la titularidad del ejercicio de este derecho. Al ceñirse el perjuicio en la figura de wrongful birth a la imposibilidad de abortar, se impide invocar el daño moral a toda persona que no sea la madre, con las consecuencias que ello acarrea.

II. Las vertientes dañosas comentadas permiten formular una hipótesis sobre la que, aún a día de hoy, se siguen vertiendo ríos de tinta: la posibilidad de demandar daños propios de la noción de wrongful birth ante Tribunales de países que no reconocen el aborto.

La idea se justifica porque no se pretende iniciar una acción de wrongful birth ante un ordenamiento jurídico donde la interrupción del embarazo no sea posible, sino invocar perjuicios derivados de esta figura, como por ejemplo, el shock psicológico y la imprevisión económica. Esta reflexión se encuentra avalada por una resolución del Tribunal Supremo, la sentencia de 18 de diciembre de 2003, que sienta las bases de esta hipótesis⁴⁴.

V. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LOS CURSOS CAUSALES NO VERIFICABLES.

I. El nexo causal en el concepto wrongful birth resulta tan complicado como la propia construcción doctrinal, no siendo necesario esforzarnos mucho para comprender cuál es el motivo de la complejidad a la que estamos haciendo referencia: la decisión de la mujer se engloba dentro de la causalidad⁴⁵.

⁴² X. CECCHINI ROSELL, “El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo Civil), de 7 de junio (RJ 2002, 5216). Recurso de casación núm. 3834/1996”, *Revista de derecho patrimonial*, núm. 10, 2003, pp. 181 – 192, página 190.

⁴³ A. M. ROMERO COLOMA, “Las acciones de wrongful birth y su problemática jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7231, 2009, pp. 1 – 16, página 4.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003, Sala Primera, recurso 776/1998, ponente Corbal Fernández. En este caso a un feto no le fueron detectadas las graves malformaciones que padecía (ausencia de miembros del lado izquierdo, además de un riñón), a pesar de que a la gestante se le practicaron varias ecografías a lo largo de todo el embarazo. Dos de estas pruebas arrojaron una sombra de duda sobre una posible arteria umbilical única, aspecto que se encuentra relacionado con graves deformidades en la criatura, a pesar de lo cual esta cuestión no fue informada, ni investigada. El resto de los análisis, simplemente se limitaron a ratificar un diagnóstico erróneo. La relevancia de este litigio reside en que, algunos de estos exámenes se efectuaron dentro del plazo legal para el ejercicio del aborto, mientras que otros lo fueron una vez superado este lapso temporal. A pesar de que, realmente, tan sólo los primeros ecografistas provocaron un caso de *wrongful birth*, todos los radiólogos que erraron en su diagnosis fueron condenados. Los primeros por coartar la capacidad de decisión de los padres, los segundos por irrogar daños como el *shock* psicológico y la imprevisión económica, a pesar de que sus actuaciones no impidieron una eventual interrupción del embarazo. De este caso se deduce que los daños anexos a esta noción pueden invocarse conjuntamente con la misma, o de manera independiente a ésta. De forma que, no sería disparatado barajar la posibilidad de que estos perjuicios puedan ser reclamados ante un ordenamiento jurídico que no tenga despenalizado el aborto. Es más, es posible que esta hipótesis también sea aplicable cuando la interrupción del embarazo está permitida, pero no cuando ésta viene motivada por cuestiones eugenésicas; escenario que se vaticina en nuestro sistema jurídico.

⁴⁵ Conviene aclarar sobre este extremo, tal y como señala GALÁN CORTÉS, que esta problemática causal no es aplicable a todos los daños derivados de la noción de *wrongful birth*, siendo ejemplo de ello el daño moral y el impacto psicológico, entre otros. J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, Civitas, Cizur Menor, 2011, página 428.

De aplicarse estrictamente el concepto del nexo causal, los padres del recién nacido, y en concreto la madre, se verían en la obligación de probar que su intención, al conocer el verdadero estado de salud del feto, sería acudir a la interrupción voluntaria del embarazo; algo que es prácticamente imposible, al verse implicada la voluntad interna de la persona. Precisamente con el propósito de evitar este tipo de actividad probatoria inalcanzable, se acude a la construcción doctrinal de los cursos causales no verificables. Esta idea, originaria de la jurisprudencia estadounidense, conforma una suerte de presunción legal que facilita la prueba, por la cual se deduce que lo que movió a la madre a someterse a un examen, no era únicamente conocer cómo estaba el nasciturus, sino actuar en consecuencia de la información obtenida.

II. De Ángel Yágüez señala que los cursos causales no verificables son únicamente aplicables a aquellos casos en los que la causalidad posible entre dos eventos, no pueda fundamentarse de forma científico – natural. Los cursos causales no verificables se configuran como puente entre dos hechos en los que media una conexión, imposible de demostrar por las vías habituales⁴⁶.

Bercovitz Rodríguez – Cano muestra recelos hacia esta idea que permite construir el nexo causal de forma artificial. Considera este autor que es prácticamente imposible conocer cuál sería la reacción de una persona ante una circunstancia tan impactante, como la de optar entre interrumpir un embarazo o continuar con el mismo⁴⁷.

Vivas Tesón es más exigente al estimar como elemento indispensable, pero no suficiente, que la madre de alguna manera haya afirmado su clara determinación de interrumpir el embarazo, en caso de conocer que el hijo que espera está enfermo⁴⁸.

III. La dificultad de prueba del médico o del centro sanitario es evidente, al rozar prácticamente la imposibilidad. Por ello el juzgador, con el desarrollo de la jurisprudencia, ha creado una serie de juegos de presunciones que facilitan el esfuerzo probatorio de estos, basadas en la naturaleza de las actividades prenatales a las que la paciente se ha sometido⁴⁹.

Las pruebas se clasifican en dos grupos, en función del riesgo y fiabilidad de las mismas: por un lado análisis peligrosos como la amniocentesis y la biopsia corial, y por otro

⁴⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)”, página 146, *cit.* nota 17. Este autor se reafirma en otra publicación cuando señala “Ahora bien, creo así mismo que la manifestación de la madre no puede ser puesta en tela de juicio. Entiendo que si hubiera conocido la enfermedad de su criatura hubiese abortado, su manifestación al respecto es suficiente, sin que, por ejemplo, pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen inverosímil que hubiese abortado si hubiera conocido un diagnóstico acertado sobre la dolencia”. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de Febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 10, 1999, pp. 117 – 115, página 130. Se ratifica este autor sobre esta cuestión cuando apunta “Dicho de otro modo, y en principio como digo, creo que la circunstancia misma de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal constituye por sí sola un indicio suficientemente significativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto. Por este motivo, considero que al menos debe producirse una inversión de la carga de la prueba, de suerte que sea el médico el que tenga que demostrar que la madre no habría abortado”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ presume que acudir a una prueba prenatal diagnóstica tiene su razón de ser en conocer el estado del feto, y en caso de que éste se encuentre afectado por alguna enfermedad grave, interrumpir el embarazo. Considera el mencionado autor que la carga probatoria de la gestante se limita al sometimiento de la prueba diagnóstica y que cualquier otra hipótesis debe ser probada por el facultativo. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de *“wrongful birth”*”, páginas 191 y 192, *cit.*, nota 5.

⁴⁷ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 59, 2002, pp. 857 – 868, página 864.

⁴⁸ I. VIVAS TESÓN, “Responsabilidad médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial”, páginas 410 y 411, *cit.*, nota 22.

⁴⁹ Son ejemplo de esta idea las siguientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006, (Sala Tercera, recurso 217/2005, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007, (Sala Tercera, recurso 8017/2002, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007, (Sala Tercera, recurso 4779/2003, ponente Robles Fernández) y sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007, (Sala Tercera, recurso 9768/2003, ponente Robles Fernández).

los exámenes menos riesgosos y con mayor margen de error, como son las ecografías y el triple screening. El juzgador estima que el hecho de que la madre se someta a una prueba prenatal, tiene una clara finalidad: conocer el estado del feto y actuar en consecuencia. Sin embargo esta afirmación impediría cualquier opción para el facultativo, por lo que debe ser matizada.

Entiende el Tribunal Supremo que el propósito de la gestante es manifiesto si se ha sometido a pruebas prenatales que entrañan un cierto riesgo para el feto, y que por ello son más fiables. La idea es la siguiente: la paciente ha asumido un peligro para la vida de su hijo (más o menos amplio), de lo que se deduce que su intención no era únicamente conocer el estado de salud del mismo, sino alcanzar una certeza para actuar en consecuencia. No es necesario señalar que caben excepciones a esta regla general (creencias religiosas, afirmaciones, etc.).

En la otra cara de la moneda están aquellas actividades diagnósticas con mayor margen de error y que no comprenden riesgo alguno para el feto (ecografías y triple screening). En estos supuestos la gestante no ha asumido ninguna contingencia, ni para sí, ni para el feto, y aunque se ha sometido a una prueba a fin de conocer el estado del nasciturus, su compromiso ha sido menor; por lo que salvo prueba en contrario, el juzgador tiende a no indemnizar este tipo de supuestos.

Galán Cortés especifica como un supuesto claro de cursos causales no verificables, aquel en el que una paciente se somete voluntariamente a una diagnosis de alta fiabilidad, de lo que se deduce su intención, no sólo de conocer el estado del feto, sino también de interrumpir el embarazo, de encontrarse éste enfermo. Por supuesto se trata de una presunción, pudiéndose desprender de las circunstancias vitales de la paciente lo contrario. Por otro lado, el escenario se torna diametralmente distinto cuando el estudio prenatal no resulta concluyente, por lo que salvo circunstancias concretas, la presunción no mediará⁵⁰.

Por su parte Navarro Michel, aunque no niega la relevancia que pueda tener acudir voluntariamente a una prueba prenatal invasiva, no la considera determinante si no se encuentra acompañada de algún otro factor añadido⁵¹.

VI. CONCLUSIONES.

I. A lo largo de las páginas del presente artículo se ha podido deducir una doctrina más o menos constante en torno a este concepto de wrongful birth.

Es posible que la incertidumbre que envuelve la idea de wrongful birth tenga su razón de ser en la juventud de la figura. Esta característica se encuentra especialmente acentuada en nuestro ordenamiento jurídico, dado que la primera resolución en la materia se dictó en 1997. Desde esta primera sentencia se han sucedido en torno a una veintena de casos, que han estudiado la idea desde distintas vertientes fácticas. Se trata de un número casi anecdótico de litigios, si lo comparamos con otras construcciones doctrinales de mayor tradición.

II. Un ámbito de especial relevancia, por su incidencia en la figura de wrongful birth, es el daño. El aspecto más destacable del mismo es que, a pesar de lo que pudiese deducirse de la primera sentencia de 1997, éste nunca puede fundamentarse en el nacimiento de un hijo, aunque se encuentre enfermo.

En segundo lugar, el perjuicio clave en este concepto es el impedimento que se provoca a los padres para decidir sobre la continuación o interrupción del embarazo. De esta idea se desprende que la figura de wrongful birth no puede incoarse en un

⁵⁰ J. C. GALÁN CORTÉS, "Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007", páginas 236 y 237, *cit.*, nota 2.

⁵¹ M. NAVARRO MICHEL, "Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005", página 1656, *cit.*, nota 31.

ordenamiento jurídico donde no sea posible acudir al aborto, precisamente por ser el pilar sobre el que se apoya esta noción.

No obstante, esta afirmación no debe llevarnos a la errónea idea de que tampoco sea posible invocar daños derivados de este concepto en un ordenamiento jurídico en el que no esté permitida la interrupción del embarazo. Tal y como pudo extraerse de la sentencia de 18 de diciembre de 2003, la noción de wrongful birth cuenta con daños anexos que trascienden al aborto, y por lo tanto estos pueden ser alegados en circunstancias concretas; incluso en aquellas que se auguran en nuestro ordenamiento jurídico a futuro.

III. Por último tenemos uno de los aspectos más problemáticos y criticables de la construcción doctrinal objeto de análisis, más incluso que el daño: el nexo causal.

El dilema comienza con un dato objetivo, la afección del nasciturus no ha sido provocada por ninguna actuación médica, sino que ésta deriva de la concepción misma. El protagonismo de la clase sanitaria dimana de que sus actuaciones han alentado el nacimiento de la criatura, ya que no han detectado la grave afección que le aqueja, por un motivo u otro. De esta última premisa comienzan a desarrollarse hipótesis en cadena, ya que la condena del médico no se basa en un daño efectivo, sino en coartar posibilidades de actuación, cuya dirección es desconocida.

Entrelazar un hecho, como el nacimiento de un hijo enfermo, con la práctica errónea de unas pruebas diagnósticas, pasa por teorizar qué hubiesen hecho los padres, de conocer el estado del embrión. De esta hipótesis se desprende que ninguna de las formulaciones clásicas de la relación causal permitiría responsabilidad alguna en estos supuestos. A fin de dar solución a esta cuestión, se acude a la construcción doctrinal de los cursos causales no verificables. Con esa idea se permite, en base a presunciones, deducir cuál hubiese sido la reacción de unos progenitores al conocer el estado de salud del nasciturus.

No obstante, la subjetividad de este criterio es preocupante, dado que salvo afirmaciones en contrario, en todos los supuestos se partiría de la intención de interrumpir el embarazo, y consecuentemente, el litigio debería ser indemnizado. A los efectos de evitar esto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han entretejido una serie de pautas y presunciones con las que se puede llegar a alcanzar un criterio más o menos firme, derivado de un elemento objetivo: la fiabilidad y peligrosidad de la prueba.

De esta forma se entiende que una gestante que somete a su hijo a un riesgo, al acudir a una prueba invasiva, desea conocer el estado del mismo y actuar en consecuencia en función del resultado, salvo prueba en contrario. Esta presunción no puede mantenerse en aquellos asuntos en los que no se ha asumido ningún peligro, porque nada indica que la madre quiera algo más, que mantener un simple control sobre el embarazo. Por ello, salvo actuaciones o afirmaciones que evidencien lo contrario, no se estimará que ésta hubiese acudido a la interrupción voluntaria de la gestación.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

A. Emaldi Cirión, “La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos”, *Diario La Ley*, núm. 5, 2001, pp. 1602 - 1612.

A. M. Romero Coloma, “Las acciones de wrongful birth y su problemática jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7231, 2009, pp. 1 – 16.

- “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2559 – 2608.

A. Macía Morillo, “El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011, pp. 83 – 98.

- La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life), Tirant monografías, Valencia, 2005.

A. Pérez – Tenessa, “Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad”, *Revista de Administración pública*, núm. 154, 2001, pp. 47 – 62.

C. Carretero González y F. De Montalvo Jääskeläinen, (Directores), *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

G. Díez – Picazo Giménez, “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *Diario La Ley*, núm. 3, 1998, pp. 1700 – 1710.

G. Medina, “Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful birth. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *Revista crítica de derecho privado*, núm. 5, 2008, pp. 469 – 491.

I. Vivas Tesón, “Responsabilidad médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 11, 2003, pp. 403 – 416.

J. C. Galán Cortés, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76, 2008, pp. 279 – 290.

- Responsabilidad civil médica, Civitas, Cizur Menor, 2011.

J. T. Salàs Darrocha, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2005, pp. 2692 a 2711.

L. Martínez – Calcerrada y R. De Lorenzo (Directores), *Derecho Médico*, Colex, Madrid, 2001.

M. Garriga Gorina, “Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002”, *Indret*, núm. 3, 2003, pp. 1 – 14.

M. Martín Casals y J. Martín Casals, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 60, 2002, pp. 1097 – 1122.

M. Navarro Michel, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 72, 2006, pps. 1637 – 1658.

N. Lenoir, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (y II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, pp. 127 – 148.

N. Pacheco Jiménez, “Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica”, *Facultad de ciencias sociales de Cuenca*, núm. 2, 2011, pp. 1 – 16.

R. Bercovitz Rodríguez – Cano, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 59, 2002, pp. 857 – 868.

R. De Ángel Yágüez, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 4, 1996, pp. 105 – 117.

- “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 5, 1996, pp. 141 – 156.
- “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado”, *Revista Española de Seguros*, núm. 57, 1989, pp. 47 – 87.
- “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de Febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 10, 1999, pp. 117 – 115.
- “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “wrongful birth”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 17, 2002, pp. 179 – 202.
- R. D. Klein, y M. J. Mahoney, “Medical legal issues in prenatal diagnosis”, *Clinics in perinatology*, núm. 34, 2007, pp. 287 – 297.
- R. Roth, “Congenital disabilities and the Law”, *Clinics in perinatology*, núm. 34, 2007, pp. 263 – 273.
- S. Espiau Espiau, “Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2000”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, 2002, pp. 1277 – 1287.
- T. Aliste Santos, “El favor nascituri y su aplicación por el Juez ante las demandas de wrongful life y wrongful birth”, *Práctica de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, núm. 49, 2007, pp. 5 – 17.
- X. Cecchini Rosell, “El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo Civil), de 7 de junio (RJ 2002, 5216). Recurso de casación núm. 3834/1996”, *Revista de derecho patrimonial*, núm. 10, 2003, pp. 181 – 192.

LA PRIVACIDAD DEL MENOR EN INTERNET

Dra. ANA MARIA GIL ANTÓN
Grupo de Investigación de la
Universidad Internacional de la Rioja
UNIR

Fecha de recepción: 10 de septiembre 2013

Fecha de aceptación: 10 de octubre 2013

SUMARIO: 1. EL FENÓMENO DE INTERNET. 2. LA PRIVACIDAD Y EL MENOR EN INTERNET. 2.1. *INTRODUCCIÓN*. 2.2. *SOBRE LA INTIMIDAD INFORMATIVA DEL MENOR Y SU PROTECCIÓN*. 2.3. *SOBRE LAS DIFICULTADES DE LOS MEDIOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS INTERNAUTAS MENORES*. 2.4. *ALGUNAS INICIATIVAS DE PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD EN INTERNET*. 3. LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD INFORMÁTICA Y LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR EN LAS REDES SOCIALES. 3.1. *LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN DE LOS MENORES Y LAS REDES SOCIALES*. 3.2. *ALGUNOS RIESGOS CONSTATABLES*. 4. REFLEXIONES FINALES SOBRE EL FENÓMENO DE LAS REDES SOCIALES Y LA IMAGEN DEL MENOR.

RESUMEN: En este estudio se analiza uno de los problemas más relevantes con los que nos estamos encontrando en el S.XXI resultado del fenómeno de Internet, el de las redes sociales que constituyen vías consolidadas de relación e interacción cotidianas, no sólo de las nuevas generaciones de adolescentes y jóvenes, sino también de todo el conjunto de nuestra sociedad. Y pese a que la utilización de las nuevas TICS ofrecen grandes posibilidades y ventajas, no puede obviarse igualmente que éstas nos pueden situar en la sociedad del riesgo, por cuanto que pueden entrañar múltiples situaciones que no siempre son controlables, entre los que cobran una especial relevancia la posibilidad de conculcación de los derechos a la privacidad de los menores, esto es el derecho fundamental a la intimidad, el honor, a la propia imagen y a la protección de los datos personales, bien individualmente considerados o, bien de forma conjunta, acrecentándose los citados riesgos entre jóvenes y adolescentes, en cuanto usuarios indiscriminados.

ABSTRACT: This study analyses in a synthetic way, one of the most relevant problems the society is facing today, as a consequence of the Internet phenomenon. The routes of social Networks in the daily relations and interactions are consolidating in such a way that is not only affecting the Young teenegers and the new generation, but also the whole of our society. In spite of the fact that, the utilization of new TICS offer great opportunities and have many advantages, however, one should not ignore that this situation is putting the society at risk.

This phenomenon contains many advantages but at the same time, risks relations with possibilities of violating the fundamental laws to intimacy, to the honor, to one's own image and to the personal data protection, the own privacy, being individually considered or as a whole form in conjunction of the mentioned risks between the youth and adults users.

PALABRAS CLAVE: Niños o nativos digitales, generación digital, en la línea, fuera de la línea, pulsar un click, privacidad, intimidad, redes sociales, sobrenombre, red de relaciones, cookies, propia imagen.

KEY WORDS: Digital babies o digital natives, native generation, on line, off line, click, privacy, intimacy, SRS, nick, networking, cookies, one 's own image.

1. EL FENÓMENO DE INTERNET.

Conviene recordar que el respeto a la dignidad humana se erige, en nuestra cultura occidental, como uno de los principios fundamentales de las sociedades democráticas, constando dicho concepto por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas de 25 de junio de 1945, en su preámbulo, para tres años más tarde recogerse dicho concepto esencial en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. A partir de este momento en el ámbito internacional y en el del Derecho interno de los países occidentales, se incorpora la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos y/o como parámetro de referencia para determinar los límites de actuación en la vida social.

En definitiva, la dignidad humana es hoy en día un verdadero principio universal de derecho contemporáneo, imbuyéndose en los principios fundamentales que se recogen también en nuestro texto constitucional de 1978, cuando en su Art. 10.1 declara que “el respeto a la dignidad humana, a los derechos inviolables que le son inherentes, así como el desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y la paz social”.

No obstante, no podemos ser ajenos a dos realidades irrefutables en el mundo actual que vivimos. De una parte el relativismo conceptual del propio término de dignidad humana y su vinculación con los derechos fundamentales en la realidad social actual, y en particular, en su relación entre los derechos del Art. 18.1 CE al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como con los derechos fundamentales del Art. 20.1 CE, esto es, las libertades de comunicación pública. De otra, la existencia de uno de los mayores problemas con los que se enfrenta hoy día el Derecho Constitucional, a saber, la defensa de esos derechos fundamentales en el entorno virtual, en la Red y, su particular impacto sobre aquellas personas que requieren de una mayor protección. En el mundo en que vivimos, en nuestro entorno inmediato, el impacto tecnológico es tan intenso y acelerado que nos condiciona decisivamente y hace que cambien, cada vez más rápidamente, las coordenadas en las que nos movemos. Así, ahora se ha empezado a utilizar la expresión Sociedad Red para reflejar estas transformaciones. Pretende manifestar su estructura articulada por una malla densa de nodos a través de los que discurre la información, y se adoptan decisiones sobre los más variados asuntos o, mejor dicho, sobre todas las cuestiones que puedan suscitarse en las relaciones sociales. Y las redes representan un elemento añadido fundamental en la era de la información. Todo ello trae consecuencias muy importantes en todos los planos de las relaciones sociales. Y no todas son positivas, pues la tecnología, al tiempo que da seguridad a algunos, produce inseguridad a muchos más. La vida privada y la autodeterminación son bienes valiosos que se ven en peligro como consecuencia de las posibilidades que ofrecen las técnicas aplicadas a la información y a las telecomunicaciones.

En realidad, hemos llegado a un punto en que han desaparecido casi todas las barreras físicas y temporales que impedían o dificultaban el acceso por terceros al conocimiento de la vida ajena, la acumulación de esa información y su utilización inmediata, así como su conservación por tiempo ilimitado. Constatamos día tras día como los medios que existen para captar, almacenar, elaborar y transmitir datos, no sólo hacen posible la intromisión no autorizada en la vida privada de los individuos, sino que permite el acopio de todo tipo de información relativa a una persona identificada o identificable y

utilizarla inmediatamente sin su conocimiento, ni por supuesto, sin su control¹. Y en esa denominada Sociedad de la Información o Sociedad RED, la demanda de intimidad y la necesidad de controlar el uso que terceros hacen de los datos personales de todo tipo, ha pasado a constituir una exigencia prioritaria.

Pero lo cierto es que, allí donde el tiempo y sobre todo el espacio se tornan en dimensiones diluidas, se pone en entredicho la propia capacidad del Estado como garante de los derechos de sus ciudadanos, y se manifiesta como la realidad jurídica no se compadece con la realidad social del mundo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, que avanza sin medida, y que determina que los Ordenamientos jurídicos vayan a remolque en la regulación de las nuevas situaciones de indefensión que provocan para el ciudadano, y en particular nuestros menores, en cuanto colectivo más necesitado de protección.

Los cambios que contemplamos se producen a una velocidad cada vez más vertiginosa y afectan decisivamente a los modos de vida, a las relaciones sociales en sus más variados aspectos. Ello se traduce en cultura, información, ocio sin restricciones, al servicio, en principio de todos, maximizándose la libertad de expresión, de información, facilitándose nuevas formas de entablar relaciones humanas, comercio electrónico, video vigilancia, medicina y nuevos sistemas de comunicación y de ocio entre los menores y jóvenes, el *Messenger*, *Tuenti*, *Facebook*, *Youtube* etc. y, la multiplicación de las denominadas Redes sociales de todo tipo.

La difusión de la informática, gracias, entre otras cosas, a los ordenadores personales y su conexión mediante las telecomunicaciones, y las facilidades que otorga la Red han hecho posible no sólo que existan también entre nosotros las llamadas autopistas de la información, sino que haya cauces que se están convirtiendo en algo parecido a lo que en las primeras ciudades fue la plaza pública: un lugar de comunicación multidireccional abierto a todos y a todos los contenidos. Internet es uno de esos espacios que de un modo imparable se está extendiendo constantemente siguiendo pautas de progresión geométrica².

Ante estas realidades, nacen nuevos derechos fundamentales como el de la protección de datos personales, tratando de salvaguardar los derechos de la persona y su dignidad, y se van perfilando otros como el denominado derecho al Olvido, todavía no reconocido como tal. Se confiere carácter autónomo a otros derechos constitucionales, como los que se recogen en el Art. 18.1 y se perfila su contenido y sus caracteres, tanto a nivel internacional como en nuestro propio ordenamiento interno.

Pero lo cierto es que el denominado *mundo on line* ni está ni puede estar totalmente reglado, y avanza mucho más rápido que el ordenamiento jurídico y, a este hecho nos enfrentamos. Por su parte, el ciudadano medio no es consciente de los mecanismos que otorga el ordenamiento jurídico para la protección de esos datos personales ni de los derechos fundamentales transgredidos en la Red, y el usuario de la Red desconoce hasta qué punto proporciona datos personales de todo tipo, incluyendo imágenes, al navegar por ella, y la posibilidad de existencia de ilícitos penales, respecto de los que uno de los

¹ MURILLO DE LA CUEVA, L; *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid.1990. Pág. 84, al referirse a los problemas que afectan a la intimidad de las personas y sobre la diferencia que media con la protección de datos personales.

² MURILLO DE LA CUEVA, L; *Avances tecnológicos y derechos fundamentales los riesgos del progreso*. Derechos humanos y nuevas tecnologías. Colección jornadas sobre Derechos Humanos. Bilbao 2003. Pág. 16.

colectivos más afectados vienen siendo precisamente el de los menores. Se pone en entredicho en definitiva la seguridad del individuo, debiéndose crear nuevas herramientas para su protección, que en multitud de ocasiones chocan frontalmente con los mecanismos informáticos y el profundo desconocimiento general sobre operativa por parte del citado ciudadano medio. REBOLLO DELGADO manifiesta además en relación con los citados fenómenos que "a esta tesitura hemos de añadir otra circunstancia propia de la evolución tecnológica. Como conocemos el tratamiento de la imagen hasta hace muy pocos años resultaba difícil por la gran capacidad de espacio que necesitaba (bites), y como consecuencia de ello el tiempo requerido para su tratamiento era también mayor. Esta circunstancia no sólo ha sido superada, y cualquier ordenador personal hoy puede realizar procesos de almacenamiento, tratamiento y transmisión de imagen y sonido en cantidades ingentes y prácticamente en tiempo real, sino que además hay que sumar la posibilidad de transmitir otro conjunto de datos referentes a la imagen y el sonido, y en definitiva referenciales con respecto al sujeto, que lo hacen más identificable, que aportan más datos relativos a él"³.

En este marco ha de situarse la problemática que se deriva del citado fenómeno, ante el que el profesional del derecho se plantea cuestiones, como si la privacidad, con lo que conlleva *ad extra*, y *ad intra*, o si el derecho a la propia imagen se encuentran realmente protegidos hoy, con la regulación que los Ordenamientos jurídicos tanto nacionales, como internacionales ofrecen; si se requeriría una normativa jurídica específica, y si con el Reglamento General de la UE se entiende que puede ser suficiente, o si se requeriría una normativa específica que regulara no sólo los aspectos de los menores, colectivo sujeto a una especial protección, y simultáneamente usuario mayoritario de estas nuevas de comunicación vinculadas a Internet; en caso de existencia de intromisiones en el derecho a la propia imagen en las redes, qué normativa ha de prevalecer, si aquella que regula las mismas en cuanto herramientas divulgativas, o aquellas que garantizan los derechos fundamentales.

En esta línea hay una gran preocupación tanto por Autoridades, Instituciones, Organismos nacionales y comunitarios, que tratan de aunar esfuerzos para combatir los usos indeseados, no sólo a través de las normas jurídicas, sino mediante la elaboración de Proyectos educativos, como precisamente el que se está abordando en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR) a través de un Grupo de trabajo nacido en junio de 2012, bajo la dirección del catedrático IBAÑEZ-MARTIN para acometer " *El quehacer educativo como acción*". Esto es necesidad de formación y concienciación de toda la sociedad, y en las escuelas, para un uso saludable de las imágenes en Internet.

2. LA PRIVACIDAD Y EL MENOR EN INTERNET

2.1. Introducción.

La privacidad en Internet es un debate vigente y no exento de polémica. En un entorno en el que es habitual compartir, intencionadamente o inintencionadamente, fragmentos de la vida personal, es inevitable que surjan opiniones encontradas. La privacidad está constituida por el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión, de acuerdo con la definición de la Real Academia Española de la

³ REBOLLO DELGADO, L; Tema 16 La video vigilancia y la imagen como dato. Máster en Protección de Datos UNED. 2009-2010. Pág. 18.

Lengua. Bajo esta óptica, los límites a la privacidad tienen carácter subjetivo. Cada persona define qué parcelas de su existencia desea compartir y cuales prefiere salvaguardar.

La privacidad está cada vez más expuesta y, en ocasiones, ni siquiera se exige un comportamiento intencionado por parte del usuario para hacerlo. El rastro que deja una persona al moverse por Internet constituye por sí mismo una pieza de información valiosísima, que permite la oferta de servicios adaptados a las particulares circunstancias del usuario y que sin duda desvela nuestra vida privada, gustos, preferencias, fotografías, viajes, foros, conversaciones etc.. Resulta destacable el hecho de que 1 de cada 10 usuarios, esto es el 9,1% al realizar una búsqueda de su nombre en Internet encuentra fotografías o videos etiquetados con su nombre.

De ahí, que lo expuesto que el debate sobre la privacidad e Internet, esté generando que exista una preocupación a nivel global sobre el uso que nuestros menores y adolescentes están haciendo de Internet y, por supuesto de las redes sociales, y como ha cambiado para ellos el concepto clásico de la *privacidad*, siendo éste un sector de población que requiere de una mayor protección, y que se encuentra especialmente sometido a riesgos, por lo que cada vez más, se hace necesario dar alternativas para un uso saludable del mundo de Internet de cara a proteger esa privacidad.

Frente a opiniones más restrictivas, que abogan por limitar el uso de las TIC s a los menores, nosotros consideramos que más que prohibir o evitar el uso de las nuevas tecnologías a nuestros menores, dadas las múltiples ventajas que éstas conllevan para el conocimiento, el saber y la comunicación, lo que se debe es trabajar en la concienciación y educación sobre las mismas y ofrecerles herramientas para la protección de la propia privacidad, a lo que se añade que nos encontramos en un mundo global del que los menores no pueden encontrarse al margen, pues generaría una especie de desarraigo.

A este hecho se refiere precisamente el profesor TRONCOSO REIGADA, que en su intervención sobre redes sociales en la Conferencia Europea de Protección de Datos, celebrada en Edimburgo el 24 de abril de 2009⁴ afirmaba que “todas aquellas personas nacidas después de 1995 son conocidas como *digital babies o digital natives*⁵ (o pertenecientes a la *digital generation*), un término que acuñó el tecnólogo Marc Prensky en 2001 para definir aquellas personas que no han conocido ni conciben un mundo sin Internet y sin telefonía móvil. Desde que tiene uso de razón, esta generación de adolescentes y jóvenes, una gran mayoría de ellos menores de edad, se ha acostumbrado a la presencia constante de las modernas tecnologías de la información y de la comunicación, fenómeno éste que no nos es desconocido simplemente si miramos en nuestro entorno. Una de sus señas de identidad es que no sólo emplean las nuevas⁶ tecnologías, sino “*que viven dentro de las redes sociales*”, donde pasan el tiempo compartiendo novedades, fotografías, imágenes y vivencias personales, segundo a segundo, según se desprende de las investigaciones sociológicas tal como se pone de manifiesto en mi trabajo de investigación anterior⁷.

⁴ TRONCOSO REIGADA, A; *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*. Valencia 2010. Pág. 1687.

⁵ Sobre el concepto de *digital natives*, ver .MARKBAUERLEIN, *The Dumbest Generation: How the Digital Age Stupefies Young Americans and Jeopardizes Our Future (Or, Don't Trust anyone under 30*. Tarcher.2008; La George Lucas Foundation está desarrollando un interesante proyecto sobre la generación digital.Vid. <http://www.edutopia.org/digital-generation>.

⁶ www.inteco.es.

⁷ GIL ANTON, A. M.; *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. Dykinson. Madrid .Junio 2013.Pág.67 y ss.

Sobre lo que no existe discusión es que se trata de un fenómeno social que crece exponencialmente y resulta ser imparabile, que precisa de regulaciones globales ante los múltiples peligros que entraña, principalmente en el ámbito de la privacidad del individuo y de los derechos fundamentales del Art. 18.1 y 18.4 CE. Y a ello se ha de añadir que, siendo una cuestión especialmente compleja, se ha de tomar en serio por cuanto que encierra amenazas para la privacidad y la seguridad que en absoluto se pueden desconocer, pues además según el Cisco 2010 *Annual Security Report*, las redes sociales son utilizadas cada vez más como instrumento por el ciber-crimen que busca extender sus operaciones por todo el mundo⁸.

De alguna manera parece que al acceder a Internet y a una plataforma social, surgen otras prioridades y la privacidad, para los menores, pasa a un segundo plano. La persona tiene otras motivaciones; principalmente comunicarse y hacerlo de forma rápida y poder acceder a determinado contenido. Impaciencia y avidez de información serían las características de esta forma de comunicarse.

La conclusión es que existen grandes retos a la privacidad del menor en las redes sociales. Nos encontramos ante un mundo que se ha montado hace tan solo unos años y en el que sin embargo todos somos intérpretes, mucho más los menores, pese a que no siempre conozcan el papel que representan, y sobre esta necesidad de una adecuada formación de los jóvenes y adolescentes, resultan muy interesantes las observaciones y recomendaciones que realiza DANAHO BOYD en *“Social Network Sites: Public, Private or What?”*, cuando indica que *“más que proporcionar reglas o normas se trata de interpelar a los jóvenes, plantearles cuestiones relativas al uso de las redes sociales y a las consecuencias que pueden comportar utilizarlas”*⁹.

“También es imprescindible que las agencias de protección de datos, desde su independencia, especialización y autoridad, tutelen el derecho a la privacidad de los menores no siempre fácil en el marco globalizado en el que operan las redes sociales”, tal como mantiene PIÑAR MAÑAS¹⁰, sin olvidar el papel de los prestadores de servicios de red.

No hay duda sobre el hecho de que el mundo de las redes sociales ha comportado un cambio sociológico, y *“no cabe poner puertas al campo”*, no podemos excluir a nuestros menores de esa nueva realidad en la que viven, pero sí es necesario que a nivel general trabajemos conjuntamente, todo tipo de agentes sociales, autoridades, fiscalía de menores, educadores, padres para educar en un uso saludable de Internet y minimizar los posibles riesgos, al tiempo que concienciamos sobre la propia privacidad.

Lo cierto es que hay una serie de variables que determinan la percepción de la privacidad y la seguridad entre los menores, habiéndose extraído datos de sumo interés del estudio sobre la percepción de los usuarios acerca de su privacidad, realizado por INTECO¹¹ que profundiza en cómo percibe el internauta su intimidad en el contexto de Internet, redes

⁸ Pág. 11 del Informe. Puede consultarse en <http://mikemeikle.com/wp-content/uploads/2011/02/Cisco-Annual-Security-Report.2010.pkf>.

⁹ VILASEU SOLANA, M: *Privacidad, redes sociales y el factor humano*, en la obra coordinada por RALLO LOMBARTE, A. y MARTINEZ MARTINEZ, R. *Derecho y redes sociales*. Pág. 74 Npp (52).

¹⁰ PIÑAR MAÑAS, JL: *Redes Sociales y Privacidad del menor*. Pág. 23.

¹¹ “Estudio sobre la percepción de los usuarios acerca de su privacidad en Internet”, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) de diciembre de 2012, tomado de una muestra de 2056 usuarios de Internet españoles. Disponible en http://www.inteco.es/Estudios/Estudio_Privacidad

sociales y buscadores, y examina la estrecha relación que existe entre la privacidad y conceptos como el de la identidad digital y protección de datos, siendo las conclusiones más relevantes que el 42,5 % de los usuarios de redes sociales han encontrado difícil gestionar la privacidad de su perfil, y que incluso un 7,2% reconoce que ha sido imposible hacerlo, desconociendo el 16,3% completamente qué hace la red social con la información de su perfil una vez que es eliminado y, siendo destacable el hecho de que el 84,4 % de los usuarios de Internet reconoce que cada persona debe ser capaz de decidir sobre sus datos personales y tiene derecho a poder eliminar su rastro de Internet. A lo anterior, se añaden los riesgos que se generan sobre todo en el ámbito de los fraudes de todo tipo¹². En el citado estudio, si nos centramos en el ámbito de los menores, se pone de manifiesto que son los jóvenes entre 15 y 24 años y con estudios medios o universitarios los que tienen mayor sensación de inseguridad en cuanto a la protección de sus datos personales de todo tipo, sin que tengan una verdadera percepción sobre el anonimato que les proporciona Internet. Dado que Internet permite la rapidísima expansión de imágenes íntimas, en la que en la mayoría de las ocasiones ni tan siquiera participan, la privacidad parece que a partir de esta edad, resulta una cuestión preocupante, aunque no podemos decir lo mismo de los menores a la citada edad.

De ahí que privacidad y seguridad son dos caras de una misma moneda, o más bien, la privacidad debería ser entendida como uno de los pilares para construir la seguridad. No se puede aspirar a la seguridad, si no es a través de un servicio respetuoso con la privacidad de sus usuarios.

Nuestra privacidad y la de nuestros menores al desnudo en tiempo real, fotografías, videos, imágenes, opiniones- incluso los “*ME GUSTA*”- de un usuario en una red o, los contenidos volcados *se retwitean* y pueden resultar muy reveladores para terceros, que quieran obtener datos de todo tipo sobre niños, adolescentes y adultos.

El fenómeno de Internet ha generado en un periodo muy corto de tiempo, que no estamos en disposición de controlar que, la vida *on line* se asimile a la vida *off line* por los menores con un gran desconocimiento sobre lo que puede llegar a constituir la denominada “*Identidad digital*” y la propia “*Privacidad*”. Tanto es así que dicho fenómeno está suponiendo un cambio de paradigma respecto de la misma, En el presente capítulo de esta obra, se abarcarán cuestiones sobre las redes sociales y las fotografías, imágenes, propios datos personales no sólo con un análisis sobre riesgos posibles, sino aportando alternativas ante cuestiones problemáticas como pueden ser aquellas relativas a la necesidad de concienciación y educación a nuestros menores, así como cuestiones de suma importancia sobre las que se continua trabajando como puedan ser la edad mínima del menor para el acceso, la certeza sobre la identidad real para evitar las suplantaciones, autorizaciones parentales y/o tutoriales y sobre el otorgamiento del consentimiento de los mismos, que por su parte, deberíamos tender a que efectivamente fuera libre, informado, expreso y verificable, lo que no se logra desde luego entendemos en la mayoría de los casos, con un simple “*CLICK*”.

Si acudimos a los estudios estadísticos, constatamos la realidad existente. En efecto, según otro Estudio sobre “*Privacidad y Seguridad de la Información en las redes sociales on line*”, elaborado en España por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) y publicado junto con la Agencia Española de Protección de Datos el 12 de febrero de 2009, pone de relieve este fenómeno, ya que en España en 2008, 7 de cada 10

¹² “Estudio sobre el fraude a través de Internet”, realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), de diciembre de 2012. Disponible en <http://observatorio.inteco.es>

usuarios eran menores de 35 años; el 32,5 % entre 24 a 35 años, y el 36,5 % por ciento entre 15 a 24 años. Las redes son mayoritariamente utilizadas para compartir o subir fotos (70,9 %), enviar mensajes privados (62,1 %) o comentar las fotos de los amigos (55 %). Por su parte, en un estudio elaborado en el Reino Unido se concluye que el 27 % de los niños de 8 a 11 años dicen pertenecer a una red social, aunque todas en principio, prohíben la entrada a los menores de 13 años e indica que, del total de jóvenes entre 14 y 18 años, cuando se despiertan por la noche, un 29 %, lo primero que hace es mirar y hablar por las redes sociales, y el 37 % de estos jóvenes cuando se levantan por la mañana, la primera acción es la de comunicarse a través de la red social.

A mayor abundamiento, han causado franca preocupación e interés -(lo denota las múltiples entrevistas efectuadas en prensa a su coordinador durante el mes de julio de 2013)- los datos facilitados por otro Estudio realizado de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR) de julio de 2013, sobre “El uso de internet y las redes sociales de los adolescentes españoles de 12 a 18 años”, dirigido por el catedrático IBAÑEZ-MARTÍN¹³, relativo a estudiantes de secundaria en el curso 2012-2013, que en síntesis ha puesto de manifiesto que el 21,2% de adolescentes españoles ha recibido alguna petición de foto comprometida, que se incrementa en hasta el 48,5% en menores nacidos en 1995; que el ciber-acoso es un hecho “alarmante”, si se considera el reducido número de adolescentes que acudirían a sus padres o tutores en dicha situación, tan sólo un 15,7%, aumentando el riesgo en menores con menor preparación; a ello se añade el que la mitad de la población infanto-juvenil en España emplea en la Red de 1 a 3 horas diarias de intimidad en Internet. A lo anterior se suma la circunstancia de que el 34,2% de los menores encuestados afirma que cuenta cosas de ellos mismos o su familia en Internet, y más de la mitad de los adolescentes españoles encuestados admite que o bien, no ha pensado o que no considera probable que lo que escribe en la Red tenga consecuencias para el futuro, sin que el 57 % de los padres encuestados tenga acceso a los perfiles de sus hijos; y lo más preocupante que un 17% de los menores entre 12 y 18 años ha quedado con alguien a quien solo conocía en la Red. El Informe de la Fundación Pfizer sobre “La juventud y las Redes Sociales en Internet” de Septiembre de 2009, señala que un 92 % de los jóvenes españoles entre 11 y 20 años son usuarios de redes sociales¹⁴.

PIÑAR MAÑAS¹⁵, indica que según ha comprobado el Information Commissioner de Reino Unido tras una encuesta a más de 2000 menores realizada en 2009, casi el 60 % de los preguntados no han considerado nunca que la información que colocan en Internet puede en el futuro permanecer on line disponible para terceras personas.

De todo lo expuesto, podemos deducir que, los conceptos de la privacidad y la intimidad entre los nativos digitales están cambiando, y sin embargo hemos de ser conscientes de que son requisitos necesarios para mantener una mínima calidad de vida¹⁶.

¹³ IBAÑEZ-MARTÍN, J.A; “Estudio sobre retos éticos-pedagógicos en entornos virtuales. Análisis de la realidad y propuestas educativas”. UNIR de julio de 2013.

¹⁴ TRONCOSO REIGADA, A; *La protección...* Opera cit. Pág. 1689 Nnp. 6.

¹⁵ PIÑAR MAÑAS, JL; Capítulo “El Derecho Fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las Redes sociales” de la Obra colectiva *Redes Sociales y Privacidad del Menor*. Madrid 2011. Pág.63-65.

¹⁶ TRONCOSO REIGADA, A; *La protección de los datos personales. En busca del equilibrio*. Pág.1693. Nnp. 16, recuerda que “Carecer de privacidad-que toda la información personal sea pública-afecta a la propia identidad y a la libertad ya que la actuación tiende a ajustarse a unas pautas previamente esperadas”. Se distinguen los círculos de intimidad y privacidad.

En definitiva, el impacto de las tecnologías de la interrelación y de la comunicación, en todos los órdenes de la sociedad actual, ha venido a configurar una serie de escenarios imprevisibles hace tan sólo unas décadas. Como mantiene CASTELLS¹⁷ “la evolución de la Red favorece la generación de comunidades, tanto por medio del traslado del mundo virtual de grupos sociales preexistentes, como mediante la creación de grupos de interés de ámbito global”. Y es que según señala RATZINGER “el hombre no puede ser privado de su dimensión relacional, que es parte de él mismo, y que necesita para llegar a ser él mismo”¹⁸. En esta misma línea, mantiene TRONCOSO REIGADA “aislar a un hijo de las redes sociales, prohibírselas, es posiblemente, condenarle al desarraigo. El acceso a Internet es un derecho fundamental de la persona, lo que no quiere decir que no tenga que estar sometido a límites, que requieren de una regulación legal y un control judicial, sin perjuicio de la posible intervención en el ámbito de autoridades administrativas independientes”¹⁹.

2.2. Sobre la “intimidad informática” del menor y su protección.

Como mantiene MUÑOZ MACHADO “desde algunos puntos de vista, Internet es el espacio de la libertad. Un lugar exento de intervenciones públicas en el que los cibernautas disfrutan de un poder de acción ilimitado. Sobre todo para comunicar y expresarse, para desarrollar experiencias de investigación y culturales de cualquier tipo, trascendiendo o no las fronteras de los estados. Esta libertad no solo es inmensa sino que tiene difícil limitación”, pero continua reseñando que Internet es “un territorio incómodo para preservar otros derechos fundamentales. Especialmente la intimidad, el dominio reservado de cada uno, que no se desea abrir al conocimiento de los demás”²⁰. Resulta así del todo lógico que desde distintos ámbitos, sea considerado por los menores el lugar perfecto para el ejercicio de ese derecho a la libertad, que en ocasiones, precisamente por ser menores, tienen restringido en sus hogares, a lo que se añade en cambio en la percepción de la privacidad.

Sobre dicho fenómeno mantiene MORALES PRATS que “el bien jurídico de la intimidad va mutando su contenido y las facultades jurídicas que derivan del mismo al compás del desarrollo tecnológico. Como es sabido, el entendimiento actual de la intimidad ha desbordado el contenido clásico de este bien jurídico...”²¹. Ahora bien, dado que resulta necesario una mayor protección de la privacidad ante el incremento de riesgo que supone Internet, y en particular, si nos referimos al ámbito de nuestra imagen, conviene no sólo delimitar ese bien jurídico necesitado de protección, sino encuadrarlo adecuadamente en el ciberespacio y en el ámbito del nuevo concepto que los menores le vienen otorgando, precisamente por esa “no consideración” o al menos “no consideración suficiente”. Por ende, el presente estudio tiene su razón de ser en el intento de dar respuesta a determinadas cuestiones que a todos nos preocupan y que bien podrían sintetizarse en la necesidad de saber si alguna de las conductas que se realizan en Internet por los denominados “nativos digitales”, pueden suponer una transgresión del ordenamiento jurídico en relación con los derechos fundamentales, y en particular lo que se refiere al derecho al propio yo.

Mantiene en la misma línea MORALES PRATS para el que “la intimidad también evoluciona, y pasa a incluir igualmente un derecho de control sobre los datos personales que

¹⁷ CASTELLS, M: *La galaxia Internet*. Barcelona 2001. Pág. 139.

¹⁸ RATZINGER J: *La sal de la tierra*, Madrid, 5º ed. 2005. Pág. 178.

¹⁹ TRONCOSO REIGADA, A: *La protección...* Opera cit. Pág. 1691.

²⁰ MUÑOZ MACHADO, S: *La regulación de la red*. Madrid 2000. Pág. 151.

²¹ MORALES PRATS, F: “La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995”. Cuadernos del Poder Judicial 1996; nº 3, Pág. 147-196.

circulan en la sociedad tecnológica”, de tal manera que al suponer un derecho que comporta tanto facultades positivas como de exclusión respecto de actuaciones de terceros (cifradas con más o menos intensidad según esferas de reserva o soledad) mantiene que “con el desarrollo de redes sociales se ha dejado pequeño el concepto de intimidad” y afirma que “el estudio sobre los riesgos para la intimidad que suscita Internet, requiere previamente la determinación del contenido de este bien jurídico en el ciberespacio, puesto que este objeto jurídico de protección se muestra como una realidad jurídica en constante evolución. En efecto, el bien jurídico intimidad va mutando su contenido y sus facultades jurídicas que derivan del mismo al compás del desarrollo tecnológico. Como es sabido, el entendimiento actual de la intimidad ha desbordado el contenido clásico de este bien jurídico” 22.

Además añade LOPEZ ORTEGA respecto lo expuesto por el citado autor anterior que “ningún sentido tiene reconocer el derecho al control sobre los datos personales, si estos datos ya no circulan en redes cerradas sobre las que se pueda imponer un estricto control. De ahí que, como jurista se conforme tan solo con un simple derecho al anonimato, entendido como derecho a no ser reconocido cuando se transita por la Red. Por tanto, algo muy alejado de la existencia de un control rígido sobre los datos personales”. Ante esta afirmación, consideramos sin embargo, que ese anonimato no basta cuando se trata de las fotografías e imágenes de los menores a proteger. Pero es que además puede en efecto estar evolucionando el concepto de intimidad (en su esfera más restringida) y de privacidad (esfera más externa) no sólo como consecuencia de la Red, sino también de la nueva percepción que los menores tienen de este derecho y sus facultades, por lo que surge un nuevo concepto, el de “intimidad informática” al que se refiere GARCIA GONZALEZ, entendida como la protección del individuo frente a la recogida, almacenamiento, utilización y la transmisión de datos personales”.

Lo anterior no resulta suficiente si se pone en relación la capacidad técnica real de monitorización de las conductas de los usuarios, creando perfiles personales mediante el tratamiento de los datos obtenidos en la comunicación más allá de la propia incursión en su ámbito personal e íntimo. “ De esta forma, la vida de cualquier persona se convierte en un registro en constante crecimiento, sus acciones quedan almacenadas para siempre y son susceptibles de ser desveladas cuando más interese a quien la ha recopilado²³”. Nos recuerda además, que a su vez, si todo lo dicho se pone en relación con el menor de edad y su disposición a volcar de manera más o menos inconsciente todo su perfil en la Red, la situación se complica realmente.

Y se complica porque la vulneración de la intimidad, la revelación de secretos, si se prefiere, pasa necesariamente por la previa intención de no desvelarlos por su titular, como es obvio.

Así las cosas, el verdadero escollo en la tutela de la “intimidad informática” surge en este último sentido: cómo proteger a quien voluntariamente desvela la misma en la Red, si bien en ocasiones lo hace porque ignora la relevancia de sus actos aislados o bien porque no puede evitar su monitorización a través de Internet. Pregunta que tiene difícil respuesta, sobre todo, en lo que a la primera parte se refiere: el volcado de datos en la Red se realiza de forma voluntaria, y por tanto, el acceso a los mismos por parte de otras personas es

²² MORALES PRATS, F; “Internet: Riesgos para la Intimidad”. Cuadernos del Poder Judicial 2001, nº 10. Pág. 63-81.

²³ GARCIA GONZALEZ, J; *Cibera cosa: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*. Valencia 2010. Pág. 114.

lícito, en principio. De ahí que, sea realmente compleja la conculcación de este derecho en este sentido. Derecho, por otra parte plenamente disponible a voluntad de su titular, aunque se trate de un menor de edad, pues salvo casos relevantes, la cesión de datos será por sí sola insuficiente para poder apelar a la protección penal una vez arrepentido de la cesión o comunicación pública y voluntaria de los mismos”²⁴.

Si pensamos en algunos de los comportamientos más habituales por parte de nuestros adolescentes y jóvenes, vemos como está instaurada la costumbre entre los mismos, ya sean o no menores de edad, el “volcar” datos, imágenes y experiencias personales en la Red, generando un perfil público de la propia persona y compartiendo información a menudo “sensible” para la privacidad, incluidas fotografías de uno mismo o de familiares, amigos o colegas- quizás sea una de las actuaciones más habituales y masivas, de tal forma que a través de esta vía se puede llegar a recabar sin esfuerzo todo tipo de información sobre nosotros mismos, y claro está nuestro rostros, gestos, posturas, formas de comportarnos, y otras que sin que se sea realmente consciente, determinan que quede “al desnudo nuestra propia persona”, sin perjuicio de la clara identificación inherente.

Este medio que constituye el mundo de Internet, lógicamente como podemos constatar, no sólo supone riesgos de intromisiones ilegítimas e in consentidas en la privacidad del menor de edad, sino que es el caldo de cultivo para actividades ilícitas y delictuales como ya se ha dejado reseñado, que van desde las situaciones de acoso, hasta aquellas otras de amenazas, chantajes y demás actuaciones, que en muchas ocasiones desembocan o pueden desembocar en riesgos para la integridad moral o física de la persona en la vida real, o cuyas consecuencias futuras no alcanzamos ni tan siquiera a predecir. Pero algunas de esas consecuencias se empiezan ya a vislumbrar. En el periódico digital “El Mundo del 2 de abril de 2012”, apareció una noticia que nos debe dejar una profunda preocupación de futuro, relativa a como en el estado de Meriland en Estados Unidos, se ha denunciado por un ciudadano (Kochinsking) como para acceder a un puesto de trabajo “o eres amigo del entrevistador o se le da las claves de Facebook”. En efecto, la noticia se refería al hecho de que el entrevistador para el acceso a un puesto de trabajo de una empresa exigió al citado ciudadano demandante de empleo, las claves para poder acceder a su cuenta de Facebook y comprobar que no presentaba ninguna conducta indebida. Se le requirieron sus contraseñas de Facebook, para poder visitar sus páginas y ver comentarios y fotografías. A pesar de que esta actuación de la empresa fue denunciada, y no se le permitió por la jurisdicción competente la entrega de dichas contraseñas, la empresa, requirió al solicitante de empleo para que no obstante accediera a abrir su cuenta de Facebook en presencia del mismo, para la revisión de los comentarios y fotografías. Y lo mismo ha ocurrido en el estado de Illinois. Últimamente en nuestro estado durante el presente año 2013, recordar la repercusión mediática y las consecuencias que se derivaron de los videos y fotografías de adolescentes que, fotografiadas así mismas, remitieron las mismas por Internet y hubo una difusión in consentida, sin olvidar el caso del video de la Concejala de los Yemenes.

En este sentido, recordar que precisamente en Ciudad Real fue detenido el 10 de julio un hombre por corrupción de menores en el marco de la operación HARIBO al contactar con una niña de 11 años de edad vía Internet haciéndose pasar por una menor de edad. Lo cierto es que los hechos se habían iniciado meses antes en que el hombre pedía

²⁴ GARCIA GONZALEZ, J; *Cibera coso...* Opera cit. Pág. 118 y ss.

imágenes y videos a través de una red social y de un programa de mensajería instantánea. Y es que es muy fácil “engatusar en Internet”, tan sólo se requiere crearse un perfil falso utilizando un nombre cualquiera, de amiga/o y con la edad que convenga. Sólo es necesario ganarse la confianza del menor, si es un barón es suficiente comenzar una simple relación sentimental, por otra parte a esas edades más inocentes, y posteriormente pedir fotografías en ropa interior o simplemente tomar imágenes con la webcam. Incluso se utilizan otras menores en determinados casos, como el presente para amenazar al menor “engatusado” con difundir por Internet las imágenes, sino se accede a las pretensiones, que pueden llegar hasta el contacto físico.²⁵

Pero recordemos igualmente la operación “PIOPIO” en las que resultaron imputadas 6 personas, 4 de las cuales eran menores de edad, por los delitos de pornografía infantil y distribución a través de Internet, y contra los derechos a la intimidad y la propia imagen. Y es que se pudo comprobar que había habido una gran cantidad de imágenes de menores de contenido sexual difundidas por Internet precisamente por otros menores sin el consentimiento de las personas afectadas, lo que se denomina como “sexting”, y que además suelen ocasionar a menudo trastornos importantes de carácter mental, que pueden llegar incluso a ser graves.²⁶

Pero sin llegar incluso a estos casos de corrupción, o de pederastas o pedófilos, cabe también la utilización de fotografías “como el hecho de una blogosfera maternal en que era una mamá falsa, que durante tiempo se dedicó a colgar fotos de bebés, que se creó unos perfiles en unas redes sociales, confesando posteriormente que no era madre, y desaparecieron repentinamente todos los perfiles”.²⁷

Con dichos hechos que, a día de hoy pudieren ser aislados, ha de preocuparnos qué actitudes adopten los jóvenes y adolescentes en las redes sociales, a través de comentarios o imágenes, puesto que éstos pueden condicionar sus posibilidades futuras en múltiples aspectos, como por ejemplo en el ámbito del acceso al empleo, siendo tan solo un supuesto. Lo cierto, es que acontecimientos como el citado, pueden extenderse a otras facetas de la privacidad, viéndose esta vulnerada. De ahí la relevancia de las restricciones para el acceso de las imágenes que se vuelcan en Internet, así como para su tratamiento, haciéndose necesario el derecho al olvido, máxime si pensamos que estamos hablando de menores y del futuro de los mismos.

Pero en Internet no son todo riesgos. Internet también entraña ventajas, como facilitar la relación y el acceso al conocimiento, recordando que “Las tecnologías de la información y la comunicación han transformado el estilo de vida de la sociedad, en general, y el de los menores -en particular- convirtiéndose en verdaderos agentes de penetración y alfabetización tecnológica en los hogares”, en palabras de MARCO MARCO²⁸.

Otro fenómeno que se viene generando para los menores es lo que se ha venido a denominar la “cultura de la habitación”, esto es la situación de los menores que cuentan con los distintos recursos tecnológicos (televisión, móvil, videojuegos, ordenador, blackberry con Internet y otros) que les permiten, sin salir de la habitación, estar en permanente

²⁵ EUROPAPRESS/MADRID. jueves, 11/07/2013

²⁶ <http://cadenaser.com/espana/articulo/imputados-distribuir-fotos-menores-internet>

²⁷ “Verdades y mentiras sobre el peligro de colgar fotos de nuestros hijos en Internet” <http://lasmamasde.conpequesenzgz.com/2013/05/imágenes-de-menores-en-internet>

²⁸ MARCO MARCO, JJ; en la obra coordinada por GARCÍA GONZALEZ, J; *Cibera coso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*. Valencia 2010.

comunicación o relación con los amigos y colegas, sin necesidad de mantener contactos con el resto de los miembros de la familia. Como por otra parte, no existen excesivos medios a disposición de los padres para controlar estas actividades, que no supongan la privación de los citados recursos, se generan situaciones de riesgo potencial y real, como se da en los supuestos de cibercoso, pornografía, simulaciones y otras más. Pero hemos de ser conscientes de que todo este cúmulo de circunstancias conforma el fenómeno sociológico de Internet en la “generación digital”.

Indica CARRILLO²⁹ sobre tales particulares, que se hace complicado el ejercicio de “la potestad de controlar el flujo de información que pueda circular en el escenario público” y ahondando en las fotografías y videos, se refiere a que es cierto que este derecho salvaguarda la proyección exterior de dicha imagen como medio de evitar las injerencias no deseadas³⁰, de velar por una determinada imagen externa, o de preservar nuestra imagen pública³¹, y como tal derecho subjetivo puede ser vulnerado en los supuestos de trucaje de fotos, imágenes en situaciones violentas o ridículas, cuando aparecen aspectos de la vida privada, o el supuesto más claro aquellas de captaciones de imágenes sin el requerido consentimiento, ya sea del menor o de sus representantes”.

En esta misma línea, no sin razón considera PIÑAR MAÑAS³² que “desde luego redes sociales y privacidad son dos realidades no muy bien avenidas. Sin embargo, la vida actual empieza a ser impensable sin unas y otra... No somos capaces de adaptarnos a una situación en la que nos vemos obligados a movernos, mientras que los jóvenes se encuentran en ella como pez en el agua, precisamente porque es su entorno natural y parte integrante de ese entorno natural son las redes sociales”.

Sin embargo, lo cierto es que ni ellos mismos son capaces de identificar los riesgos que suponen las redes sociales para la privacidad, o mejor dicho para “su privacidad”. No obstante, se han venido poniendo en marcha algunas iniciativas dirigidas a concienciar sobre este tipo de problemas y ofrecer soluciones, aunque todavía alejadas de las necesarias y efectivas. Una de las mayores dificultades supone el que los menores en la mayoría de los casos otorgan ellos mismos su consentimiento.

2.3. Sobre las dificultades de los medios jurídicos para la protección de derechos de los internautas menores.

Si es un hecho el que las relaciones sociales se canalizan cada vez, de manera más intensa a través de los cauces electrónicos, aspecto en el que como venimos manteniendo los menores destacan sobre otros sectores de la población, se ha de considerar si efectivamente tenemos o no una regulación tanto nacional, como internacional uniforme para garantizar la privacidad, sobre la protección de datos personales de todo tipo, o si, en su caso, resulta ser suficiente y adecuada para implementar los mecanismos de garantía de los que se precisa.

Lo cierto, es que como nos recuerda MURILLO DE LA CUEVA “Luego cuenta la reducida conciencia de los riesgos frente a los que esas normas jurídicas quieren ofrecer tutela y el insuficiente conocimiento que de unos y otras tienen todavía los responsables de

²⁹ CARRILLO, M: *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*. Navarra 2003. Pág. 15.

³⁰ STC139/2001, de 18 de junio.

³¹ STC 156/2001, de 2 de junio y 81/2001, de 26 de marzo.

³² PIÑAR MAÑAS, JL: *Redes sociales y privacidad del menor*. Madrid 2011. Pág. 16.

muchas instituciones públicas y entidades privadas relevantes”³³, pero además mantiene que se aprecia simultáneamente un fenómeno que puede resultar paradójico que es “mientras la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las Directivas, las Leyes Estatales y los Estándares Internacionales aprobados en IX Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y de la Privacidad, celebrada en Madrid en 4-6 de noviembre de 2009, consisten en principios y reglas generales, las resoluciones de las autoridades encargadas de aplicarlas y el lenguaje de los expertos se hacen cada vez menos accesibles al público en general, por no hablar de los menores en particular. En esta línea, entiende que “las normas y las Instituciones jurídicas no siguen al mismo paso el desarrollo de las relaciones sociales, ni son capaces de mantener el ritmo de los avances científicos, que aplicados a la tecnología de la información y de las comunicaciones, experimentan progresiones geométricas”³⁴.

Pues bien, aunque parezca que contamos con determinados medios que el ordenamiento jurídico nos proporciona, tanto en el ámbito de los datos personales, como de la legislación protectora de los menores, de las facultades atribuidas a las distintas autoridades, poderes y otros mecanismos, lo cierto es que, cuando acudimos a las regulaciones específicas disponibles comprobamos como éstas son de carácter general, con cláusulas abiertas y conceptos indeterminados, por lo que, quizás incluso en una primera aproximación nos podrían parecer suficientes. Sin embargo, si estudiamos los supuestos concretos en los que han existido vulneraciones de derechos fundamentales de los afectados, y no sólo siendo éstos menores, nos podremos ir dando cuenta de la insuficiencia de regulación particular sobre determinados extremos y materias, con trascendencia en el ámbito de la privacidad. Si estas circunstancias, las ponemos en relación con el ámbito de la tecnología de la información y su repercusión sobre los menores, podremos constatar la existencia de un verdadero cambio de paradigma en el ámbito de la privacidad personal, y que a pesar de los diversos manuales recientemente editados tanto en España, como en el ámbito europeo, así como de iniciativas como por ejemplo la establecida por el Programa Comunitario para reforzar la protección de los niños en Internet, a desarrollar entre 2009 y 2013, no parece que pueda resolver los problemas existentes y los que se irán desvelando³⁵.

Se pregunta precisamente MURILLO DE LA CUEVA, si contamos con los remedios que el ordenamiento jurídico ofrece, y en particular, en relación al derecho fundamental a la protección de datos, con la legislación que lo desarrolla y con la jurisprudencia que interpreta las previsiones normativas, así como el conjunto de medios en el ámbito Internacional, como programas, autoridades públicas encargadas de velar por el respeto de la legislación aplicable, y por la protección de las situaciones de riesgo, y suministran instrumentos aplicables a la defensa de los menores en el específico contexto de Internet, y a tal efecto, indica “A este arsenal se debe añadir el conjunto de disposiciones que, con carácter general tutelan la posición de los niños y los jóvenes que no han alcanzado la mayoría de edad. Ahora bien ¿son suficientes?”³⁶.

Y como el colectivo de menores está constituido por una categoría de afectados que requieren de una mayor protección, tendremos que contribuir a la individualización de los

³³ MURILLO DE LA CUEVA, PL; Capítulo “Observaciones sobre la Privacidad del Menor ante las Nuevas tecnologías instrumentos jurídicos y competencia Judicial” de la obra coordinada por PIÑAR MAÑAS JL: *Redes Sociales y Privacidad del menor*. Madrid 2011. Pág.109 y ss.

³⁴ MURILLO DE LA CUEVA, PL; Opera cit. Pág. 112 y ss.

³⁵ TRONCOSO REIGADA, A; *Protección de datos...* Opera cit. Pág. 1691, Nnp. 13. Elmundo.es, 23 de octubre de 2008.

³⁶ MURILLO DE LA CUEVA, PL; Opera cit. Pág. 112 y ss.

datos que a ellos les afecten y los sistemas que puedan protegerles de una manera reforzada. Para ello, nos conviene en primer término, determinar cuáles son las iniciativas para garantizar la privacidad en Internet, así como el marco de aplicación a los menores, para así ver si es posible ofrecer nuevas soluciones a este nuevo tipo de retos con el que nos encontramos.

De hecho, nuevas realidades como las redes sociales suponen tales amenazas a la privacidad que ha llegado a afirmarse que debemos resignarnos a no tener privacidad, o si tenemos privacidad es porque alguien tolera que la tengamos.

No obstante, hemos de tener en cuenta que la preocupación por la privacidad de los menores, es una cuestión no exenta de dificultades, dado que la información publicada por un usuario menor en una red social en su página personal no sólo permite fácilmente establecer el perfil personal, sino que incluye, en muchas ocasiones, datos sobre la vida sexual, ideología, religión, imágenes que es una información considerada por la normativa como de especial protección.

2.4. Algunas iniciativas de protección de la privacidad en Internet

Como se desprenden de los datos facilitados, y que venimos poniendo de manifiesto, una de las cuestiones más relevantes que nos estamos encontrando, es precisamente, la que se produce respecto de los datos personales e imágenes de los menores, que se introducen en la Red, como consecuencia de la prestación de determinados servicios que son ofrecidos por los prestadores de servicios de las redes sociales y, en la mayoría de los casos de forma gratuita y fácilmente accesibles, siendo estos en ocasiones contrarios a la dignidad de la persona, la juventud y la infancia, y sin embargo cada día más utilizados.

La privacidad y las redes sociales es una cuestión sobre la que ya se pronunció la 30ª Conferencia Internacional de la Privacidad, celebrada en Estrasburgo, en octubre de 2008, que aprobó la Resolución sobre la protección de la privacidad en las redes sociales, al igual que el Memorandum de Roma, el Grupo Internacional de Berlín sobre protección de datos en las telecomunicaciones, de marzo de 2008.³⁷ Durante los días 26 al 28 de mayo de 2009 se celebró el I Seminario Euro-Iberoamericano de Protección de Datos en la ciudad de Cartagena de Indias (Colombia) que tuvo el tema la Protección de los menores, y en que se analizaron entre otros temas el de los menores y la sociedad de la información, los menores y las telecomunicaciones y los menores e Internet, con especial referencia a las redes sociales, llegando a conclusiones relevantes.

Es cierto, que han existido también esfuerzos y contribuciones importantes en estas materias, como el citado Primer Encuentro Euro-Iberoamericano de Protección de Datos, o el Memorandum sobre la protección de los datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet en particular, de niños, niñas y adolescentes, conocido como Memorandum de Montevideo, pues fue elaborado por los asistentes al Seminario Derechos, Adolescentes y Redes sociales en Internet realizado en Montevideo (Uruguay), los días 27 y 28 de julio de 2009.

Si nos referimos a otras iniciativas para la protección de la privacidad, hemos de señalar que a nivel de la Comunidad Internacional, existen una serie de Recomendaciones

³⁷ http://www.privacyconference2008.org/adopted_resolutions/STRSBOURG2008/resolutions_social_networks_en.pdf.

elaboradas por diferentes instituciones en relación al uso de Internet por menores, como el Programa Comunitario del Parlamento Europeo para reforzar la protección de los niños en Internet, a través de la reducción de los contenidos ilícitos; el proyecto Dadus en Portugal; el Proyecto Prometeo, que ha contado con la colaboración de distintas Agencias de Protección de datos, como la española para proteger la privacidad de los menores.

A lo anterior, hemos de añadir la iniciativa de la propia Comisión Europea que está impulsando la configuración de un nuevo marco jurídico europeo para la protección de los datos personales, a través de la aprobación el 25 de enero de 2012 de unas propuestas tanto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 2012, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de datos, así como de la del Reglamento de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de Protección de datos)-un Reglamento General del protección de datos-³⁸.

Este documento no solo mejora la posición jurídica y las garantías de los ciudadanos europeos, teniendo en cuenta la naturaleza global de Internet, sino que en el mismo se establecen con carácter general, mayores obligaciones de control para los Estados, junto a mecanismos de coherencia para esa cooperación entre las autoridades de control. Se crea, incluso un nuevo órgano denominado Consejo Europeo de Protección de Datos, entre cuyas tareas se incluirá la del examen, bien a iniciativa propia, como de cualquiera de sus miembros o de la Comisión, no sólo de cuestiones relativas a la aplicación del Reglamento, sino la emisión de directrices, recomendaciones y mejores prácticas dirigidas a las autoridades de control, a fin de promover la aplicación coherente del mismo, así como la promoción de la cooperación e intercambio bilateral y multilateral efectivo de

información y de prácticas entre las autoridades de control en todo lo relativo a la circulación de datos personales. Estas iniciativas han sido presentadas como un avance para fortalecer la protección de datos personales en la U.E., en definitiva de la privacidad.

Es destacable igualmente, el hecho de que el Reglamento General tendrá un alcance general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro, no requiriendo transposición alguna, por lo que su aprobación desplazará a la normativa española sobre protección de datos personales, en especial, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos(LOPD) y a su Reglamento de Desarrollo aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, (RLOP), así como al resto de la legislación autonómica aplicable, siendo como indica TRONCOSO REIGADA, directamente aplicable, si bien requerirá la derogación por parte del Gobierno de la normativa reglamentaria de desarrollo de la LOPD que resultara incompatible con el citado Reglamento General.

Esta iniciativa para aprobar un nuevo marco europeo de protección de datos es también consecuencia de los profundos cambios producidos en las Tics en los últimos 17 años desde la aprobación de la Directiva 46/95/CE, que ha supuesto que, la normativa en

³⁸ TRONCOSO REIGADA. A.; "Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales". Revista Española de Derecho Europeo 43, julio-septiembre 2012, págs. 25 a 184.

vigor, en palabras de TRONCOSO REIGADA³⁹ “pero no alcanza a regular y ni siquiera a entrever lo que serían las siguientes grandes estepas de la historia de la informática, caracterizadas por el desarrollo y la rapidez de Internet, por los eficaces motores de búsqueda, por la aparición y universalización de las redes virtuales, por los servicios de computación en la nube-cloud computing- o por la reciente problemática que supone el denominado “internet de las cosas-Internet of Things”.

A mayor abundamiento, conviene señalar que el mundo globalizado e interconectado en que nos encontramos, ha puesto de manifiesto la necesidad de unos estándares internacionales para la protección de la privacidad, datos personales e imágenes, así como de un equilibrio entre las diferentes visiones sobre estas materias a nivel internacional y sobre los distintos derechos fundamentales encontrados, en su caso. Y es que los tratamientos de todo tipo de datos de la propia esfera personal y/o doméstica que llevan a cabo las redes sociales, los motores de búsqueda o la prestación de servicios en la nube, se efectúan a través de Internet cuyos usuarios y proveedores de servicios pueden estar tanto en estados de la UE como en terceros estados, llevando aparejadas dichas circunstancias una importante problemática sobre jurisdicciones, legislaciones, etc... por lo que es preciso fijar exigencias homogéneas de privacidad, estableciendo unas normas de protección de la privacidad que puedan integrar las distintas visiones de los estados.

Este tipo de iniciativas, no sólo han incumbido a las autoridades de control de los estados, sino también han jugado un papel relevante los representantes de la sociedad civil y los proveedores de servicios de Red. De ahí, la Propuesta de Reglamento General mencionada, y la puesta de manifiesto de la importancia de la autorregulación⁴⁰: la fijación de la privacidad en el diseño y de la privacidad por defecto por los propios prestadores de servicios de red. Por ende, la Comisión de la U.E. entiende que, además es necesaria la utilización de las propias tecnologías como aliadas para favorecer ese respeto a la privacidad, datos personales e imágenes, a través de la implantación de las llamadas “tecnologías de protección de la privacidad”-PET⁴¹.

Lo cierto, es que es necesario el lanzamiento de una idea positiva de la protección de datos personales mediante la involucración del propio sector de las TIC s, a través de la aprobación de Códigos de Conducta o el establecimiento de un modelo de certificación en privacidad para productos y servicios, como los sellos de privacidad, sin olvidar la propia configuración de las redes en lo que a la privacidad se refiere, fijando la privacidad por defecto en las mismas.

La preocupación frente a las intromisiones en los datos personales y derechos fundamentales de los menores, no ha sido objeto únicamente de iniciativas por las Autoridades de protección de datos en el ámbito internacional, sino que ante las mismas han adoptado posiciones activas instituciones públicas como ha ocurrido por ejemplo con los Fiscales generales estatales en Estados Unidos, al igual que otros organismos de control con

³⁹ TRONCOSO REIGADA, A.; “Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales”. Revista Española de Derecho Europeo 43, julio-septiembre 2012, págs. 35.

⁴⁰ TRONCOSO REIGADA, A.; “Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales”. Revista española de Derecho Europeo 43, julio-septiembre 2012, págs. 48. Se indica en la ppp.55 que “la propia Resolución de Madrid contiene un conjunto de medidas proactivas entre las que están la adhesión a acuerdos de autorregulación cuya observancia resulte vinculante.... (art.22).

⁴¹ Las PET son un sistema coherente de medidas de TIC que protege el derecho a la intimidad suprimiendo o reduciendo los datos personales o evitando el tratamiento innecesario o indeseado de datos personales, sin menoscabo de la funcionalidad del sistema de información”. <http://eur-lex.europa.eu/Lexuriserv.do?euri>

competencias, tratando de velar por el “interés superior del menor” ante el fenómeno de Internet.

En el ámbito nacional, es de destacar que la Fiscalía General del Estado ha venido mostrando un gran respeto por los derechos de los menores en Internet, y en especial por los que afectan a su privacidad. En efecto, la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado se plasma inicialmente en la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de delitos, si bien posteriormente se van dictando otras circulares, como la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, la Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, y más recientemente con carácter sistemático la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del Derecho al honor, intimidad y la propia imagen de los menores, que analiza expresamente estas cuestiones en su punto 13, donde se refiere a “Internet y los derechos al honor, intimidad y la propia imagen del menor”, para concluir que “el Art. 4.2 de la LOPM prevé la legitimación directa y autónoma del Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de parte para proteger los derechos de los menores al honor, la intimidad y a la propia imagen en los casos en que la intromisión se produzca a través de un medio de comunicación.

Sobre dicha cuestión CONTRERAS NAVIDAD recuerda que “en el apartado 2º del Art. 4 LO 1/1996 se establece que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del MF, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados, en su caso. Añade que la intensificación en los niveles de protección y su publicación se justifican teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación”⁴². Incluso en los supuestos de la existencia del consentimiento del menor maduro o incluso de los padres, si hubiera tales intromisiones ilegítimas puede resultar irrelevante, cuando pudiere resultar un perjuicio para sus intereses, tal como determina la Instrucción de la FGE número 2/2006, citada.

No obstante y respecto de las posibles responsabilidades ante intromisiones ilegítimas en el ámbito de Internet y los menores en relación con los prestadores de servicios de Red, mantiene CONTRERAS NAVIDAD en relación con la salvaguarda de los derechos fundamentales y el medio Internet que “quizás sea necesario adoptar aquellas otras medidas que permitan aplicar al medio Internet el régimen de responsabilidad establecido para los medios de comunicación tradicionales, prensa, radio y televisión, donde, como se ha visto, muy pocas vulneraciones o intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad quedan impunes”⁴³. Añadiendo, que “hay que recordar que todos estos argumentos, inexistencia de conocimiento, dificultad o imposibilidad de control por parte del medio, y otros, ya se esgrimieron, en su día, para tratar de eximir de responsabilidad a los medios de comunicación, señaladamente la radio y televisión en el caso de los programas emitidos en directo, y el TS, al objeto de proteger los derechos fundamentales, lo rechazó de

⁴² CONTRERAS NAVIDAD, S; *La Protección de la...* Opera cit. Pág. 98.

⁴³ CONTRERAS NAVIDAD, S; *La protección...* Opera cit. Pág.143 y ss.

plano”. Y tanto es así, que de hecho se está reconociendo que la “instalación de los foros en las páginas web exige un plus del deber de control de los contenidos para evitar actos claramente delictivos, o hechos atentatorios al honor, la intimidad o la dignidad de las personas”⁴⁴.

Además entre otro tipo de medidas que considera sumamente necesarias dirigidas a eliminar cualquier rastro o vestigio de la vulneración en el infinito espacio virtual de Internet, garantizando una nueva vertiente de los derechos de la personalidad, relacionado a la vez con los tradicionales, y que no es otro que el “derecho al olvido”, el derecho a que nos dejen en paz en Internet, cuestión no exenta de dificultades.⁴⁵

3. LA TUTELA DE LA “INTIMIDAD INFORMÁTICA” Y LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR EN INTERNET. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS REDES SOCIALES.

3.1. La “intimidad informática” y la imagen de los menores y las redes sociales.

En primer término, debemos recordar que, desde el ámbito jurídico se entiende por red social, a tenor de lo preceptuado por el Grupo de Trabajo sobre protección de Datos del Art. 29 el pasado 12 de junio de 2009⁴⁶, en su Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea: “Los SRS pueden definirse generalmente como plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes. En sentido jurídico, las redes sociales son servicios de la sociedad de la información, según se definen en el Art. 1, apartado 2 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE. Las SRS comparten determinadas características: -los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o perfil; -Los SRS proporcionan también herramientas que permiten a los usuarios por sí propio contenido en línea. (Fotografías, comentarios, videos, etc.); -las redes sociales funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario, con las que los usuarios pueden interactuar. Los SRS generan la mayoría de sus ingresos con la publicidad que se difunde en las páginas web que los usuarios crean y a las que acceden. Los usuarios que publican en sus perfiles mucha información sobre sus intereses ofrecen un mercado depurado a los publicitarios que desean difundir publicidad específica y basada en la información. Es por tanto importante que los SRS funcionen respetando los derechos y libertades de los usuarios, que tienen la expectativa legítima de que los datos personales que revelan sean tratados de acuerdo con la legislación europea y nacional relativa a la protección de datos y la intimidad” ⁴⁷. Y desde esta definición, se extrae que las redes

⁴⁴ SAP Barcelona núm. 707/2010, de 29 de noviembre, FJº 3º). En esta sentencia la Sala hace constar que el caso enjuiciado no había habido intervención de los moderadores para controlar lo que se denomina por los usuarios un ataque “troll”, que, con diferentes formas, pretende provocar controversia sobre un tema o contra alguien mediante expresiones u opiniones groseras, insultantes, ofensivas e incluso amenazantes de considerable gravedad. Añade que “esa práctica” no suele ser admitida por la mayoría de los usuarios de los foros, de forma que los moderadores han de intervenir, cerrando el tema. Los moderadores han de luchar contra esta clase de práctica, y contra las amenazas de carácter agresivo e insultos. Es el “administrador” el que ha de actuar en caso de no actuación de los moderadores, hecho que, además consta en las propias Normas Generales de Zona foro de la demanda. Por dichos motivos concluye que nos encontramos ante el claro supuesto en el que no operan las exoneraciones de responsabilidad que se establecen en el Art. 6 de la Ley 34/2002.

⁴⁵ GIL ANTON, A. M.: El derecho a la propia imagen del menor en Internet. Dykinson. Madrid, junio 2013. Pág. 122 y ss.

⁴⁶ Pues ha sido instituido por el Grupo del Art. 29 de la Directiva 95/46/CE de protección de datos.

⁴⁷ GIL ANTON, A. M.; *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. Dykinson. Madrid, junio 2013. Pág. 76 y ss. .

sociales en línea son nuevos entornos de comunicación y de relación on line, que por sus especiales funcionalidades, han tenido un enorme éxito y necesarios en la Sociedad.

No podemos, por ello ser ajenos a este nuevo fenómeno que supone un cambio de paradigma respecto de la vigencia de los derechos fundamentales, como es el de la intimidad y la propia imagen, si bien hemos de ser conscientes de que redes sociales no son tan sólo las clásicas que todos conocemos, como TUENTI, FACEBOOK, TWITTER, (si bien la favorita parece ser FACEBOOK con un 95,9% seguida por YOUTUBE, TWITTER y TUENTI, según se desprende del Estudio mencionado de INTECO de diciembre de 2012), pero es que a ello se añade otra dificultad, y es el nacimiento de una serie de nuevas formas de comunicación y de interrelación cuya regulación y funcionamiento no conocemos o controlamos adecuadamente. Nos referimos a aplicaciones como WATSAPP, LINE, HANGOUTS, TWOO y alguna más, vinculadas a los Smartphone, ipad, iphone⁴⁸ desde las que nuestros menores y nosotros mismos nos comunicamos e interactuamos en tiempo real, sin ningún tipo de reparo, a pesar de las medidas de seguridad disponibles, redes éstas que se suman a las conocidas, y por otra parte, podíamos afirmar menos seguras, permitiendo no obstante todas ellas hacer público lo privado.

No obstante, muchas de las cuestiones más preocupantes han sido objeto de pronunciamiento en la 30ª Conferencia Internacional de Privacidad celebrada en Estrasburgo⁴⁹ en octubre de 2008, ya referida, que aprobó la Resolución sobre Protección de la Privacidad en las Redes Sociales. También en el Memorándum de Roma, del Grupo internacional de Berlín sobre protección de datos de las telecomunicaciones, de marzo de 2008. Y especialmente el Dictamen 5/2009 del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Art. 29, de 12 de junio de 2009, sobre las redes sociales en línea. Por su parte, La Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información, ENISA⁵⁰, ha elaborado toda una lista de riesgos potenciales del uso de las redes sociales en 2007, agrupado en “Security Issues and Recommendation for on line Social Netxorks”⁵¹. En su Informe Anual publicado en 2007 por Ipsos Insight “The Face of the Web”⁵², se señalaba que las redes sociales iban a convertirse rápidamente en el fenómeno global dominante en la Red.

De acuerdo con lo expuesto, la red social, en cuanto tal, es esencialmente una aplicación on line que está permitiendo a los menores y jóvenes usuarios de la misma generar un perfil con sus datos en páginas personales y compartirlo con otros, donde además se hace pública esta información, lo que facilita la interrelación entre todos ellos, sin que existan fronteras ni espaciales, ni temporales. Como además cuando se inscriben en una red social, ésta te anima a invitar a las personas con las que ya tienes una relación, incorporando el listado de personas a los contactos de correo electrónico, ese “conjunto de datos fluye” por la Red, podríamos afirmar que “sin control”, por una parte consecuencia de que la gran mayoría de usuarios no tiene pudor alguno en introducir todo tipo de datos personales, incluidas fotografías, imágenes, videos para que toda esa información pueda ser compartida, y por otra, porque todavía no se aplican sistemas reales de seguimiento, control y supervisión de esa información.

⁴⁸ “Estudio sobre seguridad en dispositivos móviles y Smartphone”, realizado por INTECO de diciembre de 2012. Disponible en <http://observatorio.inteco.es>

⁴⁹ [www.privacyconference2008.org/adopted_resolutions/STRASBOURG2008/resolution_social_en .pdf](http://www.privacyconference2008.org/adopted_resolutions/STRASBOURG2008/resolution_social_en.pdf).

⁵⁰ www.enisa.europa.eu.

⁵¹ TRONCOSO REIGADA, A; *La protección...* Opera cit. Pág. 1693 Nnp. 17.

⁵² <http://www.ipsosinsight.com/>.

Si bien es verdad que, inicialmente los contactos de una red social estarían compuestos únicamente por aquellas personas con las que ya se dispone de una relación off line, ello no es óbice, para que esta red de contactos posteriormente se vaya progresivamente ampliando. Resulta incuestionable, que las redes sociales cuentan con pocas restricciones preestablecidas, con la finalidad de fomentar un libre acceso a los perfiles que, se van incrementando progresivamente con el aumento del número de contactos de cada usuario, de tal manera que se permite que los usuarios accedan no sólo a la lista de contactos amigos, sino también a aquellas de los amigos, y de los amigos de éstos. Tal es la profusión en el uso de estas redes sociales que permiten que sus usuarios estén constantemente compartiendo aficiones, fotografías, vivencias personales, de tal manera que entre los adolescentes fundamentalmente, se llegue a preferir los chats antes que el correo electrónico, o incluso la televisión; y este fenómeno llega al extremo de producir la circunstancia de que los jóvenes dejen, incluso, de ver la televisión porque les aburre -les parece algo estático- y, prefieren la red social que les permite estar con contacto con mucha gente y saber qué pasa, por ejemplo, con las fotos que se van colgando y compartiendo. Desde este planteamiento, hay que reconocer que una persona está más aislada frente a un televisor que delante de un ordenador de mesa o de un portátil, o de una blackberry⁵³.

Además los perfiles de las redes sociales pueden ser archivados, lo que facilita la creación de bases de datos de personas con fines ilícitos. Todo ello obliga a repensar y reforzar la normativa europea e internacional sobre datos personales, por lo que no puede, por menos, que existir iniciativas de tutela de esa intimidad y propia imagen, no sólo a nivel general de los usuarios, sino también pensando en el colectivo de los menores, por cuanto no cabe duda de que los usuarios de redes sociales tienen la consideración de afectados o interesados al ser las personas titulares de los datos que son objeto de tratamiento, pudiendo incluir los datos de terceras personas.

En la mayoría de los casos son tratamientos que se encuentran excluidos del régimen de protección de los datos personales, como adelantamos anteriormente, al ser considerados ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, si bien hay tratamientos que se llevan a cabo por los usuarios en las redes sociales que no pueden tener la consideración de “ carácter personal o doméstico”, como en los supuestos en los que afectan a una aceptación indiscriminada de peticiones de amistad, sin que exista una relación personal, pues estos datos sin duda no afectarían al ámbito de la esfera familiar y de amistad, sin que pueda hablarse de un tratamiento “ personal o doméstico”; como tampoco lo sería cuando el perfil y los contactos personales se encontrasen abiertos para todos los usuarios de la red social, o cuando la información pueda ser indexada a través de motores de búsqueda fuera de la propia red. En estos supuestos, debe ser considerado responsable del tratamiento, con las garantías que ello puede conllevar.

La propuesta mencionada de Reglamento General no sólo apuesta por la autorregulación de las redes sociales y los Códigos de Conducta, sino que ha convertido muchas de dichas medidas en obligaciones del responsable del tratamiento, debiéndose de tener en cuenta la privacidad en el diseño del sistema de información, la denominada “privacidad en el diseño”, Privacy by design, señalando además que la protección de datos personales debe ser una opción por defecto -la llamada privacidad por defecto-, cuestión esta de suma importancia cuando nos referimos a redes sociales accesibles a los menores.

⁵³ GIL ANTON, A.M.; *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. Dykinson. Madrid. Junio 2013. Pág.66 y ss.

Por su parte, hemos de recordar que el citado Reglamento General introduce aspectos relevantes con respecto al tratamiento de datos personales de los niños-art-8-, en el que se distingue el tratamiento de los datos personales relativos a los menores de 13 años, indicando que éste sólo será lícito si el consentimiento ha sido dado o autorizado por el padre y/o tutor del niño, así como fijando la obligación del responsable del tratamiento de efectuar esfuerzos razonables para obtener un consentimiento verificable, teniendo en cuenta la tecnología disponible, junto con otra serie de mecanismos y atribuciones que se otorgan a la Comisión de la Unión Europea, para establecer formularios normalizados para los métodos específicos de obtención de un consentimiento verificable, así como obligaciones de efectuar evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos, especialmente cuando entrañan riesgos específicos como es el supuesto de los tratamientos de datos personales a gran escala relativos a los niños, al tiempo que el de datos genéticos o biométricos⁵⁴, y aquellos especialmente sensibles fomentando además la confección de los citados Códigos de Conducta para la debida aplicación de todo lo dispuesto en el Reglamento a aprobar.

Es importante destacar el hecho de que la referida Propuesta regula con precisión, la licitud de los tratamiento-decantándose por el consentimiento explícito-, la transparencia de la información y el derecho al olvido en Internet-el “deseo de borrar el rastro en Internet”, haciendo recaer la responsabilidad de garantizarlo en quien haya publicado los datos personales-web máster- y no en los buscadores, e incorpora límites al derecho a la protección de datos personales para garantizar la libertad de información y de expresión. Además, debe considerarse el avance que supone el que se fortalezcan las autoridades de control, tanto en sus funciones como en la posibilidad de imponer importantes sanciones económicas, de manera que puedan ser eficaces en la supervisión y la aplicación de la protección de datos, al unificar su capacidad coercitiva y establecer mecanismos que faciliten la coherencia en la aplicación de los datos personales en la U.E. y por consiguiente estableciendo sistemas más operativos y eficaces.

Y este nuevo Reglamento General de protección de datos personales representa un nuevo régimen jurídico que debe ser respetado por los tratamientos de datos personales en los servicios de las redes sociales.⁵⁵

No obstante lo indicado, a nivel nacional, en el ámbito normativo del legislador español debemos recordar la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, previéndose en su Art. 8.1 que, cuando un determinado servicio ofrecido en la Red sea contrario a la dignidad de la persona, la juventud o la infancia, podrá ser interrumpida la prestación del servicio o eliminados de él los datos que vulneren dichos principios. Es decir, la Ley establece una serie de medidas que son de utilidad para preservar la privacidad del ciudadano, y por supuesto el interés del menor ante la posibilidad de vulneración de los derechos fundamentales del menor de edad a través de la Red.

Y el hecho irrefutable es que se requiere la creación de un entorno más seguro en Internet para garantizar la privacidad a nivel mundial, entorno que habrá de ser compatible con la constitución y regulación de las redes europeas, a través de centros que

⁵⁴ Propuesta de Reglamento de 25 de enero 2012, Art. 33.

⁵⁵ TRONCOSO REIGADA, A; “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte una”. Revista D´Internet, Derecho y Política. Octubre de 2012.Pág.4.

permitan la localización y denuncia ágil de la existencia de contenidos ilícitos, como ocurre en Bélgica, donde la policía judicial posee una línea directa para la denuncia de situaciones o páginas de contenidos pornográficos, al igual que ocurre en nuestro país con las líneas de la Guardia Civil y la Policía Nacional.

En definitiva, las redes sociales deben avanzar en la privacidad por defecto en lo que hace referencia a los niveles de acceso de los datos personales publicados en el perfil- uno de los principales parámetros de confidencialidad-, cesión de datos de otras personas sin su consentimiento o el establecimiento de canales de denuncia, sin olvidar los debidos instrumentos y herramientas tecnológicas, que otorguen a los menores usuarios de las mismas un adecuado conocimiento de la problemática que pudiera generar para la propia privacidad, y la adopción de decisiones con un consentimiento expreso, libre, informado y verificable. No obstante, cada vez más, existe un mayor número de redes sociales que cuentan en sus configuraciones la privacidad por defecto, configuraciones iniciales que no se encuentren en abierto, limitando el nivel de publicidad para que la información quede accesible únicamente para los amigos y no para los amigos de estos.

Recientemente, las redes sociales más conocidas, como Tuenti, Facebook o Google+ están trabajando en aras a fortalecer la privacidad de los menores en las redes. Tanto es así, que por ejemplo Tuenti tiene previsto no sólo una guía para los menores, con una información más adecuada a la edad y formación sobre las funcionalidades, riesgos de la red social, sino que cada vez dan mayor relevancia al establecimiento de los denominados canales de denuncia, para garantizar la inexistencia de la intromisiones ilegítimas en los derechos de los menores, con respuestas rápidas ante solicitudes efectuadas de eliminación de comentarios, fotografías lesivas con la intimidad, el derecho a la propia imagen o a los datos personales. Facebook recientemente ha modificado su página con una configuración de la privacidad por defecto, haciéndola más amigable y comprensible para los menores. Y Google acaba de sacar “Una Guía para mantenerse protegido en Internet”, consciente de las dificultades que la seguridad plantea.

Ahora bien, no debemos pensar que con dichas medidas, se elimina la falta de seguridad en la Red para los usuarios, menores o no, ya que el propio concepto de Internet resulta poco compatible con la seguridad a la privacidad, no nos olvidemos de las cookies, la posibilidad de indexación, los malewares, los hackers, y la proliferación de redes sociales ubicadas muchas de ellas en terceros estados, de las que poco o nada conocemos etc... En efecto, también es un hecho, que existe la proliferación de otras redes sociales que han ido surgiendo vinculadas al ámbito de los iphones, Smartphone, cuyos condicionados realmente necesitan ser revisados, y que no tienen incorporados los citados mecanismos de respeto de la privacidad, pensemos por ejemplo en Line.

En definitiva, es incuestionable la realidad del “cibermundo” con sus “ciberdepredadores”, ya que también la delincuencia ha encontrado en la Red un caldo de cultivo, que ha hecho cambiar su modus operandi.

Por todo lo expuesto, consideramos que las redes sociales deben también sancionar en el ámbito de su comunidad virtual a aquellas personas que vulneren la intimidad o la protección de datos personales de terceros, publicando datos, fotografías o videos de otras personas sin su consentimiento, o con su oposición o cuando se realicen comentarios que sean poco respetuosos con terceras personas, o con el derecho de los menores al tratarse de un colectivo que requiere de una mayor protección. Si nos centramos en la responsabilidad,

no cabría duda de que recaería una responsabilidad civil no sólo sobre los autores de la vulneración del derecho a la intimidad o la propia imagen, y la protección de datos personales, sino también sobre las propias redes sociales, al ser titulares del medio donde se publica la información, especialmente cuando no actúen diligentemente en la cancelación de la información, cuando la misma haya sido solicitada por el perjudicado, o cuando se trate de menores, cuyo consentimiento expreso no pudiera ser verificable.

En general, como mantiene TRONCOSO REIGADA⁵⁶ “se echa en falta un adecuado diseño de las plataformas de redes sociales para reducir los problemas relacionados con la privacidad”. Recientemente Google+ ha lanzado una nueva función para los usuarios de la red social, de forma que, todos los usuarios que tengan una cuenta y utilicen Google Contact para gestionar su libreta de direcciones, puedan ver la información de sus contactos, desde su perfil de la red social, integrándola dentro de la misma. No obstante, en este supuesto esta información solo puede ser vista de forma privada por el usuario y no será un dato al que tengan acceso sus contactos de Google+.

La conclusión que podemos sacar es que los bienes más preciados para los menores usuarios pueden peligrar en la Red, nuestra seguridad, privacidad y economía. Hemos de ser conscientes de que no existirá seguridad plena en la Red, si bien la mayor parte de esa falta de seguridad la generamos nosotros mismos, ya que solemos poner las cosas demasiado fáciles a los “cibermalos”. Si hablamos de ingeniería social, ha quedado demostrado que el primer fallo de seguridad lo genera el propio usuario, dado que “los usuarios son el eslabón débil en la cadena de seguridad de cualquier sistema”, en palabras de AVILES perteneciente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y experto en delitos telemáticos.⁵⁷ Y de ahí que, la primera medida básica para combatir los peligros de la Red, es la concienciación de su existencia, conocerlos, conocer su origen, conocer su funcionamiento y cómo actúan sus responsables, por lo que será necesario informar y educar a nuestros menores sobre los riesgos que genera compartir con “amigos virtuales” informaciones o contenidos que no se compartirían en el círculo real de los amigos o de la familia, ya que dicha información puede volverse en contra de la propia seguridad, privacidad e incluso contra la economía, si es utilizada de forma inadecuada por esos falsos amigos.

Se viene hablando incluso de la existencia de una serie de mandamientos para la navegación segura por Internet sobre los que hemos de concienciar a nuestros menores, y evitar los ataques a la propia privacidad, que están íntimamente relacionados con la concienciación sobre la propia seguridad: la utilización de antivirus de confianza y su actualización; el mantenimiento de los sistemas operativos de los ordenadores, así como de los programas más sensibles de infección; utilización de cuentas de usuarios con permisos restringidos; elección de contraseñas seguras, usar el sentido común y no clicar en cualquier cosa; desconfiar de los enlaces o descargas que nos aparecen en páginas web de poca confianza, no abrir mensajes de usuarios desconocidos; no hacer operaciones bancarias desde ordenadores que no sean de confianza, ser muy cautelosos con la información que se decide compartir en la red y con quien se comparte, porque lo que se sube a Internet, en Internet queda. A ello se ha de añadir lógicamente la implicación en la protección tanto de los padres y tutores, como de los propios prestadores de servicios de Red, agentes sociales,

⁵⁶ TRONCOSO REIGADA, A: “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos .Parte una. Revista de Internet, derecho y política. Octubre 2012.

⁵⁷ AVILES, A.P.: *Xred más segura. Informando y educando*. Unidad de Delitos telemáticos. Madrid .Mayo 2013.

Instituciones, autoridades de control, Fiscalías de menores, y resto de posibles responsables.

No obstante lo anterior, VILASEU SOLANA⁵⁸ opina “considero que no debe abandonarse este terreno pero soy un tanto escéptica respecto de la eficacia de la formación. Por ejemplo, en el caso de España, a pesar de que la población declara sentirse preocupada por la privacidad, parece que esta inquietud se diluye un poco cuando el sujeto accede a un entorno virtual”⁵⁹. En concreto, después de manifestar la preocupación por la privacidad, gran parte de los internautas reconocen que no leen las políticas de privacidad de las páginas web que visitan o de las redes sociales en las que se dan de alta⁶⁰.

Así mismo, se viene constatando como las propias redes sociales en sus normas de regulación, existentes ya en Internet, están dando pasos en aras de la salvaguarda de la privacidad, así como de asegurar una forma de operar con respecto a los menores, y en particular, en lo referente al aseguramiento del otorgamiento del consentimiento y de su validez, o el de sus padres o tutores, poniendo el acento en la acreditación de su veracidad, con el fin de evitar riesgos como los derivados de la suplantación de identidad o de la ausencia de la edad legal determinada. Existe, por consiguiente un compromiso cada vez mayor con la protección de datos personales y los menores.

Por tanto, en una primera aproximación, podríamos entender que existiría una regulación suficiente a nivel nacional, completada además, a nivel de la Unión Europea, con “Los Principios de Redes Sociales Seguras”, redactados con la colaboración de la industria de las SRS, siendo la pretensión de los mismos principalmente la mejora de la protección de la privacidad, de los datos personales, de la concienciación de los usuarios así como información sobre seguridad que todo SRS ha de tener. A estos Principios se han adherido ya más de 20 SRS en Europa. Y, por último, otro tercer bloque de normativa sería el de “Las Condiciones de Uso y Políticas de Privacidad” de cada una de las redes sociales, a las que se tendrán que ir incorporando los diversos Códigos de Conducta que se vayan estableciendo y siendo aplicables de forma efectiva.

Lo cierto es que la recogida de datos personales, incluidas las fotografías, como se adelantó, por el proveedor del servicio de la red social de que se trate, así como las posibles cesiones tienen que hacerse mediante el correspondiente consentimiento, libre, inequívoco, específico e informado del interesado menor o no. Reseñando la propuesta de Reglamento de protección de datos en diversos preceptos, aspectos claves como todo lo relativo a las condiciones del consentimiento (Art. 7), el tratamiento de los datos personales relativos a los niños (Art. 8), la licitud del tratamiento de datos (Art. 9) así como el tratamiento de datos que no permitan identificación (Art. 10), en cuyo caso se establece expresamente, que en dicho supuesto el responsable del tratamiento no estará obligado a hacerse con información adicional con vistas a identificar al interesado, en orden a cumplir lo determinado en el Reglamento. A ello se añade todo un capítulo entero, el III sobre los derechos del interesado. En definitiva, debe ser el usuario el que dé su consentimiento,

⁵⁸ VILASEU SOLANA, M: “Privacidad, redes sociales y el factor humano”, en la obra coordinada por RALLO LOMBARTE, A. y MARTINEZ MARTINEZ, R; *Derecho y redes sociales*. Opera cit. Pág. 74.

⁵⁹ Así se desprende del Barómetro del CIS de Septiembre de 2009. Estudio un.2812 (http://www.cis.es/cis/opencms/ES/Novedades//Documentación_2812.html).

⁶⁰ En el citado Barómetro del CIS, la pregunta 16.f hace referencia a la frecuencia con la que se leen las políticas de privacidad de las páginas de internet que se visitan. El 21,7 % de los usuarios de internet declaran hacerlo *algunas veces*, el 26,2 % declaran que *raramente* y el 35,6% dicen que *nunca* (Téngase en cuenta que esta cuestión se plantea sólo a los encuestados que han declarado haber hecho uso de internet durante los últimos 12 meses, que son el 55,8 % del total de encuestados).

estableciendo el nivel de acceso a su perfil personal- a sus amigos, a los amigos de sus amigos, en toda la red social o fuera de ella, permitiendo o no la indexación por motores de búsqueda. Y este consentimiento se ejerce habitualmente aceptando la política de de privacidad establecida por defecto.

3.2. Algunos ejemplos de riesgos contrastados

3.2.1 Situación de partida

Como venimos manteniendo, la sociedad de hoy en día, Sociedad de la Información ya no se entiende sin la existencia y utilización de las nuevas tecnologías, éstas han aportado mejoras significativas y sustanciales que han modificado el estilo de nuestra vida y de la forma de relación entre las personas, permitiéndonos llevar a cabo actividades y sin embargo situaciones de riesgo a las que nos vemos abocados. Los retos a los que se enfrenta el mundo a comienzos del siglo XXI requieren del desarrollo y uso generalizado de las TIC s, como instrumento imprescindible para generar riqueza y mejorar las condiciones de vida de las personas, al ser los avances introducidos por la electrónica elementos que, sin duda, contribuyen a mejorar el nivel de vida y bienestar de la sociedad actual. En este sentido la asociación española de empresas de electrónica, tecnología de la información y telecomunicaciones (AETIC)⁶¹, en su informe sobre recomendaciones de gobierno para la legislatura del 2008 al 2012 presentó ya una serie de medidas a cumplir, de entre las que merece la pena reseñar las siguientes:

La necesidad de promover que los ciudadanos accedan habitualmente a Internet en banda ancha,

Priorizar la alfabetización digital y la accesibilidad de aquellos grupos de género y edad más desfavorecidos,

Incrementar la sensibilidad del público hacia los nuevos medios audiovisuales e impulsar proyectos de digitalización, para el incremento del patrimonio cultural,

Conocer los beneficios de la utilización del software legal e incentivar la puesta en práctica de las adecuadas políticas que permitan asegurar, controlar y auditar con un nivel adecuado la protección de los datos, y en consecuencia de la privacidad.

A pesar de que según los datos disponibles, el fenómeno de Internet se ha convertido en un supuesto de utilización masiva que ocupa el 50 por ciento de la población española, sin embargo todavía es necesaria una labor de difusión de la cultura de la protección de la seguridad de la información y la sensibilización entre los usuarios de una correcta utilización de Internet y, de las redes sociales. Si acudimos a las estadísticas, se constata la tendencia al crecimiento. Tan sólo en 6 trimestres durante el año 2005-2006, la evolución de la utilización del ciudadano en el uso de Internet se incrementó desde los 16.426 millones de personas en el 2005 hasta los 20.097 millones en el 2006. Del estudio realizado por INTECO se constata como las actividades mayoritariamente realizadas por la población no solo se centran en torno a los usos sociales de utilización de Internet, sino en otra clase como chats, correo electrónico, blog, la banca electrónica, el comercio electrónico o los

⁶¹ AETIC “La electrónica, la tecnología de la información y las telecomunicaciones” Propuestas de AETIC para la Legislatura 2008-2012. Asociación de Empresas de electrónica, tecnologías de la información y Telecomunicaciones de España Diciembre 2007.

juegos. El envío de archivos P2P, punto a punto o de un ordenador a otro, se ha convertido en regla general, tanto es así que 6 de cada 10 usuarios lo utilizan habitualmente para el envío de todo tipo de información, incluyendo los archivos de fotografías y videos, y otros más. Sin embargo no se nos escapa que dicho tratamiento masivo, también es utilizado de forma malintencionada, pudiendo quedar vulnerados los derechos fundamentales de la personalidad, sin perjuicio de que un gran número de estas actuaciones estén en muchos supuestos vinculadas con otras delictivas, por lo que es necesario estar especialmente atentos a las mismas, y aún con más intensidad con respecto a los adolescentes y jóvenes, estableciendo en la medida en la que se nos permita, mecanismos y herramientas que determinen la fijación de medidas necesarias para una protección básica frente a este tipo de problemas.

3.2.2. Los nuevos riesgos que se derivan de las redes sociales

Conviene añadir que el concepto de red social en Internet supone una nueva forma de relación humana que se ha ido posicionando como uno de los medios de comunicación on line más populares de la Red, llegando a superar en muchos casos los 132 millones de usuarios recurrentes⁶², que las utilizan como principal medio de comunicación. Este método es uno de los más utilizados en Internet y prueba de ello es que entre las palabras más buscadas en Internet está precisamente, la denominación de algunas de las redes sociales existentes, como por ejemplo Facebook, Badoo logrando un número de visitantes durante 2007 que superaron los 500 millones anuales⁶³. Especial trascendencia tiene el hecho de que los menores de edad sean según recientes estudios los principales usuarios de este tipo de plataformas. Existe por ello la necesidad de una estrecha supervisión para una mayor seguridad de las personas, haciéndose imprescindible una evolución de la legislación vigente, que contribuya a aumentar el grado de protección con el objetivo de intentar reducir los efectos negativos derivados del uso de estas, como venimos manteniendo.

La red social permite a su usuario crear un perfil público, compartir información, colaborar con la generación de contenidos, y participar de forma fácil en movimientos sociales y corrientes de opinión. Permite gracias a la facilidad y rapidez de interconexión, aumentar las relaciones sociales entre los usuarios, lo cual genera un aspecto sociológico interesante que atrae, engancha y que cada vez más, incide en el ámbito de esas relaciones humanas, ya que las personas se hacen más individualistas y solitarias, al tiempo que cada vez esas relaciones “on line” se multiplican.

Ahora bien, existen paralelamente determinadas actuaciones sospechosas o al menos actos que se están llevando a cabo sin cumplir los principios básicos de la normativa de protección de datos de carácter personal, la protección de la privacidad, la publicidad y la protección intelectual e industrial respecto de los contenidos creados y alojados por los propios usuarios en sus perfiles. Aunque, como se ha señalado, hay muy distintos tipos de redes sociales, una diferenciación a tener en cuenta entre las mismas, se refiere al ámbito de actividad, por cuanto se pueden clasificar entre aquellas profesionales y, aquellas otras más generalistas o dedicadas al ocio. Este tipo de plataformas en los últimos años han llegado a experimentar crecimientos muy importantes, tanto a nivel social como tecnológico llegando a constituirse en plataformas multitudinarias internacionales, como es el caso de Facebook que puede llegar a alcanzar los 100 millones de usuarios. Se ofrecen plataformas

⁶² COMSCORE WORD METRIX, Agosto de 2008.

⁶³ COMSCORE, Inc. “Facebook, Hi5 more than doublé visión global Visitor bases during past year”2008.<http://www.comscore.com/press/release.asp?>

que integran multitud de herramientas en una misma pantalla pudiendo prescindir de otras aplicaciones de comunicación externa. Además resulta relevante señalar que dicha plataforma sirve para convocar y organizar otros aspectos de la vida off line. También se pone a disposición del usuario, parte del código abierto mediante el cual la plataforma se ha programado, para que los usuarios puedan desarrollar aplicaciones propias y personalizar la interfaz de usuario.

El principal problema que se genera con esta forma de operar, es que los propios usuarios no sólo exponen sus datos, sino que además hacen públicas sus vivencias, por lo que el ámbito de la privacidad se abre de forma exponencial, con la consecuencia lógica del aumento del riesgo de atentados contra los derechos de la personalidad, entre otras cosas incrementándose incluso los ilícitos penales.

En efecto, si entramos en cualquier perfil de una red social, fundamentalmente las de ocio, mayoritariamente utilizada por los menores, los usuarios exponen en muchas ocasiones, no sólo datos personales, sino incluso datos como los de la orientación sexual, o religiosa o ideología política que pueden ser utilizados por terceros de forma maliciosa, siendo un ejemplo muy habitual el volcado en la Red de informaciones falsas que se difunden, elementos audiovisuales privados, fotos o videos principalmente, sin ningún tipo de autorización y en ocasiones, con la única intención de perjudicar, siendo atentatorios contra los derechos de la personalidad, ya se trate del honor, nuestra vida privada, nuestra imagen o los propios datos personales.

Si ahondamos en los supuestos de intromisiones ilegítimas en el ámbito de la privacidad, constatamos como los casos más habituales de conductas intrusivas que se producen en las redes sociales se manifiestan en alguno de los aspectos a los que nos referimos a continuación:

3.2.3. Suplantación de identidad

Al darse de alta en una red social podemos descubrir que otro usuario ha asumido nuestra identidad, y este comportamiento es más habitual sobre todo en las redes que buscan relaciones negóciales o profesionales. Ello sin olvidar que uno de los fenómenos más problemáticos que hoy día existen es el del acoso a menores, en los que se suele suplantar la identidad de otro menor por parte del acosador, para ganar la confianza de la víctima, y posteriormente fundamentalmente a través de la utilización de imágenes de contenido pornográfico, obtener satisfacción sexual. Es el denominado Grooming, conducta ésta penalmente castigada, y a la que aludimos anteriormente con casos reales producidos recientemente.

En este ámbito, es de interés destacar que precisamente la AEPD ya ha sancionado, a un usuario de Internet que se hacía pasar por otro en redes sociales, imponiéndole una sanción por la citada suplantación de identidad. Es verdad que ya existían resoluciones anteriores de órganos judiciales que, de una u otra forma, condenaban este tipo de conductas, pero fundamentalmente en el ámbito penal, orden que había dado acomodo a la suplantación de identidad como la suplantación de estado civil del Art. 401 o el delito de vejaciones del Art. 620.2 del Código Penal. La disparidad en el tratamiento efectuado por el Derecho, lejos de dar seguridad jurídica, otorga una inseguridad precisamente por esa ausencia de regulación específica en cuanto a la conducta atípica de la suplantación de identidad. Y es que no existe como tal un tipo penal o una infracción civil que permita su

sencillo encaje en el ordenamiento jurídico vigente. Así las cosas, aunque este tipo de acciones podrían tener un mejor encaje dentro de las figuras penales, su ubicación concreta en la normativa sobre protección de datos, resulta complicada, por cuanto si bien se sanciona a un usuario que suplanta la identidad de otro, el ordenamiento jurídico no le sanciona por tal hecho, sino por el tratamiento in consentido de datos de carácter personal de la persona suplantada, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 6 de la LOPD.

Precisamente, posteriormente al criterio mantenido por la AEPD respecto a la suplantación de identidad, en el sentido de considerarse una conducta ilegítima objeto de sanción, se plantea si dicho encaje jurídico es el adecuado para enjuiciar estos hechos de suplantación de identidad, o si por el contrario se debería sancionar de acuerdo con el ordenamiento penal, para que la AEPD, en caso de tener conocimiento de unos hechos presuntamente delictivos, deba poner en conocimiento de la Fiscalía o de los Juzgados para que sean éstos los que enjuicien una causa cuya competencia parece más natural.

Y esto es lo que acontece en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico que, hoy por hoy, no se adapta a los distintos supuestos que son una realidad en Internet, y que exigen acudir a figuras forzadas para castigar conductas claramente contrarias a la buena fe y la legalidad.

3.2.4. Difusión no consentida de fotografías

Se trata de un supuesto habitual en el que, por inexperiencia y falta de conocimiento de los usuarios, incluyen en su espacio fotografías de amigos o conocidos, y las etiquetan, sin su consentimiento.

Las consecuencias de esta publicación pueden ser del más variado signo, aunque las más difundidas son las que se refieren, en el caso de menores de edad, a supuesto de acoso escolar; no se deben obviar igualmente, otros casos de acceso posterior por las empresas a fotografías, que pueden generar consecuencias muy distintas, no sólo desde el ámbito de la vulneración del derecho a la propia imagen, sino también en el ámbito penal, del derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la protección de datos. Y es que no podemos ser ajenos a la existencia de fotografías que se publican con la clara intención de hacer daño, y ese daño se multiplica exponencialmente si se trata en la Red.

En efecto, si nos referimos al ámbito de los menores no nos resulta extraño que en ambientes escolares este tipo de supuestos de etiquetado de fotografías o su manipulación suele ser utilizado para ridiculizar a compañeros o profesores. Pero además, son cada vez más habituales los supuestos de ciberbullying o acoso escolar por vía telemática, y en muchos de los casos se utilizan fotografías o el denominado happy slapping, conducta consistente en la grabación de imágenes o videos a través de los móviles para posteriormente incluirlas en plataformas de contenidos como Youtube, Myspace, y cuyo fin no es otro que ridiculizar o vejar a la víctima, cuando ésta se sitúa en determinadas actitudes, al verse sorprendida o agredida por un conjunto de estudiantes, ya sean o no menores, y ser grabadas estas imágenes.

También suele ser habitual la utilización de imágenes en la Red con fines de pretendido periodismo ciudadano, pero sin respetar los límites que el ejercicio del derecho a la información impone en muchos casos.

En efecto, como nos recuerda MARTINEZ MARTINEZ⁶⁴ en el ámbito de los servicios de la “Web 2.0 se pueden identificar distintos tipos de conductas relevantes desde el punto de vista de la protección de datos personales..., el supuesto de hecho principal va a consistir en algún tipo de publicación de datos personales -datos de identificación alfanuméricos, imágenes o audio videos- o de documentos o archivos que los contengan. Esto a su vez desde la perspectiva de su repercusión en los derechos de los afectados”, y han de considerarse además los distintos escenarios alternativos en función de la configuración del espacio en Internet, esto es si el espacio únicamente facilita acceso a usuarios autorizados o, si por el contrario, el espacio se encuentra abierto a todo el público.

Todo este conjunto de problemas que se plantean en relación con los posibles derechos fundamentales de la personalidad de los usuarios afectados o no, y en particular con el de la protección de datos de imágenes viene siendo objeto de preocupación por el Grupo de Trabajo del Art. 29 de la Directiva 95/46/ CE, que con posterioridad a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2003 en el asunto Bodil Lindqvist⁶⁵ que, constituye una referencia de primer orden cuando se trata de establecer con claridad criterios a aplicar sobre la protección de datos personales en Internet, y por tanto de aplicación también a las fotografías e imágenes.

En efecto, se centra en considerar que el colgar una foto, o un video o un texto escrito en una red social no difiere en términos materiales de lo acaecido en el caso Bodil Lindqvist, pues se entiende que los extremos distintos de los diferentes supuestos de hecho que se pueden producir, son como consecuencia del avance de la tecnología, pero que concierne a tratamientos de datos in consentidos, si bien a través de un entorno cooperativo, como es una red social.

Como se recordará la Sra. Lindqvist era una catequista sueca que, a finales de 1998, creó con su ordenador personal varias páginas web con el fin de que los feligreses de la parroquia que se preparaban para la confirmación pudieran obtener fácilmente la información que pudiera resultarles útil. Dichas páginas contenían información sobre la Sra. Lindqvist y dieciocho de sus compañeros de parroquia, incluido su nombre de pila, acompañado en ocasiones, del nombre completo. Además la Sra. Lindqvist describía en un tono ligeramente humorístico las funciones que desempeñaban sus compañeros, así como sus aficiones. En varios casos se mencionaba la situación familiar, el número de teléfono e información adicional. Así mismo, señaló que una de sus compañeras se había lesionado un pie y que se encontraba en situación de baja parcial por enfermedad. Tras ser sancionada y recurrir, el Tribunal sueco consulto al Tribunal de Justicia⁶⁶ sobre las condiciones de aplicación de la Directiva 95/46/CE, y una vez analizadas todas las cuestiones que el Hovrätt formula en un total de siete, y pronunciándose dicho Tribunal sobre las mismas, se concluye en la Resolución dictada de 6 de noviembre de 2003 tanto que la conducta efectuada por la Sra. Lindqvist de incluir en una página web datos relativos a diversas personas e identificarlas por su nombre y otros medios, así como que dicho tratamiento lo es de datos personales, y es más relativos algunos de ellos a la salud, sin que las disposiciones de la Directiva se entienda que suponen una restricción contraria al principio de la libertad de expresión o a otros derechos y libertades vigentes en la UE, así como que la citada

⁶⁴ MARTINEZ MARTINEZ, R; Capítulo IV en la obra coordinada por. RALLO LOMBARTE, A y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R; *Derecho y redes sociales*. Reus 2010. Pág. 97.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2003 en el asunto C-101/01. Petición de decisión prejudicial planteada por el Gota Hovrait. <http://curia.europa.eu/>.

⁶⁶ Véase nota de prensa publicada al efecto por el propio Tribunal en la pagina <http://curia.europa.eu/es/actu/communiqués/cp03/aff/cp0396es.htm>.

Directiva que resulta de aplicación a determinados supuestos, pueda ser ampliada su aplicación por los estados miembros en su propia normativa nacional tendente a adaptar el Derecho interno a la citada Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, tal como se hace constar en el análisis efectuado por REBOLLO DELGADO⁶⁷.

Así lo recoge también en lo relativo al Art. 3 de la citada Directiva PEREZ LUÑO, quien mantiene una interesante reflexión sobre el avance de la tecnología y la protección de los derechos humanos⁶⁸.

Por tanto se estarían produciendo intromisiones ilegítimas en el derecho fundamental a la protección de datos, sin perjuicio de que también quedara afectado el derecho a la propia imagen, u otros derechos fundamentales, en función de las circunstancias en concreto que en cada caso se den.

De ahí que el citado Grupo de Trabajo del Art. 29 se haya pronunciado sobre estos particulares en el Dictamen 5/2009 en relación con las redes sociales en línea y el etiquetado de fotografías, anteriormente citado.

En nuestro Estado, la AEPD también se ha centrado en el estudio de esta problemática, tal como nos señala MARTINEZ MARTINEZ⁶⁹ haciendo la citada Agencia una serie de recomendaciones específicas, entre las que merece la pena recordar la relativa a la necesidad de tener especial cuidado al publicar contenidos audiovisuales y gráficos en los perfiles, especialmente si se van a alojar imágenes de terceras personas; no etiquetar contenidos audiovisuales con la identidad real de sus protagonistas, ni ofrecer datos de terceros en su espacio sin el propio consentimiento; el respeto más escrupuloso de los derechos de terceros, incluso en el supuesto en que se publique una fotografía o se escriba en un blog, si se puede estar incluyendo algún tipo de información, aunque sea tangencial sobre otras personas.

Con respecto a los menores, ya se han efectuado iniciativas tendentes, entre otras medidas a la elaboración por la AEPD de documentos y otros recursos que se ponen a disposición de los padres o tutores y menores, con objeto de concienciar e informar sobre la privacidad en riesgo, que en la Memoria de 2008 se situaba precisamente en el ámbito de las redes sociales, considerando como un hecho el que “nuestros hijos nacen a la sociedad como niños digitales. La telefonía Móvil, la televisión digital, las PDA, los juegos digitales, o Internet son su medio natural y social pero no aprenden a protegerse”, de ahí la importancia de la educación y de la concienciación. Igualmente recordar el Proyecto Educativo que está acometiendo la UNIR antes citado.

Como consecuencia del fenómeno existente en nuestra realidad, respecto a que tanto Internet como el móvil están de forma onni presentes en la vida de niños y jóvenes, y que el ciberespacio forma parte de su vida y de su proceso de socialización, el ejercicio de la violencia se ha instaurado en la Red y ha encontrado en las redes sociales los recursos

⁶⁷ REBOLLO DELGADO, L; “Comentario jurídico a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2003”. Revista de datos personales, número 9 de mayo de 2004.

⁶⁸ PEREZ LUÑO, AE; “Las libertades en la era de Internet”, en VVAA. *El Derecho en Red*. Estudios en Homenaje al profesor G. LOSANO. Madrid 2006. Pág. 387.

⁶⁹ MARTINEZ MARTINEZ, R; Capítulo IV “Protección de datos personales y Redes sociales, un cambio de paradigma” de la obra coordinada por RALLO LOMBARTE, A y MARTINEZ MARTINEZ, R; *Derecho... Opera cit.* Pág. 101.

adecuados para abrir nuevos cauces de agresión, como por ejemplo el acoso a través de las denominadas Nuevas Tecnologías, problema que genera una importante alarma social. Y es que hasta el 2,1% del alumnado de secundaria confirma haber sido a menudo víctima de grabaciones o fotografías u otras formas de acoso a través de las nuevas tecnologías de la comunicación.

Como ejemplos concretos de este tipo de ciber intimidación, que se desarrolla sobre todo a través de Internet, mediante la utilización de imágenes comprometidas, previamente colgadas; o mediante la usurpación de la identidad de la víctima, en su nombre se efectúan comentarios ofensivos o participaciones inoportunas en chats, blogs, foros, entre otros, de tal forma que despierten reacciones adversas hacia quien de verdad es la víctima.

Se ha constatado, como venimos manteniendo, que la mayoría de estos comportamientos con respecto a los menores y adolescentes se producen por un menor contra otro menor, siendo aquellas actitudes más habituales, los mensajes de acoso de mensajería instantánea; robo de contraseñas de cuentas de correo y usuarios de la web; comentarios ofensivos en blogs y sitios web; envío de fotografías e imágenes a través de emails y teléfonos móviles, encuestas en Internet insultando o injuriando; juegos interactivos involucrando al acosado; envío de códigos maliciosos y virus al email de la víctima; envío de material pornográfico y emails basura y suplantaciones de identidad, en que el acosador asume la identidad de la víctima en Internet y comete actos delictivos o que denigran la imagen del acosado.

Con todo esto, se puede uno hacer una idea de lo que supone y de las consecuencias que ello conlleva para muchos menores, y de la importancia de proceder a una regulación contundente respecto de estas conductas, en las que las imágenes y videos, pueden constituir herramientas de gran relevancia. Y este es un problema de difícil resolución, precisamente por la necesidad de que los diversos ordenamientos jurídicos establezcan mecanismos para prevenirlos y evitarlos, requiriéndose una adecuada armonización legal y una mayor cooperación entre autoridades competentes de control.

4. REFLEXIONES SOBRE EL FENÓMENO DE LAS REDES SOCIALES Y LA “IMAGEN INFORMÁTICA” DEL MENOR.

Como punto de partida, podríamos afirmar que el derecho a la propia imagen está íntimamente unido a los derechos a la protección de los datos personales y a la privacidad. Y sin embargo, el derecho a la protección de datos como derecho autónomo es un instituto de garantía de los otros derechos, por cuanto en realidad el origen de estos derechos es el mismo, esto es la dignidad y el libre desarrollo de la libertad del menor. El derecho a la propia imagen otorga en efecto, una serie de facultades respecto de los atributos más característicos del ser humano, como son la apariencia física, la voz y el nombre, teniendo éste una faceta positiva, y otra negativa. Este derecho no se corresponde con la propia personalidad, pero sin embargo en determinadas etapas de la vida del individuo, como el periodo de la minoría de edad, y más en concreto durante la adolescencia, imagen y personalidad se mezclan, “pues experimentar con la propia imagen forma parte del aprendizaje vital y de la evolución del ser humano”, en palabras de DE LAMA AYMA⁷⁰.

Aunque el derecho al nombre y la voz sean autónomos con respecto a la imagen, han de entenderse comprendidos en el mismo Art. 18.1 CE, al quedar protegidos por el recurso

⁷⁰ De LAMA AYMA, A; *La Protección de los derechos...* Opera cit. Pág. 114.

de amparo ante las posibles intromisiones ilegítimas. No es posible privar a nadie de este derecho a la imagen por razones no legítimas, puesto que los derechos humanos se poseen por el hecho de ser persona, ya se esté en la minoría de edad o se haya adquirido la mayoría, considera LAZARO GONZALEZ que “cualquier limitación de los derechos, - también de los derechos de los niños- requieren de una justificación legítima que debe poder expresarse en la motivación de la decisión”⁷¹. Por lo expuesto, aunque el menor con madurez suficiente puede consentir válidamente por sí mismo en el ámbito del derecho a la propia imagen, y en particular por ende, respecto de las actuaciones atinentes al mismo, indica DE LAMA AYMA⁷² que “aunque el menor con madurez suficiente puede consentir válidamente por sí mismo la intromisión en su derecho a la imagen, cuando dicha intromisión sea contraria a su personalidad o a sus derechos fundamentales deberá intervenir el Ministerio Fiscal aunque el menor pueda prestar válidamente su consentimiento por tener madurez suficiente, debiendo el Ministerio Fiscal actuar a posteriori para proteger el interés del menor”.

Sobre estos fenómenos sociológicos, STEFANO RODOTÁ señala que nos encontramos ante la denominada “Generation Debate”, y ello por cuanto se abre el debate sobre la presencia de los menores en las redes sociales, sin que puedan sacarse conclusiones únicas en relación con los mismos, pues en ellos deben distinguirse como criterios distintos la edad y la madurez, lo que conlleva a que en ese debate deban tenerse en cuenta no pocas situaciones de “desagregación”. “Sin embargo, entiende la idea central del desarrollo de la personalidad del menor, que requiere como precondition el respeto a la privacidad, pero también la libertad de pensamiento, expresión e información”⁷³.

A pesar de los esfuerzos que se van haciendo a los efectos de proteger la privacidad, se ha estimado la necesidad de hacer efectivas muchas de las garantías para el tratamiento de las imágenes de menores de edad, siendo precisamente una de dichas garantías la prestación del adecuado consentimiento que ha de ser acorde con la edad establecida. Y es que una de las mayores dificultades con las que el derecho se puede topar es precisamente con el hecho, como decíamos anteriormente, de que las imágenes y demás datos personales son “volcados” voluntariamente y conscientemente en las redes sociales por los menores, cuando operan en las mismas. De ahí la relevancia no solo de ese consentimiento otorgado, sino de que el mismo sea informado y formado, y acorde con la edad del menor que se deba de exigir en cada caso.

Ya se ha mencionado, que la edad para prestar el consentimiento en las diversas redes sociales puede variar un poco, lo habitual es establecer el límite en los 14 años, aunque hay redes en que se permite a los 13. Por debajo de esa edad se requiere la autorización de los padres o tutores, tanto para darse de alta en la red como para poder operar en la misma.

Pero junto a la exigencia de la edad, otra de las cuestiones más relevantes es la relativa a la forma en que se obtiene y se recaba el citado consentimiento; cómo se comprueba efectivamente si la persona que se da de alta es la que dice ser; como se verifica que esa persona cuenta con la edad establecida de forma objetiva para ello, como se sabe si

⁷¹ LAZARO GONZALEZ, I; “Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia”, Lección inaugural del Curso Académico 2010-2011, Universidad Pontificia de Comillas.

⁷² DE LAMA AYMA, A; Opera cit. Pág. 170.

⁷³ RODOTA, S; en la obra dirigida por PIÑAR MAÑAS, JL; *Redes sociales y Privacidad del menor*. Opera cit. Pág. 17.

el menor en cuestión tiene conocimientos suficientes sobre la forma de operar en esa red social, si sabe cómo recuperar, si es que fuera posible, la información personal que vuelca, en el caso de subir fotografías si debe conocer si se pueden modificar o no, si está en disposición de solicitar si se “arrepiente” de los datos “volcados” el borrado de los datos. Estas y otras son algunas de las cuestiones que debería plantearse cualquier usuario de una red social, cuando pretenda darse de alta y comenzar a “volcar imágenes”. Pero lo cierto, es que si algún menor ha considerado en algún momento estas cuestiones, pronto dejará de pensar en ellas, pues la prioridad es conseguir operar en la red social de que se trate con inmediatez y de forma rápida.

Es cierto que si accedemos a las principales redes sociales, vemos que en todas ellas existe la denominada política de privacidad, ¿pero podemos estar seguros que los menores acceden a la misma, y sólo después de informados sobre ella, se dan de alta? o ¿creemos, que realmente no tienen en cuenta dicho clausulado? Lo anterior, sin tan siquiera considerar si el citado clausulado es suficientemente inteligible para ellos, o si solo es posible darse de alta en la red social, una vez que se ha leído y comprendido el mismo.

En efecto, en las principales redes sociales usadas por menores, es posible que un menor se dé de alta a partir de los 14 años para actuar por sí mismo, siendo acorde en nuestro Estado con lo previsto en el R.D. 1720/2007, de 21 de diciembre. No obstante, si nos centramos en los datos de madurez, podría considerarse que la edad para el acceso a las redes sociales se podría ampliar a los 13 o incluso, a los 12 años con el consentimiento y autorización de los padres o tutores. Sobre dicho extremo mencionar también la Propuesta de Reglamento de la UE de 25 de enero de 2012, de Protección de datos en tramitación, en el que en primer lugar, en su Art. 4 cuando se define “niño” hace mención a “toda persona menor de 18 años”, para a continuación, cuando se regula el consentimiento a una red, fijar la edad en 13 años para que el menor lo pueda prestar por sí, siendo dicho consentimiento por debajo de dicha edad “ilícito”, salvo que el consentimiento haya sido dado o autorizado por el padre o tutor del niño. Y no olvidemos que, una vez aprobado dicho Reglamento General será directamente aplicable en todos los estados miembros, por lo que se requerirá de una adaptación de la propia normativa interna.

Como se ha señalado en la citada Propuesta de Reglamento se exige que el consentimiento sea expreso y verificable cuando sea prestado por los menores, correspondiendo la carga de la prueba de la existencia del mismo al prestador del servicio, en lugar de al menor. Si el apartado 4 del Art. 8 determina como obligación de los responsables de los tratamientos de datos personales, entre los que se encuentran las imágenes, la articulación de aquellos medios que garanticen que se proceda a la comprobación tanto de la edad, como de la veracidad del consentimiento prestado por el menor, habrá de ser considerada una obligación a cumplir por parte de los prestadores de servicios en línea, como son las redes sociales. Exigencia que, hoy por hoy, en la vida real es problemática, pues no existen mecanismos tecnológicos con garantías que, permitan en el momento del recabo de datos de identificación de la persona que se quiere dar de alta en la Red o, cuando se vaya a “volcar” una fotografía en el acto de prestación del consentimiento, hacer una comprobación válida de los citados datos, ni de la edad, ni tan siquiera tener plena seguridad sobre la realidad del menor de que se trate.

Ahora bien, lo que sí se puede facilitar es el establecimiento de sistemas de verificación efectiva, mediante un procedimiento de comprobación, como puede ser la aportación del DNI electrónico, (para lo que únicamente se requiere un dispositivo fácil de

instalación y muy económico, algunas redes sociales como Tuenti parece que pueden estar estudiando dicha posibilidad), y la existencia de sistemas de borrado cuando se detecten incumplimientos en la veracidad de la edad para los menores o, que afecten a cualesquiera de sus datos identificativos. También se deberían implementar algún tipo de mecanismo, para que no se pudiese operar en la Red si no se ha tenido constancia de la identificación, incluso con un sistema similar al que se establece para operar con plena seguridad en el marco de los servicios financieros, y así mismo que se tuviera en cuenta que si se llegase a detectar una suplantación de identidad, o una falsedad en la identificación, el suplantador tuviera un periodo sin que pudiera acceder a la Red, de tal manera que se encontrara penalizada de forma grave dicha circunstancia, sin perjuicio de otras responsabilidades, en su caso que le pudieren corresponder.

Y es que a pesar de muchas iniciativas dignas de reseñar, como los ya mencionados Principios de Privacy By Design, tratan de imbuir en la construcción de las redes sociales, una estrategia en la que la regla general es la privacidad por defecto, y que la titularidad de los datos es del propio usuario y por tanto el único dueño de la información, fijándose la privacidad por defecto, embebida en el propio diseño de la red social de que se trate, con visibilidad y transparencia. Pero de ello todavía estamos lejos.

Estas cuestiones, en las que ya se viene trabajando, han dado lugar a la existencia del denominado European Data Protection Supervisor, que precisamente recomienda la aplicación de los denominados Principios de la Privacy by Design.

Con el establecimiento de estas y otras medidas, no sólo de tipo jurídico sino también en el ámbito de la tecnología, en el ámbito educativo se trata de ir aportando tanto soluciones jurídicas, procedimentales, así como tecnológicas y por supuesto, las formativas y de concienciación para disminuir los riesgos de intromisiones ilegítimas en todo tipo de datos personales, y en particular de las imágenes y videos de los menores, fundamentalmente en el ámbito de la Red, cuyo alcance futuro puede ser incalculable.

Pero además de la lógica actuación de los legisladores, autoridades, instituciones, fuerzas de seguridad del Estado, profesores, padres, Ministerio Fiscal, hemos de ser todos los profesionales de estas materias los que hemos de contribuir con nuestros conocimientos a que se efectúe una educación adecuada en las aulas y en las casas, en todos los supuestos: cuando son los propios menores los que distribuyen sus imágenes, pues deberemos ver qué edad tienen y las garantías de las que se disponen, para garantizar que la edad de los usuarios sea la permitida de 14 años. Los menores se encuentran en situaciones delicadas de falta de madurez suficiente, y hemos de educar y concienciar sobre las consecuencias que puede tener compartir las fotografías o vídeos en Internet, o en las redes sociales; hemos además de ser conscientes de que se requieren permisos/ autorizaciones de padres/tutores o de los afectados para difundir las fotografías en las que aparezca un menor incluso si es nuestro hijo, requiriéndose el consentimiento escrito de ambos padres, aunque claro está el consentimiento es siempre revocable; los consentimientos deben ser en todo caso libre, previo e informado, específico, verificable y claro está se puede revocar; se pueden articular y reforzar canales de denuncia, pudiendo reclamar ante los responsables de las webs para la retirada de imágenes, y ante los buscadores, pero esta opción última será más complicada habida cuenta el estado de la cuestión en el tema de AEPD versus Google, y la opinión manifestada el pasado mes de junio, sobre la responsabilidad de las webs máster y los buscadores. Y es que no podemos obviar el hecho de que las imágenes son datos personales y como tal sujetos a la LOPD y a las que afectan la Ley Orgánica de Protección del Menor,

en cuyos artículos 4 y siguientes se regulan el derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen del menor, por lo que se hace necesario también conocer qué se consideran medios de comunicación, para poder aplicar, en su caso, lo que CONTRERAS NAVIDAD indica al efecto respecto de las responsabilidades de estos medios que se mueven en Internet, y como se podría aplicar las mismas reglas y responsabilidades que a los medios de comunicación, tal como se ha ido manteniendo en la propia Jurisprudencia, todo ello aludido anteriormente.

CONSTRUCCIÓN INDUSTRIALIZADA. El suelo como materia prima.

Industrialized Construction. The land as a raw material.

Luis Javier Cuenca López
Dr. en Ciencias Jurídicas por la Univ. de Granada
Máster Universitario en Seguridad
Integral en la Edificación y Arquitecto Técnico

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2013

Fecha de aceptación: 10 de octubre de 2013

SUMARIO: I. MODIFICACIONES LEGALES NECESARIAS. II. EL SUELO COMO MATERIA PRIMA DE LA CONSTRUCCIÓN. III. LAS CONSECUENCIAS DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA. IV. ALGUNOS PROBLEMAS ENCONTRADOS EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA. V. RELACIÓN ENTRE EL URBANISMO Y LA INDUSTRIALIZACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN.

RESUMEN: El suelo es la primera materia prima que necesitamos para fundar sobre él las edificaciones. El suelo, como bien económico, no tiene una primera finalidad agrícola, forestal o paisajística, ese análisis solo se realiza en la Exposición de Motivos de las últimas Leyes del Suelo desde 1992. Y no es verdad en ningún caso; todos los seres vivos terrestres y algunos marinos, utilizan el suelo de forma natural como habitación y espacio donde poder sustentarse ellos y las familias o manadas que hayan formado o lideren.

Nosotros que pertenecemos, como especie, a la de los primates y que también somos territoriales, no íbamos a ser menos. Tenemos el instinto de ocupar un territorio y no dejar que lo ocupen otros congéneres. Es este el principio natural e instintivo de la propiedad privada del suelo y lo defenderemos hasta el final, porque nos es absolutamente necesario para nuestra vida, la de los nuestros y para nuestro desarrollo natural.

El proceso que llamamos Civilización, modificó culturalmente nuestro instinto natural hasta llegar a construir el concepto jurídico de propiedad privada. Durante toda nuestra existencia civilizada ha permanecido dicho concepto como un derecho de goce y disposición de las cosas y, en ese sentido se incluyó en el artículo 348 del CC, en el que se determina que *«la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes»*.

Con respecto a la propiedad del suelo, la voracidad de los Poderes Públicos, con la excusa de atender al interés general, fue comiéndole el terreno a los particulares y, una vez aprobada la primera Ley del Suelo en 1956, poco a poco las restricciones legales que podían imponerse a ese derecho de forma externa fueron aumentando, hasta configurarse como parte esencial de ese derecho, concluyendo que el suelo no tiene otra finalidad primaria que no sea la que podíamos llamar rústica y que se puede convertir el suelo apto para edificar por la acción directa de las Administraciones urbanísticas.

Para que la edificación industrializada surta entre otros efectos el de abaratar sus costes y consiguientemente sus precios, es necesario que el precio del suelo sea racional y barato y esto no se podrá conseguir si la escasez de suelo prevista en los planes urbanísticos nos la impone la Administración urbanística con el fin de alcanzar un precio del suelo muy alto, es decir, que la acción administrativa sirva para generar inmensas plusvalías de las que pueda apropiarse para financiarse en contra del interés general.

ABSTRACT: The land is the first raw material that we need in order to found buildings upon it. As an economic good, it does not have a first agricultural, forest or landscape purpose; an analysis which is only made in the *'Exposición de Motivos'* of the latest Land Laws since 1992. And it is not true in any case; all terrestrial and some marine living beings use the land in a natural way as the habitat and space where they can stand by themselves, as well as the families or herds that they have created or those they lead.

We, who belong as a species to that of the primates, besides being territorial, could not be less. We occupy a territory by instinct and we do not let others to occupy it. This is the natural and instinctive principle of the land's private property and we will defend it to the death, since it is absolutely necessary for our lives and the natural development of those.

The process that we call Civilization culturally modified our natural instinct until getting to build the legal concept of *private property*. During all our civilized existence such concept has remained as an enjoyment and disposal right, a sense later included in the article 348 of the CC, which determines that “*property is the right to enjoy and have something, without other restrictions than those established by the Law*”.

As regards the land's property, the greed shown by the public authorities, under the pretext of attending to the general interest, started to gain ground to the individuals and, once approved the first Land's Law in 1956, legal restrictions that could externally prevail over that right, were increasing little by little, until it has constituted an essential part of that right; concluding that the land has no primary purpose other than which could be called 'rustic'; furthermore, it is possible to make the land fit for building by the direct action of urban administrations, which does not stop being a self-interested fallacy.

In order to make the industrialized construction cheapen its costs and consequently its prices, it is necessary the land's price to be rational and inexpensive, which will not be achieved if the expected land's shortage on the urban plans is imposed by the urban administration in order to reach a high land's price; that is, the administrative action should be used for generating immense added values of which it can appropriate to finance itself against the general interest.

PALABRAS CLAVE: Propiedad privada del suelo, urbanismo, acción urbanística, participación en las plusvalías.

KEY WORDS: Private ownership of land, urbanism, urban action, participation in capital gains.

I. MODIFICACIONES LEGALES NECESARIAS.-

No creo que diga nada nuevo si mantengo que, en España, tienen que cambiar muchas cosas para que podamos apreciar que nos encontramos en un país democrático occidental avanzado, es decir, en aquello que sin demasiada propiedad la prensa suele llamar *un Estado de Derecho*.

MUÑOZ MACHADO lo expresa muy acertadamente en el propio subtítulo de uno de sus libros¹, que debería ser libro de texto en todos los niveles de la enseñanza en España, desde el preescolar, hasta el doctorado y que habría que obligar a toda la clase política, de cualquier nivel, a que lo tuvieran como libro de cabecera, al menos aquellos que sepan leer o que entiendan lo que leen.

Desde el punto de vista de la industrialización de edificios, como tenemos dicho, deben cambiar nuestras ideas: la mentalidad de la sociedad, la actitud de los técnicos proyectistas, la industria manufacturera de materiales, elementos, sistemas y subsistemas constructivos, la inercia que se mantiene en la promoción de viviendas y buena parte de la legislación sobre construcción que en absoluto colabora en pro de la industrialización.

Centrándonos en el *suelo como materia prima* de la edificación, nos encontramos con un primer problema al estudiar la legislación urbanística actual y proviene de las estipulaciones de los artículos 148 y 149 de la CE. Se trata de que en España no hay una legislación urbanística unitaria, sino que existe una legislación nacional básica que cubre aspectos sobre el estatuto jurídico de la propiedad del suelo, valoraciones inmobiliarias y algunas cosas más y diecisiete legislaciones urbanísticas que interpretan las normas básicas desde sus intereses particulares y generan lo que podríamos llamar un *galimatías urbanístico* como no se conoce en ninguno de los países cercanos de nuestro entorno europeo. Un segundo problema esencial, desde mi punto de vista, es el Estatuto Jurídico de la propiedad privada del suelo que, aunque se incardina en el del derecho de propiedad privada, tiene sus propias peculiaridades y éstas determinan el intervencionismo político-administrativo agobiante que soporta hoy día y que, estamos convencidos, es fuente del alto grado de corrupción que padecemos y del excesivo precio del suelo que repercute muy negativamente en el alto precio final de la vivienda en España.

¹ MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. 1ª edición. Edit. Crítica, S. L., ISBN: 978-84-9892-466-4. Barcelona. Novbre, 2012.

Las dos concepciones fundamentales sobre la propiedad privada del suelo, que podemos llamar *civilista* (o abstracta) y *urbanística* (o estatutaria). La primera es por la que nos decantamos y parte de las determinaciones del artículo 348 del CC, que señala que: “*La propiedad privada es el derecho a gozar de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción sobre el tenedor y poseedor de la cosa para reivindicarla*”.

La segunda, reconocemos que es la mayoritaria y cuenta con el respaldo de las sucesivas Leyes urbanísticas, con la mayoría de la doctrina y con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional.

Ante esta situación, no sería extraño que me considerais un verdadero osado, pero como ahora veremos, la transfiguración que ha sufrido el derecho de propiedad privada, especialmente la del suelo, es el principal fundamento para que se haya llegado a la situación de asfixia económica que, en la actualidad, cae como una losa sobre el sector de la edificación, porque los humanos tendemos a abusar de aquello que, si hubiésemos moderado nuestro instinto depredador, solo hubiera llegado a ser un mal menor.

La concepción que he llamado *urbanística* de la configuración del derecho a la propiedad privada del suelo, que es la corriente hoy prioritaria, considera que el concepto civilista que sobre la propiedad se encuentra expresado en los artículos 348 y 350 del CC, está hoy día superado y que constituye hoy un derecho esencial e *intrínsecamente limitado* por su *función social*. Frente a la noción genérica propuesta tradicionalmente por el Derecho privado, la corriente *urbanística* considera que el contenido del derecho de propiedad del suelo está encerrado en límites precisos² que son definidos por la legislación urbanística y se concretan, para cada parcela del territorio, en los conocidos *Planes de Ordenación Urbana*. A la vista de los acontecimientos de los últimos años, se me ocurre que no es suficiente legitimidad para la configuración de un derecho esencial como es el de propiedad del suelo, en un país considerado como un Estado de Derecho.

² Esta corriente jurídica no suele tener en cuenta que los límites que dice precisos pueden ser modificados y aumentados simplemente por las figuras de Planeamiento urbanístico, es decir que los Ayuntamientos pueden mediante los Planes que aprueben poner las limitaciones que realmente quieran o que crean que les son necesarias para los diversos fines que se propongan y ello sin las garantías necesarias que aporta que el derecho de propiedad esté definido por los representantes del pueblo español que es el depositario de la Soberanía.

Este primer problema que detecto es el que permite que el Texto Refundido de la Ley del Suelo (*desde ahora TRLS*) en vigor, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en su exposición de motivos señale que “*el derecho de propiedad del suelo conlleva únicamente el derecho de opción a la participación en la actividad urbanizadora*”, no el derecho a edificar como permitía siempre el derecho común privado.

Es decir, el derecho de propiedad privada del suelo ha sufrido una transmutación que ni siquiera puede justificarse en la *cláusula social* del apartado 1 del artículo 1º de la CE. El problema que existe para que esta configuración de la propiedad privada del suelo se haya abierto paso, consiste en una mala interpretación del apartado 2 del art. 33 de la CE, donde se señala que la función social de la propiedad «*delimitará*», (no «*limitará*»), el contenido de este derecho, de acuerdo con las leyes.

La propiedad del suelo, según esta concepción «*delimitada*», materializada en el TRLS, ha quedado dissociada del derecho a edificar sobre el mismo, en contra de la concepción tradicional de la propiedad privada. Pero conviene no perder de vista que esta nueva concepción, «*delimitada*» por un supuesto «*interés social*», no es un concepto novedoso, ni siquiera es un concepto original de propiedad privada derivado de las determinaciones del art. 33 de la CE, sino que nació al Ordenamiento Jurídico con la promulgación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, es decir, hace 57 años, y tuvo una gran influencia en la redacción del artículo 33 de la CE.

Permaneció invariable en la reformada Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975 y en el Texto Refundido de 9 de abril de 1976, y del mismo saltó al texto de la Constitución en la que los legisladores situados en la izquierda veían esta concepción con muy buenos ojos y los situados en la derecha parecían estar interesados en que quedara permitido el intervencionismo, tratándose de un asunto tan económicamente goloso como es el urbanismo y la edificación del suelo.

La siguiente vuelta de tuerca vino con la promulgación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo que terminó configurada como Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, conocida como Ley Borrell, en cuya exposición de motivos ya se dice directamente que con esta Ley da comienzo “*una nueva configuración del derecho de propiedad urbana*”, estableciendo que ésta es “*una propiedad temporizada y evolutiva*”, en la que el propietario del suelo va adquiriendo las facultades urbanísticas, según vaya cumpliendo los

deberes y las cargas urbanísticas que se le impongan, *«parva saepe scintilla magnum incendium insperato excitat»*.

La tesis tradicional sobre la propiedad la concebía como un derecho absoluto que responde al concepto histórico del dominio que se nos transmitió desde el Derecho Romano, en el que se concebía como *«plena in re potestas»*, de tal forma que la propiedad se definía como el señorío más amplio que puede tenerse sobre una cosa, es decir, la propiedad es el derecho pleno sobre una cosa que va acompañado del concepto de exclusividad o poder de excluir a cualquier tercero, con la consecuencia de que las leyes solo pueden determinar lo que el propietario *no puede hacer* y, de ningún modo pueden determinar lo que el propietario pueda o deba hacer.

Lo que introdujo la Ley del suelo de 1956 fue un nuevo concepto de propiedad privada del suelo *internamente delimitada* por su función social —*Pater dimitte illis non enim sciunt quid faciunt*— y así ha sido concebido en la Constitución Española y en las sucesivas Leyes del Suelo que se han promulgado desde entonces, hasta culminar en el nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, donde el único que no parece tener arte ni parte en los negocios urbanísticos es el propietario del suelo, con lo que estoy en absoluto desacuerdo porque, en mi opinión, no se respeta el apartado 1 del art. 33 y el apartado 2 del mismo artículo, ambos de la CE.

Usando el sentido común, la propiedad privada del suelo protegida por la CE no es reconocible en esta *“propiedad delimitada”* y, estando de acuerdo que las leyes puedan limitar su ejercicio para amparar su función social, según el texto de la Ley del Suelo en vigor no es que solo las leyes puedan limitar el derecho de propiedad privada, sino que su delimitación intrínseca permite que hasta los preceptos con menos jerarquía normativa — también garantizada en el apartado 3 del art. 9 de la CE— de una figura de Planeamiento Urbanístico elaborada por un simple técnico al servicio de cualquier Ayuntamiento, pueden delimitar y limitar este derecho de propiedad.

Por eso no estamos de acuerdo con esta configuración del derecho de propiedad privada del suelo que, incluso, nos parece inconstitucional, en consecuencia, una vez vistas las experiencias que desde 1956 tenemos delante de nuestros ojos y toda vez que estamos comprobando el resultado de que los Poderes Públicos se inmiscuyan en todo hasta conseguir arruinar a España, una de las tareas más urgentes es la de modificar la Constitución Española, en el caso que nos ocupa sobre edificación industrializada, consistiría, como mínimo, en la modificación del apartado 2 del artículo 33

que debería decir: «*La Ley limitará el contenido de estos derechos a fin de que la propiedad privada tenga un fin social*».

Es decir, estamos de acuerdo en que, externamente al propio derecho, se limite el mismo para conseguir su fin social, pero no estamos de acuerdo con esta absurda concepción del derecho de propiedad privada delimitada, ya que de ella nacen el resto de los problemas que hoy presenta la legislación urbanística y que culminan con que el del urbanismo sea el sector más corrupto de España.

II. EL SUELO COMO MATERIA PRIMA DE LA EDIFICACIÓN.-

Del Estatuto jurídico de la propiedad expuesto en el epígrafe anterior se derivan enormes problemas que nos han traído la situación de hundimiento del Sector de la edificación que sufrimos hoy día, porque la obtención o adquisición de suelo donde edificar no es una cuestión baladí, aunque a algunos se lo parezca. Además, e independientemente de su altísimo precio en condiciones normales de mercado, determina y configura la naturaleza y el tamaño económico de la promoción de cualquier edificio y constituye una etapa de gran incertidumbre en cualquier promoción inmobiliaria. Esta circunstancia condiciona sustantivamente el precio de las viviendas construidas ya que la repercusión del precio del suelo sobre el metro cuadrado de vivienda edificada puede llegar a ser prohibitivo; no siempre guarda relación con los costes de la construcción que sobre él se funda, a no ser que el promotor decida –de forma optativa– construir con calidades proporcionales al precio de suelo adquirido, lo que no siempre ocurre.

Por este motivo, el Decreto 395/2008 de la Junta de Andalucía y la Orden de 7 de julio de 2009³ sobre Viviendas Protegidas limita el precio del

³ La Junta de Andalucía promulgó el Decreto 395/2008, de 24 de junio, por el que se aprueba el Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012 y la Orden de 7 de julio de 2009, por la que se aprueba el Texto Integrado del Plan Concertado de Vivienda y Suelo aprobado por el Decreto 395/2008, de 24 de junio, con las modificaciones introducidas por el Decreto 266/2009, de 9 de junio, cuyo artículo 15 (en ambas normas) señalaba: «*El precio de los terrenos destinados, por el planeamiento o por condición contractual, a la construcción de viviendas protegidas, incluido el coste de las obras de urbanización necesarias, no podrá exceder del 15% del importe que resulte de multiplicar el precio máximo de venta o referencia del metro cuadrado por la superficie útil de las referidas viviendas y anejos vinculados. Cuando existan locales comerciales y, en su caso, anejos no vinculados, el precio de los terrenos destinados a estos usos no podrá exceder del 30% del importe que resulte de multiplicar el precio máximo de venta o referencia de las viviendas por los metros cuadrados de la superficie útil de los referidos locales comerciales y anejos no vinculados*».

suelo al 15 % del precio de referencia de la promoción de que se trate incluida la construcción de la urbanización, si fuera preciso, aunque, la realidad sea bien distinta⁴, los propios Ayuntamientos que transfieren suelo de sus patrimonios públicos con el fin de construir Viviendas Protegidas, en muchas ocasiones se exceden de la limitación legal que tienen sobre su precio y sacan a subasta solares con valores⁵ de salida superiores a ese 15 % que prevé la Ley.

Lo anterior, junto con la avaricia con que acostumbra a actuar este sector económico, usando los sistemas de construcción artesanal, determina que el precio de las viviendas en España haya resultado absolutamente excesivo. Entre tanto, muchos políticos españoles, intelectualmente desprovistos⁶, modifican las Leyes del Suelo para solucionarlo, llamando especuladores, en las respectivas Exposiciones de Motivos, a los propietarios de del mismo, sin darse cuenta que el problema del alto precio de la vivienda es un problema social, no urbanístico, por lo que no tiene solución utilizando medidas urbanísticas⁷, ni, por supuesto, la expropiación de los inmuebles.

⁴ CHARLES LOUIS DE SECONDANT, BARON DE LA BREDE ET SEGNEUR DE MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las Leyes*. Libro XXIX, Cap. XVI, “*Cosas que han de observarse en la composición de las Leyes*”. Traducción al castellano de D. Juan López de Peñalver. Imprenta Nacional. Madrid, 1822. (Hoy depositado en la Biblioteca de Cataluña 2^{eme} Reg. 479.540 30-12º. Este autor clásico señala que «*las leyes inútiles debilitan a las necesarias*».

⁵ Un proverbio que ha hecho fortuna en el ámbito de los valoradores inmobiliarios y que se atribuye a Confucio señala que *es de necios confundir valor con precio*.

⁶ PARADA, R.: *Derecho Urbanístico General*. Edit. Marcial Pons. Barcelona, 2007. Págs. 20 y 21, este autor señala la discutibilidad de la STC 61/1997 que ha dado lugar al “*confuso panorama normativo*” sobre el Urbanismo en España. CARRASCO PEREA, A., “*Agentes urbanísticos y propietarios de suelo: un modelo desarticulado de relación fiduciaria*”. InDret, Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, octubre de 2007. Pág. 6. Este autor destaca *lo sorprendente y excesivo que resulta que la Ley estatal 8/2007 imponga el modelo de urbanizador empresarial, cuando hay CC AA que ni conocen ni piensan implantar obligatoriamente ningún sistema de ejecución individual profesional, a cargo de un sujeto que no sea el propietario del suelo*.

⁷ En España, desde la década de los 60 del siglo pasado, se compran viviendas, en lugar de alquilarlas como sucede en gran parte de la Europa a la que pertenecemos. No debemos olvidar que hemos sido, mal que nos pese, un país muy pobre y los ciudadanos siempre han creído más oportuno poseer algún bien que, llegado el caso, pudiera hacer valer para enfrentar las eventualidades que pudieran presentárseles. Hasta los Pactos de la Moncloa, los salarios subieron ostensiblemente, pero desde ellos, cada vez que nos hemos encontrado con problemas económicos, siempre han tratado de resolverlos con la contención de los salarios, no la de los precios. Hasta llegar a esta crisis en la que, hasta los que trabajan, se ven y se desean para llegar a fin de mes. El problema social de la vivienda estriba en que, con los salarios actuales, es imposible alcanzar para pagar los precios que nunca se han moderado (*el día en que entró en vigor el euro, sin dejar pasar ni una hora, la inflación aumentó un 66'386 %, justo la cantidad que el euro excedía de los antiguos veinte duros*).

El precio del suelo obedece, como el de otros bienes en el libre mercado, a la ley de la oferta y la demanda, como lo ha demostrado palmariamente la crisis económica que padecemos, en la que hemos visto que una buena parte de los activos tóxicos de los que han tenido que hacerse cargo las entidades financieras son solares, parcelas o terrenos, sobre los que los promotores constituyeron créditos hipotecarios que, al caer la demanda de viviendas, redujeron su valor a cero € porque nadie los quería, ni los necesitaba. Los balances de las Entidades bancarias se desestabilizaron y nos está costando a los españoles unos 60.000 Millones de €, y la crisis más importante que hayamos padecido en España, sin que se pueda atribuir la culpa a los ciudadanos que se encontraron con una falta de soluciones fiables donde guardar sus ahorros con un interés razonable y optaron por *«el ladrillo»*.

No estoy de acuerdo con el planteamiento que hacen los políticos, por eso mantengo que los especuladores verdaderos son los Ayuntamientos que conforman la Administración Urbanística, según nuestra legislación, junto con las CC AA que tienen transferidas estas competencias. Lo son porque una defectuosa e ineficaz legislación sobre la financiación de estas Administraciones Públicas hace que en el urbanismo vean la solución para financiarse a base de licencias de obras, permisos de construcción y licencias de primera ocupación, además de la adquisición gratuita de importantes superficies de suelo para sus patrimonios públicos, a costa de sus legítimos propietarios. Y ello, sin contar con que la *corrupción urbanística* representa en España un agudo problema que nos cuesta ingentes cantidades de dinero, como ahora veremos:

Según el llamado Informe Global de la Corrupción 2005 de Transparency International, *«ningún otro sector tiene la corrupción tan arraigada como el sector de la construcción»*, pudiendo cifrarse en 4 billones de dólares anuales el dinero destinado a compras de políticos en todo el mundo.

El Informe Global de la Corrupción de la ONG Transparency International-España correspondiente a 2006, realiza un análisis de la corrupción en el ámbito local, en relación con el urbanismo y la especulación, que señala que *«en términos globales, el ámbito donde la corrupción es más elevada en España es el del nivel de gobierno local»*, al que considera un *«foco de corrupción permanente»*.

Por su parte, el Informe Global 2007 sobre la Corrupción en España, también emitido por la ONG Transparency International, contiene la afirmación de que *«...la multiplicación de escándalos vinculados a la*

denominada “corrupción urbanística” está reforzando la imagen “cínica” de la ciudadanía española sobre nuestros gobernantes y contribuyendo a deslegitimar las instituciones democráticas».

Especialmente incisivo y doloroso resulta el Informe Global de la Corrupción de 2008 que muestra que: «...*La corrupción urbanística produce muy diversos efectos en tres niveles, en el nivel social, en el económico y en el político y todos ellos afectan a la calidad de la democracia*».

Por lo que se refiere al nivel social, se señala que la corrupción urbanística está dando lugar al deterioro del medio ambiente y al *sobreprecio de la vivienda*, lo que expresa una ruptura del pacto intergeneracional, pues mayor construcción y mayor urbanización no será mejor para las generaciones futuras, quienes se encontrarán con una pérdida de bienestar y calidad de vida importante con respecto a la generación actual. Señala expresamente este Informe que, dentro del ámbito urbanístico, «*Las decisiones tomadas supuestamente para beneficio público están en realidad motivadas por un deseo de obtener ingresos privados y terminan en políticas y proyectos que empobrecen antes que enriquecen al país, que se toman en una posición de monopolio y sin mecanismos que permitan exigir responsabilidades por lo realizado. El panorama no puede presentarse más desalentador: la corrupción incrementa la desconfianza y destruye el capital social de la nación*».

ROJAS MONTES⁸, señala que cuatro de las notas más características de los psicópatas son: la «*falta de empatía*», la tendencia hacia la «*mentira compulsiva*», la «*ausencia del sentido de culpabilidad*» y la «*imposibilidad de aprender de sus propias experiencias*». Si, como parece, es verdad, podríamos decir que los políticos y legisladores son unos psicópatas y, especialmente los que tienen a su cargo el urbanismo en España:

- a) Puede que la primera Ley del Suelo, en 1956, se redactara creyendo sinceramente que esa era la mejor y más apropiada manera de legislar sobre este bien tan necesario y peculiar, pero, a la vista de los

⁸ ROJAS MONTES, E.: Este controvertido Psiquiatra, que dice ser Catedrático de Psiquiatría de la Universidad Complutense de Madrid, contestado por mucha gente que llega a dudar de su título de Psiquiatría –, en el Colegio Oficial de Médicos de Madrid parece figurar solo como Médico, sin especificación alguna sobre su especialidad concreta; el domingo 25 de novbre. de 2012, en una tertulia televisiva llamada “*Lágrimas en la lluvia*”, delante de otros tres psiquiatras, dos de ellos catedráticos de Universidades distintas, fue presentado como Catedrático de la Complutense y ninguno de sus colegas adujo algo distinto. Independientemente de su cualificación académica, señaló estas cuatro notas identificativas de las conductas psicopáticas, sin que los demás psiquiatras presentes opusieran objeción alguna, por eso, y por encontrarse dentro del *sentido común*, las utilizamos.

resultados de su aplicación año tras año –ya hace 56 años desde su primera promulgación–, no es posible colegir que lo que se dice en las Exposiciones de Motivos de las Leyes del Suelo sea sincero; todo lo contrario, dichos textos contienen la mayor sarta de mentiras que pueda leerse en cualquier otro sitio.

- b) Tras 56 años de Leyes del Suelo de tenor similar o peor, conociendo los resultados nefastos obtenidos, ni los legisladores, ni los políticos que desde cualquier Administración urbanística deben aplicar las normas, ni los técnicos que se han acomodado a ellas, muestran la más mínima señal de sentimiento de culpabilidad por los desmanes y los daños causados a los ciudadanos con la legislación o el planeamiento que de ella se ha desprendido.
- c) Evidentemente, si insisten en sus errores, lo que nos muestran es su incapacidad más profunda para aprender de sus propias equivocaciones y, en consecuencia, rectificar las cosas; muy al contrario, cada vez que dicen que van a poner al día la legislación sobre el régimen del suelo o el urbanismo, lo que hacen es profundizar en el error, seguramente porque sus intereses espurios, les aconsejan no rectificar, les resultan demasiado apetecibles los enormes beneficios ilícitos que suelen obtener muchos de ellos.
- d) La falta de empatía con sus semejantes se deduce de esta forma de actuar que encaja perfectamente, como un guante, en la definición de las conductas psicopáticas.

Como suele ocurrir siempre, la realidad supera a cualquier construcción intelectual, por más racional que ésta sea y viene a reafirmarme en lo que aquí planteo. Un informe de la OCDE, el Informe PIAAC⁹, conocido en octubre de 2013, realizado sobre un universo constituido por 157.000 adultos entre los 16 y 65 años (6.055 españoles), nos sitúa en los últimos puestos entre los 23 países de nuestro entorno estudiados: la comprensión lectora de los adultos españoles y sus habilidades matemáticas son deplorables y han descendido notablemente desde el último repunte que hubo durante los años 70 del siglo pasado con las nuevas Leyes educativas de la democracia –digámoslo claro, ideadas por una ideología socialdemócrata–, esta circunstancia nos hace comprender que con una ciudadanía tan patética culturalmente hablando, el instinto depredador y corrupto de muchos políticos listillos –que no inteligentes– campe por sus respetos y consiga que

⁹ Siglas en inglés de «Programa Internacional para la Evaluación de la Competencia»

a los ciudadanos, incapaces de comprender conceptos complejos, le parezcan normales las prácticas abusivas en materia de urbanismo. Es posible que no lleguen a entender que nos roban a todos los españoles, incluso a ellos.

Para rematar la lamentable situación española, la Sentencia del caso «*Malaya*» reafirma mi convicción de que el problema del urbanismo en España y la correlativa corrupción que le acompaña, la mayoría de las veces, tiene su origen en el exorbitante intervencionismo administrativo que las propias Leyes urbanísticas diseñan. No abundaré sobre la capacidad que políticos de medio pelo tienen para decidir qué puede edificarse o no y extraer de ella pingües beneficios. La Sentencia del caso «*Malaya*», tan ilustrativa, es demasiado amplia (unos cinco o seis mil folios) como para analizarla a vuelapluma. Ya tendré ocasión de comentarla a fondo.

Mientras tanto, lo que me sugiere es la necesidad de transformar el sistema urbanístico legalmente establecido sobre la base del Planeamiento Urbanístico, variándolo hacia un sistema de *Ley General* que elimine el intervencionismo de las Administraciones Públicas, y le permita a éstas solamente competencias de *policía urbanística*, en un contexto en que el nuevo paradigma sea la construcción industrializada.

III. LAS CONSECUENCIAS DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA.

No es en este foro, ni el sitio, ni tampoco el momento de realizar un profundo estudio crítico de la legislación urbanística española que excedería del propósito de este artículo, pero, a modo de ejemplo, voy a tratar de explicar alguno de los problemas que presenta dicha legislación española y que afectan muy negativamente a la seguridad integral del sector de la edificación:

Se trata del caso que hace referencia a la *Situación de Fuera de Ordenación*, tal como la denomina la vigente Ley del Suelo y alguna de sus homónimas autonómicas. En mi opinión, los textos legales producen algunas situaciones absolutamente kafkianas que llegan a conculcar los derechos fundamentales reconocidos por la CE en su artículo 9.3. Es dudoso que se pueda legislar que, en suelo urbano, una edificación construida, terminada y puesta en uso, con sus correspondientes licencias municipales, licencias de obra y permiso de primera ocupación, de acuerdo con la Ley y con el Planeamiento Urbanístico vigente, pueda ser *declarada en situación de Fuera de Ordenación* por el simple hecho de que, pasado algún tiempo, un nuevo instrumento de planeamiento, posterior, haya sido aprobado por el correspondiente Ayuntamiento dejando al edificio fuera de la ordenación que se proyecta.

Es decir, se trata de aquellas situaciones que GAMERO RUIZ, A.¹⁰ denomina «*de fuera de ordenación legal*» o «*strictu sensu*» que, según la misma Inspectora, “*son las nacidas con arreglo a una ordenación urbanística que, a consecuencia de la sucesión de normas en el tiempo y al «ius variandi» del planificador urbanístico, devienen incompatibles con la nueva ordenación [que se pretende]*”.

También, según esta Sra. Inspectora, las situaciones «*análogas*» o «*asimiladas*» a las de *Fuera de Ordenación*, referidas a construcciones clandestinas o ilegales, desde el momento de su nacimiento, que hayan quedado inmunes [por prescripción legal] a la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada por el mero transcurso del tiempo – suponemos que quiere decir por la falta de eficacia de la Administración urbanística que debería haber actuado dentro de los plazos legales previstos para ello— está regulado en la Ley del Suelo, a pesar de que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 8/1990, de 25 de julio (la misma Inspectora, sin mucha precisión señala *Ley 8/1975, de 25 de julio*) dispone que: «*las [edificaciones] situadas en suelos urbanos o urbanizables realizadas de conformidad con la legislación urbanística aplicable, o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular*». Esta disposición tiene el carácter básico en virtud del artículo 149.1.1^a, 13^a, 18^a y 23^a CE, según queda declarado en la Disposición Final Primera del RDL 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el TRLS.

Lo primero que puede observarse respecto del primer caso, es decir, cuando se trata de edificaciones, instalaciones, obras de urbanización, u otras, amparadas por el planeamiento vigente en el momento de llevarse a cabo, es que el redactor del nuevo planeamiento, por sí o por imposición de los responsables políticos del Ayuntamiento actuante, no parte de la ciudad real que existe para, a partir de ella, redactar el nuevo planeamiento, sino de una ciudad ideal que se inventa. Ello sería lícito realizarlo en casos que

¹⁰ GAMERO RUIZ, E.: “*Aspectos Técnicos y Jurídicos de la Situación de Asimilación a la de Fuera de Ordenación en Andalucía*”. Ponencia presentada en las I Jornadas de la Asociación de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda. Sevilla, 16 de abril de 2011. Esta Inspectora de urbanismo y Vivienda de la Administración Autónoma de Andalucía desarrolla en esta ponencia las ideas que la Inspección, creada recientemente a raíz de algunos de los casos más espectaculares de corrupción urbanística en Andalucía (Marbella, Armilla y otros) que salpicaban al partido que sustenta el Gobierno andaluz, considera aceptables e idóneas para luchar contra la ilegalidad urbanística, lo que resulta, cuando menos, dudoso desde el punto de vista constitucional, con independencia de la jurisprudencia del TC que, desde un primer momento, con el caso Rumasa, se desprestigió lo suficiente como para no resultar creíble, en muchos casos, con independencia de que sus Resoluciones y Dictámenes sean acatados porque pretendemos vivir en lo que llamamos un Estado de Derecho.

podrían ser absolutamente motivados y por ese concepto jurídico indeterminado cual es el *interés general* que frecuentemente se confunde con los propios prejuicios y las ideas premeditadas de los responsables del planeamiento o de sus redactores.

Pero, es que, además, esta situación, prevista en el artículo *34.1.b) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, entre otras, en mi opinión, directamente conculca el artículo 9.3 de la CE, en lo que la *retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos* ya que, de acuerdo con el sistema estatutario de la propiedad privada del suelo que no compartimos, el derecho a edificar y el de incorporar lo edificado al patrimonio del titular del derecho, constituirían una parte inviolable del derecho de propiedad del suelo reconocido por el artículo 33 de la CE y según el apartado 3 de dicho artículo establece la única forma de privar a un ciudadano de sus bienes, es decir, la expropiación mediante la indemnización correspondiente y siempre que exista causa justificada de *utilidad pública* o *interés social*.

También se conculca el artículo 149.1 de la CE, en las cláusulas supra señaladas, ya que la delimitación de la propiedad privada es una competencia exclusiva del Estado y, en los casos expuestos de situaciones Fuera de Ordenación se están utilizando las disposiciones de una Ley Autónoma en virtud de las competencias señaladas en el artículo 148 CE.

Se conculca, así mismo, el principio de jerarquía normativa reconocida en el artículo 9.3 de la CE y la reserva de Ley prevista en el apartado 2 del artículo 33 CE, ya que la declaración de haber incurrido en la Situación de Fuera de Ordenación que analizamos, se realiza en virtud de un procedimiento administrativo, cual es la aprobación de un instrumento de Planeamiento Urbanístico, aunque sea en virtud de una Ley.

Por último, en nuestra opinión, se conculcan del mismo modo los principios de seguridad jurídica y el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: Imaginemos por un instante que un ciudadano compra un inmueble con la *seguridad* de que es absolutamente legal y que se ha construido de acuerdo con el Planeamiento Urbanístico en vigor al tiempo de su ejecución y con la obtención de la licencia de primera ocupación, y así aparece inscrito en el correspondiente Registro de la Propiedad. Pasado el tiempo, el Ayuntamiento de la localidad donde se encuentre ubicado, decide una modificación, innovación o revisión del planeamiento vigente y, no teniendo en cuenta *la ciudad existente*, el inmueble al que nos referíamos queda declarado en *Situación de Fuera de Ordenación* porque el técnico redactor del Plan, o uno de sus delineantes, sin precisión alguna, han trazado las líneas que definen un vial obviando total o parcialmente la

edificación existente. La consecuencia de este hecho es que, aunque se reconozca legalmente¹¹ que ha pasado a formar parte del patrimonio de su titular, éste no podría optar jamás a obtener la licencia oportuna para realizar obras de reforma o consolidación que, por cualquier causa, necesite ya que los inmuebles que hayan devenido en esa situación solo pueden obtener licencia para pequeñas obras de mantenimiento o reparación y solo en casos excepcionales –cuando peligre la estabilidad del inmueble y pueda causar daños a sus moradores o a terceros– podría realizar dichas obras que, en todo caso estarían limitadas a salvar el problema de estabilidad que se hubiese presentado. Es decir, por vía del planeamiento se restringen las facultades que el propietario había adquirido cara y trabajosamente en virtud de la especial naturaleza estatutaria y paulatina que hoy se reconoce a la propiedad privada del suelo. La reserva de Ley se ha conculcado ya que siendo una Ley en blanco, remite no a otra Ley cuyas determinaciones sean claras y precisas, sino a un Plan Urbanístico aprobado, al contrario que en el caso de una Ley, por un Órgano Administrativo y, además, las disposiciones que permiten esta barbaridad jurídica se han dictado por un Órgano manifiestamente incompetente, de lo cual, de acuerdo con la LRJAP y PAC, se produciría la *nulidad absoluta* de la declaración, por lo que aquello que es *nulo de pleno Derecho* no puede producir efecto alguno en ningún momento.

¿Quién, en su sano juicio, compraría un inmueble perfectamente legal, sabiendo que al cabo de unos pocos años puede ser declarado en la situación de Fuera de Ordenación, con la cantidad de problemas que, a partir de ese momento, tendría para efectuar cualquier tipo de obra, o incluso, para realizar su venta, ya que la de Fuera de Ordenación es una situación que tiene que estar inmatriculada, como nota marginal, en el Registro de la Propiedad?

Llega a decir la Sra. Inspectora mencionada supra que, con la declaración de fuera de ocupación, se trata de “evitar que el edificio se perpetúe o consolide en el tiempo, porque el ordenamiento no quiere que continúe en el territorio, por lo que son imposibles obras de resurrección de la estructura o uso del edificio o construcción: el horizonte es la muerte del edificio, la ruina urbanística, pero entre tanto se mantiene la subsistencia y utilización conforme a su vida útil”, concepto jurídico indeterminado, también, este último de la «vida útil».

¹¹ Disposición Transitoria Quinta del RDL 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, BOE núm. 154, de 26 de junio de 2008.

Esta situación, regulada en la LOUA, contiene todos los problemas que se pueden presentar en el Derecho: es una *norma en blanco* que remite a un instrumento administrativo de planeamiento, con toda la problemática que representan este tipo de normas. Se apoya en conceptos jurídicos indeterminados y de difícil delimitación, como puede ser el de «*vida útil*» de un inmueble, que depende, entre otras cosas, de la calidad de la construcción con que se haya ejecutado, del escrúpulo de los técnicos y del constructor que la haya ejecutado, con el cumplimiento de la normativa técnica de aplicación, del celo que los trabajadores hayan empleado durante el transcurso de la obra y, una vez acabada y en uso, de si se ha sometido a un mantenimiento sistemático o asistemático.

En definitiva colisiona con el principio constitucional de igualdad ante la Ley ya que, al no ser todas las obras iguales, el término «*vida útil*» del inmueble para unos será muy largo y para otros puede ser efímero, con absoluta independencia de la situación legal en que se halle.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS ENCONTRADOS EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA.—

Respecto de la legislación urbanística, las modificaciones tienen que ser radicales y extensas porque, desde 1956 cuando entró en vigor la primera Ley sobre Régimen del suelo y Ordenación Urbana, ya bastante intervencionista, el legislador español no ha parado de dar vueltas de tuerca para que dicho intervencionismo llegue a ser hoy día absolutamente agobiante y que cada vez el precio del suelo sea más prohibitivo, lastrando el precio final de la vivienda nueva y arrastrando a las de segunda mano.

Las primeras reformas que conviene hacer son las constitucionales de cara a la coherencia del ordenamiento jurídico y en ese sentido habría que modificar los artículos 148 y 149 del CE para que el urbanismo fuese materia exclusiva estatal, tal como ocurre en Alemania; y que las CC AA, y Ayuntamientos solo tuvieran la competencia de policía urbanística y nada más. Hay que reformar, así mismo, los artículos 33 y 47 de la CE para devolver a la propiedad privada, en general y a la del suelo, en particular su naturaleza lógica y que sea una institución jurídica reconocible, aunque la subordinación de la propiedad privada al interés general del artículo 128.1 de la CE no impide que las normas que limiten el derecho de propiedad sean externas a éste. También, en este sentido, se deberían introducir algunos aspectos aclaratorios de lo que debe entenderse por interés general ya que apelando a él, nos han acostumbrado a que puedan acometerse verdaderas

tropelías. El lema estalinista y nacional-socialista de *«todo dentro del Estado, nada fuera del Estado, nada sobre el Estado»*, no debería de tener cabida en un país democrático de la UE en el siglo XXI. Ya lo sufrió el mundo y conocemos cómo terminó y, consiguientemente el intervencionismo debería limitarse al mínimo estrictamente necesario.

En principio, si los Ayuntamientos actuaran pensando en el interés general¹² de sus ciudadanos, esta situación no debería ocurrir nunca, pero lo que los Ayuntamientos persiguen denodadamente es la vía de financiación que no pueden obtener a través de la aplicación de la defectuosa legislación sobre financiación de las Entidades Locales. Por lo que hoy la acción urbanística de los Ayuntamientos se ha convertido en un *«cajón de sastre»* del cual los Entes Locales pretenden obtener casi cualquier cosa, especialmente dinero para financiar sus competencias y las que, con el tiempo, han ido adquiriendo, en algunas ocasiones por imperativo de Leyes Autonómicas¹³.

Lo peor es que también es la principal fuente de corrupción urbanística existente en España ya que las plusvalías que genera la acción urbanística pública son de tal envergadura que suscitan la codicia de muchos políticos y técnicos cuya mano es decisiva para señalar qué y cuanto se construye en un lugar u otro. Estas son las consecuencias de la legislación actualmente en vigor que vienen arrastrándose desde 1956 y que además hoy se encuentran agravadas por la excesiva capacidad legislativa de todas las Comunidades Autónomas en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que multiplica la problemática, al menos, por 17.

¹² El artículo 103.1 de la Constitución Española determina: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”*. No es preciso más que comparar la actuación habitual de la Administración Pública, que también está sujeta al principio de unidad administrativa, para poder constatar que son absolutamente desoídas las determinaciones de dicho artículo constitucional.

¹³ Vid el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza y, en concreto el artículo 9º de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía que, tras leerlo uno se pregunta: si estas son las competencias de los Ayuntamientos ¿para qué sirve la Comunidad Autónoma Andaluza? Es imposible que con la actual Ley de Financiación de las Entidades locales pueda financiarse ese enormemente absurdo conglomerado de competencias.

Lo primero que estorba, y sería necesario hacer desaparecer para una normalización del sector de la edificación, es el mito del planeamiento¹⁴ urbanístico. Nunca es necesario¹⁵. Bastaría con que una Ley general, como la de Industria, por ejemplo, señalara qué y cuanto se puede construir en cada punto del territorio, previa redacción de un Catálogo General de *Espacios No Urbanizables* desde cualquier punto de vista, que habría que respetar en todos los casos. El resto podría ser urbanizable con las condiciones de urbanización y servicios mínimos necesarios que impusiera la Ley, entre los que es imprescindible la comunicación de las zonas a urbanizar con los sistemas generales del territorio. Es decir, que existiera una Ley general que hiciera innecesaria la capacidad normativa de la Administración Local y Autonómica en materia de urbanismo.

No estoy de acuerdo con ese aserto que manifiesta que la cercanía de la Administración, con respecto a los administrados, sea algo bueno en sí mismo; hay ocasiones en que una cierta distancia mejora la calidad del sistema y evita alguno de los problemas de corrupción o de información privilegiada y tráfico de influencias.

Y esto lo digo porque mantengo que el derecho a edificar es un derecho inherente a la propiedad privada del suelo. Nunca debe ser una «gracia» que conceda la Administración a ciertos propietarios en función de haber realizado o no una serie de obligaciones que artificialmente se le hayan impuesto, basándose en unos dudosos criterios de *interés general*. Es decir, la iniciativa urbanística debe ser una facultad que corresponde a los propietarios y promotores privados, cumpliendo los requisitos que les imponga la Ley. Los Ayuntamientos tendrían la importante competencia de policía urbanística, con el cometido expreso de cumplir y hacer cumplir la Ley General en todos los casos y aplicar las normas punitivas necesarias contra los incumplimientos, sin que fuera necesario crear nuevos *ilícitos de naturaleza penal* bajo el oportuno procedimiento penal específico, sino que

¹⁴ Después de 1989 todos hemos visto que la Planificación económica de los países del Este europeo era un mito sin sentido, que solo producía falsos resultados y que la sociedad jamás mejoró con respecto a la occidental que siempre fue mucho más rica y próspera, incluso en la España autárquica de los años 40 del siglo XX. El planeamiento urbanístico no es menos falaz y nocivo para conseguir viviendas de calidad relativamente baratas.

¹⁵ “*Todo dentro del Estado, nada fuera del Estado, nada sobre el Estado*”. Este lema de Stalin, hoy equiparado por los autores con el Nacional Socialismo, constituyen el fundamento de un Totalitarismo antidemocrático. La Ley debería tener como finalidad la de limitar los poderes del Estado y de la Administración Pública.

bastaría con los delitos clásicos ya previstos en el CP¹⁶, para no caer en la tendencia hacia la sobrecriminalización, tan en boga.

El derecho edificatorio debe ser inherente al derecho de propiedad privada del suelo con las únicas limitaciones necesarias para garantizar la convivencia racional y pacífica de los ciudadanos y el interés general, todas ellas establecidas mediante Ley. No comparto el principio de que el suelo tiene su primera finalidad como suelo rústico, forestal o agrícola –la propia Naturaleza lo desmiente– y que su capacidad urbanística se la otorgan los Poderes Públicos. En el medio natural todos los seres vivos utilizan el suelo para fines habitacionales (o el espacio o territorio en el que se mueven), siendo la mayoría seres territoriales que marcan su territorio y lo defienden ferozmente ante sus congéneres, incluso, de manera totalmente excluyente y sangrienta. Esta conducta existe hasta en seres que consideramos mucho más primitivos que los humanos, véase por ejemplo lo que en África construyen las termitas en la sabana, los hormigueros, los territorios de los felinos superiores e, incluso, el comportamiento de muchos seres marinos también territoriales.

La Administración tampoco tiene intereses propios, sino que nunca deben apartarse de los intereses de los administrados –para materializarlos; es la única finalidad para lo que existe¹⁷–. O aceptan esta premisa, o no deben ser considerados democráticos y lícitos¹⁸.

Creo que la actual legislación sobre el régimen del suelo contraviene el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre que expresaba que *«siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de él, sino cuando la necesidad pública lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización»*, también opino que contraviene los derechos proclamados en el artículo 33 de la CE y que los derechos de propiedad sobre el suelo no pueden ser desvirtuados ni siquiera,

¹⁶ Nos mantenemos de acuerdo con el concepto clásico de que la Norma penal debe ser la última ratio para que sean depurados los ilícitos de naturaleza grave. En lugar de que las normas administrativas de carácter sancionador sean despreciadas como inoperantes en la mayoría de los casos, las Administraciones Públicas deben dotarse de los medios precisos para que su capacidad sancionadora se lleve hasta su último término, dejando el derecho Penal para aquellos casos muy graves, que dañando gravemente a la sociedad, no haya forma de solucionarlos si no se utilizan métodos mucho más expeditivos.

¹⁷ *No podemos olvidar que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE)*

¹⁸ Con respecto a esta circunstancia, mantenemos nuestras propias opiniones y restricciones mentales: Hitler fue alzado al poder por un procedimiento, en principio, democrático...

apelando a su función social. Podrán ser limitados, más o menos, por las Leyes, pero nunca desvirtuados modificando su verdadera naturaleza.

En un momento de la Historia en el que ha sido descubierto un material como el *grafeno*, por ejemplo, que puede revolucionar la solución a los problemas que hoy plantea el almacenamiento de energía eléctrica y mejorar de forma muy importante la calidad de las viviendas, hay que modificar los estándares previstos en la legislación del suelo que, desde la Ley del Suelo de 1956, se han mostrado excesivos para conseguir un entorno a nivel humano, porque como nos enseña la Dra. RODRÍGUEZ, la ciudad sostenible y ecológica es una ciudad expansiva, con casas con huertos y jardines privados¹⁹. El número de viviendas por Ha tiene que ser mucho menor porque en España no hay un problema importante de cantidad de territorio –Solo un 4 ó 5% de la superficie total del suelo español se encuentra urbanizado, aunque se encuentre muy condensado en algunos puntos del territorio, especialmente en las costas; no ocurre como en Honkong, o en Tokio, por ejemplo²⁰. ¿Qué mayor interés social que el de procurar un acomodo adecuado y digno a los ciudadanos? que no degrade el entorno. Nuestra legislación urbanística, a pesar de parecer muy rígida, no nos ofrece unos resultados demasiado halagüeños, como los que, por ejemplo, se explican en el cuadro siguiente:

¹⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *El huerto en la Roma antigua*. Edit. Dykinson, Madrid, 2008. Págs. 16 y ss.

²⁰ Hay zonas de nuestras ciudades en Madrid, Barcelona, Valencia, Bilbao o Sevilla, cuya densidad de urbanización es superior a la de Hong Kong o Tokio.

Densidades de población en algunos municipios y áreas metropolitanas ^(*) ²¹	
Municipio	Hab./Km ²
Madrid	21.000
Leganés	23.000
Móstoles	20.000
Fuenlabrada	13.000
Getafe	14.000
Alcalá de Henares	12.000
Tokio (ciudad)	14.000
Tokio (área metrop.)	5.500
New York (ciudad)	8.700
New York (área metrop.)	1.000
Milán (ciudad)	8.200
Milán (área metrop.)	2.700

²¹ Cuadro elaborado a partir de los datos publicados en: SORIANO GARCÍA, J. E.: *Hacia la Tercera Desamortización. Por la Reforma de la Ley del Suelo*. Ediciones Jurídicas, S. A. ISBN: 84-7248-284-7. Madrid, 1995. Pág. 116.

Siendo el ecologismo una de las formas más paradigmáticas del inmovilismo ya que la esencia del universo es la mutación, el movimiento, el cambio constante, a los que se autodenominan ecologistas les está haciendo mucha falta unas lecciones intensivas de astronomía, geografía, botánica, geología, zoología y etnografía auténtica, no de las que se enseñan cursando la LOGSE, sino lecciones verdaderamente documentadas.

V. RELACIÓN ENTRE EL URBANISMO Y LA INDUSTRIALIZACIÓN DE LA EDIFICACIÓN.-

Si el urbanismo español al uso, como hemos dicho antes, encarece desmesuradamente el precio de la vivienda en España, sería muy grave que consiguiendo mejorar sustancialmente los costes de producción de la construcción con la aplicación de los sistemas industrializados de edificación que proponemos, no tuviera los efectos positivos que de ello se derivarían por culpa del precio del suelo que anularía o minimizaría dichos beneficios sociales. España lo que necesita es disminuir el peso específico de sus Administraciones e Instituciones Públicas en todos los sectores y niveles. En un país democrático avanzado, la mayoría de la iniciativa debe ser privada, limitándose los poderes públicos a dotar a la nación del marco legal adecuado y los servicios mínimos esenciales –no hay más que estudiar el proceso de eliminación del intervencionismo de la Administración que se está produciendo, de forma sosegada y callada, en los países en los que la socialdemocracia era, para los pánfilos latinos, la panacea. La perspectiva socialdemócrata intervencionista ya no está de moda ni en los países ejemplo de socialdemocracia, como los países escandinavos.

La relación entre la Industrialización de la Construcción de Edificios, la Ordenación del Territorio y el Urbanismo pasa por el cambio radical de mentalidad urbanística, desmontando el mito de la planificación y del servicio público que constituye su capacidad de generar suelo urbanizable. Se trata de un asunto privado que debe ejercerse de forma reglada y ordenada, sin más intervencionismo de la Administración, salvo para la solución de conflictos. La industrialización sutil que proponemos requiere que exista una disposición de suelo urbanizable abundante y barato para pueda cumplir su finalidad de creación de viviendas dignas y de calidad suficientes para que se pueda alcanzar el derecho básico constitucional reconocido en el art. 47 de la CE. Hay que acabar con un urbanismo que sirva para financiar a la Administración Local, o volveremos a las andadas.

El legislador español debería estudiar a fondo lo que está ocurriendo, en realidad, en los países más socialdemócratas de Occidente, como son los países nórdicos, donde el sagrado respeto a los ciudadanos les impide anteponer sus intereses particulares, poniendo trabas artificiales a la voluntad particular de edificar el suelo de propiedad privada. Parafraseando a la Profesora González Hernández²², hoy día es imprescindible acabar con el “*gran quilombo autonómico*” que padecemos respecto al urbanismo en España. Una de las finalidades más importante que en España debería asumirse es que la Ley debe servir para limitar el poder discrecional de los responsables Políticos, los responsables de los servicios administrativos y de las propias Administraciones Públicas, no la de suministrarle instrumentos jurídicos potentes para afianzar ese poder, casi siempre, en contra de los administrados.

²² GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E.: “*La garantía de la unidad en los Estados descentralizados*”, en AA. VV., (GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., Dir.; RODRÍGUEZ RUBIO, M. C. y ROPERO CARRASCO, J., Coord.): *Autonomías y Unidad del Ordenamiento Jurídico: La cuadratura del círculo*. Edit. Dykinson, S. L. Madrid, 2012. Pág. 31.

BIBLIOGRAFÍA

- **CARRASCO PEREA, A.:** *“Agentes urbanísticos y propietarios de suelo: un modelo desarticulado de relación fiduciaria.* InDret, Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, octubre de 2007. www.indret.com.
- **CHARLES LOUIS DE SECONDANT, BARON DE LA BREDE ET SEGNEUR DE MONTESQUIEU:** *Del Espíritu de las Leyes.* Libro XXIX, Cap. XVI, “*Cosas que han de observarse en la composición de las Leyes*”. Traducción al castellano de D. Juan López de Peñalver. Imprenta Nacional. Madrid, 1822. (Hoy depositado en la Biblioteca de Cataluña 2^{eme} Reg. 479.540 30-12^o).
- **CUENCA LÓPEZ, L. J.:** *Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación: Una aproximación histórica a sus responsabilidades.* 1^a edición. Edit. Dykinson. ISBN: Madrid, 2013.
- **GONZÁLEZ HERNÁNDEZ. E.:** “*La garantía de la unidad en los Estados descentralizados*”, en AA. VV., (GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., Dir.; RODRÍGUEZ RUBIO, M. C. y ROPERÓ CARRASCO, J., Coord.): *Autonomías y Unidad del Ordenamiento Jurídico: La cuadratura del círculo.* Edit. Dykinson, S. L. Madrid,
- **MUÑOZ MACHADO, S. y LÓPEZ BENÍTEZ, M.:** *El Planeamiento Urbanístico,* 2^a edición. Edit. Iustel, Portal de Derecho, S.A. ISBN: 978-84-9890-037-8. Madrid – 2009.
- **MUÑOZ MACHADO, S.:** *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo.* 1^a edición. Edit. Crítica, S. L. ISBN: 978-84-9892-466-4. Barcelona, 2012.
- **PARADA, R.:** *Derecho Urbanístico General.* Edit. Marcial Pons. Madrid, 2007.
- **RODRÍGUEZ LÓPEZ, R.:** *El huerto en la Roma antigua.* Edit. Dykinson, S. L. Madrid, 2008.
- **SEIJÁS QUINTANA, J. A.:** AA.VV. «*Aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y Jurisprudencia*». Ponencia presentada en las V Jornadas CGPJ-CSCAE, “*Obligaciones y Responsabilidades en el ámbito de la Edificación*”. Logroño, 2005. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2005.

- **SORIANO GARCÍA, J. E.:** *Hacia la Tercera Desamortización. (Por la Reforma de la Ley del Suelo)*. ©José Eugenio Soriano García y © Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S. A. ISBN: 84-7248-284-7. Madrid, 1995.

VALORACION DE LOS PROFESIONALES DEL DISTRITO SANITARIO ALJARAFE SOBRE LOS TALLERES DE SENSIBILIZACIÓN DEL MALTRATO CONTRA LAS MUJERES 2010-2012.

M^a Isabel Cabrera Cepeda
Servicio Andaluz de Salud. Trabajadora Social.

Fecha de recepción: 9 de diciembre de 2013

Fecha de aceptación: 8 de enero de 2014

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN 2.- VIOLENCIA DE GÉNERO Y PROFESIONALES DE LA SANIDAD 3.- ACERCAMIENTO NORMATIVO: SENSIBILIZAR Y FORMAR A LOS PROFESIONALES 4.- MÉTODO 5.-RESULTADOS DE LOS CUESTIONARIOS 6.- A MODO DE CONCLUSIÓN 7.- BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este estudio se analiza como han evaluado los talleres sobre “Sensibilización del maltrato contra las mujeres”, aquellos profesionales del Distrito Sanitario Aljarafe que han participado como discentes, en los once talleres que se han desarrollados desde el veinticinco de octubre de 2010 hasta el nueve de marzo del 2012.

El Método utilizado ha sido la realización de una búsqueda, compilación y análisis de distintas fuentes documentales así como un análisis cuantitativo, a través de los datos obtenidos a partir de un cuestionario que fue entregado a los profesionales a la finalización de cada taller.

El porcentaje de profesionales que se han interesado por la sesión bastante o mucho es elevado, no siendo un determinante el sexo al respecto. Al establecer la relación entre la categoría y la utilidad de la sesión formativa para el desempeño profesional destacamos que los profesionales de las categorías sanitarias y del trabajo social han considerado de mayor utilidad el curso que aquellos de las categorías de gestión y servicios. Concluimos que la evaluación que han realizado los/as profesionales de las sesiones de sensibilización del maltrato hacia las mujeres ha sido muy favorable.

ABSTRACT: This study analyses how the workshops have been evaluated as awareness of the mistreatment of women, those professionals from the Distrito Sanitario Aljarafe that have participated as teachers in the 11 workshops that have been held between 25th October 2010 and March 2012.

The method used has been the product of the research and compilation of analyses, of different archive sources, as well as a quantitative analysis using data obtained from a questionnaire which was sent to the professionals at the end of each workshop.

The percentage of professionals who were 'quite interested' or 'very interested' in the session has increased, regardless of the gender of the professional. To establish the relation between the professional category or job category and the usefulness of the training session against the performance of the professional, we must emphasise that the most useful area of the course was management and services.

We conclude that the evaluation that has been undertaken by the professionals in the awareness sessions regarding the mistreatment of women has been very favourable.

PALABRAS CLAVE: Violencia, género, formación, mujer, sensibilización, profesionales sanitarios.

KEY WORDS: violence, gender, training, women, awareness, health professionals.

1. INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo la problemática del maltrato contra la mujer ha sido un problema invisible. En España es a partir de la década de los 70 cuando las organizaciones de mujeres incrementan su lucha contra las distintas formas de violencia y se produce un desarrollo normativo, es entonces cuando la sociedad toma conciencia sobre el problema.

Se han realizado numerosos esfuerzos por seguir visibilizando el maltrato contra la mujer, papel importante que juegan los profesionales que de una u otra forma se encuentran relacionados con la violencia de género.

El problema de la violencia de género es considerado por la OMS (1996) un problema de salud pública y la violencia contra las mujeres en la pareja, la forma más frecuente de violencia doméstica.

En muchos textos normativos se recoge la importancia de la formación y sensibilización por parte de los profesionales implicados en situaciones de maltrato, a nivel estatal cabe destacar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y a nivel de la Comunidad Autónoma de Andalucía la Ley 13/2007, de 26 noviembre sobre Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género.

Los profesionales del sistema sanitario juegan un papel muy importante a la hora de detectar e intervenir ante situaciones de maltrato hacia la mujer, es necesario que consideren dicho maltrato como un problema de salud. Además éstos profesionales al estar inmersos en una sociedad machista, donde existe una relación desigual entre hombres y mujeres, también están contaminados en sus actitudes y valores, por lo tanto es precisa una formación al respecto.

2. VIOLENCIA DE GÉNERO Y PROFESIONALES DE LA SANIDAD

Tanto en la última macroencuesta llevada a cabo por el Instituto de la mujer (2011), como en las investigaciones realizadas por Cano et al. (2010), Escobar et al. (2009), Raya et al. (2004) y en el estudio elaborado por la ONG Save the Children (2006) se demuestra que la violencia de género deteriora la salud de las mujeres y de los hijos y por consiguiente la importancia que en la detección e intervención tienen los profesionales sanitarios.

Según el estudio realizado en el Hospital Clínico de Barcelona los profesionales sanitarios son sensibles ante la violencia de género, pero no se consideran preparados para tratar a las pacientes maltratadas y no lo consideran un problema de salud.

“Sobre una muestra de 287 profesionales la mayoría de encuestados (87,1%) consideró que era un problema importante, pero no lo consideraban un problema de salud. El 60% consideró que podía tener un papel relevante en la detección de esta situación. En general, valoraron como muy baja su preparación para atender a este tipo de pacientes. El personal de enfermería era más sensible al problema y se consideraba más preparado que el personal médico” (Coll, et al., 2008:7).

Sobre un estudio realizado en Málaga a 116 profesionales (médicos, enfermeras y auxiliares) y con una participación del 74%, se encuentra que hasta un 66% del personal sanitario no suelen plantearse la violencia de género como un diagnóstico diferencial más en su actividad diaria. Una de las conclusiones fue que la violencia de género sigue siendo una auténtica desconocida para los sanitarios de urgencias, considerándola más como un problema social que sanitario. (Siéndoles, et al., 2002).

Como se ha expuesto en los estudios de Coll et al. (2008) y Siéndoles et al. (2002), en los resultados quedaría totalmente justificada la necesidad de formación por parte de los profesionales. Por un lado al no considerar la violencia de género como un problema de salud y por otro por la falta de preparación que ellos mismos manifiestan.

Incluso la propia mujer maltratada percibe la falta de actuación de los profesionales en las administraciones públicas. En un estudio realizado en Málaga sobre 35 relatos de mujeres que sufren violencia de género, uno de los resultados fue que “no siempre se da el apoyo institucional y se valora más el apoyo emocional que el legal” (Muñoz, et al., 2009:493). Esa falta de actuación hacia la víctima también la conocen y sienten los profesionales.

“La víctima ha sido la gran olvidada siempre, desde el proceso penal en general y en el Código Penal Español. El recorrido legislativo que la víctima y el proceso penal han seguido hasta adquirir la importancia que debía tener y tiene actualmente ha sido largo y muy importante” (Nieto-Morales, 2012:263).

Como hemos visto en otro apartado de este trabajo, en la actualidad se cuenta con importantes investigaciones y estudios estadísticos que además de poner de manifiesto que la violencia contra las mujeres es un problema de salud y una causa de mortalidad femenina, es también un determinante de las desigualdades de género en salud.

3. ACERCAMIENTO NORMATIVO: SENSIBILIZAR Y FORMAR A LOS PROFESIONALES

Son diversas las normativas que en materia de igualdad entre mujeres y hombres se han desarrollado, y en las que se especifica la importancia de sensibilizar y formar a los profesionales sobre el maltrato hacia la mujer.

Entre los textos internacionales cabe citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983, y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104, del 20 de diciembre de 1993. Concretamente esta última en su artículo 4.i así lo especifica “Adoptar medidas para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los funcionarios que han de aplicar las políticas de prevención, investigación y castigo de la violencia contra la mujer reciban una formación que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer.”

Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (1999) de 1 de mayo, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son objetivos que deben integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus estados miembros.

Por todo ello fue aprobada en España la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En su exposición de motivos queda reflejada como esta Ley pretende dar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres, abarcando tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, así como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia. Propone la creación de un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género que contemple un amplio programa de formación complementaria y de reciclaje de los profesionales que intervienen en estas situaciones, y concretamente en su artículo 15.2 refiere que “se desarrollarán programas de sensibilización y formación continuada del personal sanitario con el fin de mejorar e impulsar el diagnóstico precoz, la asistencia y la rehabilitación de la mujer en las situaciones de violencia de género a que se refiere esta Ley.” (LO, 1/2004, p. 42170).

De esta Ley surge el Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género (2007-2008). Tiene entre sus medidas la formación de profesionales relacionados con el ámbito de la Salud:

- Adopción de criterios comunes para la formación básica, especializada y continúa en materia de igualdad entre hombres y mujeres y de violencia de género del personal del Sistema Nacional de Salud.
- Establecer un calendario para la formación en materia de igualdad y de violencia de género de todos los profesionales del Sistema Nacional de Salud y ejecutar sus dos primeros años.

- Elaborar materiales formativos de referencia que contribuyan a una formación de calidad.

En el Informe de Ejecución del Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género (2007), el seguimiento en cuanto a las distintas medidas en Salud se refleja en la tabla 1 de medidas del PNSP. Eje C Salud.

Tabla 1			
Medidas del PNSP. Eje C Salud			
Medida	En ejecución	Muy Avanzada	Terminada
SALUD			
1. Formación de profesionales sanitarios	*	*	
2. Criterios comunes para la atención sanitaria a la violencia de género	*	*	*
3. Coordinación en el Servicio de salud integrado	*	*	

Fuente: Comisión Permanente del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (2007)

Podemos destacar que el 30 de enero de 2007, el Consejo Interterritorial del SNS aprobó el Protocolo Común de atención sanitaria a la violencia de género, y se presentó públicamente el día 23 de abril de 2007.

Centrándonos en la Comunidad Autónoma de Andalucía la normativa que se desarrolla es la Ley de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género de 13/2007, de 26 noviembre. Esta normativa sigue la línea de la estatal y específica que los planes y programas de salud deberán incluir la formación del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía, para abordar de forma adecuada la detección precoz, la atención a la violencia de género en sus múltiples manifestaciones y sus efectos en la salud de las mujeres, la rehabilitación de éstas, y la atención a los grupos de mujeres con especiales dificultades. Dicha formación se dirigirá prioritariamente a los servicios de atención primaria y de atención especializada con mayor relevancia para la salud de las mujeres. Además establece que el Consejo de Gobierno aprobará cada cinco años un Plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género en Andalucía.

En base al Protocolo Común de atención sanitaria a la violencia de género (2008), la Consejería de Salud de Andalucía¹, edita el Protocolo Andaluz para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género.

La Secretaría General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud y Bienestar Social para dar cumplimiento a la normativa vigente en relación a la formación del personal del Servicio Andaluz de Salud crea en el 2008 la Red Andaluza de Formación contra el maltrato a las mujeres², nace en el marco de la Ley de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género (BOJA 247, 2007) y del Protocolo Andaluz de actuación sanitaria ante la violencia de género.

1.3 Red Formma. Plan de formación sobre la violencia de género.

La Red Formma tiene como finalidad contribuir con medidas específicas, a través de la formación y desde el ámbito sanitario, a la prevención, el diagnóstico precoz y la atención integral a las mujeres que están en situación de maltrato en Andalucía. Está dirigida a profesionales que trabajan en atención asistencial directa en los niveles de atención primaria y atención hospitalaria del Sistema Sanitario Público Andaluz.

¹ Actualmente Consejería de Salud y Bienestar Social

² En adelante Red Formma

La Red Formma ha diseñado el Plan de Formación atendiendo a los **Criterios de calidad** de la formación de profesionales del Sistema Nacional de Salud aprobado en diciembre de 2007 por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud:

- Se formará a todo el personal sanitario de los ámbitos de gestión, administración y asistencial que esté implicado directamente en la prestación de servicios de salud a las mujeres.
- Los contenidos de la formación serán los adecuados a las competencias laborales que requiera el puesto de trabajo para proporcionar a la mujer una atención de calidad.
- El equipo de profesorado será multidisciplinario, formado por expertos(as) en el área de violencia de género y coordinado entre sí para dar mensajes homogéneos y fomentar el trabajo en grupo.
- Una acción formativa tendrá la consideración de curso básico de formación cuando dure alrededor de 20 horas docentes. Se considerará actividad de sensibilización cuando tenga una duración inferior a 10 horas.
- La formación se realizará en un lugar cercano y accesible que reúna las condiciones adecuadas de infraestructura y dotación para impartir una formación de tipo participativo.
- Existirá una figura de referencia en los servicios de salud que conozca, coordine, facilite y garantice la planificación, realización y evaluación del plan de formación.
- Se acreditarán las horas de docencia recibida al personal de los servicios sanitarios que asistan a estos cursos de manera que les sea de utilidad para la carrera profesional de acuerdo con la legislación establecida.
- Existirán mecanismos para facilitar la asistencia a las acciones formativas a todo el personal referido anteriormente.

El Plan de Formación contiene los siguientes Programas de Formación Continuada:

- Sesiones de Sensibilización del maltrato contra las mujeres.
- Curso de Formación Básica en el abordaje sanitario del maltrato contra las mujeres.
- Curso de Formación para Formar en el abordaje sanitario del maltrato contra las mujeres.

Todos ellos orientados a formar a los profesionales del sistema sanitario andaluz a distintos niveles en relación al maltrato contra las mujeres, para ello disponen de un equipo docente constituido por profesionales de diferentes perfiles (medicina de familia, ginecología, enfermería, trabajo social, personal técnico y de educación para la salud, entre otros).

Concretamente el programa de Sensibilización del maltrato contra las mujeres esta compuesto por veintitrés sesiones de sensibilización de una hora de duración, agrupadas en cuatro bloques temáticos (tabla nº 2). De cada bloque temático se han diseñado al menos cinco propuestas de sesiones diferentes.

Cada sesión de sensibilización está acreditada por la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía (ACSA).

Tabla 2 Sesiones del Programa de "Sensibilización del maltrato contra las mujeres"
<ul style="list-style-type: none">- "No me quieras tanto"- "Cárcel de oro".- "Tú eres mi marío".- "Te lo juro yo".- "Y sin embargo te quiero".- "Yo creía que era un buen hombre".- "Quiero dejarlo y no puedo".
<ul style="list-style-type: none">- Atrévete con las desigualdades.- Podemos, ¿Queremos?- ¿Cómo enferman las mujeres y los hombres?- Desigualdades de género: la más grave el maltrato contra las mujeres.- El lenguaje ¿Discrimina o maltrata a las mujeres?- Sesgo de género en la atención sanitaria.
<ul style="list-style-type: none">- "Yo no lo creo".- A ti también te llega.- La caja de Pandora.- "Me siento fatal".- El precio de los malos tratos.
<ul style="list-style-type: none">- Solo se ve lo que se busca y solo se busca lo que se conoce.- El maltrato contra las mujeres, un problema de salud.- Diagnosticamos poco y tarde.- Los equipos de salud ante el maltrato contra las mujeres.- Mitos sobre el maltrato contra las mujeres.
Fuente: Actividades de sensibilización contra el maltrato a las mujeres. Red Formma. (2010)

Las actividades que componen los talleres en el Distrito Sanitario Aljarafe son las siguientes:

- “No me quieras tanto”.
- “Sesgo de género en la Atención Primaria”
- “El precio de los malos tratos”
- “El maltrato contra las mujeres un problema de salud”

Tabla 3	
Taller de Sensibilización del maltrato contra las mujeres	
<i>Objetivos</i>	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Identificar el maltrato como fuente de enfermedad</i> - <i>Conocer la definición del maltrato contra las mujeres</i> - <i>Identificar Pirámide de la Violencia</i> - <i>Analizar mitos</i> - <i>Conocer enfoque de género aplicable a la salud</i> - <i>La demanda explícita y demanda oculta</i>
<i>Contenidos</i>	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Pirámide de la violencia</i> - <i>Ciclo de violencia</i> - <i>Mitos</i> - <i>Concepto de maltrato</i> - <i>Prevalencia</i> - <i>Enfoque de género y salud</i> - <i>Actuaciones necesarias</i> - <i>Demanda oculta</i> - <i>Protocolo de actuación</i>
<i>Metodología</i>	La metodología eminentemente participativa. El método didáctico es por descubrimiento, donde la participación del alumnado junto con la interacción con el docente es el principal componente.
<i>Sistema de evaluación</i>	Cuestionario de satisfacción docente y discente. Evaluación cualitativa de los discentes a través de una frase al final de cada sesión
<i>Docentes</i>	Especialistas en el tema, perteneciente a la Red Formma.
Fuente: Distrito Sanitario de Atención Primaria Aljarafe (2011)	

Todos los talleres comparten los mismos objetivos, contenidos, metodología, sistema de evaluación y equipo docente (tabla nº 3).

Para finalizar este punto, como vemos en la tabla nº 4 el Servicio Andaluz de Salud cuenta en su plantilla con 84.768 profesionales para atender su red asistencial: 22.636 en atención primaria y 62.132 atención hospitalaria. Durante el año 2011 se han llevado a cabo más de 800 sesiones de sensibilización y 24 cursos de formación básica en las ocho provincias andaluzas. Según declaraciones de la Consejera de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía el día 8 de marzo del 2012“...sólo en 2011 un total de 5.300 profesionales sanitarios se han formado, a través de la Red Formma, en violencia de género a fin de que estén preparados para diagnosticar, acompañar y tratar a la mujer en todo el proceso de violencia”.

Tabla 4 Plantilla del Servicio Andaluz de Salud									
	TOTAL SAS			ATENCIÓN HOSPITALARIA			ATENCIÓN PRIMARIA		
GRUPO PROFESIONAL	Número	% mujeres	% hombres	Número	% mujeres	% hombres	Número	% mujeres	% hombres
Auxiliar enfermería	13.374	94,1	5,9	12.044	94,2	5,8	1.330	93,1	6,9
Cargo intermedio facultativo	1.612	30,4	69,6	1.324	27,6	72,4	288	43,1	56,9
Cargo intermedio no facultativo	1.348	65,0	35,0	1.087	66,3	33,7	261	59,6	40,4
Cargos intermedios no sanitarios	1.197	47,7	52,3	1.020	44,5	55,5	177	66,3	33,7
Directivo	451	45,7	54,3	295	45,3	54,7	156	46,3	53,7
DUE/ATS	20.557	73,0	27,0	15.335	76,7	23,3	5.222	62,2	37,8
Facultativos/as especialistas de área	7.106	36,8	63,2	7.000	36,4	63,6	106	64,3	35,7
Farmacéutico/a	360	70,8	29,2	0	0,0	0,0	360	70,8	29,2
Fisioterapeuta	669	62,2	37,8	374	57,1	42,9	295	68,6	31,4
Matrona	758	80,6	19,4	565	78,2	21,8	193	87,6	12,4
Médico/a de familia	6.484	42,3	57,7	915	47,4	52,6	5.569	41,4	58,6
No sanitarios/as AB	958	42,0	58,0	824	40,7	59,3	134	49,6	50,4
No sanitarios/as CDE	20.630	58,7	41,3	15.419	61,0	39,0	5.211	51,6	48,4
Odontólogo/a	211	40,8	59,2	0	0,0	0,0	211	40,8	59,2
Pediatra	1.066	65,0	35,0	0	0,0	0,0	1.066	65,0	35,0
Personal en formación	3.295	66,9	33,1	2.553	64,5	35,5	742	75,0	25,0
Técnicos/as especialistas	3.456	83,1	16,9	3.217	83,8	16,2	239	74,7	25,3
Técnicos/as salud atención primaria	200	60,5	39,5	0	0,0	0,0	200	60,5	39,5
Trabajador/a social	508	86,6	13,4	160	87,1	12,9	348	86,4	13,6
Veterinario/a	528	25,9	74,1	0	0,0	0,0	528	25,9	74,1
Total	84.768	65,4	34,6	62.132	68,6	31,4	22.636	56,3	43,7

Fuente: Servicio Andaluz de Salud. 2011

4. MÉTODO

El estudio está centrado en los profesionales del Distrito Sanitario Aljarafe que han participado como alumnos y alumnas en actividades del programa de “Sensibilización del maltrato contra las mujeres”, un total de 183 profesionales de distintas categorías laborales: Personal Sanitario (médicos/as de familia, estomatólogos, pediatras, enfermeros/as, fisioterapeutas, matronos/as y auxiliares de enfermería) y personal no sanitario (trabajadores/as sociales, administrativos/as, auxiliares administrativos/as y celadores/as-conductores/as, etc.).

La recogida de información del presente trabajo se va a realizar fundamentalmente a través de dos métodos:

- Durante todo el proceso de estudio se realiza una *búsqueda, compilación y análisis de distintas fuentes documentales*: bibliografía tanto del campo de la investigación, como del campo de la intervención clínica, datos estadísticos y normativa acerca del tema objeto de estudio.
- Además se elabora un *análisis cuantitativo* sobre la valoración que del taller realizan los profesionales a través de los datos obtenidos a partir de cuestionarios de la Red Formma entregados a la finalización del mismo.

Las variables descritas en los cuestionarios son las siguientes:

- Variables sociodemográficas (Género, edad, centro de trabajo y perfil profesional)
- Variables relacionadas con la formación recibida sobre el maltrato contra las mujeres.
 - Interés en la sesión formativa.
 - Interés en ampliar la formación.
 - Valoración de la persona docente, metodología y duración de la sesión.
 - Recomendación a otros profesionales de la realización del taller

En el análisis de los datos se utiliza el paquete estadístico SPSS en su versión 9.0 para Windows. Se realiza un análisis descriptivo de todas las variables.

Se aplicará la metodología estadística siguiente:

- Análisis de frecuencias Unidimensionales
- Estadística Descriptiva para variables cuantitativas
- Análisis de frecuencias Bidimensionales
- Test de la Chi-cuadrado para la independencia de caracteres en tablas de contingencia.

5. RESULTADOS DE LOS CUESTIONARIOS

Los resultados se han obtenido sobre 175 cuestionarios de los 183 que se entregaron a los profesionales que participaron en el taller de “Sensibilización del maltrato contra las mujeres” a la finalización de éste, lo que equivale a un 95,62%.

De los 175 profesionales desconocemos la edad de 18 de ellos, siendo el 81,14% mayor de 40 años frente al 8,57% menor de dicha edad.

En relación al sexo el 68% de los profesionales son mujeres, un 30,29% son hombres y no han respondido este ítem el 1,71% de los encuestados.

Tabla 5 Relación entre numero de profesionales y categoría laboral		
Categoría		
	Frecuencia	Porcentaje
No contesta	4	2,29
Aux. enfermería	9	5,14
Enfermería	40	22,86
Enfermería obstétrico-ginecológica	7	4,00
Medicina familiar	35	20,00
Otros (aux. adtvo/a, adtvo/a, fisioterapeuta, odontologos/as...)	41	23,43
Pediatría	14	8,00
Personal s. atención a la ciudadanía	18	10,29
Trabajo social	7	4,00
Total	175	100,00

Fuente: Elaboración propia

En la tabla n° 5 podemos apreciar como el grueso gordo de las categorías de los profesionales corresponde a la medicina familiar y a la enfermería, suponiendo ambas el 42,86% de éstos.

Como vemos en la tabla n° 6, donde hemos relacionado el sexo con el interés en la sesión, destacamos que al 92,5% de los hombres y al 92,4% de las mujeres la han valorado bastante o mucho. Por categoría y valorando los mismos ítems, obtenemos los siguientes datos: auxiliar de enfermería (100%), enfermería (90%), enfermería obstétrico ginecológica (85,7%), medicina familiar (97,2%), pediatría (85,7%), personal servicio atención a la ciudadanía (94,5%), trabajo social (85,7%) y otras categorías como odontólogos/as, fisioterapeutas, administrativos/as... un

95,1%. Sobre el total de la muestra supone que un 92,6% han valorado bastante/mucho su interés en la sesión.

Tabla 6								
Relación entre el sexo y el interés en la sesión								
			¿TE HA INTERESADO LA SESION?					Total
			Muy Poco	Poco	Medianamente	Bastante	Mucho	
SEXO	No Responde	Recuento	0	0	0	0	3	3
		% dentro de SEXO	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	100,0%	100,0%
		% del total	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,7%	1,7%
	Hombre	Recuento	1	0	3	18	31	53
		% dentro de SEXO	1,9%	0,0%	5,7%	34,0%	58,5%	100,0%
		% del total	0,6%	0,0%	1,7%	10,3%	17,7%	30,3%
	Mujer	Recuento	1	1	7	28	82	119
		% dentro de SEXO	0,8%	0,8%	5,9%	23,5%	68,9%	100,0%
		% del total	0,6%	0,6%	4,0%	16,0%	46,9%	68,0%
Total	Recuento	2	1	10	46	116	175	
	% dentro de SEXO	1,1%	0,6%	5,7%	26,3%	66,3%	100,0%	
	% del total	1,1%	0,6%	5,7%	26,3%	66,3%	100,0%	

Fuente: Elaboración propia

En la tabla nº 7 establecemos la relación entre la categoría y la utilidad de la sesión formativa para el desempeño profesional, en relación a la totalidad de la muestra vemos que 1,1% no responde, para el 4,6% es de muy poca utilidad y para el 31,4% y el 39,4% es de bastante y mucha utilidad respectivamente, lo que equivale a un 70,8%.

Tabla 7 Relación entre categoría laboral y la utilidad para el desempeño profesional									
		UTILIDAD PARA EL DESEMPEÑO PROFESIONAL						Total	
		No Responde	Muy poca	Poca	Regular	Bastante	Mucha		
CATEGORIA PROFESIONAL	No Responde	Recuento	0	1	0	3	0	0	4
		% dentro de CATEGORIA PROFESIONAL	0,0%	25,0%	0,0%	75,0%	0,0%	0,0%	100,0%
		% del total	0,0%	0,6%	0,0%	1,7%	0,0%	0,0%	2,3%
	Aux. enfermería	Recuento	1	0	0	1	4	3	9
		% dentro de CATEGORIA PROFESIONAL	11,1%	0,0%	0,0%	11,1%	44,4%	33,3%	100,0%
		% del total	0,6%	0,0%	0,0%	0,6%	2,3%	1,7%	5,1%
	Enfermería	Recuento	0	2	0	7	13	18	40
		% dentro de CATEGORIA PROFESIONAL	0,0%	5,0%	0,0%	17,5%	32,5%	45,0%	100,0%
		% dentro de UTILIDAD PARA EL DESEMPEÑO PROFESIONAL	0,0%	25,0%	0,0%	20,0%	23,6%	26,1%	22,9%
		% del total	0,0%	1,1%	0,0%	4,0%	7,4%	10,3%	22,9%
	Enfermería obstétrico-ginecológica	Recuento	0	0	0	2	2	3	7
		% dentro de CATEGORIA PROFESIONAL	0,0%	0,0%	0,0%	28,6%	28,6%	42,9%	100,0%
		% dentro de UTILIDAD PARA EL DESEMPEÑO PROFESIONAL	0,0%	0,0%	0,0%	5,7%	3,6%	4,3%	4,0%
		% del total	0,0%	0,0%	0,0%	1,1%	1,1%	1,7%	4,0%
	Medicina familiar	Recuento	0	2	1	3	9	20	35
		% dentro de CATEGORIA PROFESIONAL	0,0%	5,7%	2,9%	8,6%	25,7%	57,1%	100,0%
		% dentro de UTILIDAD PARA EL DESEMPEÑO PROFESIONAL	0,0%	25,0%	16,7%	8,6%	16,4%	29,0%	20,0%
		% del total	0,0%	1,1%	0,6%	1,7%	5,1%	11,4%	20,0%
	Otros: aux. adtvo/a, adtvo/a, fisioterapeuta, odontólogos/as...	Recuento	1	1	3	10	18	8	41
		% dentro de CATEGORIA PROFESIONAL	2,4%	2,4%	7,3%	24,4%	43,9%	19,5%	100,0%
% del total		0,6%	0,6%	1,7%	5,7%	10,3%	4,6%	23,4%	
Pediatria	Recuento	0	1	0	3	2	8	14	
	% del total	0,0%	0,6%	0,0%	1,7%	1,1%	4,6%	8,0%	
Personal s. atención a la ciudadanía	Recuento	0	1	2	5	5	5	18	
	% dentro de CATEGORIA PROFESIONAL	0,0%	5,6%	11,1%	27,8%	27,8%	27,8%	100,0%	
	% del total	0,0%	0,6%	1,1%	2,9%	2,9%	2,9%	10,3%	
Trabajo social	Recuento	0	0	0	1	2	4	7	
	% dentro de CATEGORIA PROFESIONAL	0,0%	0,0%	0,0%	14,3%	28,6%	57,1%	100,0%	
	% del total	0,0%	0,0%	0,0%	0,6%	1,1%	2,3%	4,0%	
Total	Recuento	2	8	6	35	55	69	175	
	% dentro de CATEGORIA PROFESIONAL	1,1%	4,6%	3,4%	20,0%	31,4%	39,4%	100,0%	
	% del total	1,1%	4,6%	3,4%	20,0%	31,4%	39,4%	100,0%	

Fuente: Elaboración propia

Como se observa en la tabla nº 8 un 89,7% los profesionales han valorado a la persona docente seleccionando los ítems bien /muy bien.

		VALORACION DE LA PERSONA DOCENTE						Total
		No Responde	Muy Mal	Mal	Regular	Bien	Muy Bien	
Total	Recuento	1	5	1	11	42	115	175
	% del total	0,6%	2,9%	0,6%	6,3%	24,0%	65,7%	100,0%

Fuente: Elaboración propia

En cuanto a como han valorado la metodología empleada en la sesión formativa (tabla nº 9) nos encontramos que un 40,0% la han valorado como buena y un 46,9% muy buena.

		VALORACION DE METODOLOGIA EMPLEADA					Total
		Muy Mala	Mala	Regular	Buena	Muy Buena	
Total	Recuento	5	3	15	70	82	175
	% del total	2,9%	1,7%	8,6%	40,0%	46,9%	100,0%

Fuente: Elaboración propia

En la tabla nº 10 observamos como más de la mitad de los profesionales encuestados consideran la duración del curso adecuada, concretamente el 65,7%. Y les ha parecido larga o muy larga a un 2,9% y a un 0,6% respectivamente, estando en el polo opuesto a quienes les ha parecido corta (25,1%) o muy corta (5,1%).

		DURACION CURSO						Total
		No Responde	Muy Corta	Corta	Adecuada	Larga	Muy Larga	
Total	Recuento	1	9	44	115	5	1	175
	% del total	0,6%	5,1%	25,1%	65,7%	2,9%	0,6%	100,0%

Fuente: Elaboración propia

Los resultados de la valoración global de la sesión figuran en la tabla n^o 11, en ella podemos ver como el 78,9% la han valorado con una puntuación igual o superior al 8, y un 4,1% la han valorado de insuficiente hacia abajo.

Tabla 11													
Valoración global de la sesión sobre la totalidad de la muestra													
		Valoración Global ³											Total
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
Total	Recuento	1	4	0	1	1	6	8	16	50	59	29	175
	% del total	0,6%	2,3%	0,0%	0,6%	0,6%	3,4%	4,6%	9,1%	28,6%	33,7%	16,6%	100,0%

Fuente: Elaboración propia

³ 0 (no contesta) 1 (Muy deficiente) 2 (Deficiente) 3-4 (Insuficiente) 5 (Suficiente) 6 (Bien) 7-8 (Notable) 9-10 (Sobresaliente)

Por último en la tabla nº 12 hemos establecido la relación entre el interés en la sesión con el interés en ampliar la formación sobre maltrato hacia las mujeres, obteniendo los datos que en ella se observan. Vemos como en un porcentaje mayoritario está correlacionado el interés en la sesión con el de ampliar la formación.

		INTERES EN AMPLIAR LA FORMACION						Total	
		No Responde	Muy Poco	Poco	Medianamente	Bastante	Mucho		
¿TE HA INTERESADO LA SESION?	Muy Poco	Recuento	0	2	0	0	0	0	2
		% dentro de ¿TE HA INTERESADO LA SESION?	0,00%	100,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	100,00%
		% del total	0,00%	1,10%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	1,10%
	Poco	Recuento	0	0	0	0	1	0	1
		% dentro de ¿TE HA INTERESADO LA SESION?	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	100,00%	0,00%	100,00%
		% del total	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,60%	0,00%	0,60%
	Medianamente	Recuento	0	0	1	3	5	1	10
		% dentro de ¿TE HA INTERESADO LA SESION?	0,00%	0,00%	10,00%	30,00%	50,00%	10,00%	100,00%
		% del total	0,00%	0,00%	0,60%	1,70%	2,90%	0,60%	5,70%
	Bastante	Recuento	1	3	1	17	15	9	46
		% dentro de ¿TE HA INTERESADO LA SESION?	2,20%	6,50%	2,20%	37,00%	32,60%	19,60%	100,00%
		% del total	0,60%	1,70%	0,60%	9,70%	8,60%	5,10%	26,30%
	Mucho	Recuento	2	0	1	8	26	79	116
		% dentro de ¿TE HA INTERESADO LA SESION?	1,7%	0,0%	0,9%	6,9%	22,4%	68,1%	100,0%
		% del total	1,10%	0,00%	0,60%	4,60%	14,90%	45,10%	66,30%
Total	Recuento	3	5	3	28	47	89	175	
	% dentro de ¿TE HA INTERESADO LA SESION?	1,70%	2,90%	1,70%	16,00%	26,90%	50,90%	100,00%	
	% del total	1,70%	2,90%	1,70%	16,00%	26,90%	50,90%	100,00%	

Fuente: Elaboración propia

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Nos encontramos con una población para analizar de la cuál más del 80% son mayores de 40 años y dónde existe más del doble de mujeres que de hombres. Es importante destacar que el sexo, no ha sido un determinante que marque diferencias a la hora de que los profesionales hayan valorado si les ha interesado la sesión de sensibilización del maltrato contra las mujeres,

ya que el 92,5% de los hombres y al 92,4% de las mujeres han valorado su interés como bastante o mucho, igualmente la han valorado más del 85% de los profesionales de cada categoría laboral.

A la hora de valorar la utilidad de la formación el porcentaje desciende, así el 70,8% de la muestra la consideran de bastante o mucha utilidad. Cabe destacar el porcentaje del total de profesionales por categoría laboral que han seleccionado bastante o mucha su utilidad: los más altos lo tienen trabajo social (85,7%) y medicina familiar (82,8%), seguidos de enfermería y auxiliar de enfermería, siendo los más bajos aquellas categorías del personal del servicio de atención a la ciudadanía (55,6%) y otras categorías, como auxiliares administrativos/as, administrativos/as, fisioterapeuta, etc. (63,4%). Como vemos, esta diferencia entre categorías probablemente este relacionada con las funciones propias de cada una de ellas, así del trabajo social es competencia directa el detectar y actuar ante las situaciones de maltrato a la mujer, por otro lado el personal sanitario vive directamente el sufrimiento psicológico y físico de las mujeres maltratadas, mientras que el personal de servicio de atención a la ciudadanía, auxiliares administrativos/as, etc. quizás no sientan tanto la utilidad del taller debido a las labores que desempeñan en la empresa.

Tanto la valoración de la persona docente como de la metodología empleada ha sido muy positiva, y la duración del curso en su mayoría ha sido considerada adecuada, aunque para un porcentaje considerable, concretamente para un 25,1% le ha parecido corta o muy corta al 5,1%. Hemos observado como una mayoría de profesionales que tienen interés en la sesión, han mostrado igualmente su deseo de ampliar la formación. Es importante aprovechar dicho interés para transmitirle y proporcionarle al profesional la oportunidad de ampliar sus conocimientos y así dotarlos de una formación más específica para actuar desde el ámbito sanitario ante las situaciones de maltrato , esperando que el profesional no sólo lo viva como un problema sanitario sino a la misma vez social, dándole de ésta forma la importancia debida a este tema tan delicado como es el maltrato hacia las mujeres, vivido en una sociedad que aún conserva en su estructura el machismo. El Plan de formación de la Red Formma junto con la sesión de Sensibilización contempla dos cursos: uno sobre Formación Básica en el abordaje sanitario del maltrato contra las mujeres y otro más específico dirigido a la Formación para Formar sobre este tema, de esta forma el profesional podría ampliar los conocimientos al respecto.

Para finalizar, comentar que la valoración global que de la actividad han realizado los profesionales resulta muy positiva, tan sólo un 4,1% la han valorado por debajo del 5 y más del 78% con puntuación igual o superior al 8, lo que significa que no solo la han considerado de utilidad e interés sino que la metodología y el equipo docente empleado ha sido visto adecuado. Podemos concluir con una valoración bastante favorable y con la posibilidad de que la empresa puede seguir formando a aquellos profesionales que desean ampliar su formación sobre maltrato hacia las mujeres.

7. BIBLIOGRAFÍA

ANDALUCÍA. JUNTA DE ANDALUCÍA, CONSEJERÍA DE SALUD. (2008). Protocolo andaluz para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género. Sevilla

ANDALUCÍA. JUNTA DE ANDALUCÍA, CONSEJERÍA DE SALUD. (2010). Actividades de sensibilización del maltrato contra las mujeres. Sevilla.

ANDALUCÍA. JUNTA DE ANDALUCÍA, CONSEJERÍA DE SALUD. (2011). Noticias: Salud realizó en 2011 más de 800 sesiones de sensibilización sobre formación contra el maltrato a las mujeres. Consulta 3 de junio de 2012

<http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/noticia.asp?codcontenido=15966>

ANDALUCÍA. JUNTA DE ANDALUCÍA, CONSEJERÍA DE SALUD. (2011). Plantilla del Servicio Andaluz de Salud. Consulta 3 de junio de 2012

http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosacc.asp?pagina=gr_conocerSAS_personal

ANDALUCÍA. CONSEJERÍA DE SALUD, SERVICIO ANDALUZ DE SALUD. (2012). Declaraciones en el Día Internacional de la Mujer de la Consejera Dña. María Jesús Montero Cuadrado. Consulta 20 abril junio de 2012

<http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/noticia.asp?codcontenido=16538>

ANDALUCÍA. JUNTA DE ANDALUCÍA, CONSEJERÍA DE SALUD, RED ANDALUZA DE FORMACIÓN CONTRA EL MALTRATO A LAS MUJERES. Folleto informativo de la Red Forma.

www.redformma.org/file.php?file=%2F4%2FFolleto_Red_Formma_vJl10.pdf

Consulta 20 abril junio de 2012

CANO, L. M., BERROCOSO, A., ARRIBA, L., BERNALDO DE QUIRÓS, R., ALAMAR, J. D. Y CARDO, A. (2010). Prevalencia de Violencia de Género en mujeres que acuden a consultas de Atención Primaria. REV CLÍN MED FAM, 3 (1), 10-17. consulta 21 de enero de 2013 <http://scielo.isciii.es/pdf/albacete/v3n1/original2.pdf>

COLL, B., ECHEVARRIA, T., FARRAS, U., RODRÍGUEZ, D., MILLA, J., Y SANTIÑA, M. (2008). El personal sanitario no percibe la violencia doméstica como un problema de salud. Gac Sanit., 22(1), 7-10. <http://scielo.isciii.es/pdf/gsv22n1/original1.pdf> consulta 21 de enero de 2013

ESCOBAR, J., PACORA, P., CUSTODIO, N., Y VILLAR, W. (2009). Depresión posparto: ¿se encuentra asociada a la violencia basada en género?. An. Fac. med., 70, 115-118. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1025-55832009000200006&script=sci_arttext consulta 21 de enero de 2013

ESPAÑA. LEY DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE 13/2007, de 26 noviembre. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, de 18 de diciembre de 2007, núm. 247, páginas 17 a 28.

ESPAÑA. LEY DE VIOLENCIA DE GÉNERO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 2004, núm. 313, páginas 42166 a 42197.

ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. (2007). Protocolo Común de atención sanitaria a la violencia de género. Madrid

ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD. (2008). Informe del Primer Año de Ejecución del Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género. Año 2007. Madrid

ESPAÑA. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. (2006). Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género (2007-2008). Madrid

ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. (2012) Macroencuesta de violencia de género 2011. Madrid

MUÑOZ, F., BURGOS, M. L., CARRASCO, A., MARTÍN, M. L., RÍO, J., ORTEGA, I. Y VILLALOBOS M. (2009) El torbellino de la violencia. Relatos biográficos de mujeres que sufren maltrato. Elsevier, 41,493-500. consulta 9 abril de 2013

<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0212656709001632>

NIETO-MORALES, C. (2012) "Reflexiones victimológicas". En NIETO-MORALES, C. (coord.) (2012). La violencia Intrafamiliar: Menores, Jóvenes y Género. Una Mirada desde la Práctica Profesional. Bosch. Barcelona. pp 263-276

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (1993). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Nueva York. Consulta 9 abril de 2013 http://www2.ohchr.org/spanish/law/mujer_violencia.htm

RAYA, L., RUÍZ, I., PLAZAOLA, J., BRUN, S., RUEDA, D., GARCÍA DE VINUESA, L., GONZÁLEZ, J. M., GARRALON, L. M., ARNALTE, M., LAHOZ, B., ACEMEL, M. D. Y CARMONA, M. P. (2004) La violencia contra la mujer en la pareja como factor asociado a una mala salud física y psíquica. Elsevier, 34,117-24. Consulta 20 Mayo 2013 <http://www.elsevier.es/es/revistas/atencion-primaria-27/la-violencia-mujer-pareja-como-factor-asociado-13064519-originales-2004>

SAVE THE CHILDREN. (2006). Atención a niños y niñas víctimas de la violencia de género: análisis de la atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en el sistema de protección a la mujer. Madrid.

SIENDONES, R., PEREA-MILLA, E., ARJONA, J. L., AGUERA, C., RUBIO, A.; MOLINA, M. (2002) Violencia doméstica y profesionales sanitarios: conocimientos, opiniones y barreras para la infradetección. Emergencias, 14,224-232. Consulta: 18 de abril de 2012. http://www.semes.org/revista/vol14_5/224-232.pdf

SUIZA. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD [OMS]. (1996). 'Violence Against Women'. Ginebra

LA SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES: EL CASO PARTICULAR DE LAS FUSIONES HETEROGÉNEAS

Dr. Enrique Gadea Soler
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 10 de octubre de 2013

Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2013

SUMARIO: 1. EL DERECHO DE SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO SOBRE SU CRECIENTE AMPLIACIÓN Y SU DESEABLE CONFIGURACIÓN COMO MECANISMO PARA AMPARAR A LA MINORÍA. 1.1. RÉGIMEN LEGAL EXISTENTE ANTES DE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. 1.2. RÉGIMEN LEGAL VIGENTE TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. 1.3. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN MATERIA DE SEPARACIÓN POR LA LEY 25/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. 2. EL DERECHO DE SEPARACIÓN EN LAS FUSIONES HETEROGÉNEAS.

RESUMEN: En este estudio se analiza el régimen legal del derecho de separación y, en especial, se aborda la cuestión de si los socios de una Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL), que no hayan votado a favor del acuerdo, tienen derecho de separación en el caso de que la Junta General apruebe una operación de fusión por la que la SRL quede absorbida por una Sociedad Anónima (SA).

ABSTRACT: This study analyses the legal system of business separation rights and particularly focuses on the issue of whether partners in limited liability companies who have not voted in favor of the agreement have separation rights in the event that the General Meeting approves a merger in which the limited liability company would be absorbed by a public limited company

PALABRAS CLAVE: Derecho de separación de los socios y fusión de sociedades capitalistas.

KEY WORDS: Partnership separation rights and company mergers.

1. EL DERECHO DE SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO SOBRE SU CRECIENTE AMPLIACIÓN Y SU DESEABLE CONFIGURACIÓN COMO MECANISMO PARA AMPARAR A LA MINORÍA

1.1. Régimen legal existente antes de la aprobación de la Ley de Sociedades de Capital

Los vínculos perpetuos entre la sociedad de capital y el socio que permanece en ella contra su voluntad originan muchos conflictos y, a menudo, dan lugar a situaciones injustas y de opresión para los minoritarios¹.

Nuestro derecho partía (y todavía parte) de unas causas legales de separación tasadas (reguladas en los artículos 95 LSL y 147, 149 y 225 LSA)² y todas ellas ligadas a la disconformidad del socio con la adopción por parte de la sociedad de unos acuerdos muy específicos, como eran: en **la sociedad anónima**, la sustitución del objeto social, el traslado del domicilio al extranjero y la transformación de la sociedad en sociedad colectiva o comanditaria; y en **la sociedad de responsabilidad limitada**, además, la modificación del régimen de transmisión de las participaciones, la prórroga o reactivación de la sociedad y la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias. Se trata de situaciones que se dan en ocasiones muy aisladas, y que no incluyen todas aquellas circunstancias en que el deseo —o la necesidad— de separarse se presenta más habitualmente (las desavenencias, los abusos de poder, las ilegalidades en la gestión...).

Esas causas legales de separación y el derecho que asiste a los socios para impugnar los acuerdos sociales no son suficientes para amparar a la minoría frente a los abusos de la mayoría. Por eso, son muchas las voces que coinciden en la opinión de que la Ley debería regular un derecho de separación más amplio; por ejemplo, introduciendo en la regulación legal una cláusula general, que ya existe en la legislación de algunos países de nuestro entorno, como Suiza y Bélgica (en Alemania, aunque la Ley no lo regula expresamente, tanto la doctrina como la Jurisprudencia reconocen un derecho de separación por justa causa), que permitiera la separación cuando concurriera «justa causa»³. Este sistema permitiría al socio separarse alegando como «justa causa» circunstancias diversas. Por ejemplo: cualquier acuerdo social que alterara las condiciones iniciales causando un perjuicio grave al socio, modificaciones de la estructura societaria (fusión, escisión, aportaciones de rama de actividad a otra sociedad, etc.), circunstancias que implicaran abuso u opresión frente a los socios minoritarios (por ejemplo, la ausencia prolongada de reparto de dividendos en sociedades que generan beneficios, o el incumplimiento de la obligación de remunerar al socio por las prestaciones accesorias cuando éstas sean retribuidas); e incluso situaciones críticas de ruptura de la *affectio societatis* o conductas reiteradas que implicaran una mala gestión por parte de los administradores en perjuicio del minoritario.

Para suplir la estrechez legal en cuanto a las causas de separación, podían (y pueden) preverse otras en los estatutos sociales. La posibilidad de pactar en los estatutos sociales causas de separación adicionales a las previstas en la Ley estaban expresamente prevista en la LSL (artículo 96 LSL). Sin embargo, tal posibilidad era muy discutida en el

¹ Así, BETTSCHEN CAPA: “La difícil separación del socio en las sociedades anónimas y limitadas: necesidad de una reforma legislativa”, Diario La Ley, número 6937, 2008).

² Ampliamente, VIERA GONZÁLEZ: “Las sociedades de capital cerradas y causas de separación y exclusión en la SA y en la SRL”, en Revista de Derecho de Sociedades, número 17, 2001-2).

³Una excepción al restrictivo régimen legal de separación la constituyen las sociedades profesionales. El artículo 13 de la Ley 2/2007 contempla la posibilidad de separación de los socios profesionales en cualquier momento si la sociedad se ha constituido por tiempo indefinido y un derecho a separarse por causa legal, establecida en el contrato social o justa causa, en caso de que la sociedad se haya constituido por tiempo determinado. Qué regulación tan lógica sería ésta para cualquier tipo de sociedad, con independencia de su forma, personalista o capitalista, salvo unas pocas excepciones, como las sociedades cotizadas.

caso de las sociedades anónimas. Por otra parte, la posibilidad de regular en los estatutos un derecho a la separación sin invocación de causa ninguna parecía estar implícita en el artículo 30.3 LSL, que establecía que «sólo serán válidas las cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos, si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento», lo que equivale a decir «por libre voluntad». En ese sentido, el TS había mostrado una postura claramente abierta a la admisión de un derecho estatutario de separación de los socios enunciado en los términos más amplios cuando declaró como causa estatutaria válida de separación el simple transcurso de un lapso de tres años desde la constitución de la sociedad (STS de 3 de mayo de 2002, Ponente: Asís Garrote (LA LEY 5519/2002)). Otros Tribunales han seguido el ejemplo de esta innovadora Sentencia. Por ejemplo, la AP de Santa Cruz de Tenerife en su Sentencia de 22 de mayo de 2007 (Ponente: Suárez Díaz) (LA LEY 130914/2007) admitió el derecho de separación en razón a una cláusula estatutaria de una sociedad limitada que permitía ejercerlo sin otro requisito que la comunicación por parte del socio; y la AP de Madrid, en su Sentencia de 24 de septiembre de 2002 (Ponente: Belo González) (LA LEY 155208/2002) declaró que el derecho de separación regulado en la LSA es de mínimos y que el artículo 10 de la LSA (LA LEY 3308/1989) permite que los estatutos sociales añadan a los supuestos legales otras causas que den lugar al derecho de separación.

1.2. Régimen legal vigente tras la aprobación de la Ley de Sociedades de Capital

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), debido a su naturaleza, no aborda la cuestión del derecho de separación por justa causa. La principal novedad sistemática que ha traído consigo la LSC consiste, precisamente, en dictar un régimen común a las sociedades de capital. En materia de separación, se toma como base la regulación de la LSRL, de manera que se amplían las causas legales para la sociedad anónima y, además, se reconoce a nivel legislativo la posibilidad de que los estatutos de todas las sociedades de capital puedan establecer otras causas.

Son causas comunes de separación legal la sustitución del objeto social, la prórroga de la sociedad, su reactivación y la creación, modificación o extinción anticipada de realizar prestaciones accesorias, en este último caso salvo disposición contraria de los estatutos. Los titulares del derecho son todos los socios que no hayan votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto (artículo 346.1 LSC).

Respecto de la primera (sustitución del objeto social), no existe propiamente novedad respecto de las anónimas, que contemplaban el régimen al disciplinar las consecuencias de determinadas modificaciones estatutarias.

El reconocimiento del derecho a separarse en la sociedad que, sometida a término, se prorroga antes de su vencimiento supone un trasvase desde la limitada a la anónima. La prórroga era una figura conocida en este tipo social, pero no la consecuencia que ahora recoge el artículo 346 de la LSC.

La reactivación de la sociedad, aún reconocida por doctrina y alguna jurisprudencia registral, no encontraba regulación expresa en la LSA, al contrario que en la LSRL. Tanto la causa como la consecuencia están ahora generalizados no solo en el artículo 346, sino también en el 370 de la LSC.

Que la creación, modificación o extinción anticipada de realizar prestaciones accesorias permita separarse a quienes no hubieran votado a favor supone una novedad en la regulación de las sociedades anónimas.

Resta como especialidad de las sociedades limitadas el derecho de separación en caso de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales, mientras

que en las anónimas permanece en vigor el periodo transitorio para la libre transmisión de las acciones, durante tres meses (artículo 123 LSC).

Tras la generalización del derecho de separación en caso de transformación de sociedades de capital operada por la LME (artículo 15), la LSC se remite directamente a su régimen, al igual que en caso de traslado de domicilio al extranjero.

En cuanto a las causas estatutarias de separación, se extiende así mismo el régimen de la limitada a la anónima, con obligatoria indicación del modo en que debe acreditarse la causa, forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio. No es pequeña la innovación, pues con anterioridad hubiera resultado discutible que los estatutos de una SA hubieran podido contener semejante previsión de ruptura del vínculo societario. El acuerdo de introducción de la cláusula debe ser unánime (artículo 347 LSC).

Respecto del procedimiento, se reproduce lo indicado por la vieja LSRL, consintiendo la sustitución del anuncio en el BORM por la comunicación, también cuando la SA tenga acciones nominativas (artículo 348 LSC). Al situarse después de las causas estatutarias (como en el texto del que procede), se siguen produciendo dudas acerca de si el procedimiento puede derogarse para el ejercicio de separación estatutaria (lo que parece lógico, pues no siempre la causa consistirá en un acuerdo de la junta, presupuesto necesario para la aplicación de estas normas).

1.3. Novedades introducidas en materia de separación por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital

La Ley 25/2011, incidiendo en la creciente ampliación de las causas legales de separación, introduce en la LSC dos novedades:

1ª. La letra a) del apartado 1 del artículo 346 concede a los socios derecho de separación en caso de: Sustitución o **modificación sustancial** del objeto social, con lo que se ha añadido como causa de separación la “modificación sustancial del objeto social”.

Con ello, la regulación del derecho de separación de los socios de una sociedad de capital por esta causa ha sido manifiestamente mejorada. Hasta esta reforma, el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital, hablaba de “sustitución del objeto social”. Lo que se entiende por “sustitución” del objeto social ha dado lugar a muchos pleitos. Las dudas y los problemas que planteaba la norma motivó pronunciamientos del TS, el cual consideró necesario realizar una interpretación correctora en el sentido de reconocer el derecho a separarse de la sociedad siempre que se produzca “una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta” (STS de 30 de junio de 2010: LA LEY 109998/2010). De ello se deriva que aunque no haya una sustitución total del objeto de la sociedad, si ésta lo modifica incluyendo en el mismo una actividad que antes no existía y si la sociedad se dedica precisamente al desarrollo de esa actividad, es de justicia que el socio que hubiera ingresado en la sociedad en contemplación del primitivo objeto, tenga derecho de separación. Aunque el mismo (el objeto) no haya sido eliminado totalmente del correspondiente artículo estatutario, es evidente que si la sociedad se dedica ahora a la nueva actividad, se ha producido ese cambio sustancial en los parámetros objetivos en virtud de los cuales el socio ingresó en la sociedad⁴.

⁴ Esta sentencia se dicta en el caso de la compañía Borrás, S.L. que, en determinado momento, añadió otras actividades a su objeto social. En concreto, esta mercantil tenía como objeto social primitivo “(...) la fabricación de chocolates y derivados del cacao, tales como bombones y caramelos, mantecas, chocolatinas y pastas de cacao; la fabricación de galletas de todas clases; la fabricación elaboración y transformación de productos alimenticios en general, las ventas de los anteriores artículos al por mayor y al detalle, en España y en el extranjero; y, en general, la importación, venta y exportación de dichos artículos ya elaborados, de las materias primas para su fabricación y R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

2ª. El nuevo artículo 348 bis introduce el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos:

“1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.”

La justificación se encuentra en que el derecho de los socios minoritarios a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos. La "Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles", de 2002 (artículo 150), ya incluyó la norma. Y es que, en efecto, la falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad. El reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad. Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias a la dotación de reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio. De otra parte, con la fórmula evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo).

2. El derecho de separación en las fusiones heterogéneas

de cualesquiera otras materias, mercaderías y productos alimenticios”. El objeto social modificado es además de lo establecido anteriormente: ” 2. La producción de actividades agrícolas y de comercio al por mayor y al detalle de frutas, verduras y hortalizas; sus derivados y complementos e, incluso, las conservas de estos productos; las explotaciones hortofrutícolas mediante la compra, venta y arrendamiento y explotación de toda clase de terrenos e instalaciones, granjas, fincas rústicas, etc.; la producción, comercialización y distribución de toda clase de productos agrícolas y hortofrutícolas, todo ello tanto en España como en el extranjero. 3. La dedicación a la actividad extractiva pesquera, así como la comercialización de productos alimentarios del mar. Las actividades enumeradas podrán también ser desarrolladas por la sociedad, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la participación en otras sociedades con objeto análogo “. Ante esta modificación el demandante alega que “era una sociedad casi exclusivamente familiar, integrada por cinco socios, que se había dedicado desde su constitución, en el año mil novecientos cincuenta y seis, a la fabricación en Ceuta de productos compuestos de chocolate, así como a su venta”.

Pues bien, el Tribunal Supremo concluye que la “sustitución” del objeto social no debe ser estimada en términos absolutos sino relativos. En concreto establece que “- al margen de los supuestos patológicos de las modificaciones estatutarias diseñadas para eludir el derecho de separación del socio disidente, mediante el expediente de mantener en los estatutos el objeto social originario para dar la falsa apariencia de una mera adición objetiva – la sustitución no debe ser calificada desde una visión absoluta – conforme a la que sólo sería admisible el derecho de separación cuando aquella fuera total, esto es, con reemplazo en el texto estatutario de una actividad por otra -, sino relativa, atendiendo como razón identificadora del objeto social a la sustancia del mismo que permite definirlo como tipo, poniéndola en relación con el fin de la norma, que no es otro que respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella. No habrá, pues, sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos, a los que se ha referido en numerosas ocasiones la Dirección General de los Registros y del Notariado – resoluciones de 17 de febrero y 8 de junio de 1.992, 18 de agosto y 11 de noviembre de 1.993... -, pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos...”

A diferencia de lo que sucede en materia de transformación (artículo 4 LME), la LME no dedica un precepto a determinar cuáles son los distintos tipos de sociedades o entidades que pueden participar en una fusión. El artículo 22 LME, que describe la fusión, habla solo de las sociedades mercantiles. Dice el artículo 22 que “en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad...”. Esto implica la posibilidad de participación en una fusión de cualesquiera sociedades mercantiles; por tanto, se admiten las llamadas fusiones heterogéneas, es decir, aquellas fusiones en las que participan sociedades de distinto tipo, incluso sociedades personalistas junto con sociedades de capital, y en cualquiera de sus combinaciones. En estos casos, la ley no plantea la necesidad de coordinar la regulación de la fusión con la de la transformación, por lo que parece que en las fusiones heterogéneas no habrá que acumular los procedimientos de fusión y transformación, sino aplicar el de la primera⁵. Esto parece lógico, y creemos que debe ser así en cuanto al procedimiento, pero el análisis de la cuestión exige mayores cautelas en relación con los efectos. En concreto, se plantea la duda de si existe el derecho de separación para los socios que pasan a integrarse en una sociedad de tipo distinto al suyo original. En efecto, la generalización del derecho de separación para todos los supuestos de transformación (artículo 15 LME) da lugar al problema de si los socios que se fusionan y se integran en una sociedad de distinto tipo van a tener ese derecho. En todo caso, el derecho de separación se aplicaría solo a los supuestos en que ni la sociedad extinguida ni la resultante fuesen personalistas, pues en este caso es necesario el consentimiento individual de todos los socios con arreglo al artículo 41 LME. En realidad, se aplicará al caso en que los socios de una SA pasan a serlo de una SRL o viceversa. A nuestro juicio, dado que el artículo 15 LME les otorga el derecho de separación en caso de transformación, no tiene mucho sentido que no se reconozca ese derecho si el mismo efecto (la transformación) se produce tras una operación de modificación estructural múltiple que acaba en una fusión por absorción. Lo contrario no sería coherente con la generalización del derecho de separación en la transformación conforme al artículo 15 LME y más teniendo en cuenta que esa modificación estructural, que supone el cambio de tipo societario, produce “una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad”, que es lo que, según la importante STS de 30 de junio de 2010 (LA LEY 109998/2010), constituye el presupuesto que justifica el derecho del socio a separarse de la sociedad. No obstante lo señalado, hay un argumento todavía más contundente: el legislador ha considerado sin duda (así lo dispone el artículo 15 LSC) que la modificación de la forma jurídica de la sociedad ofrece la suficiente relevancia estructural como para justificar en todo caso la atribución del derecho de separación a los socios que no la aprueben. En el caso que nos ocupa, por tanto, concurre una causa justa y suficiente, a juicio del legislador, para ejercitar el derecho de separación, entendido como instrumento de tutela del socio minoritario frente al poder de la mayoría.

El planteamiento es sencillo: un socio que lo es de una SRL se encuentra con una modificación estructural de tal calibre que lo sitúa contra su voluntad en el accionariado de una SA. Se encuentra con que sus participaciones sociales se han transformado en acciones. Es indudable que ha habido un acuerdo que ha supuesto una “modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales”, hasta el punto de que para transmitir esas participaciones habrá que seguirse el régimen de las acciones⁶. Dejando a un lado el aspecto sustantivo, en el plano formal se plantean diferencias tan notables como las que derivan de poseer un derecho de crédito o un valor mobiliario, tal como se deduce del artículo 92 LSC:

1. Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios.

⁵ Así, GONZÁLEZ-MENESES Y ÁLVAREZ: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Dykinson, Madrid, 2011.

⁶ Sobre la cuestión, BONARDELL LENZANO: “La separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 12, 1998, y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE: “La transmisión de las participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 6, 1996).

2. Las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores.

Ello implica notables diferencias en materia de transmisión y de legitimación, como resulta de la lectura de los artículos 106 y 120 LSC.

Artículo 106. Documentación de las transmisiones.

1. La transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público.

La constitución de derechos reales diferentes del referido en el párrafo anterior sobre las participaciones sociales deberá constar en escritura pública.

2. El adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen.

Artículo 120. Transmisión de acciones.

1. Mientras no se hayan impreso y entregado los títulos, la transmisión de acciones procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales.

Tratándose de acciones nominativas, los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas.

2. Una vez impresos y entregados los títulos, la transmisión de las acciones al portador se sujetará a lo dispuesto en el artículo 545 del Código de Comercio.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que, lege data, las causas legales de separación son tasadas, pero también en que si concurre el supuesto de hecho al que la ley anuda la separación y no hubiera votado a favor del acuerdo, el socio podrá libremente ejercitar el derecho de separación, dado que así resulta del referido artículo 15 de la LSC (norma imperativa), y el mismo texto legal cuando permite la fusión heterogénea no realiza manifestación alguna al respecto.

Lo contrario supone amparar no sólo situaciones abusivas e injustas, sino, a nuestro juicio, supone amparar el fraude de ley. En el caso que nos ocupa, se consigue la transformación de la sociedad por la vía de la fusión heterogénea, privando a la minoría del derecho de separación que le otorga el artículo 15 LSC. En este sentido, resulta clarificador lo señalado por la Sentencia de la AP de Barcelona de 10 Sep. 2009 (LA LEY 347529/2009) en una situación litigiosa relativa al ejercicio del derecho de separación:

“... se ha de comprobar en el caso de autos si concurre o no el fraude de ley (en concreto, el logro de un resultado prohibido por el ordenamiento. Los requisitos para la existencia del fraude de ley resultan del artículo 6.4 del Código Civil, a cuyo tenor "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir". Se caracteriza el fraude de ley por implicar la vulneración de una norma imperativa oblicuamente que presupone la existencia de una norma jurídica de cobertura como reitera la jurisprudencia (STS de 21 de diciembre del 2000 -ROJ STS 9503/2000 - y las citadas en ella). Las STS de 5 de Julio del 2006 (ROJ: STS 4286/2006) y de 27 de Enero del 2006 (ROJ: STS 228/2006) proclaman que "El régimen del *fraus legis* se aplica a aquellos actos, uno o

varios, que reciben la cobertura de alguna norma, aunque sea básica o esté caracterizada por su generalidad, que los ampara o tolera, bien que de una manera insuficiente por ser otra su finalidad (sentencias de 13 de junio de 1.959, 10 de octubre de 1.962, 14 de diciembre de 1.972, 14 de mayo de 1.985, 14 de febrero de 1.986, 16 de marzo de 1.987, 19 de octubre de 1.987, 20 de mayo de 1.988, 30 de marzo de 1.988, 11 de octubre de 1.991, 16 de octubre de 1.991, 3 de noviembre de 1.992, 23 de febrero de 1.993, 5 de abril de 1.994, 23 de enero de 1.999, 3 de julio de 1.999 y 28 de septiembre de 2.004) y que persiguen un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, considerado como un todo (según se expresa en la exposición de motivos del Decreto 1.836/1.974, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil); esto es, un resultado contrario a cualquiera de las normas que integran el ordenamiento, aunque resulten de una interpretación sistemática o de los mismos procedimientos de integración". La norma defraudada debe ser imperativa, necesaria o de ius cogens, que establece una regulación forzosa, inmodificable por la autonomía privada (artículo 1255 CC) y que para evitar su molesta imperatividad, precisamente el agente acude al amparo de otra norma (la de cobertura) ...".

Además, la negativa a conceder a los minoritarios su derecho de separación puede tener consecuencias económicas perjudiciales para éstos al no poder hacer uso del sistema valorativo de la participación previsto en el artículo 353 LSC, que prevé:

1. A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración.

2. Si las acciones cotizasen en un mercado secundario oficial, el valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre.

"EL ESPÍRITU EGOÍSTA DE AQUÉL DERECHO". NICOLA COVIELLO Y LA CIENCIA JURÍDICA ITALIANA ENTRE INDIVIDUALISMO Y SOLIDARISMO"

Dra. Carlotta Lattini
Universidad de Camerino
(Italia)

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2013

Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2013

SUMARIO: 1. SOLIDARISMO Y SOCIALISMO JURÍDICO. DEL *ANIMAL LABORANS* AL *HOMO FABER* O SOBRE LA FÁBULA DE LAS ABEJAS Y LA COLMENA. 2. LA EQUIDAD Y LA *LOCATIO OPERARUM*. 3. ACCIDENTES DE TRABAJO.

RESUMEN: El artículo enfrenta el problema de la relación entre el Código Civil italiano de 1865 y las necesidades sociales. La cuestión social y la aparición de nuevas necesidades en materia de protección de los trabajadores en el trabajo, requieren un esfuerzo doctrinal y legislativo que empuja a la ciencia jurídica italiana a tomar una posición sobre ciertos temas críticos como la responsabilidad del empresario con respecto a las lesiones en el trabajo y en la falta de equidad en los contratos.

ABSTRACT: The essay addresses the problem of the relationship between the Italian Civil Code 1865 and social needs. Social issues and the emergence of new needs for protection of workers at work, require doctrinal and legislative effort that pushes the Italian legal science to take a stand on certain critical issues such as employer's liability with respect to workplace injuries and lack of fairness in contracts.

PALABRAS CLAVE: Código Civil italiano de 1865, la cuestión social, protección de los trabajadores, equidad en los contratos, ciencia jurídica italiana.

KEYWORDS: Italian Civil Code of 1865, Social Issue, Protection of Workers, Equity in Contract, Italian Legal Science.

1. SOLIDARISMO Y SOCIALISMO JURÍDICO. DEL *ANIMAL LABORANS* AL *HOMO FABER* O SOBRE LA FÁBULA DE LAS ABEJAS Y LA COLMENA

En la famosa fábula de las abejas de Bernarde de Mandeville¹, se preconizaban repercusiones de la industrialización con sus males y sus contradicciones, desde las malas prácticas y las ganancias de los propietarios al excesivo trabajo de los operarios. La moraleja de la fábula era contraria a la eliminación de la injusticia social: los trabajadores-abejas con su esfuerzo, así como los propietarios con su derroche contribuían a la prosperidad de la colmena produciendo un equilibrio virtuoso. El desarrollo de la industria estaba destinado así a marcar el carácter "servil" del trabajo asalariado dando lugar, al menos en el primer constitucionalismo, a una exclusión de la ciudadanía plena².

El conflicto entre el capital y el trabajo se convertía así, entendido como cuestión social, en el tema principal del debate de la ciencia jurídica italiana, especialmente en los últimos años del siglo XIX y en los primeros veinte años del siglo XX.

Este debate se produce fundamentalmente en el ámbito del socialismo jurídico. El socialismo jurídico italiano se presenta, como ha escrito Mario Sbriccoli, en una forma heterogénea, recogiendo enfoques variados y de autores³ provenientes de posiciones igualmente diversas. Algunos de ellos tienen en común una cierta propensión a la renovación del derecho, pero el punto de vista sobre los procedimientos necesarios para alcanzar esta reforma estaba dividido entre las diferentes posiciones de los juristas evolucionistas, solidarios, positivistas, socialistas y de la derecha, penalistas sensibles a la cuestión obrera y más generalmente social, civilistas, etc. La ambigüedad de fondo del socialismo jurídico, entre aspectos positivos y puntos muy opacos, no se creó ex novo, sino que fue heredada de la tradición del Estado liberal de derecho. En este lugar se observarán en particular algunas de las líneas del conflicto entre individualismo y solidarismo según la percepción de parte de los juristas italianos, no definibles como socialistas, pero, como se verá, muy atentos a algunos problemas sociales y a su relevancia jurídica. La entrada en el derecho de las ciencias sociales y de sus renovados métodos inducía además a muchos juristas a reflexionar sobre la relación entre el estado y la sociedad, entre el Código Civil y la sociedad.

La última década del siglo XIX, desde el punto de vista de las ideas, se abre y se cierra para la civilística con dos lecciones que contenían la misma crítica: por un lado la que había formulado en 1891 Emanuele Gianturco, « El individualismo y el socialismo en el derecho contractual», y por el otro la de Gian Pietro Chironi de 1898, «El individualismo y la función social del derecho»⁴. Se trata de la «Parentesi neotérica»⁵ que alude a la experiencia de una parte de la ciencia jurídica italiana que había denunciado el individualismo del Código Civil y suscitando la cuestión de la intervención urgente del estado mediante una crítica "social" del Código Civil de 1865.

El punto de esta discusión versaba precisamente sobre el aparente carácter sinalagmático o bilateral del contrato, que contrastaba con el importante desequilibrio real entre las partes, a favor del proponente. Un ejemplo de ello es la *locatio operarum*⁶, o contrato de arrendamiento de obras regulado

¹ B. DE MANDEVILLE, *La favola delle api. Vizi privati e pubbliche virtù* (1705), Grande Antologia Filosofica, Milano, Marzorati, 1968, vol. XIV, pp. 137-146. M. TOLONEN, *Mandeville and Hume, anatomistic of civil society*, Voltaire foundation, Oxford, 2013; F. PONGIGLIONE, *Bernarde Mandeville: tra ragione e passioni*, Studium, Roma, 2013; M. SIMONAZZI, *Mandeville*, Carocci, Roma, 2011.

² G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Einaudi, Torino, 2013, p. 22.

³ M. SBRICCOLI, "Il diritto penale sociale", 1893-1912, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 3-4, 1974-1975, *Il "socialismo giuridico"*, t. I, p. 562.

⁴ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 44; ID, *La scienza del diritto privato. Una Rivista progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁵ *Neoterici* son los civilistas innovadores que retoman las distancias del llamado método exegético. Cfr. P. GROSSI, "Itinerarii dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle 'parti generali' di Chironi, Coviello e Ferrara", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. XXVII, 1988, p. 170, bien en *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁶ Cfr. sobre este punto G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 5; P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro, I, La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 355 e ss.; P. MARCHETTI, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza R.E.D.S.* núm. 3, septiembre-diciembre 2013

por el artículo 1570 del Código Civil que, según un esquema romanístico que no puede trasladarse en la expresión “contrato de trabajo”, y que va a suscitar una de las reflexiones más importantes sobre el tema, igualmente ocurrirá si pensamos en los contratos agrarios y también así si tenemos en cuenta las ejecuciones de contratos en general.

Más allá de los resultados de este proceso de renovación de la ciencia jurídica, si bien, como ya se ha dicho, la tradición resultará vencedora y por tanto la Pandektenwissenschaft⁷, la ciencia jurídica abordará la llamada cuestión social con diferentes acercamientos⁸: Gianturco y Nicola Coviello son algunos de los autores más sensibles a esta cuestión aun no siendo socialistas⁹.

El enfoque de Coviello, como el de otra parte de la ciencia jurídica italiana, asociaba con el solidarismo y con la crítica social del derecho privado codificado una idea de reforma del derecho hecha desde el Estado, pero también con la contribución más significativa del juez y de la jurisprudencia.

Se trataba de la disputada cuestión que había agitado la ciencia jurídica en los últimos años del siglo XIX, es decir, si se debía pensar en una reforma de toda la legislación del derecho, sólo a través de leyes especiales sin necesidad de modificar el Código Civil, o consentir una adaptación del derecho a través de la actividad jurisprudencial¹⁰ o incluso modificar el Código Civil con un código de derecho privado social, hipótesis bastante residual en la literatura jurídica.

Como recordaba Emanuele Gianturco, si de un lado teníamos primero el Estado «paternalista», del otro se pasaba al Estado «indiferente». Como consecuencia de las teorías económicas del *laissez faire*, en la interpretación de Adam Smith de la posibilidad excluyente de una función integradora del Estado allí donde la actividad individual no hubiese tenido un estímulo suficiente, surgió un concepto de Estado que indicaba la recuperación del sentimiento de libertad individual que había marcado fuertemente la experiencia codificadora¹¹. Por otro lado, si parecía criticable la postura de un Estado «indiferente», el estado omnipresente propuesto por los socialistas de cátedra (*Kathedersozialismus*)¹²

giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale, Giuffrè, Milano, 2006; C. LATINI, “«L’araba fenice». Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, 2006, pp. 660 y ss.

⁷ A. MAZZACANE, “Pandettistica”, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1981, vol. XXXI, pp. 592-608. Cfr. bien H.P. HAFERKAMP, “Pandektistik und Gerichtspraxis”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. XL, 2011, pp. 177 y ss. que relee a la pandectística evidenciando como los pandectísticos fueron juristas.

⁸ G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 151 y ss. G. CAZZETTA, “Coscienza giuridica nazionale e coscienza pratica nel primo Novecento italiano”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. I, 40, 2011, pp. 781 y ss.

⁹ Sobre el socialismo jurídico cfr. P. BENEDEUCE, “Punto di vista amministrativo” e Stato di diritto. Aspetti del germanesimo dei giuristi italiani alla fine dell’Ottocento”, *Annali dell’istituto storico italo-germanico in Trento*, núm. X, 1984, pp. 139-136; VV.AA., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, editado por A. Mazzacane, Liguori, Napoli, 1986; P. GROSSI, “La scienza del diritto privato”: una rivista progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 95-100; M.G. LOSANO, “Origini e sviluppo del diritto alternativo in Europa e in Sudamerica”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2000, pp. 109-151; G. ALPA, *La cultura delle regole: storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 224-239 e pp. 446-448; M. SBRICCOLI, “Il diritto penale sociale. 1883-1912”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 3-4, 1974-75, pp. 557-642, en *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Giuffrè, Milano, 2009, t. 2, pp. 819-902; M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Giuffrè, Milano, 2010; M. CARAVALE, *Storia del diritto nell’Europa moderna e contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 393-395; M. STRONATI, “Il socialismo giuridico e il solidarismo”, en *Il contributo alla storia Pensiero – Diritto*, Roma, Treccani, 2012, [http://www.treccani.it/enciclopedia/il-socialismo-giuridico-e-il-solidarismo_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/il-socialismo-giuridico-e-il-solidarismo_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/); D. DI CECCA, “Il socialismo dei giuristi». Per una ricerca sul socialismo giuridico francese”, *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna*, [www.historiaetius.eu], núm. 3, 2013, paper 13, p. 1.

¹⁰ Cfr. sobre este punto M. MECCARELLI, “Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 30, 2002, pp. 69-184.

¹¹ E. GIANTURCO, “L’individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale (1891)”, en *Opere giuridiche*, vol. 2, *Teoria generale – scritti varii – successioni – obbligazioni*, La libreria dello Stato, Roma, 1947, p. 265; A. MAZZACANE, *L’esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Liguori, Napoli, 1992; E. STOLFI, “Alcune osservazioni circa il metodo casistico e insegnamento giuridico in Emanuele Gianturco”, en *Emanuele Gianturco. Nuovi studi per i centenari*, editado por F. Treggiari, Pisani, Avigliano, 203, p. 65.

¹² G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 76 e ss. Entre los «socialistas de cátedra» de la asociación para la política social, el socialismo de estado fue mantenido en la manera más radical por Adolph Wagner.

terminaba por ser poco creíble para los juristas neoteóricos quienes aunque encontraban compartibles algunos elementos del socialismo, lo tildaban de utópico.

La idea de un derecho a la vida o mejor a la supervivencia y, en consecuencia, a procurarse los medios de subsistencia no se traducían directamente en un derecho al trabajo pero sí en la libertad de trabajar. La ciencia jurídica contemporánea no alcanzaba a socavar esta concepción, si bien se consideraba necesario que el derecho contractual fuera renovado por el espíritu social. No se trataba de una reflexión sobre el derecho fundamental a la vida, sino de una consecuencia lógica de la actividad jurisprudencial que, al menos en Francia, había ido dando paso a la aceptación del estado de necesidad como eximente (motivo de la exclusión del crimen)¹³ y que había encontrado en Italia algunos juristas muy interesados en este fenómeno.

La superación del enfoque exegético y su sécheresse¹⁴ y la prevalencia del enfoque pandectístico se avecinaba sincréticamente a la luz del solidarismo y se apoyaba en la idea social, en las corrientes económicas y sociológicas dando lugar a un nuevo enfoque que no tuvo ningún efecto en lo inmediato, pero que sin duda lo tendría en el futuro.

Así, por un lado, Gianturco llamaba la atención de la ciencia del derecho sobre la libertad contractual que "perjudica la equidad"¹⁵, recordando el problema de algunas cláusulas contractuales injustas que a menudo los agricultores se veían obligados a aceptar, como el acuerdo de no pedir la reducción del estagio o renta del alquiler por sucesos imprevistos o imprevisibles, acuerdo, ya entonces convertida en cláusula consuetudinaria e indudablemente vejatoria.

No sólo eso, Gianturco señalaba también como un principio fundamental había predominado en todos los códigos de derecho privado modernos, y en particular en el derecho de los contratos, y especialmente en la parte de ese derecho que concernía al trabajo, esto es, el principio de igualdad jurídica, mediante el cual el legislador había consultado, basándose en la voluntad y la libertad de las partes todo contrato que no estuviese en conflicto con el orden público o las buenas costumbres.

De este modo, exponía Gianturco, el legislador no sólo declaraba explícitamente su impotencia para intervenir atenuando los efectos de las leyes económicas naturales, sino que también mostraba su desinterés por la injusticia resultante de la supuesta igualdad de derechos de las partes contratantes¹⁶. Y constataba con amargura que jurídicamente eran libres e iguales entre sí en base al derecho el usurero, el terrateniente, el empresario y el exhausto trabajador que se encontrase frente a la penosa elección entre acudir a la usura o morir de hambre, y el campesino que se debatía entre aceptar acuerdos económicos insostenibles o emigrar a América, o el operario que a su vez se viese obligado a elegir entre una mísera vida para él y su familia o por trabajar por el salario ridículo que le hubiera impuesto un arrogante capitalista.

Este derecho contractual se basaba casi exclusivamente en la libertad de las partes contratantes y la igualdad formal: la idea social era una 'tierra extranjera' para este derecho. Pero parte de la ciencia jurídica sostenía que no todo el derecho privado era un *ius voluntarium*¹⁷ y que el derecho civil moderno

¹³ R. MAJETTI, *Le sentenze del Presidente Magnaud riunite e commentate da Enrico Leyret*, Cavotta, S. Maria Capua Vetere, 1901, Parte Prima, *Il diritto alla vita*, pp. 33 y ss. Allí se enfrentarán y comentaran las sentencias de absolución por delitos menores cometidos en estado de necesidad, como robo de pan, o encaminados a conseguir un arresto a modo de refugio; C.M. HERRERA, "Entre équité et socialisme? Le juge et la questione sociale dans le débat politico-doctrinal français du debut du XXème siècle", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. XL, 2011, pp. 343 y ss.

¹⁴ M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., p. 4; P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, cit., *passim*.

¹⁵ E. GIANTURCO, *Lettere agli agricoltori italiani*, in *Opere giuridiche*, La libreria dello Stato, Roma, 1947, vol. I, p. 190 «Nel novembre dello scorso anno, discorrendo nella mia prolusione universitaria del danno sociale prodotto dal dogmatico principio della libertà dei contratti, dissi che alcuni patti invalsi nei nostri contratti agrarii erano addirittura leonini e gravosissimi ai contadini italiani. Espresi quindi tre voti: 1° che fosse dichiarato nullo l'incondizionato patto di rinuncia a tutti i casi fortuiti preveduti e impreveduti. 2° che fosse riconosciuto e regolato il diritto del colono a conseguire un'indennità per i miglioramenti fatti sul fondo. 3° Che una legge contro l'usura, informata non ai vecchi pregiudizii economici, ma alle necessità sociali presenti, rendesse men grave la nuova schiavitù del debito. Molti mi accusarono perciò di tendenze socialistiche: non mi tenni ingiurato allora, né oggi». De este autor cfr. también el individualismo y el socialismo en el derecho contractual, en *Opere giuridiche*, II, pp. 262-269. Cfr. bien en F. TREGGIARI, "Gianturco, Emanuele", en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. I, pp. 992-994.

¹⁶ E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale (1891)*, cit., p. 262.

¹⁷ C.F. GABBA, "Prolusione al corso di diritto civile - anno scolastico 1887-1888 letta alla Università di Pisa il 15 dicembre 1887" *Archivio giuridico*, 39, 1887.

tenía un ámbito de acción mucho más amplio que la acción del Código Civil vigente: se trataba del reconocimiento de un malestar de parte de la ciencia jurídica respecto a la idea y a la enseñanza de un derecho civil aplastados completamente por el código. La cuestión crucial de la voluntad contractual, del consenso y de la libertad de contrato -ya sea en el plano de los efectos que en el plano de la interpretación del contrato- representa el punto de encuentro de varias reflexiones por parte de la ciencia civil italiana¹⁸.

Por otro lado, a finales de los años noventa del siglo XIX la conferencia inaugural de Chironi reflexionaba sobre la tentativa llevada a cabo por los expertos en ciencias sociales, de aplicar un nuevo método con el fin de superar la debilidad y la abandonada decrepitud de sus construcciones científicas. A estos expertos en ciencias sociales Chironi contraponía su idea de un derecho que no era ni exclusivamente individual, -de ser así se habría levantado en contra de las instituciones el soplo odioso de la reacción que no tiene medida-, ni individualmente social¹⁹. Se trataba de dos posiciones en parte diferentes, pero que mostraban la misma tendencia a abordar el problema del contrato de trabajo, de la responsabilidad civil extracontractual, de los contratos agrarios o de la represión de la usura. Todos ellos temas compartidos por estos autores.

2. LA EQUIDAD Y LA *LOCATIO OPERARUM*.

Nicola Coviello²⁰ se enfrenta en 1896 y en 1897 con dos de estas cuestiones: la equidad en el contrato de trabajo y responsabilidad sin culpa. En 1896, publicaba en la revista Estudios Napolitanos, el artículo La equidad en los contratos, donde mantenía que la falta de equidad, especialmente en los contratos de trabajo, era una de las fuentes principales, si no la única, de la desigualdad social y de la lucha de clases²¹. El ensayo, que Coviello definió con demasiada modestia como un breve artículo (un *lavoretto*), constituía la conferencia inaugural a una de sus clases de derecho civil y no parece que estuviera destinada inicialmente a ser impresa. Pero después, las múltiples citas y las diversas referencias recibidas²² -argumentará el mismo Coviello- le habían llevado a publicarlo: consideraba el autor que la libertad, que representaba el principio más importante del derecho contractual, no podía ser considerada como el elemento único y supremo. Debido justamente al hecho de que el contrato es estipulado entre dos partes, la libertad no puede ser absoluta, sino que debe ser limitada por la libertad del otro. A partir del examen del artículo 1124 del Código Civil, según el cual los contratos obligaban no sólo a lo que se expresa en ellos, sino a todas las consecuencias que, según la equidad, el uso o la ley de él derivaban. Coviello llegaba a la conclusión, no sin pesar, que la igualdad contractual quedaba en ese punto reducida a una expresión retórica.

La comparación entre los §§ 934 a 935 del Código Civil austriaco²³ que admitía el perjuicio derivado de la desigualdad de los rendimientos, y el Código Civil italiano que no contenía la misma

¹⁸ I. BIROCCHI, *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino, Domat e Portalis*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (ed.), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 95: «Appartiene a una dottrina che ha avuto grande fortuna l'affermazione che il carattere distintivo del contratto moderno sarebbe il riconoscimento dell'efficacia del consenso...Si tratta tuttavia di una visione validamente contrastata e talvolta...perfino dissacrata».

¹⁹ G.P. CHIRONI, *L'individualismo e la funzione sociale del diritto, Discorso inaugurale dell'anno universitario torinese 1898-1899*, in *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, Parte generale-Parte speciale, Bocca, Milano-Torino-Roma, 1914.

²⁰ G. CHIODI, *Coviello, Nicola*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, diretto de I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, il Mulino, Bologna, 2013, vol. I, pp. 605-607; P. GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle 'parti generali' di Chironi, Coviello e Ferrara*, cit., *passim*.

²¹ L. MARTONE, *Coviello Nicola*, in *Dizionario biografico degli italiani*, cit., vol. I, pp. 604-605.

²² F. PERRONE, *L'idea sociale nel diritto commerciale*, Pierro, Napoli, 1894; A. TORTORI, *Sociologia e diritto commerciale. I. L'unità del diritto privato e la sua ricostruzione a base sociologica*, Bocca, Torino, 1895.

²³ R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB en <http://www.forhistiur.de/zitat/0601ferrante.htm>*; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè, Milano, 1998; ID., “La storia della codificazione e quella del codice”, *Index, Quaderni camerti di studi romanistici*, núm. 29, 2001, pp. 55-81; ID., *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, en P. CAPPELLINI, B. SORDI (ed.), *Codici. Una riflessione di fine millennio, Atti del convegno di Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 263-307; M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative dall'Antico Regime al fascismo*, pp. 201-202, Giappichelli, Torino, 2007.

R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

ISSN: 2340-4647

previsión para los contratos conmutativos, de venta, arrendamiento de cosas y obras, conducía a la consideración de que el código civil italiano era mucho menos liberal.

Por otra parte, se burlaba la equidad en el caso de alquiler de fundos, en el que no se admitía el perjuicio, así como en el caso de los contratos aleatorios y en el alquiler de fundos rústicos, mientras que el derecho del colono a la reducción de la renta se veía a menudo frustrado por la inclusión en el contrato de una cláusula de asunción de riesgos previstos e imprevisibles²⁴. Además-recordaba Coviello-ninguna disposición vetaba en aquel momento los contratos usureros en Italia, por lo que las varias referencias a la equidad presentes en el código civil italiano, a partir del artículo 1124 c.c., eran claramente inútiles.

También aquí la comparación se trazaba con lo que ocurría en otros países, en particular en Alemania, donde, después de un notable esfuerzo doctrinal mediante la ley del 19 de junio 1893 (Sachenwucher) sobre la usura de bienes aplicable también, sin embargo, al contrato de trabajo por su carácter genérico, eran declarados nulos y sin efecto todos los contratos en los que fuera evidente la desproporción entre rendimiento y contraprestación, en caso de abuso de la inexperiencia o de la necesidad de una parte en perjuicio de la otra y siempre que este abuso viniera sucediendo por costumbre o de manera habitual²⁵.

De hecho, visto más detenidamente, según Coviello había sido más honesto el legislador español que había suprimido la expresión “equidad” en el Código de 1889 y en el art. 1289 había declarado: «Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses». Coviello precisaba glosando este artículo: “francamente se admira, al menos, su sinceridad”²⁶.

Siguiendo a Gianturco, su maestro, Coviello señalaba la especificidad del contrato de trabajo (o contrato de arrendamiento de obra), como también de los contratos agrarios. Uno de los puntos más críticos lo constituía la problemática de la normativa de Código²⁷. El Código civil de hecho permanecía anclado a principios como el de arriendo de obra [lo] que estaban en ese momento completamente ajenos a la realidad social. Por esta razón, uno de los temas sobre los que la ciencia jurídica civil italiana reflexionará en los años a caballo entre los siglos XIX y XX es, precisamente, la equidad en los contratos. En particular, es muy en el interior del contrato de trabajo, donde se hallan las preguntas y respuestas del acalorado debate que estaba teniendo lugar entonces y que planteaba a los juristas la cuestión del método y de la interpretación jurisprudencial. Y en este punto se conectaba con el debate sobre el papel de la equidad. Si Emanuele Gianturco advertía que el contrato de trabajo era un caso particular de mucha mayor amplitud que el contrato de locatio operarum, él señalaba una clara contraposición en la legislación inherente al llamado derecho obrero: por un lado el aspecto político-social o publicístico y por otro el privatístico.

La naturaleza desorganizada de la legislación sobre el contrato de trabajo, las nuevas formas de contratación, las nuevas necesidades individuales, pero también los nuevos riesgos para el orden público aparecían en el horizonte, mientras que los criterios del derecho civil continuaban siendo oscuros.

Pero mientras que Gianturco decía creer en la jurisprudencia progresiva o productiva que suplía o compensaba las nuevas necesidades sociales cuando la ley se transformaba en inadecuada frente a los cambios de vida y costumbres de la sociedad, Nicola Coviello se proponía buscar el significado de la

²⁴ N. COVIELLO, “*Dell’equità nei contratti*”, *Studi Napoletani*, 15 e 31 dicembre 1895, pp. 17-17.

²⁵ G. HARTMANN, “*Der Civilgesetzbuch, das Aquitätsprincip un die Richterstellung*”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 73, 1888, pp. 309-407.

²⁶ N. COVIELLO, *Dell’equità nei contratti*, cit., p. 20.

²⁷ Sobre la relación entre el Código y las leyes especiales civiles ver G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 60; P. CAPPELLINI, “*La forma-codice metamorfosi e polemiche novecentesche*”, en *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Treccani, Roma, 2012; ID., “*Codici*”, en M. FIORAVANTI (ed.) *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002; P. CAPPELLINI, “*Il Codice eterno. La forma-codice e i suoi destinatari: morfologia e metamorfosi di un paradigma della modernità*”, en P. CAPPELLINI, B. SORDI (ed.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*.

equidad en los contratos encontrándolo en la igualdad de las prestaciones, y llegando a conclusiones verdaderamente amargas: «E invero basta riflettere un poco sullo stesso art. 1124 per convincersi della troppa limitata e meschina e pressoché nulla efficacia che l'equità può avere»²⁸.

Según Coviello la equidad, en efecto, no podía identificarse ni con la ley natural ni con el espíritu de la ley, pero podía entenderse como un elemento de corrección del derecho cuando la norma general resultase demasiado rígida y hubiera que mitigarla. De hecho, la norma abstractamente justa puede no corresponder a la realidad de un caso que presenta circunstancias propias tales que en este particular la norma sería injusta. Una función de carácter instaurador de la equidad requeriría para Coviello que el legislador tuviera cuenta de esta, previéndola en las disposiciones de la ley, o expresamente permitiendo al juez recurrir a la equidad en los casos no previstos²⁹. En el caso en que faltase esta disposición, el juez no habría podido no aplicar la norma con el pretexto de *summum ius summa injuria*. Para Coviello, los casos en los que el código había depositado la solución en manos de la equidad eran excepcionales, y en ellos se tenía en cuenta la naturaleza especial de la relación de hecho: «altrimenti non l'equità ma l'arbitrio si sostituisce al diritto»³⁰.

Sin lugar a dudas, era necesario -según Coviello- que la equidad se situase por encima de la voluntad privada. Él consideraba los *probiviri* como un caso de aplicación de la equidad contractual, porque pertenecía a ellos la decisión en los litigios relativos a las relaciones laborales y al cumplimiento de los contratos de trabajo. Si la equidad había sido pasada por alto por los códigos y las leyes, los *probiviri* habrían podido en cambio, en su conciencia honrada, recurrir libremente a los principios de equidad³¹.

3. ACCIDENTES DE TRABAJO

Otra tema candente del que Coviello, y con él muchos otros juristas, se ocupará es el de los accidentes de trabajo de los que el Código Civil no se había obviamente encargado de manera que no existía todavía en ese momento una normativa para la protección frente a los mismos y su indemnización. De hecho, el principal obstáculo para la compensación económica por el daño sufrido estribaba, en que, en el caso del trabajador, la legislación vigente le adjudicaba a éste el peso de la prueba, que sólo en casos infrecuentes se lograba demostrar la existencia de una relación de causalidad entre las actividades llevadas a cabo por el empresario, su negligencia y el daño ocasionado al trabajador. Además, teniendo en cuenta las normas del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual basadas enteramente en el concepto de culpa, lograr probar la culpa del propietario era casi imposible en los numerosos en los que no se podía atribuir directamente al empleador la responsabilidad del accidente.

En la lección inaugural leída en Catania en 1897, sobre la Responsabilidad sin culpa, Coviello partía de la constatación del periodo de *agitazione e rinnovamento* que había tenido lugar en la ciencia del derecho privado. El problema de la culpabilidad del empresario o empleador representará un hueso muy duro de roer: recaía sobre el trabajador, de acuerdo con los principios de responsabilidad extracontractual, el peso de probar la culpabilidad del patrón, algo muy difícil de demostrar al tiempo que la justicia civil no tenía instrumentos normativos suficientes para responder a las exigencias pertinentes de equidad y justicia necesarias en las relaciones laborales, ni tampoco para garantizar la seguridad en el lugar de trabajo, al menos hasta que no fueran instituidos por ley los tribunales

²⁸ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 15.

²⁹ No se trataba por otro lado de una posición nueva: cfr. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, [Discurso inaugural nel solenne riapimento degli studi nell'Università di Camerino letto il 23 novembre 1879], bien en *Studi giuridici*, Anonima Romana, Roma, 1932, vol. III, pp. 14 y ss.

³⁰ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, cit., p. 9

³¹ Cfr. C. LATINI, «*L'araba fenice*». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale tra Otto e Novecento*, cit., pp. 668 y ss.
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

industriales o probiviri (15 de junio 1893 n. 295),³² que tendrían la particularidad de tratarse de jueces togados y habilitados para recurrir a la equidad.

Paralelamente a las nuevas reflexiones de la privatística italiana, es cosa conocida como se habían sido presentados en la cámara de los diputados varios proyectos de ley: Pericoli, Minghetti, Berti, mediante los cuales se trataba de superar, de diversas maneras, el obstáculo representado por la legislación del código civil en materia de culpa que en el art. 1151 había establecido como base de la obligación resarcitoria la culpa. Fundamentales, en este sentido, son las reflexiones de Chironi, para el que el progreso industrial y las cambiantes condiciones del trabajo industrial no representaban una razón de peso para modificar el criterio general del Código Civil en materia de responsabilidad, a saber, el principio de que la responsabilidad es igual a culpa. Para Chironi la cuestión jurídica es autónoma respecto a la cuestión social. El jurista solamente debía constatar que el campo de su investigación estaba limitado por el principio de responsabilidad por culpa³³. Chironi rechazaba así tanto el recurrir de a la inversión del peso de la prueba, que introducía por razones sociales un privilegio injustificado en el derecho común, como la tesis que pretendía añadir a la obligación contractual contraída por el empresario según el contrato – a saber, el pago del salario – la obligación, indeterminada legalmente, de garantizar la seguridad de los trabajadores.

Después de haber determinado que la cuestión jurídica de la responsabilidad podría lograrse sólo si la negligencia era verificada, esto es, que la culpa correspondía al empleador, Chironi elimina del derecho civil una serie de cuestiones considerándolas ajenas al principio de responsabilidad así, por ejemplo, la rendición de cuentas, la protección de accidentes debidos a la casualidad, y extiende el ámbito de las obligaciones establecidas por la ley y, sin abandonar el esquema de la culpa, interpreta ampliamente el alcance del artículo 1151 (Sección III, De los delitos y cuasi delitos. 1151. Cualquier acto de un hombre que cause daños a terceros, obliga al culpable que los originó a compensar el daño). Conforme al art. 1628, el empresario solamente estaba obligado por contrato a pagar el salario al operario, sin que hubiera otras obligaciones contractuales establecidas a sus expensas.

Según Chironi, era posible encontrar en el art. 1151 un principio general, e imponer un deber de diligencia gravosa (por encima de aquél del buen padre de familia), desde el cual se pudiera inferir las varias obligaciones a cargo del empleador. El empresario, para Chironi, estaba obligado a dirigir y supervisar, así como a proporcionar el equipo necesario y los medios considerados más adecuados para evitar accidentes, cualesquiera que fueran. Se trataba de un principio del que emanaba una responsabilidad muy amplia para el empresario, ya que la responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad contractual por la cual el patrón sólo estaba obligado a conducirse con la diligencia de un buen padre de familia, podría ser establecida a partir de cualquier negligencia³⁴.

Sin embargo, la libertad de voluntad se mantiene como prioritaria: "Si con estos criterios, de una presunta 'lucha de clases', se examina la ley, se entiende, con una fácil crítica hasta qué punto la ley se podrá considerar desigual al movimiento social moderno"³⁵.

Respecto a la configuración jurídica de la responsabilidad del empleador derivada de un accidente, se daban, grosso modo, tres soluciones previstas en torno a la última década del siglo XIX: la primera, o teoría de la inversión del peso de la prueba, por la cual se podía no aplicar el principio por el que *actori incumbit probatio* – principio cardinal de la responsabilidad extracontractual hasta entonces – y dejaba en manos del demandado el peso de probar que el hecho había ocurrido por negligencia únicamente imputable al perjudicado, por caso fortuito o fuerza mayor. La segunda era la teoría de la responsabilidad contractual del empleador, por la que se ampliaban las obligaciones del arrendatario añadiendo al pago del salario la obligación de poner a disposición del trabajador los medios idóneos para

³² Sobre ello cfr. E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (Roma 1906), a cargo y con introducción de S. Caprioli, Giappichelli, Torino 1992.

³³ G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., p. 232.

³⁴ G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa contrattuale*, Bocca, Torino, 1925, pp. 93 y ss.

³⁵ *Ibidem*, p. 94. Aquí la referencia es a A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Laupp'schen, Tübingen, 1890; t. 2 - 3, pp. 2-3 cuya crítica viene tildada de aguda pero no convincente por Chironi.

la ejecución del contrato y de vigilar la seguridad del obrero; y la tercera era la teoría de una interpretación amplia de los principios de la culpa extracontractual³⁶.

Coviello, por lo tanto, estaba preparado para "desmantelar" uno de los principios cardinales del Código Civil de 1865, es decir, aquél por el que no existía responsabilidad civil sin culpa. El jurista elabora una teoría de responsabilidad objetiva que debe relacionarse con el otro concepto de responsabilidad por culpa, asociando a esta teoría la propuesta del seguro obligatorio y definiéndolo no como resarcimiento del daño, sino como indemnización, sosteniendo que históricamente solo había existido la responsabilidad por culpa debida a la confusión entre pena pecuniaria e indemnización, pero en realidad la larga digresión histórica de Coviello sobre el resarcimiento no demuestra necesariamente el punto de la responsabilidad por culpa³⁷. Finalmente, a pesar de las premisas, el resultado de sus propuestas es menos abrumador respecto al dogma que el liberalismo representado por la responsabilidad basada en la culpa y anticipa la solución legislativa en 1898.

Como es sabido, la aprobación parlamentaria de la ley de accidentes de trabajo fue compleja: el primer proyecto fue presentado a la Cámara de los Diputados el 27 de noviembre 1878, pero la ley no fue aprobada hasta el 17 de marzo de 1898 en la primera sesión de la XX Legislatura (Ley N ° 80). En esos veinte años de diferencia fueron presentados, por uno u otro sector del parlamento, hasta 10 proyectos de ley, casi todos por iniciativa del gobierno.

En el vínculo aparentemente indisoluble que la ciencia jurídica había contribuido a establecer, pero que se había consagrado en el Estatuto Albertino, entre libertad y propiedad de conformidad con los artículos 26 y 29 que sancionaban algunas de las principales libertades de los ciudadanos, reconociendo la libertad individual y la inviolabilidad de la propiedad, se situaba el párrafo segundo del art. 29 que reconocía la existencia de un interés público con carácter prevalente respecto al derecho – libertad de la propiedad que podría conducir a la venta de la propiedad después de una justa indemnización. Justamente a esta hipótesis se refería Coviello: "existe la obligación de indemnización en caso de expropiación por causa de utilidad pública en el ejercicio del derecho de acueducto y paso obligado³⁸, pero esto no deriva ni del contrato ni del cuasi contrato ni de un acto ilícito; si el acuerdo interviene es para determinar la cuantía de la indemnización a pagar, pero la obligación en sí misma deriva de la ley. En la obra *Della trascrizione*, compuesta entre 1897 y 1899, Coviello escribía: "en el ordenamiento jurídico de la propiedad el elemento social no puede ser ignorado"³⁹.

Coviello hablaba de la actual tendencia a extender la responsabilidad en el derecho, como es el caso, por ejemplo, de daños causados por las industrias peligrosas o insalubres, incluso cuando no fuese un hecho ilícito en sí mismo. Lo mismo se podía considerar respecto a los accidentes de trabajo, donde se observaba – según Coviello – una predisposición a extender la responsabilidad, en contra de lo que estaba consagrado por la ley, invirtiendo el peso de la prueba – que normalmente recaía en el trabajador accidentado – bien recurriendo a la teoría de la responsabilidad contractual o bien reconociendo por fuerza la culpa del empresario, aunque ésta no existiese. La idea del derecho del estado a intervenir en estos casos para resolver también problemas socialmente relevantes es convertida en realidad por Coviello que la toma directamente de Joseph Unger, quien aun anunciando el principio general transmitido por el Derecho romano por el cual *qui jure su utitur neminem laedit*, establecía al mismo tiempo la indemnización en caso de expropiación⁴⁰ como ejemplo de intervención estatal, dejando clara la diferencia, eso sí, entre el derecho de hoy y el derecho Romano⁴¹, ya que hoy en día no solo está conectado a los intereses económicos. La dinámica de las relaciones entre autoridad y libertad, y el

³⁶ G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., p. 104.

³⁷ N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., pp. 190-193.

³⁸ N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 200.

³⁹ N. COVIELLO, *Della trascrizione*, vol. I, reimpresso por La Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cargo de P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2012, p. 2.

⁴⁰ L. LACCHE', *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Giuffrè, Milano, 1995.

⁴¹ J. UNGER, *Handel auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zue Lehre vom Schadenersatz*, Fischer, Jena, 1904, pp. 7-8. No faltando sobre este punto las referencias a Laband.

difícil equilibrio entre la intervención del Estado y la garantía de las libertades son resueltas por la ciencia jurídica alemana a partir de Laband.

La naturaleza pública de la legislación social y la intervención estatal en el ámbito del riesgo laboral resulta clara y es también consecuencia de las lecturas y influencias de la doctrina alemana en una gran mayoría de los juristas italianos. Además según Coviello, dada la índole compromisaria de la ley de arbitraje que no sigue un camino lineal de desarrollo, lógico y consecuente, pero trata de acomodar las variadas y enrevesadas necesidades de la vida que no se suceden en línea recta⁴², no se debía, en el caso de los accidentes, andar a la búsqueda de un culpable, ni siquiera establecer un concepto demasiado generalizado de responsabilidad sin culpa. Los casos de tal responsabilidad debían conservar – en su opinión – su carácter excepcional, para evitar inducir a las personas a cometer negligencias. El principio fundamental de la responsabilidad objetiva – según Coviello – radicaba en el hecho de que quienes ejercen un derecho o una actividad lícita están llamados a asumir los daños causados a terceros y a sus bienes⁴³.

Particularmente, respecto a los accidentes de trabajo, las estadísticas coetáneas mostraban que sólo un pequeño porcentaje de los accidentes ocurría por culpa del empresario, en torno al 20%. El resto de los accidentes eran fortuitos. Pero incluso cuando existía culpa, para el trabajador y su familia era muy difícil que se hiciera justicia: la duración de los juicios, la dificultad de probar los hechos que eran el origen de la culpa, dejaban al trabajador desprotegido. En particular, Coviello se centra en la teoría de la culpa contractual, que ampliaba las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de obra hasta incluir la integridad de la persona del trabajador.

Esta teoría – a su juicio – carecía claramente de base legal, ya que se podía responder por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato solo por culpa, pero indudablemente trataba de resolver la problemática mediante las categorías ofrecidas por el Código Civil, extendiéndolas al máximo⁴⁴.

También hubo quien, como Pietro Cogliolo y este grupo de juristas que sostenía que sólo había una especie de culpa, analizando la responsabilidad de la sociedad ferroviaria con respecto a sus empleados, a los pasajeros y a las mercancías transportadas –tema sobre el que también se pronuncia Coviello – poniendo en evidencia la especificidad del contrato de trabajo en estos casos, no equiparable al contrato de arrendamiento de obra del art. 1570 del Código Civil, y probablemente ni siquiera al art. 1628 que impedía la recuperación de formas de servidumbre prohibiendo asumir la obligación de prestar servicios a otros de forma indefinida. En caso de daño, Cogliolo – como recordaba Coviello – recurría a la hipótesis de la culpabilidad contractual o de la culpa aquiliana⁴⁵: "La cuestión de los ferroviarios italianos...es una parte de la cuestión obrera y social" y, como tal, según su juicio, fue tratada⁴⁶. Coviello no comparte en absoluto este enfoque, prefiriendo las posiciones sobre este punto de Saleilles, para el cual la jurisprudencia se estaba consolidando en torno a la idea de que el riesgo impuesto por el ejercicio de una actividad empresarial o industrial debía ser asumido por el propio empresario o propietario, ya no sólo en los casos de culpa o en los casos de nexo causal entre el daño y la actividad era necesario reconocer un comportamiento cuanto menos imprudente, sino por el hecho en sí y su importancia relativa⁴⁷. El empresario, en el ejercicio de una actividad lícita también puede causar

⁴² N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 205.

⁴³ *Ibidem*, p. 207.

⁴⁴ La tesis de las *garantie* estaban mantenidas por M. SAUZET, "De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industrielles", *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1883, pp. 597 y ss.; C.-X. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie. Accidente de transporte et de travail*, Bruylant, Bruxelles, 1881; S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile*, PUF, Paris, 2001, p. 87; G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991; M. SABBIONETI, "Le metamorfosi dell'illecito civile: interpretazione e creazione del diritto nella giurisprudenza della Cour de cassation tra Ottocento e Novecento", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, t. I, 2011, p. 412.

⁴⁵ P. COGLIOLO, *Codice dei trasporti ferroviari*, Barbera, Firenze, 1892, p. 99 y p. 103: «Bisogna che il diritto si liberi un po' dalla dogmatica tradizione in rapporto agli elementi essenziali di ogni contratto: l'uso tradizionale di prendere come tali il solo consenso, il prezzo o la cosa corrispondente non ha che un contenuto didattico. Io credo che ogni contratto, preso come nella vita reale funziona, abbia un numero maggiore di elementi essenziali».

⁴⁶ *Ibidem*, p. VII.

⁴⁷ R. SAILELLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Rousseau, Paris, 1897, p. 9.

daños, algunos de los cuales son evitables. En ambos casos, se trata de daños relacionados con los beneficios que el empresario recibe por la labor realizada y, consiguiente, le corresponde a él asumírselos. Por otra parte, después de haber aceptado la teoría de la responsabilidad sin culpa, indudablemente la mejor solución parecía ser la del seguro obligatorio y la indemnización, que perjudicaba en mucha menor medida que el resarcimiento del daño el patrimonio del empresario⁴⁸.

Solidarismo sí, pero sin excesos, y dejando en manos del legislador la tarea de diferenciar este principio en el proyecto de ley sobre accidentes de trabajo. Esta tendencia – como ha señalado Cazzetta – fue sin duda común a muchos juristas italianos de finales del siglo XIX: una cosa era reconocer las necesidades derivadas de la complejidad de lo social, (accidentes de trabajo, salarios, horario laboral, días de descanso, etc.), respecto al trabajo como condición necesaria o necesitada para la explicación de un derecho a la supervivencia, y otra era modificar el código civil y dar cabida dentro del derecho civil a una serie de derechos y de figuras, como el contrato de trabajo dentro de la actividad empresarial, que habrían transformado o alterado ab imis la naturaleza original del Código Civil de 1865.

En el Manual de Derecho Civil de 1910 Coviello continua reflexionando sobre la relación entre el estado y la sociedad, sobre todo en el último capítulo del manual que versa sobre la aplicación de la ley y en el que se afrontan los nuevos métodos de interpretación, haciendo referencia a Geny Saleilles, Kantorowicz⁴⁹, Polacco y Leonardo Coviello. La elección de una "parte general" en donde concentrar un saber abstracto entra en conflicto con la parte dedicada a examinar nuevos métodos, conflicto que por lo demás, emerge también de manera evidente en otros escritos de Coviello, expresa el desfase entre la consciencia de las necesidades sociales y el derecho consagrado en el código.

Coviello es, por tanto, un jurista dividido, con el alma en conflicto entre las demandas de la sociedad civil y la salvación de los principios sancionados por el Código de 1865, en el que la propiedad de los bienes, también protegida por el Estatuto dentro de los límites prescritos por la ley, y los derechos del propietario burgués como también el régimen de responsabilidad extracontractual, se encontraban en el centro del ordenamiento jurídico. Sin embargo es igualmente consciente de que esta propiedad, por vía legislativa podía toparse con límites y, al tiempo, parecía muy difícil encontrar una solución de compromiso, especialmente en términos de responsabilidad sin culpa.

No obstante, Coviello intentó resolver las contradicciones de su enfoque, y establece que, partiendo de esas premisas, los métodos de interpretación eran por lo menos dos: el primero, que él define como método lógico de interpretación o también método tradicional o clásico y el otro, el llamado evolutivo o evolutivo-histórico. Recuerda Coviello cómo sobre el primer método habían recaído fuertes críticas por parte de aquellos juristas que consideraban que la ley estaba en un estado de constante movimiento y consideraban igualmente que las leyes no podían ser continuamente modificadas y permanecer siempre inacabadas y que el intérprete debía moverse libremente, sin los límites impuestos por el método clásico, armonizando el derecho con la vida⁵⁰.

⁴⁸ N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 213; G. FUSINATO, “Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile”, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, III, 2, 1887, bien en *Scritti giuridici*, II, Bocca, Torino, 1921, pp. 27 y ss.; G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., pp. 103-112, spc. p. 109. Fusinato, después de haber elaborado todas las premisas para fundamentar la teoría de la responsabilidad sin culpa, repliega su posición de conservación del *status quo*.

⁴⁹ H.U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, edición italiana recibida por el autor de la alemana. Con prefacio y notas del juez R. Majetti, Sandron, Napoli, 1908; G. CIMBALI, *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Roma, Bocca, 1903; W.CESARINI SFORZA, “Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto”, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1913, pp. 41-56; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (1960), trad. italiana, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966; P. GROSSI, *Stile fiorentino: gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Giuffrè, Milano, 1986; O. BÜLOW, “Legge e ufficio del giudice”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 30, 2001, to. I, pp. 199-254; M.BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1998; P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002; ID., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma- Bari, 2007, p. 187; T.G. TASSO, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Cedam, Padova, 2012, p. 28.

⁵⁰ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 3^o ed. revisada y actualizada por L. Coviello, Società editrice libraria, Milano 1924, Reimpresa por La Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cargo de P. Perlingieri, Esi, Napoli, 1992, p. 89.

En realidad, eran dos los errores imputados al método clásico: el primero era considerar a la ley como la única fuente del derecho, de manera que sólo en ella fuera posible encontrar todas las soluciones, bien indagando la intención del legislador, bien recurriendo a los medios falaces y peligrosos de la analogía y de los principios generales del derecho. El otro era valorar únicamente los principios lógicos situados en la base de un sistema o de un marco jurídico, que era lo que estaba sucediendo cuando se adoptó el procedimiento conocido como construcción jurídica.

El método histórico evolutivo, en cambio, proponía dar al texto de la ley no el sentido que tenía cuando se hizo, sino el que podría tener cuando se aplicara. También la ley, por lo tanto, obedecería al principio de la evolución y tendría que adaptarse al momento histórico que le tocase vivir.

A estos métodos todavía debía añadirse otro, el método positivo, según el cual se establece que, dado que el propósito de la ley es la utilidad social, la fuente de la ley no puede ser otra que la finalidad práctica, la necesidad social y la naturaleza de las cosas: el derecho no ha sido creado por el legislador espontáneamente, sino que es el resultado necesario de la naturaleza de las cosas.

La posición de Coviello es claramente contraria a la escuela llamada del derecho libre: su posición es sin duda más cercana al método lógico, porque aunque no niega los límites, los somete a la responsabilidad del legislador que había circunscrito la "actividad del intérprete" a unos límites demasiado estrechos. "El mal se produce cuando por fuerza de abstracciones trascendentales, de sutilezas inverosímiles, surgen como principios fundamentales de normas jurídicas teorías filosóficas más o menos vacías, visiones individuales o subjetivas, o se valoran como principios meras formulas, y cuando después se deducen de estos pretendidos principios consecuencias prácticas que no son conformes ni a las exigencias de la relación ni al el espíritu mismo de la ley"⁵¹.

Según Coviello, el método lógico no se debía aplicar al derecho como en las matemáticas, porque, en este caso, no se trataba únicamente de lógica abstracta sino del sistema legal, de la tradición histórica y, sobre todo, no se debía olvidar la importancia de la interpretación. La hipocresía del método evolutivo es resaltada por Coviello con especial énfasis, mostrando cómo induce una falta de respeto a la ley, reduciéndola a un simple marco decorativo dentro del cual se puede situar cualquier tipo de cuadro⁵².

La misma situación constitucional italiana impedía con la aplicación estricta del principio de división de poderes, dejar espacio a la jurisprudencia, impedía también acomodar entre las fuentes a la jurisprudencia, a la doctrina y a la equidad, mientras que los principios generales del derecho quedaban sometidos a los principios fundamentales de la legislación positiva. El marco constitucional en el que se encontraba el derecho civil italiano era de hecho un marco en el que los derechos de los ciudadanos, así como los deberes, habían sido incluidos en los artículos 24 y siguientes del Estatuto, presumiblemente no de forma exhaustiva pero en cualquier caso indicativa: la libertad individual y la propiedad estaban garantizadas y eran inviolables, salvo en los casos y los límites establecidos por la ley. En cuanto a la asignación de poderes, el legislativo se atribuía conjuntamente al parlamento y al rey, y el ejecutivo al rey. Mientras que la referencia del artículo 73 con respecto a la interpretación de las leyes que atribuía la interpretación a un único poder legislativo, no permitió una mayor apertura del sistema hacia "nuevos horizontes"⁵³.

⁵¹ *Ibidem*, p. 91.

⁵² El autor es duro también con el código civil suizo, aludiendo al art. 1 como ejemplo de recesión de las ideas modernas; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 77 e ss; B. BRUGI, "L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore", *Diritto commerciale*, 1916, núm. 1, p. 267.

⁵³ P. COLOMBO, *Con lealtà di Re e con affetto di padre. Torino 4 marzo 1848: la concessione dello Statuto albertino*, il Mulino, Bologna, 2003; como ha escrito A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo*, cit., pp. 146-147, art. 73 habría tenido la función de definir los límites de interpretación de los jueces; cfr. sobre este punto P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 75; M. FIORAVANTI, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, in *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 141 y ss; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1980. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

CAMINOS DE EVOLUCIÓN DEL DERECHO HACIA LA POSTMODERNIDAD

Dr. Krystyna Wojcik Radkowska
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 23 de Octubre de 2013

Fecha de aceptación: 12 de Noviembre de 2013

RESUMEN: Distintos criterios teóricos, desde el iusnaturalismo hasta las teorías de la comunicación, configuran la idea del derecho. El texto reflexiona sobre la evolución de este concepto en la actualidad. La sociedad contemporánea, caracterizada por su diferenciación funcional y cultural demanda un derecho fundamentado en el consenso y el diálogo, que sea capaz de responder a las necesidades de la época postmoderna.

ABSTRACT: Different theoretical approaches, from iusnaturalism to the theories of communication, form the concept of the law. The text analyses the evolution of this concept at present. Contemporary society, characterized by its functional and cultural differentiation, demands a law based on the consensus and dialog, which will be able to respond to the needs of the postmodern era.

PALABRAS CLAVE: Derecho, sociedad, diálogo, consenso, postmodernidad.

KEY WORDS: Law, society, dialog, consensus, postmodern era.

I

Podemos, sin ninguna duda, constatar que el positivismo jurídico aportó los criterios que constituyen el fundamento de la cultura político-jurídica de las sociedades occidentales. El mismo concepto de derecho, los principios de su creación, aplicación e interpretación, importantes instituciones jurídicas como derechos y libertades fundamentales, el concepto de Estado de derecho, fueron elaborados por los juristas y filósofos de corte positivista y posteriormente incorporados en la práctica jurídica occidental. Estos conceptos positivistas aportan la base tanto de los sistemas civil law como de common law, ya que el paradigma positivista dominó el pensamiento jurídico en todo el siglo XIX y la primera parte del XX.

Los primeros signos de la crisis del positivismo jurídico fueron indicados por G. Radbruch, quien resalta las deficiencias éticas tanto del pensamiento positivista como de la praxis jurídica configurada según este modelo¹ y, posteriormente en los años ochenta, los críticos del positivismo pusieron en evidencia su falta de adecuación a la realidad jurídica y social así como la incapacidad para aportar respuestas a los problemas de la actualidad. Sobre todo se subraya que el derecho configurado según el concepto positivista resulta ineficaz como instrumento de solución de los conflictos sociales, es decir, la regulación jurídica positivista no responde a las necesidades de la convivencia social; se habla de aumento de la juridificación de las relaciones sociales, de inflación de regulaciones legales. Los críticos añaden que el positivismo se concentró, casi exclusivamente, sobre las funciones deontológicas del derecho, es decir, sobre el modo de regulación de los procesos de creación y aplicación del derecho para que estos aseguren la concordancia con las normas preestablecidas, olvidando prácticamente las funciones instrumentales del derecho como mecanismo intervencionista en la vida social. Por otro lado, en la sociedad actual podemos apreciar una contradicción entre el derecho estructurado de modo autoritario y su función como instrumento de defensa de las libertades y de la democratización de las sociedades. El derecho autoritario, impositivo realiza determinados objetivos y programas sociales, lo que provoca, a menudo, su ineficacia funcional.

En la literatura iusfilosófica encontramos diferentes propuestas de reformas del paradigma positivista del derecho, entre las que destaca, el concepto de derecho como técnica y el concepto de derecho como discurso. Además, sobre los posibles cambios conceptuales está influyendo la oposición entre el modernismo y el postmodernismo y entre los liberales y los comunitaristas. Estas corrientes aceptan varias tesis positivistas, aunque los postmodernistas y comunitaristas están dispuestos a modificarlas sustancialmente².

Desde finales del siglo XX apreciamos un cambio de modelo de la organización social, lo que se denomina como el paso de la modernidad a la postmodernidad o de la sociedad industrial a la postindustrial.³ En el ámbito jurídico este cambio se discute en referencia a dos problemas fundamentales: por un lado, si el modelo positivista del derecho, su creación y aplicación responden a las necesidades de la sociedad actual y por el otro, cómo racionalizar y ajustar a la nueva realidad el funcionamiento del derecho configurado según este modelo.

Los acelerados procesos de globalización y de glocalización presentes en nuestra actualidad alteran sustancialmente las formas de convivencia, influyen en la estructura política del Estado, cambian las relaciones económicas y, sobre todo, provocan que la sociedad se convierta en una estructura cada vez más plural, multicultural, multiétnica.⁴ Distintos grupos étnicos, religiosos, de identidad territorial demandan el reconocimiento de

¹ Radbruch G., *Filozofia prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa, 2009, p.335.

² Unger R. The critical Legal Studies Movement, En: *Critical Legal Studies*. ed. A. Hutchinson, New Jersey, 1982.

³ Lyotard, J.F., "Odpowiedz na pytanie, co to jest postmodernizm", En: Czerniak S., Szahraj A., (coord.), *Postmodernizm a filozofia*. Warszawa 1996, p.36; y también: Zirk-Sadowski, M., "Postmodernistyczna jurisprudencja". En: Blachuta, M.,(coord.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*. Wrocław, 2007, p.13.

⁴ Bauman, Z., *Globalizacja i co z tego dla ludzi wynika*. Warszawa 2000, p.85.

su identidad y de su autonomía. En esta situación parece necesario buscar nuevas formas de organización política y jurídica que puedan responder de modo eficaz y adecuado a los desafíos de la actualidad. Frente a la mayor autonomía de las estructuras y de los grupos sociales, y también de la autonomía individual necesitamos el derecho creado y aplicado en función de la diferenciación social, de la complejidad y de los riesgos sociales, que sea capaz, a la vez, de garantizar una convivencia flexible, ajustada a las necesidades del momento, asegurando la paz, la seguridad y la cohesión social.

Varios autores subrayan que los procesos de diferenciación cultural y social están acompañados de una creciente diferenciación de los sistemas de valores y criterios éticos lo que directamente repercute en el ámbito jurídico: la uniformidad jurídica del derecho se hace cada vez más problemática. La idea de un orden social fundamentado en criterios morales comunes y sistemas valorativos entra en crisis, las mayorías ya no tienen legitimidad para imponer sus valores al conjunto de la sociedad, sobre todo, a aquellos que reivindican sus valores autónomos.⁵ Todos estos acontecimientos provocan que el Estado pierda su monopolio en la regulación de muchos aspectos sociales, políticos, culturales y económicos; la normatividad jurídica y su aplicación influenciada por la visión positivista del derecho y fundamentada en el principio de universalidad, que propone la regulación de los comportamientos sociales a través de las reglas máximamente generales y abstractas, resulta ineficaz.

El no tomar en cuenta los procesos culturales objetivos, los de diferenciación de las estructuras sociales, conduce a la puesta en cuestión de la efectividad de la regulación jurídica, incluso a la crisis de la legitimidad del derecho. Esa crisis se expresa como abierto o tácito rechazo a obedecer al derecho cuando impone arbitrariamente una regulación que no tiene en cuenta los intereses y reivindicaciones de determinados grupos sociales o individuos, lo que provoca que la regulación jurídica y, sobre todo, su aplicación no resulten eficaces para aportar un deseado nivel de cohesión e integración social. El Estado por un lado debe “negociar” el contenido de las regulaciones jurídicas con distintos agentes sociales, y por otro admitir modos alternativos de solución de conflictos, permitiendo que las partes con sus propios criterios se impliquen en la búsqueda de las soluciones.⁶ De este modo, teniendo en cuenta los indicados rasgos de nuestra actualidad, parece justificada la reflexión sobre los nuevos modos de definir el derecho y sobre las vías alternativas de su utilización y de su aplicación.

Las disputas de la filosofía jurídica durante varios decenios se enfocaron sobre las controversias entre iuspositivismo e iusnaturalismo, sobre dos modos fundamentales de definir y legitimar el derecho. En la actualidad, en la época de la jurisprudencia postmoderna esta oposición pasa a un segundo plano, o por lo menos no tiene tanta importancia como las discrepancias acerca del futuro modelo del derecho entre los modernistas y postmodernistas, los liberales y comunitaristas. Podemos añadir, que la oposición entre positivismo e iusnaturalismo pierde su claridad. Las democracias liberales aceptan generalmente la ideología de los derechos fundamentales, defendida por el derecho natural. J. Habermas indica que la constitucionalización de los derechos humanos fundamentales puede ser reconocida como la positivización de los postulados del derecho natural⁷, lo que claramente suaviza el conflicto. Por otro lado, las doctrinas del derecho natural, en versiones de L. Fuller o de J. Finnis, pierden su carácter especulativo y buscan una justificación racional, incluso empírica, para sus tesis, lo que provoca que los juristas de corte positivista estén dispuestos a aceptarlas. En este contexto y con razón, se aprecia

⁵ Gessner, G., “Europäische Rechtskultur” En: Skompska G (coord.) *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*. Krakow, 1992; y también: Guldo, P., *Postmodernistyczne motywy w prawie europejskim*. Gdanskie Studia Prawnicze, 2000, T.VII.

⁶ MacCormic, N., *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999. p.116

⁷ Habermas J. *The Tanner Lectures on Human Values*, vol.VII, University of Mo., St Louis, 1988, p.236, escribe: “The moral principles of natural law have become positive law in modern constitutional states”.

cierta convergencia de ambas doctrinas⁸, que tiene su origen en el reconocimiento por parte de Hart del concepto de contenido mínimo de derecho natural.

Tal como he indicado el concepto positivista del derecho no es capaz de ofrecer soluciones y respuestas a los problemas de las sociedades contemporáneas desarrolladas, y tampoco lo consigue la visión iusnaturalista. Varios autores ponen en evidencia que los postulados del derecho natural tienen un carácter bastante ambiguo y poco preciso para ser útiles al tratar de solucionar los complejos problemas de las sociedades actuales, en las que el derecho debe regular procesos tecnológicos y económicos muy difíciles. Evidentemente no hay que olvidar que ambas doctrinas constituyen las bases fundamentales de la práctica política y jurídica de las sociedades y de los Estados contemporáneos. El positivismo formuló el concepto de validez de derecho que estructura el orden político-social de los Estados, al mismo tiempo, configurando los criterios metodológicos de la Ciencia del derecho. El iusnaturalismo nos concienció que la normatividad jurídica, incluso en los Estados más desarrollados y democráticos, no puede limitarse a la expresión de la voluntad del legislador, que tiene que tener en consideración las exigencias de la justicia, equidad y racionalidad. Estas dos tesis constituyen el fundamento para el desarrollo estable y dinámico de las sociedades actuales, pero, tal como se está constatando, ya no son capaces de marcar la futura dirección del cambio y evolución del derecho en la sociedad postindustrial.

II

Ante la insuficiencia del concepto liberal del Derecho, entendido únicamente como un marco institucional para los procesos sociales espontáneos, a principios del siglo XX se propuso la idea de la creación “científica” del Derecho, del fenómeno jurídico entendido como una técnica social, como un instrumento de intervención funcional en los procesos sociales. Aparece la idea de “ingeniería social” propuesta por sociólogos como M. Weber, filósofos y juristas como K. Llewellyn, R. Pound o L. Petrazycki. La idea del uso “tecnológico” del derecho propicia los programas de intervencionismo económico y social del Estado social. Se elaboró el nuevo modelo del derecho “positivo” intervencionista, que no actúa solamente a través de la liberal regulación jurídica “negativa”, aquella que recurre a la coacción. La puesta en práctica del derecho basado en la racionalidad instrumental, provoca el aumento del aparato burocrático del Estado que realiza determinados programas intervencionistas en las estructuras sociales. El derecho utilizado como técnica social adquiere nuevos rasgos: aparecen regulaciones cada vez más “detalladas” y selectivas para poder, de modo efectivo, intervenir en determinados ámbitos sociales, fomenta la discrecionalidad de su aplicación, el uso de las directrices que proponen los objetivos a cumplir, permitiendo que los destinatarios elijan los modos de actuación para realizar de manera efectiva los objetivos propuestos por el derecho, y además aumenta la regulación administrativa.⁹ El modelo “tecnológico” del derecho introduce una regulación más abierta que estimula los cambios sociales, asegurando una relativa libertad de actuación para los destinatarios, lo que permite, a la vez, al derecho acomodarse de modo más “elástico” y flexible a los dinámicos e imprevisibles procesos sociales, modifica también su aplicación, aumentando la discrecionalidad y permitiendo ajustar las decisiones a la dinámica y cambiante realidad.

En los años setenta podemos apreciar crecientes críticas del modelo tecnológico del derecho y la demanda de su cambio. Sobre todo se demuestra la relativa ineficacia del uso instrumental del derecho para estimular los cambios sociales y, en particular, el rechazo de la instrumentalización de la sociedad, de su manipulación socio-técnica.¹⁰ Se pone en evidencia que los espontáneos e imprevisibles procesos sociales no se ajustan a los objetivos

⁸ MacCormic N. Law, Morality and Positivism. p.141, En: MacCormic N., Weinberger O. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht, 1986.

⁹ Sobre este tema, en general: Kozak, A. “Postnowoczesna teoria prawa”. En: Blachuta, M.(coord.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*. op.cit. y también: Morawski, L. *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa 2003.

¹⁰ Bauman, Z., *Intimation of Postmodernity*. London 1992, p.178.

“técnicos” de la regulación jurídica¹¹. Además la crisis de efectividad de la regulación jurídica causa un aumento de la intervención legislativa en los procesos sociales y una mayor utilización de las normas que imponen prohibiciones y obligaciones. Algunos autores incluso resaltan que estos aspectos provocan la limitación de las libertades y derechos de los ciudadanos en los contextos sociales de intervención instrumental legislativa.¹² La regulación a través de los estímulos, según M. Foucault, puede provocar la pasividad de los individuos, creando una mayor dependencia de las instituciones estatales, lo que influye de modo negativo el desarrollo social.¹³ Además este tipo de regulación demanda mayor centralización del poder que debe coordinar y controlar las actuaciones sociales. El derecho “tecnológico” crea ciertas amenazas a los sistemas democráticos, ya que instrumentaliza a las personas, las convierte en objetos de estimulación sociotécnica.¹⁴

La respuesta a la crisis de las normativas intervencionistas vino de las políticas neoliberales y conservadoras en varios países en los años setenta. Se formulan propuestas de desregulación, privatización, limitación de los programas sociales, pero los postulados del Estado social ya se instauraron durablemente en muchos sistemas políticos y jurídicos. Frente a la controversia presente en los sistemas entre el modelo liberal y social, aparece la discusión acerca de la necesidad de encontrar el “tercer camino”. Una de las respuestas viene de las teorías de los sistemas autopoieticos, que también impactan en el ámbito jurídico dando origen a la nueva idea del derecho.¹⁵ Los criterios más relevantes que aporta la visión autopoietica del derecho, hacen referencia a la descentralización de las funciones organizativas del Estado y a la transmisión de estas funciones hacia las organizaciones sociales. El concepto de gestión horizontal exige la sustitución de las técnicas impositivas por métodos de negociación, de búsqueda de acuerdos informales. En este contexto A. Giddens habla sobre la democracia fundamentada en el diálogo (dialogic democracy).¹⁶ La gestión horizontal modifica la posición del Estado, que se convierte en participante en las negociaciones, en el coordinador de las decisiones comunes. El derecho adquiere rasgos del discurso, del dialogo entre el poder y los ciudadanos, no se reduce a la imposición autoritaria de soluciones. La técnica más eficaz resulta la regulación procedimental y no material, lo que significa que el derecho organiza la convivencia social creando las estructuras de organización, estableciendo las competencias, los procedimientos para las decisiones y la solución de conflictos. Así la regulación legal antes de imponer de modo directo las formas de comportamiento, formula los métodos de actuación, que aumentan la autonomía de los sujetos implicados. El otro rasgo de la nueva idea del derecho es la descentralización de la gestión del poder y su delegación hacia distintas organizaciones incluidas las sociales.

La teoría autopoietica del derecho, ha resultado ser más una propuesta normativa que una descripción de la realidad. Algunas de sus ideas hallaron su efectiva realización en la vida social y jurídica siendo, a la vez, verificadas y discutidas. Entre otras cosas se estaba subrayando que las negociaciones alargan el tiempo de la toma de decisiones, aumentan sus costes y no siempre resultan más efectivas. En el proceso decisorio participan distintos sujetos, que representan intereses diversos y que a menudo encaran posiciones no igualadas en la estructura del poder; aunque, en la práctica, esta forma de actuación aporta mayor consenso y eficacia. Por otro lado, la eficacia no es siempre un criterio de funcionamiento y de aplicación del derecho. R. Posner señala que preferimos muchas veces nuestra libertad

¹¹ MacIntyre, A., *Dziedzictwo cnoty. Studium z teorii moralności*. Warszawa 1996. sobre todo: capítulo VII.

¹² Por ejemplo: Stewart, R.B., “Regulation and the Crisis of the Legislation in the United States”. En: Danitith T. (coord.), *Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*. Berlin-New York. 1988. p. 98.

¹³ Foucault, M., *Politics, Philosophy, Culture*. London 1990, p.160. y también: Oliwniak, S., “Michael Foucault. Genealogia dyscyplin. Wprowadzenie”. En: Blachuta, M., *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Pionierstwo*. op.cit. p.99.

¹⁴ Morawski, L., “Legal Instrumentalism” En: *Justice, Morality and Society*. Lund 1997.

¹⁵ Luhmann, N., “The Unity of Legal System”. En: Teubner G. (Ed.) *Autopoietic Law – a New Approach to Law and Society*. Harvard 1987; y también : Teubner, G., “Evolution of Autopoietic Law”. En: *Autopoietic Law* op.cit.

¹⁶ Giddens, A., “Living in a Post-traditional Society” En: Beck, U., Giddens, A., Lash S. *Reflexive Modernization*. Oxford-Cambridge, 1994, p.106.

antes que la eficacia y los beneficios.¹⁷ No podemos tratar los sistemas de negociación solamente desde el punto de vista pragmático, ya que su eficacia esta estrechamente relacionada con los criterios éticos. La autonomía de la acción tiene sus límites en los derechos fundamentales y en los valores morales.¹⁸

Precisamente estas demandas encuentran su reconocimiento en la teoría de J. Habermas quien define el derecho como una institución fundamentada en el proceso comunicativo. Su teoría aporta propuestas para la búsqueda de soluciones a los problemas fundamentales de las sociedades postindustriales, atribuye al derecho el significativo papel de estructurador de las sociedades contemporáneas.¹⁹

J. Habermas distingue entre la acción funcionalista fundamentada en la utilización técnica de conocimientos empíricos y la acción comunicativa de interacción social a través del lenguaje y los elementos simbólicos. Las acciones comunicativas se enfocan hacia el cumplimiento de las intersubjetivamente reconocidas reglas sociales y demanda la justificación razonable de nuestras normas de actuación. La racionalidad comunicativa asegura la interacción entre los individuos en el contexto social libre de coacción y de represión, aumenta la expresión discursiva de la voluntad social, permite encontrar, de modo consensuado, soluciones a los conflictos sociales. Desde el plano sociológico esto le permite también hablar sobre el mundo de la vida en la que los procesos comunicativos están activos y es experimentable tanto la racionalidad como la posibilidad del consenso. En este mundo de la vida es donde se configura la interacción entre los sujetos y por tanto los contenidos materiales de las formas de vida así como las convicciones morales, las prácticas lingüísticas y todo tipo de producciones simbólicas. Con el mundo de la vida están relacionados dos conceptos del derecho: el derecho como medio que regula las relaciones en los sistemas en base a la racionalidad instrumental y el derecho como institución que pertenece al mundo de la vida y está sometido a la racionalidad comunicativa.²⁰

Las acciones funcionales y la racionalidad instrumental estructuran no solamente los sistemas sino que también se introducen en el mundo de la vida y en sus instituciones. Así las directivas instrumentales organizan tanto la vida social como fundamentan el funcionamiento de las instituciones, lo que conduce a la instrumentalización y cosificación de la sociedad. En este contexto Habermas sitúa el Estado intervencionista, en el que, por ejemplo, la regulación administrativa influencia y regula las relaciones familiares, la educación y la cultura. La racionalidad instrumental resulta muy efectiva en el progreso material de la humanidad, pero no cuando se impone en los aspectos prácticos, subordinados a los criterios éticos, en nuestro modo de vivir. El progreso social no se reduce a los elementos materiales, necesitamos que nuestras relaciones puedan configurarse sin una innecesaria coacción, necesitamos comunicarnos y consensuar soluciones a los conflictos sociales en base a criterios éticos, criterios que favorecen la libertad asumida por los humanos.²¹

El derecho como institución configura las prácticas sociales que no están producidas por las reglas, y que no dependen de estas como condición necesaria; en este sentido, el término institución significa precisamente una anterioridad respecto a la intervención regulativa, externa, artificial.²² El discurso constituye una medida crítica para poder valorar y racionalizar nuestras instituciones, asegurando el cumplimiento de dos condiciones fundamentales: la comunicación según las exigencias éticas y los criterios

¹⁷ Posner, R., *The Problems of Jurisprudence*. Harvard 1990. p. 375,379.

¹⁸ Morawski, L., "Autopoiesis i prawo refleksyjne w ujęciu G.Teubnera" En: Skapska G. (coord.) *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*. Krakow 1992. p. 182

¹⁹ Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Originalmente publicado en: *Geschichte und Gesellschaft* 21 (1995) 140-156. - Traducción por Aldoney, R., Ramírez, LL.M., Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.

²⁰ Habermas, J., "Law as Medium and Law as Institution". En: Teubner. (coord.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin-New York 1986.

²¹ Habermas, J., *Teoría i praktyka*. Warszawa 1983. p. 401.

²² Palombella, G., *Filosofía del Derecho. Moderna y contemporánea*. Tecnos, Madrid 2001. p.282.

ideales del discurso.²³ En el ámbito del derecho el discurso delimita las formas ideales de creación y de aplicación del derecho, a la vez, siendo un modelo ideal de organización de las instituciones y de las relaciones sociales. La base de los procesos de solución de conflictos la constituye el diálogo; el consenso fundamentado en la sinceridad y no en una imposición autoritaria por parte del poder. El derecho se configura como un modo de construcción del acuerdo, el acuerdo libre, sincero y motivado por los criterios éticos. Las instituciones político-jurídicas deben garantizar a los ciudadanos el necesario y máximo ámbito de libertad, crear los mecanismos discursivos y consensuados de solución de conflictos sociales, asegurar la autonomía social. El derecho fundamentado en los criterios discursivos indicados tiene carácter procedimental y su legitimidad también. La conformidad de los actos del poder con las reglas preestablecidas no tiene suficiente fuerza de legitimación, porque necesita la justificación argumentativa de las normas. Esta justificación y legitimidad viene establecida por los procedimientos legales de carácter discursivo.²⁴

Las ideas de la racionalidad comunicativa, los criterios de mayor eficacia y consenso acerca de las posibles soluciones a los conflictos, la fundamentación social de la legitimidad del poder, influenciaron el pensamiento jurídico y promovieron las reformas del sistema jurisdiccional de los tribunales de justicia bajo la inspiración “mejor conciliar que juzgar”, y también tuvieron impacto en el desarrollo de los modos alternativos de solución de conflictos.²⁵ Pero hay más ejemplos institucionales en los que el aspecto comunicativo juega un rol muy importante, por ejemplo en el derecho civil en el ámbito de contratos, en la regulación de la protección de datos o del funcionamiento de los mass media.²⁶ Todos ellos demuestran que la visión comunicativa del derecho, resaltando la importancia de la honestidad en la comunicación e interacción humanas, permite al derecho acercarse a la realidad, responder mejor a las necesidades sociales, gestionar más eficazmente los conflictos.

Las críticas a la teoría de Habermas le reprochan su carácter utópico, que no responde a las demandas de la sociedad tecnológica. Evidentemente es una propuesta, una idea regulativa que, de modo parecido al iusnaturalismo, indica la dirección y los criterios para la racionalización de las instituciones sociales, aporta componentes normativos para la crítica de su funcionamiento. En sus más recientes trabajos Habermas suaviza sus primeras ideas, reconociendo que los sistemas y el mundo de la vida, la racionalidad instrumental y comunicativa se influyen mutuamente.²⁷ Claramente ninguna institución ni organización social está condicionada por un único tipo de racionalidad, lo que demuestra que hay que evitar las posiciones extremas, hay que buscar el equilibrio en este contexto. No existen respuestas claras sobre las proporciones y el peso de los dos tipos de racionalidad en cada estructura, tenemos que establecerlas en función de sus objetivos y finalidades. La civilización tecnológica recurre más a los sistemas instrumentales y por esta razón no tenemos que olvidar y, por consiguiente, reconocer y tomar en cuenta los criterios comunicativos. En el ámbito de las relaciones humanas, en las que las normas éticas poseen una especial importancia para la configuración de la convivencia, su significación es evidente.

Z. Bauman en sus escritos considera que la postmodernidad puso en cuestión la idea moderna de una legislación universal fundamentada en criterios éticos comunes.²⁸ Si queremos mantener la diversidad de las culturas, tradiciones y modos de vivir, asegurando la autonomía a las personas, tenemos que cambiar la forma de entender la universalidad; el derecho debe tomar en cuenta la pluralidad social y cultural de la sociedad contemporánea. Por un lado hay que reconocer la necesidad de descentralización de los procesos de creación

²³ Zirk-Sadowski, M., “Dyskurs jako mowa regulowana wymogami moralnymi”. En: Skapska, G., *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*. Krakow 1992. p.64.

²⁴ Habermas, J., *Communication and Evolution of Society*. Boston 1979. p. 185.

²⁵ Morawski, L., *Argumentacja, racjonalność prawa, postępowanie dowodowe*. Torun 1988, p.171.

²⁶ Morawski, L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*. op.cit. p.153.

²⁷ Skompska, G., “Ład porozumien zbiorowych i jego instytucjonalne uwarunkowania” En: Mucha, J., (coord.) *Spoleczenstwo polskie u progu przemian*. Krakow, 1991. p.132.

²⁸ Bauman, Z., *Postmodern Ethics*. Oxford – Cambridge, 1993. pp. 21, 31, 38, 223.

del derecho hasta ahora monopolizados por los parlamentos y órganos administrativos, y por otro lado, promoviendo la ética de los acuerdos intersubjetivos y de solución de conflictos, permitir que la sociedad por su cuenta organice su convivencia y pueda recurrir a modos alternativos de solución de conflictos, monopolizados por los tribunales de justicia. En este sentido Habermas formula su idea de la comunidad ciudadana, aquella que agrupa a las personas de distinto origen, de distintas creencias y criterios morales y que es capaz de asegurar la convivencia bajo principios democráticos comunes (el patriotismo constitucional).²⁹

El derecho, su funcionamiento, su aplicación debe evolucionar para responder a las necesidades de la sociedad actual, postmoderna. No tenemos un modelo universal para la regulación de las relaciones sociales. La diversificación de los sistemas e instituciones sociales demanda la flexibilización y diversificación de los métodos y técnicas de regulación y de aplicación jurídica. Esta tesis se corresponde con la reconocida pluralidad de los métodos de argumentación jurídica utilizada por los juristas para justificar sus decisiones. La comunicación entre los sistemas sociales autónomos debe asumir el dialogo como un método de referencia, acompañado por la descentralización de las estructuras sociales, hasta ahora centralizadas alrededor del poder estatal. Parece que la autogestión, la autoorganización permitirán construir las relaciones y la convivencia social eficazmente y de manera más justa.

III

La teoría postmoderna del derecho está en pleno proceso de construcción y dado que no somos capaces de prever con exactitud la futura dirección de la evolución de las sociedades contemporáneas, resulta muy difícil de intuir su última configuración. Las posturas de los mismos postmodernistas fomentan esta indeterminación, ya que ellos se oponen a la formulación de grandes teorías y, casi exclusivamente, se dedican al análisis de problemas concretos, no a la visión sintética³⁰. A pesar de estas dificultades, podemos indicar algunos rasgos que debería caracterizar el derecho de la época postmoderna, sobre todo tomando en cuenta la ya visible dirección del desarrollo de las sociedades en el siglo XXI.

Parece evidente que en el contexto de la convivencia social falta un criterio común bien definido de carácter ético que puede fundamentar el orden jurídico y de modo universal regular las relaciones sociales. La presente multitud de los sistemas e instituciones sociales viene acompañada por la variedad de métodos y técnicas de regulación. Reducir el derecho a un único y universal modelo de creación resulta ineficaz e incluso inoperante. El derecho de la sociedad postindustrial contiene los rasgos característicos que provienen tanto de la visión del derecho como técnica como del derecho entendido como dialogo. Es decir, es un derecho de carácter funcional que estimula los cambios sociales, que propone los objetivos a realizar. Estas características, tal como he indicado, encuentran su correspondencia en la pluralidad de los criterios argumentativos utilizados por los juristas en los procesos decisorios. La variedad de los problemas a solucionar y de los objetivos a realizar demandan la búsqueda de diferentes argumentos para justificar y legitimar las soluciones establecidas³¹. Aunque, en este contexto sigue siendo válida la polémica entre J. Habermas y R. Alexy, sin olvidar a R. Dworkin, acerca de la posibilidad de establecer un fundamento ético común para el derecho y la formulación de una única solución correcta³².

²⁹ Habermas, J., *Obywatelstwo a tozsamosc narodowa. Rozwazania nad przyszloscia Europy*. Warszawa 1993. p.25

³⁰ Zirk-Sadowski, M. Postmodernistyczne jurysprudencja?, pp.21-25; y también Kozak, A. Postponowoczesna koncepcja prawa. pp.71-84. En: Blachuta, M. (coord.), *Z zagadnien teorii i filozofii prawa. Ponowoczesnos*. Wroclaw, 2007.

³¹ Zirk-Sadowski, M. Postmodernistyczna jurysprudencja? op.cit. p. 21 ; y también: Wojcichowski, B. Dekonstrukcja miedzy prawem i sprawiedliwoscia. En: *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*. Leszczynski, L. (coord.) Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin, 1999, p.314.

³² J.Habermas acepta la tesis que en las discusiones morales solamente una de las partes puede tener la razón (*Morality, Society and Ethics*), lo que rechaza R.Alexy (*Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*) y plenamente defiende R.Dworkin (*Taking Rights Seriously*).

El camino de los futuros cambios del derecho, como parece, está marcado por la evolución desde el derecho fundamentado en el concepto del mandato ejercido por el poder estatal hacia el derecho legitimado por acuerdo y consenso. La visión del derecho como discurso, dialogo, el concepto comunicativo, responde mejor a las necesidades de la sociedad de la época postindustrial, sociedad funcionalmente y socialmente diferenciada. Es una buena alternativa a los procesos de cosificación e instrumentalización, aquellos que convierten a los destinatarios de las normas jurídicas en unos sujetos que únicamente reciben órdenes.

Los procesos de comunicación entre los sistemas e instituciones sociales autónomos demandan no solamente el diálogo, sino también la descentralización de las estructuras sociales, la autogestión y autoorganización como criterios que deben fundamentar las relaciones sociales. El Estado, hasta ahora la única autoridad que decide sobre los asuntos sociales, debe contar con un creciente número de organizaciones e instituciones internacionales y regionales, organizaciones y gremios sociales que quieren participar en la toma de decisiones públicas.

La construcción y búsqueda de los criterios éticos comunes debe apoyarse en una ética procedimental, aquella que es capaz como única vía de asegurar unos mínimos criterios de consenso y de solución de conflictos sociales. La unidad y coherencia interna del derecho en esta época de alta diferenciación y disgregación de culturas, tradiciones y sistemas sociales debe fundamentarse en estos procedimientos, ya que el consenso garantiza más eficazmente la coexistencia pacífica de los diferentes componentes de la estructura social, a la vez, permitiendo el mantenimiento de la idiosincrasia e identidad cultural.

El diálogo, la diferenciación funcional y cultural del derecho, pluralismo y tolerancia, autonomía y *fairs procedures* constituyen el imprescindible referente para la evolución del derecho en la época postindustrial.

ORGANISED CRIME GLOBALISATION AND ITS LINKS WITH INTERNATIONAL TERRORISM

Pier Luigi Maria Dell'Osso
Fiscal General Antimafia de Italia

Fecha de recepción: 9 de diciembre de 2013

Fecha de aceptación: 8 de enero de 2014

RESUMEN: Este estudio analiza los vínculos del crimen organizado de estilo mafioso con el terrorismo internacional, dando cuenta de los perfiles fundamentales de ambos los fenómenos. Las formas más peligrosas de la delincuencia organizada internacional terminan cruzando entre sí a lo largo de las rutas de lavado de dinero, incluso cuando no interactúan directamente: desde las muchas organizaciones de tipo mafioso a las expresiones multifacéticas de cualquier tipo de terrorismo - cuyas recientes empresas terribles han profundamente conmovido almas de todo el mundo -, desde los tráfico de más atroces, incluido lo de los órganos y de las personas, hasta la "malafinancia" internacional, que todo oculta y absorbe, constituyendo una especie de malefica "Alfa y Omega" de cada hecho criminal en daño de la comunidad

ABSTRACT: This study analyses the links of mafia's organized crime with international terrorism.

The most dangerous forms of organised crime end up by crossing each other along the routes of money laundering, even when they do not interact directly: ranging from the many Mafia type organisations to the multi-faceted expressions of any type of terrorism whose recent dreadful undertakings deeply touched everybody's souls; from the most heinous trafficking, including that of organs and persons, to the international "misfinance" that conceals and absorbs everything.

PALABRAS CLAVE: expresiones multifacéticas, malafinancia

KEYWORDS: heinous trafficking, international misfinance

1. ORGANISED CRIME TRANSNATIONALITY

The need for an actual development of cooperation among states – under a qualitative as much as under a quantitative point of view – is more and more urging due to the increasing “internationalisation” of organised crime – a concept which will never be exceedingly stressed.

The transnational nature of criminal organisations is not a mere theoretical category yet a precise and definite specification highlighted by the varied experiences gained.

The most profitable traffickings effected by organised crime have such scope and approach as to necessarily imply a transnational structure. This inevitably brings about that the various domestic criminal associations need to be reproduced in other countries where these traffickings transit and develop; basically they need to extend and branch out, to “clone themselves” on an international scale, that is they need to be closely connected one another and to establish close links with criminal organisations of the other countries involved in these traffickings. Thus, the various mafias mutually copy themselves, “genetic mutations” often occur as a consequence of this transplant from one place to the other, from one country to the other. Because of this, it is increasingly difficult to set this phenomenon against a background. Yet this is the way whereby, in the course of time, the Sicilian mafia turns into US or Canadian Mafia; the ‘ndrangheta in Calabria become connected with Australian organised crime, Turkish mafia branches out in Italy, Colombian mafia expands on the US and European territory, Japanese and Chinese mafias branch out throughout Asia as well as in other areas, Russian and Eastern Europe mafias are looming in the western scenario.

This has a single and undisputable meaning: it is the transnationality of organised crime. No country may feel reasonably safe and almost all countries, one day or another, end up being organised crime exporters and importers at the same time.

h:\personale\relazioni - interventi\globalizzazione.doc

With regard to organised crime, we all know that the ultimate and exclusive aim of the relevant crimes is to obtain the best possible profit, an unlawful enrichment. In this regard, experience teaches that – no matter the place, irrespective of the epoch and of the legal system – the best possible profit can be obtained when you manage in cleaning illicit assets of their criminal origin. That is to say, the unlawful enrichment reaches its climax when it becomes usable in any respect, when organised crime succeeds in turning illicit proceeds of crimes – extortion, kidnapping for ransom, trafficking of arms, drugs, human beings and so on – into assets deprived of criminal traces or, even better, when it manages in pervading the legal economy. When the criminal economy is merged with and mixed up with the legal economy it turns into legal economy.

Money laundering poses a serious danger to a stable economy that is undermined as a result of huge amounts of money flowing into the market, in financial circles, these amounts of money only approximately abiding by the market rules.

In fact, when these money flows reach the market, the aim pursued is other than a correct investment in conformity with the economic order; specifically, the real aim is to turn criminal proceeds into assets and economic activities laundered of their criminal origin which is precisely the inner purpose of money laundering. This is why the launderer acts completely beyond market rules, competition, beyond a proper cost/benefit ratio. This is why there is a very high risk that this economic order may be polluted or destroyed.

The ancient Romans used to say pecunia non olet, meaning to stress that a sum of money, whatever its origin, is always nothing but a sum of money. On the other hand, the transaction carried

out by an entrepreneur who act legally and abides by the law is similar, with respect to its financial features, to the operation effected by the member of a criminal group.

Nevertheless, under a closer examination, if you go in-depth, you reach the conclusion that it is in no way true that pecunia non olet; money, on the contrary, smells. Not only does money smell, but the financial transactions whereby it is shifted and transferred smell too.

Money smells, tastes – and indeed, to many people it has a very good taste – and it is also coloured meaning that it can “portray” specific moments and stages. But we might also remark that money has an added capacity, sort of a speaking capacity. Of course it is not sounds made by your tongue breathing through your vocal cords. Yet money has a capacity to tell, to disclose. A cooperating witness may possibly reconstruct crimes, disclose scenarios and criminal situations which have been spreading out for decades. Nevertheless he may be unaware or unwilling to illustrate specific circumstances regarding financial or currency operations. Indeed, the more sophisticated financial, banking and company operations are, the more they spread out in various countries and in different times – through a highly skilled financial architecture – the more they can be able to disclose criminal scenarios. And this in a much better and conclusive way than any cooperating witness might tell. Actually, the real issue is not whether these operations have a capacity to disclose, but whether there is someone who has the capacity to listen to them. In other words, the issue is whether there is someone who can, want and is able to listen, to ask questions, to reconstruct and translate the criminal meaning that some financial transactions inwardly bear.

2. NEW ISSUES RELATED TO TRANSNATIONAL CRIME. MUSLIM FUNDAMENTALIST TERRORISM

There is a ghost frequently wandering around the skies of Europe these recent years: it is the ravaging and dreadful ghost of terrorism. Not that in the recent or far past such heinous terrorist facts did not occur in various European countries. Yet, following the Twin Towers tragedy, people started to feel that an unprecedented danger was threatening Europe, that something impalpable yet indwelling was looming up, indeed a ghost: Muslim fundamentalist terrorism. The huge hotspots in Iraq and Afghanistan increasingly turned into spreading centres of a terrorist spiral capable to actually terrify the whole international community. The threats sombrely repeated by the terror strategy were not pointless as Italian military forces dreadfully experienced in Baghdad. And the ghost of Muslim fundamentalist terrorism got closer and closer to European countries. This scenario is further complicated by two significant factors. The first is the circumstance that the huge movements of people and migration flows are ballooning on a world level at a growing rate, they have a deep impact on European countries and, among them, on Italy. As already happened in the past in other areas, this inevitably brings about mobility on the side of organised crime and capability to expand and settle down in new communities that, as such, are not adequately prepared to face it. So in Italy we have to tackle unprecedented criminal phenomena: Russian and Eastern Europe mafias, Albanian criminal groups, Colombian criminal organisations, Nigerian and Maghreb mafias, Chinese organised crime and so on.

One more factor making this scenario more complex is that among the various communities migrated to Europe and Italy there are many of Muslim origin. Of course, with respect to the Muslim community, and for the other foreign groups alike, it is necessary to point out that most of their members have nothing to do with organised crime and international terrorism. And yet the steady presence of settlements and milieus that - because of their common origins and religious beliefs - might constitute a reference point to Muslim fundamentalist terrorists makes the terrorist threat more actual and alarming.

However various investigations conducted so far led to discover situations where terrorism received support on the Italian territory.

The complexity of this scenario is easily understood, then, as is the resulting need to effectively fight against organised crime and terrorism, especially with respect to their economic and financial aspects.

Moreover, the two phenomena frequently have more and more fading boundary lines: just think of Sendero Luminoso in Peru or FARC in Colombia and their relevant links to drug trafficking; just think of similar heroin trafficking by the Talebans in Afghanistan and so on.

A successful fight against money laundering and funding of terrorism requires special efforts on the development of various factors among which a few should be mentioned as priorities: a steady control of electronic money circulating on transfer networks (ex. the Target wire transfer European network which allows to transfer big amounts of electronic money in real time); an active supervision on stock and bond investments, on goods and by-products that allow organised crime to have a decisive impact on ownership or management of industrial and trade businesses; a specific and effective analysis of company merging and aggregation resulting in such economic powers as the holdings being capable to tackle institutional controls and to affect the market. However, the liveliness and uncertainty – just to make an understatement – of financial markets, both on a domestic and on an international level, seem to reasonably stress the growing need for proper analysis and effective controls on compliance with law.

Analogously, we should once again point out – as dreadfully proved by the massacre in the US – that international terrorism need to be continuously fed by means of money laundering which is increasingly looking as the real cancer, an actual “black hole” in the international community. In fact, the reason to extend the system of suspicious transaction reporting to terrorism is meaningfully highlighted by the fact that as much as 1600 suspicious transaction reports were received by the Italian Exchange Bureau (UIC) from October 2001 to June 2003. The actual usefulness and real impact on the fight against international terrorism will be able to be assessed only after a significant lapse of time, of course. Nevertheless, the amount of STRs apparently proves a prompt reply on the side of those who make the reports and highlights that it would be convenient to extend them to terrorism as part of a varied approach. This includes the introduction of art. 270b in the criminal code that makes it a criminal offence and punishes the criminal conduct of those who fund, also indirectly, associations for the purpose of international terrorism.

In this respect, it is worth stressing that a system involving a criminal liability not only on the side of physical persons but also – with special provisions course - on the side of company-like legal persons might bear a special deterrent power against money laundering.

As a consequence, in such a system, in cases of crimes connected to money laundering on the national territory and with the direct or indirect support of legal persons, these might have a direct liability irrespective of their geographical location. With respect to money laundering, this would amount to a real milestone being able to make it much more effective on the international scenario.

The most dangerous forms of organised crime end up by crossing each other along the routes of money laundering, even when they do not interact directly: ranging from the many Mafia type organisations to the multi-faceted expressions of any type of terrorism whose recent dreadful undertakings deeply touched everybody’s souls; from the most heinous trafficking, including that of organs and persons, to the international “misfinance” that conceals and absorbs everything. Therefore, any civilisation wishing to develop and protect itself is bound to be faced with money laundering, along these routes. Finally, this truth appears to open its way in the international community insofar as people are getting aware of the need to fight against international terrorism also, if not above all, from a financial viewpoint and to promptly adopt the whole of the resulting initiatives.

ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES VARIABLES DE LA DELINCUENCIA JUVENIL EN ESPAÑA

DAVID LORENZO MORILLAS FERNÁNDEZ
Profesor Titular Derecho Penal en la Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 5 de enero de 2014

Fecha de aceptación: 14 de enero de 2014

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. INFRACCIONES. III. CONDENAS. IV. TIPOLOGÍAS DELICTIVAS. V. MEDIDAS ADOPTADAS. VI. VARIABLES PERSONALES DE LOS MENORES INFRACTORES: 1. EDAD. 2. SEXO. 3. NACIONALIDAD.

RESUMEN: La presente investigación comprende un estudio empírico sobre la delincuencia juvenil en España en el año 2012, de conformidad con los datos procedentes del Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores. Las variables analizadas son: infracciones cometidas, menores condenadas, tipologías criminales, medidas adoptadas y factores individuales de la delincuencia –edad, sexo y nacionalidad–.

ABSTRACT: The present research includes an empirical study of juvenile delinquency in Spain in 2012, based on the data of the Central Register of Criminal Responsibility of Minor. The variables analyzed are: offenses committed by minors, convicted minors, criminal typologies, applicable measures and individual factors of crime – according to age, sex and nationality–.

PALABRAS CLAVE: Delincuencia juvenil, menores condenados, infracciones penales, medidas aplicables y factores individuales de la delincuencia juvenil

KEY WORDS: Juvenile delinquency, juvenile convicted, criminal offenses, applicable measures and individual factors of crime.

I. INTRODUCCIÓN

Las principales investigaciones criminológicas realizadas en nuestro país sobre delincuencia juvenil están basadas en autosoñdeos realizados sobre muestras de población representativas. Sin embargo, semejantes estudios suelen agrupar tanto delitos en sí como conductas antisociales, lo que altera, en cierto sentido, la radiografía criminal exclusiva de la población española, si bien su contenido es mucho más amplio y permite entender, en no pocas ocasiones, cómo se genera la idea criminal en los sujetos y en base a qué. En este sentido, trayendo a colación una de las distintas investigaciones llevadas a cabo, Rechea Alberola concluyó que el 98,8% de los jóvenes encuestados ha cometido algún tipo de conducta antisocial o delictiva alguna vez en su vida, mientras que el 72,4% lo había hecho en el último año, destacando sobremanera el hecho de consumir alcohol o usar ilegalmente el ordenador, principalmente para descargar ficheros de música, vídeo, etc. Frente a estos comportamientos, las denominadas conductas violentas y contra la propiedad no superarían el 5% de prevalencia¹.

Estos datos que, de inicio, pudieran considerarse abrumadores por su especial significación, piénsese que se trata de aceptar la idea de que un 98,8% de los menores de doce a diecisiete años ha cometido algún tipo de conducta antisocial o criminal, deben ser analizados con cautela en un doble sentido:

A) Negativo, ya que incluye conductas antisociales básicas o que no tienen por qué ser así hoy día por encontrarse comúnmente aceptadas, en mayor o menor medida, por la sociedad o su contenido debe ser relativizado; esto es, considerar el consumo de alcohol en menores un hecho antisocial puede generar, cuanto menos un intenso debate al respecto, debiendo ser muy matizada la anterior afirmación y teniendo que conceptuar el término conducta antisocial, no pudiendo reducir la cuantificación de las conductas a meras descripciones superficiales. En este sentido, ¿debe considerarse antisocial la conducta del vendedor de una tienda que entrega a unos menores una botella de ron o un litro de cerveza que posteriormente ingieren? ¿Es una conducta antisocial el comportamiento de los padres que en Nochevieja dan al hijo de trece años una copa de cava o champagne para brindar? ¿Y el menor que estando una tarde con amigos en casa solos decide abrir la botella de whisky que hay en el salón para probarlo? Pese a que los tres comportamientos entrarían a englobar la citada estadística, en mi opinión, únicamente el primero debe considerarse conducta antisocial por vulneración de una norma administrativa.

B) Positivo, como ya he reiterado en más de una ocasión², cualquier estudio estadístico debe tener presente la existencia de tres tipos de datos: i) detectados, aquellos que repercuten en las estadísticas al haber sido conocidos de manera oficial; ii) detectados pero no declarados, se conoce de manera extraoficial o algún sector de la sociedad sospecha que existe pero no se hace nada para evitar su desaparición o denuncia; iii) no detectados, constituyen la mayor parte de la cifra negra de delitos, comprendiendo aquellos hechos que quedan en conocimiento exclusivamente de la pareja penal, no procediendo la víctima a denunciarlo. Así pues, cualquier estadística oficial recoge únicamente los datos detectados, dejando al margen tanto los detectados pero no declarados como los no detectados, conformadores de esa gran cifra negra, y sobre los cuales las encuestas de victimización y los autosoñdeos juegan un papel trascendental para una aproximación cuantitativa. En este sentido, las investigaciones, como la anteriormente referida, pueden incidir de manera directa en la medición efectiva de las tasas de criminalidad para descubrir la verdadera dimensión del problema. Un dato muy ilustrativo al respecto puede ser el referente a la tasa de delincuentes patrimoniales ya que mientras en la investigación de Rechea Alberola

¹ RECHEA ALBEROLA, C., *Conductas antisociales y delictivas de los jóvenes en España*, págs. 8-12. Recurso electrónico disponible en: http://www.uclm.es/centro/criminologia/pdf/informes/16_2008.pdf

² MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Cádiz, 2004, pág. 171. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013 ISSN: 2340-4647

representaban el 2,1% de los sujetos³, en los datos que se expondrán en este artículo, la tasa de menores condenados por delitos y faltas contra el patrimonio es del 46,6%, lo que puede hacer ver la dimensión de esa cifra negra o conductas criminales no detectadas. Un claro ejemplo, puede observarse en las denominadas acciones de “uso ilegal del computador”, en las que un 61,4% de la muestra estudiada por Rechea Alberola se ha descargado ilegalmente música o ha hecho hacking informático⁴, prácticas que no aparecen integradas en las denominadas estadísticas oficiales, pese a poder ser constitutivas de delito.

Conforme a ello, no es de extrañar que algunos autores como Garrido, Stangeland y Redondo, cifraran en un 90% de chicos y 60% de chicas las tasas de participación en alguna actividad delictiva durante la adolescencia, si bien la mayoría dejan de hacerlo por propia iniciativa sin que nunca hayan sido detenidos por la policía. De ellos, un 12% se convertiría en delincuentes habituales y un 5% continuarían una carrera criminal adulta⁵, tasas que, nuevamente, me vuelven a parecer demasiado altas, máxime cuando la investigación llevada a cabo por Rechea, Berberet, Montañés y Arroyo delimitaron que un 81,1% de los jóvenes de catorce a veintiún años admitió haber cometido algún delito a lo largo de su vida, dato sobre el que existe alguna distorsión, en los términos descritos en los párrafos anteriores, en tanto se equiparó al ilícito penal el simple consumo de drogas, conducta atípica en nuestro ordenamiento jurídico⁶.

Así pues, el objeto de estudio de la presente investigación se centra en el análisis de la delincuencia juvenil en España y, en concreto, de acuerdo con las cautelas anteriormente enunciadas, de los datos oficiales provenientes de la base de datos del Instituto Nacional de Estadística, recogidos y compilados del Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, dependiente del Ministerio de Justicia, correspondiente a las infracciones penales cometidas por menores de catorce a diecisiete años durante el año 2.012 en España; esto es, de los ilícitos penales por los que han sido condenados conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores.

II. INFRACCIONES

El punto de partida del presente estudio empírico radica en medir cuantitativamente la evolución de la delincuencia juvenil a nivel general o nacional para, a continuación, realizar una comparativa circunscribiendo la citada variable por Comunidades Autónomas, lo cual permitirá equiparar cualitativamente las tasas delincuenciales de las regiones españolas estableciendo diversos niveles de criminalidad según su intensidad.

Así pues, en primer lugar, se presenta la evolución de la población juvenil que ha cometido algún tipo de infracción penal por anualidades⁷, lo cual, pese a no suponer más que un mero elemento cuantitativo permite observar la tendencia existente al respecto en nuestro país:

³ RECHEA ALBEROLA, C., *Conductas...cit.*, págs. 15

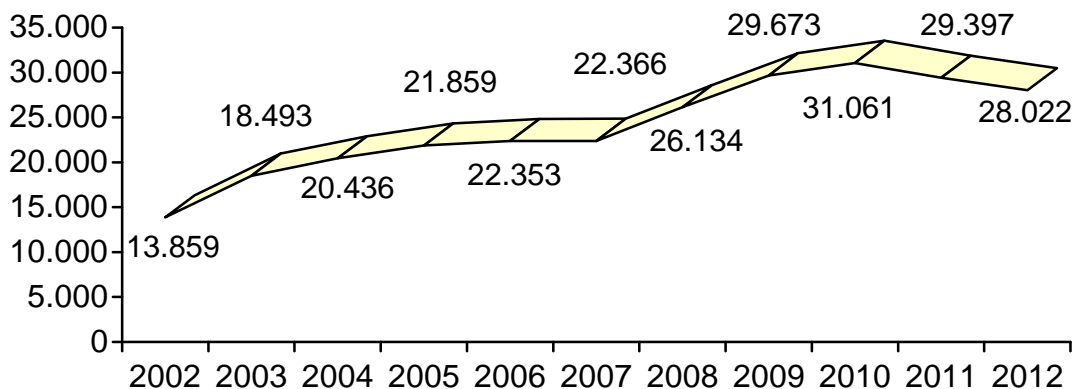
⁴ *Ibidem*, págs. 14-15.

⁵ GARRIDO, V., STANGELAND, P. y REDONDO, S., *Principios de Criminología*, Valencia, 2006, pág. 311.

⁶ RECHEA, C., BARBERET, R., MONTAÑÉS, J. y ARROYO, R., *La delincuencia juvenil en España: Autoinforme de los jóvenes*, Madrid, 1995, págs.33 y ss.

⁷ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística.

Evolución de las infracciones cometidas por jóvenes de catorce a diecisiete años



De acuerdo con la gráfica anterior, la tendencia evolutiva de la delincuencia juvenil ha sido claramente ascendente hasta el año 2011, instante a partir del cual ha comenzado una progresiva y lógica disminución del número de infracciones penales en términos muy similares a los acontecidos con la población adulta, lo cual no desvela tampoco un fenómeno criminal extraordinario, sino más bien una pauta social.

En cualquier caso, como ya se ha advertido, los datos referidos anteriormente no son más que una simple acumulación de datos que merecen una interpretación cualitativa. Así, por ejemplo, tomando como referencia el último quinquenio, se presenta la siguiente tasa delictiva por cada cien menores, la cual permite obtener una mayor aproximación a la relevancia de la delincuencia juvenil en España y, sobre todo, poder equipararlas al ámbito de las Comunidades Autónomas:

AÑO	2008	2009	2010	2011	2012
Tasa de infracciones penales cometidas por menores de 14-17 años por cada 100 menores de 14-17 años	1,48	1,71	1,80	1,72	1,65

En consonancia con lo anterior, el dato cualitativo es similar al cuantitativo toda vez que los aumentos/disminuciones de las infracciones penales han encontrado idéntico reflejo en la variación poblacional del citado intervalo de edad, no observándose ningún movimiento significativo al respecto.

Ahora bien, descendiendo un nivel; esto es, tomando como población objeto de estudio a las Comunidades Autónomas, el análisis no puede quedar jamás circunscrito a la simple referencia cuantitativa, ya que entonces las regiones en las que habrá una mayor tasa delincencial serán aquéllas en las que exista una mayor población juvenil; esto es, Andalucía, Cataluña y las Comunidades de Madrid y Valencia ocuparán siempre las primeras posiciones de este hipotético ranking al integrar las poblaciones de mayor representatividad de jóvenes de entre catorce y diecisiete años frente a otras como La Rioja, Cantabria o Navarra donde es bastante menor⁸.

TASA DE INFRACCIONES PENALES COMETIDAS POR MENORES DE 14-17 AÑOS POR CADA 100 MENORES DE 14-17 AÑOS. AÑO 2012

COMUNIDAD AUTÓNOMA	Nº DE INFRACCIONES	TASA POR CADA 100 MENORES
Andalucía	6.351	1,85
Aragón	741	1,64
Asturias	654	2,27
Baleares	1.079	2,56
Canarias	1.250	1,5
Cantabria	382	2,1
Castilla y León	1.564	2
Castilla-La Mancha	1.253	1,55
Cataluña	2.975	1,11
Comunidad Valenciana	4.122	2,22
Extremadura	772	1,77
Galicia	1.181	1,42
La Rioja	506	4,63
Madrid	2.194	0,94
Murcia	950	1,55
Navarra	396	1,72
País Vasco	1.250	1,85
Ceuta	275	7,72
Melilla	127	3,19

⁸ A modo de ejemplo, según los datos proyectados del INE con fecha de 1 de octubre de 2013, la población de jóvenes entre catorce y diecisiete años en la citadas Comunidades es la siguiente: Andalucía: 342.201; Cataluña: 266.468; Madrid: 231.176; Comunidad Valenciana: 185.554; Navarra: 22.989; Cantabria: 18.092; y La Rioja: 10.927.

De acuerdo con lo anterior, tomando como referencia la tasa delincuencia media para el conjunto de la población nacional, podrían establecerse los siguientes grupos comparativos:

A) Comunidades autónomas con mayor tasa de comisión de infracciones: Dentro de este grupo, convendría destacar la representatividad de Ceuta, La Rioja y Melilla, quienes ostentan unos índices de comisión de infracciones tremendamente elevados, sobre todo la primera, y que, a su vez, ostentan los núcleos poblacionales menores de todos los referidos, si bien no se trata de una situación nueva ya que la tasa de criminalidad es muy similar en años anteriores, incrementándose, si acaso, en el caso de La Rioja donde, se ha pasado de un 3,3 en el año 2011 al citado 4,6 del 2012.

Junto a ellas, también dentro de este grupo de sobrerrepresentación, pero siquiera de manera más moderada y dentro de unos parámetros lógicos, se encontrarían otras comunidades como Islas Baleares, Asturias, Comunidad Valenciana, Cantabria y Castilla y León quienes superan el umbral del 20% de incremento de la delincuencia juvenil respecto de la media nacional.

B) Regiones cuya tasa de criminalidad se encuentra en torno a la media nacional. Se encontraría el grupo mayoritario destacando, por exceso, Andalucía, Extremadura y el País Vasco; justo en la media Aragón Castilla La Mancha y Murcia; y por defecto Canarias y Galicia.

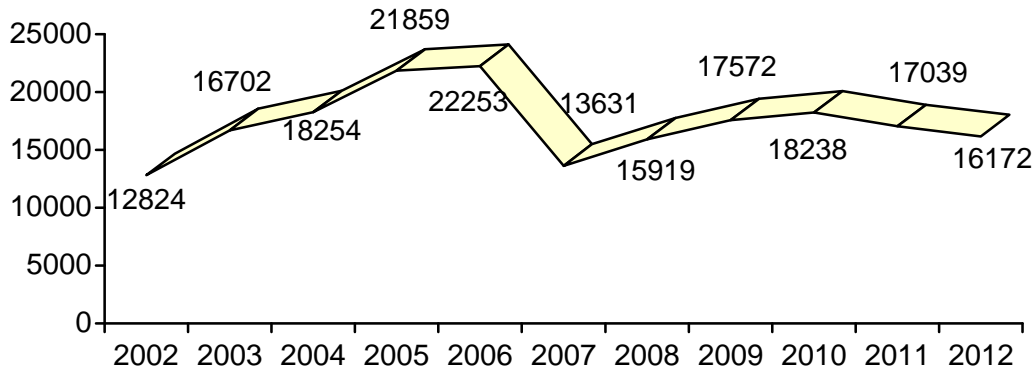
C) Comunidades Autónomas por debajo de la media nacional. Curiosamente dos de las cuatro Comunidades que mayor representatividad poblacional presentan aparecen como aquellas en las que menores infracciones penales cometen los menores; esto es, Madrid y Cataluña, lo que viene a romper la falsa creencia relativa a una mayor tasa de criminalidad –en este caso, juvenil– en los dos grupos poblacionales referidos.

III. CONDENAS

La variable ahora estudiada es muy parecida a la anterior toda vez que lo que aquí se mide no son las infracciones cometidas en su conjunto sino a los sujetos que las desarrollan. En este sentido, de inicio, las variaciones deben ser escasas, toda vez que la mayoría de jóvenes que delinquen son condenados por un único delito o falta -64,46%-; esto es, el hecho de que en una misma condena existan varias infracciones, constituye un 35,53%, lo cual pese a constituir un dato a tener en consideración no es algo mayoritario que modifique sustancialmente los porcentajes anteriormente referidos⁹.

⁹ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística.
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

Menores a partir de 14 años condenados por infracciones penales



La tasa de menores condenadas en el último quinquenio refleja la misma tendencia que el dato cuantitativo anteriormente aportado e idéntica fluctuación que la variable “infracciones cometidas por menores” referida en el epígrafe anterior, por lo que no cabe apreciar una oscilación relevante al respecto sino una paulatina disminución, al igual que sucede con la población adulta, desde el año 2011, en el que se produce una minoración de las infracciones penales cometidas por los menores, lo cual tiene su lógica representación en la tasa de condenados, tal y como puede apreciarse en la siguiente tabla:

AÑO	008	009	010	011	012
Tasa de menores de 14-17 años condenados por cada 100 menores de 14-17 años	,90	,01	,06	,99	,95

En cuanto a la representatividad por Comunidades Autónomas, las tasas de condena no deben alejarse de los parámetros identificados en el epígrafe anterior al no existir un fuerte movimiento por regiones, máxime cuando el 64,46% de los menores condenados lo son por una única infracción; esto es, una hipotética variación de datos respecto a la variable “infracciones” debiera conllevar una mayor representatividad de los condenados por varias infracciones¹⁰, lo cual no se produce y tampoco se han detectado movimientos significativos al respecto en cada una de las Comunidades Autónomas, por lo que las tasas obtenidas deben respetar los grupos anteriormente referidos. No obstante, se presenta la siguiente tabla para proceder al análisis de la representatividad de las autonomías en cuanto al número de condenas.

¹⁰ Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, sobre un total de 16.172 condenas, un 64,46% de menores lo fue por una; el 19,26% por dos; el 7,8% por tres; y un 8,46% por tres.
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

TASA DE MENORES DE 14-17 AÑOS CONDENADOS POR CADA 100 MENORES DE 14-17 AÑOS. AÑO 2012		
COMUNIDAD AUTÓNOMA	Nº DE CONDENAS	TASA POR CADA 100 MENORES
Andalucía	3.635	1,06
Aragón	355	0,78
Asturias	278	0,96
Islas Baleares	602	1,42
Canarias	710	0,85
Cantabria	227	1,25
Castilla y León	1.007	1,28
Castilla-La Mancha	792	0,98
Cataluña	1.655	0,62
Comunidad Valenciana	2.402	1,29
Extremadura	499	1,14
Galicia	657	0,79
La Rioja	172	1,57
Madrid	1.418	0,61
Murcia	663	1,08
Navarra	234	1,01
País Vasco	613	0,90
Ceuta	183	5,14
Melilla	70	1,78

Conforme a ello, de acuerdo con la representatividad a nivel nacional, únicamente se han vislumbrado modificaciones importantes en las Comunidades Autónomas de Asturias y Extremadura, donde se produciría un intercambio de roles; esto es, mientras la primera estaba en el grupo de regiones con mayor tasa de comisión de infracciones, ahora aparece dentro de la ratio media de menores condenados a nivel nacional; la segunda se encontraba entre las regiones cuya tasa de criminalidad giraba en torno a la media nacional

y ahora el número de condenados supera a la media. La explicación a este fenómeno viene puesta de manifiesto en el número de infracciones penales por las que son condenados los menores, primando en Asturias un aumento importante de los menores condenados por más de una infracción (50,4%)¹¹ y en Extremadura el fenómeno contrario; es decir, representatividad de los condenados por una única infracción (74,34%)¹².

En consecuencia, salvando esas dos excepciones, el mapa de menores condenados por Comunidades Autónomas quedaría configurado de la siguiente forma:

A) Comunidades con mayor número de condenas. Nuevamente la Ciudad Autónoma de Ceuta quintuplicaría la tasa media nacional, muy distanciada de Melilla –no llega a duplicarla-, La Rioja, Islas Baleares, Comunidad-Valenciana, Castilla y León, Cantabria y Extremadura se encontraría por encima de la media nacional, lo que denotaría las poblaciones con mayor índice de criminalidad de menores.

B) Regiones cuya tasa de condenas se encuentra en torno a la media nacional. Se encontraría el grupo mayoritario destacando, por exceso, Murcia y Navarra; en la media Asturias, Castilla-La Mancha, País Vasco y Navarra; y por defecto Canarias, Galicia y Aragón.

C) Comunidades Autónomas por debajo de la media nacional. Vuelven a repetir Cataluña y Madrid.

Una explicación a la primacía de determinadas regiones, de acuerdo con la variable sometida a estudio, pudiera venir fundada por la presencia de más Juzgados de Menores en unas Comunidades que en otras, lo que permitiría un mayor enjuiciamiento de causas penales, si bien semejante hipótesis entiendo que debe descartarse ya que, aunque pudiera distorsionar las citadas tasas, no lo hace de manera relevante sobre la anterior premisa de que una mayor presencia de instituciones judiciales incrementa el número de resoluciones judiciales y, por tanto, condenas anuales. Pero es más, verificado el número de juzgados de menores existentes por Comunidad Autónoma, se ha comprobado que, como regla general, existe uno por cada 20.000-30.000 menores de catorce a diecisiete años, salvo algunas excepciones que repito, no resultan significativas de acuerdo con los datos obtenidos al incluirse en la media nacional de causas incoadas, por lo que no cabe concluir que exista una relación causa-efecto entre las dos variables enunciadas.

Así pues, de conformidad con todo lo anterior, puede concluirse que las Comunidades Autónomas con mayor tasa de delincuencia juvenil se corresponden con las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, la primera de las cuales presenta unas tasas elevadísimas que quintuplican la media; La Rioja e Islas Baleares, algo más distanciadas. No encuentro una explicación lógica a este fenómeno ya que, aunque en principio pudiera pensarse que presenta una incidencia relevante la localización geográfica, por encontrarse los principales grupos en zonas externas a la Península, muy proclives al desarrollo de determinadas tipologías delictivas de fácil comisión –piénsese, por ejemplo, en el tráfico de drogas- y la posible incidencia de factores propios de cada lugar, la inserción de La Rioja entre medias rompe semejante hipótesis. Ahora bien, ese razonamiento no puede extrapolarse a las Islas Canarias pues creo que no presenta identidad geográfica con las localizaciones referidas por su propia ubicación, además de ostentar una tasa dentro de la media nacional. En definitiva, sea como fuere, pese a las excepciones referidas, existen determinadas localizaciones que, por su ubicación geográfica, mayoritariamente zonas

¹¹ Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, de los 278 menores condenados en Asturias un 49,6% lo fue por una infracción; el 23,38% por dos; un 11,15% por tres; y el 15,82% restante por más de tres, lo que evidencia un perfil muy dispar respecto de la media nacional y lo que es habitual en el resto de Comunidades.

¹² Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, de los 499 menores condenados en el año 2012 en Extremadura un 74,4% lo fue por una infracción; el 15% por dos; un 4,6% por tres; y el 6% restante por más de tres, lo que refleja que sólo un 25% de los menores condenados lo era por más de una infracción penal, frente al 35,54 nacional.

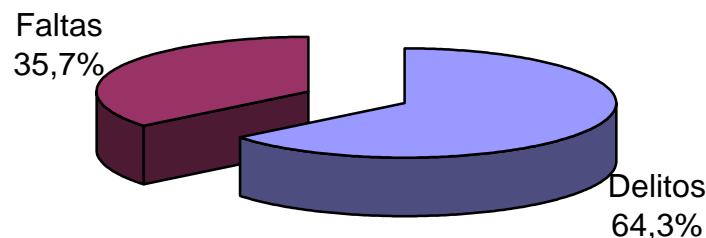
costeras de importante paso y flujo de personas y mercancías, son más proclives a la delincuencia juvenil. Esta tesis la corrobora no sólo las regiones descritas sino otros elementos que no han sido traídos a colación. Así, por ejemplo, Andalucía podría considerarse otra zona geográfica de indudable “atractivo criminal” y, sin embargo, no destaca por una especial realización de hechos ilícitos, sino que, por el contrario, se encuentra dentro de la media nacional. Ahora bien, si se analiza la representatividad de cada una de las provincias, puede apreciarse que Cádiz es la que presenta, con diferencia, una mayor tasa de criminalidad en la materia, constituyendo un enclave similar a los ya descritos. Así pues, la ubicación geográfica parece jugar un papel relevante en la criminalidad juvenil aunque ni muchos menos excluyente pues, junto a ellos existen otros factores, no determinados, que inciden en la mayor o menor comisión de ilícitos penales – hipótesis extraíble a La Rioja-.

Por el contrario, una vez más, las Comunidades de Madrid y Cataluña ostentan las tasas más bajas de criminalidad juvenil detectada.

IV. TIPOLOGÍAS DELICTIVAS

La primera distinción que a efectos sistemáticos se realiza incluye la subdivisión entre delitos y faltas, la cual será muy útil a la hora de proceder al estudio de la fenomenología criminal y, sobre todo, a la delimitación de las características propias de las infracciones desarrolladas por los menores¹³.

Tipologías delictivas desarrollada por los menores (n=28.022)

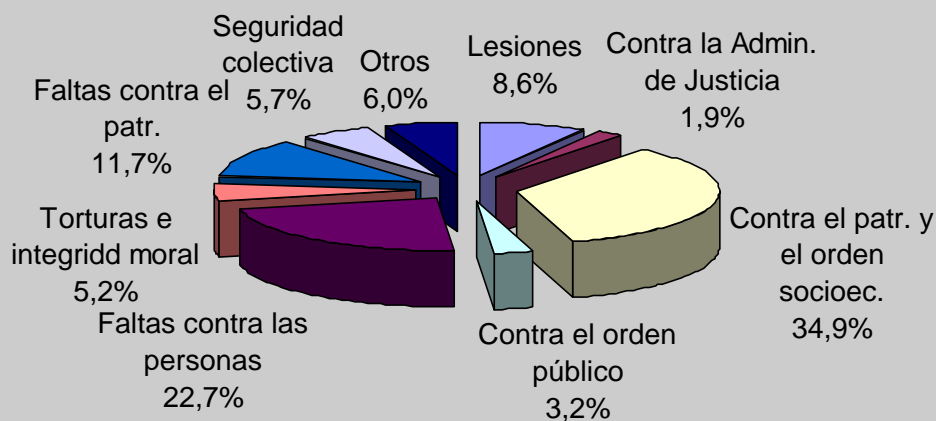


Las tasas de representatividad de uno y otro han sido una constante en los últimos años, si bien se ha observado un leve retroceso porcentual, de escasos 3 puntos, en la comisión de delitos a favor de las faltas, lo que puede asociarse, de inicio, a una menor lesividad de la acción criminal desarrollada por los menores, si bien para verificar semejante afirmación resulta necesaria profundizar en la naturaleza de cada una de las tipologías delictivas desarrolladas. Para ello, se va a presentar un gráfico genérico, donde se incluyen las categorías por Títulos del Código Penal, y una tabla desglosada por delitos en particular¹⁴:

¹³ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística.

¹⁴ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística.
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

TIPOLOGÍAS DELICTIVAS GENÉRICAS (n=28.022)



TIPO

LOGÍAS DELICTIVAS ESPECÍFICAS

TIPOLOGÍA DELICTIVA	VALOR ABSOLUTO	PORCENTAJE
Robo	7.446	26,5%
Faltas contra las personas	6.365	22,7%
Faltas contra el patrimonio	3.286	11,7%
Lesiones	2.416	8,6%
Torturas e integridad moral	1.450	5,1%
Delitos contra la seguridad vial	1.303	4,6%
Hurtos	871	3,1%
Atentados contra la autoridad	832	2,9%
Daños	681	2,4%
Amenazas	672	2,4%
Robo y hurto de uso de vehículos a motor	480	1,7%
Quebrantamientos de condena	391	1,4%
Faltas contra el orden público	346	1,2%
Otros	1483	5,3%

Como puede observarse en la gráfica anterior, los delitos contra el patrimonio y las faltas contra las personas constituyen el 57,6% de los ilícitos penales cometidos por jóvenes, lo cual es algo ya consolidado en el tiempo si se verifica la representatividad de las citadas tipologías en años anteriores, no tratándose de un fenómeno aislado o puntual sino una constante criminal que perdura con el paso de los años. En este sentido, resulta tremendamente llamativo el hecho de que la principal tipología delictiva cometida por los menores sea el robo, pero aún más lo es el hecho de que éste y las citadas faltas constituyan la mitad de las infracciones penales desarrolladas –concretamente, el 49,2%-, porcentaje ciertamente elevado para dos categorías delictivas ya que esto supone, en otras palabras, que una de cada dos infracciones cometidas por menores son un robo o una falta contra las personas.

Este hecho presenta unas lecturas muy evidentes. La primera es que si la delincuencia, como se defiende, es el resultado de un proceso evolutivo, en el sentido de que, salvo raras ocasiones, un delincuente no se hace de la noche a la mañana, sino que es el resultado de la concurrencia de una serie de factores, incluso propios o evolutivos de la persona, en donde los comportamientos criminales comienzan por meras acciones livianas y van creciendo en intensidad con el paso del tiempo no encontrando ningún tipo de sanción o reproche externo, sino llegando a percibir el delito como algo sin ningún tipo de consecuencia, está claro que los mecanismos de protección y actuación frente a los hurtos fracasan estrepitosamente; esto es, de acuerdo con esa premisa evolutiva, el individuo que roba ha tenido que cometer anteriormente algún hurto. Sin embargo, las tasas de representatividad de éste se encuentran muy por debajo de lo normal -3,1%-, lo que permite concluir que la mayoría de delitos de hurtos cometidos por la población juvenil pasarían completamente desapercibidos para el sistema penal, pudiendo jugar un papel muy importante la ausencia de denuncia de los respectivos sujetos pasivos, tal y como lo vienen demostrando las estadísticas, pero activándose en el momento de comisión de un robo por la mayor intensidad de la agresión y, en particular, por la violencia, intimidación o fuerza en las cosas ejercida..

Sin embargo, curiosamente respecto de lo afirmado anteriormente, la tercera tipología delictiva la configuran las faltas contra el patrimonio, lo cual evidencia una hipotética contradicción con lo referido hasta el momento, toda vez que el 11,7% de las infracciones cometidas por los menores se vinculan a hechos que atentan contra el patrimonio con la especial característica de que lo sustraído es inferior a 400 euros. En consecuencia con esto, hay tres postulados que deben tenerse en consideración:

i) La conducta de sustracción de un bien es muy frecuente entre los menores siempre y cuando se acompaña de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, constituyendo la principal infracción cometida por personas de entre catorce y diecisiete años.

ii) La sustracción de bienes cuyo valor no excede de 400 euros es relativamente frecuente aunque en una proporción baja respecto a la anterior.

iii) El hurto de bienes con valor superior a 400 euros es muy infrecuente entre jóvenes delincuentes.

La motivación que impulsa a los jóvenes a desarrollar semejantes comportamientos contra el patrimonio ha sido calificado por Redondo Illescas y Garrido Genovés como algo claramente instrumental para la obtención de gratificaciones materiales. En este sentido, los citados autores han establecido dos tipos de perfiles: i) los jóvenes pertenecientes a la población con más carencias, quienes delinquirían para procurarse algunos bienes deseados o necesitados; y ii) quienes perteneciendo a familias con acomodo suficiente, acuden a este tipo de criminalidad como manera fácil y eficaz de obtener de modo inmediato y carente de

esfuerzo aquello que desean, consolidando, en ambos casos, las pautas criminales¹⁵. En mi opinión, junto a los dos perfiles citados, habría que añadir un tercero, orientado a los grupos de jóvenes, consistente en la realización del comportamiento criminal como “carta de presentación” hacia su grupo de iguales o mero refuerzo de la posición de líder o persona destacable dentro del grupo, lo cual le otorga un rol de poder, supremacía o admiración respecto al resto, quienes terminarán imitando las conductas ilícitas del incubo.

De acuerdo con las tres hipótesis referidas, las conclusiones a las que puede llegarse al respecto entiendo que son las siguientes, partiendo siempre de la premisa sostenida de que la delincuencia es el resultado de un proceso evolutivo:

a) Los menores inician su actividad criminal desarrollando faltas contra el patrimonio, lo cual desvela una baja intensidad lesiva, resultando fundamental la respuesta de los medios de control social respecto de la reincidencia o no en comportamientos ilícitos. En este sentido, los menores condenados por faltas de hurto no se caracterizan mayoritariamente por una futura reincidencia, lo que evidencia, una vez más, la tasa tan baja de delitos de hurto.

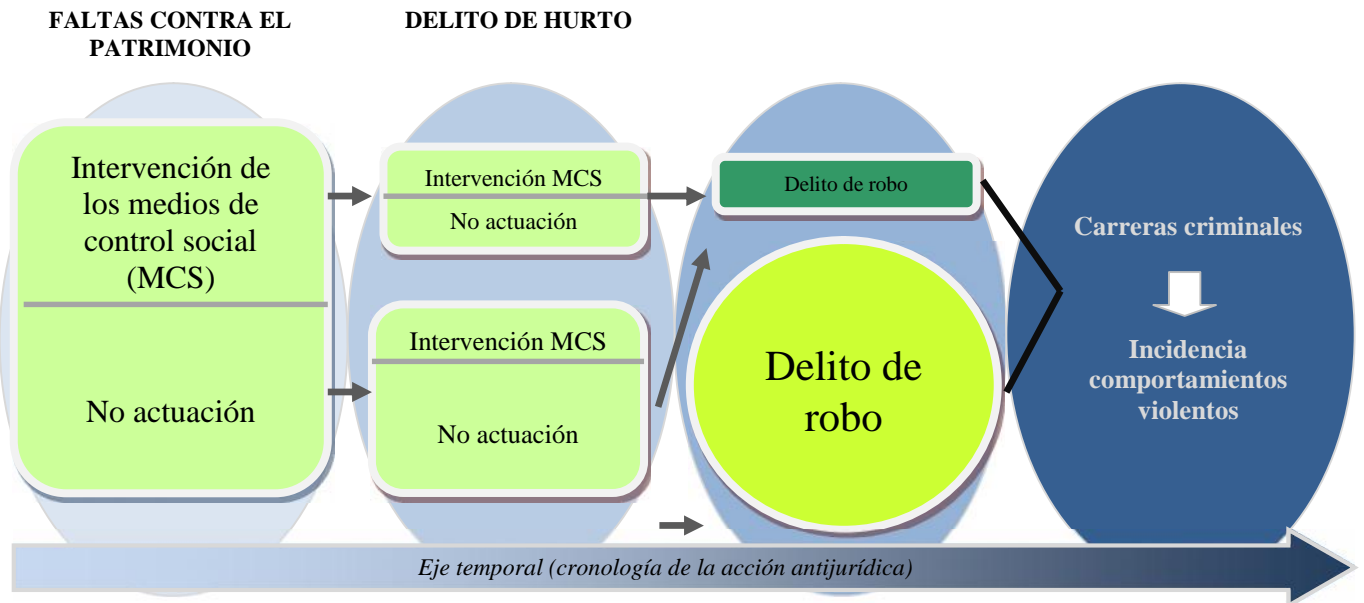
b) La no actuación de los medios de control social, principalmente los informales, como verdaderos limitadores de la acción criminal de la persona, y los formales, conlleva que el sujeto continúe desarrollando actividades delictivas que irán aumentando en grado, nivel y valor de lo sustraído, siendo escasas las infracciones detectadas por delito de hurto, las cuales existen pero conforman una auténtica cifra negra que podría corroborarse parcialmente realizando una comparativa con el estudio de las denuncias presentadas al respecto.

Respecto a la naturaleza concreta del delito de hurto, se caracteriza más por la comisión en sí de la infracción penal básica; esto es, la sustracción, con ánimo de lucro, de una cosa mueble cuyo valor exceda de 400 euros que el denominado hurto habitual en virtud del cual se transformaría en delito la realización en el plazo de un año de tres faltas de hurto, hecho que además ahonda en la idea de la eficacia de los medios de control social.

c) Como ya ha sido reiteradamente referido, el robo constituye la tipología estrella de los menores infractores, con el consiguiente empleo de la violencia, intimidación o fuerza en las cosas que lo caracteriza, convirtiendo a la acción criminal en una peligrosa práctica de afectación directa no sólo para el patrimonio sino también a la integridad de los sujetos pasivos y abre la puerta a una nueva modalidad criminal basada en el empleo de la fuerza física para la obtención del fin o propósito buscado. No obstante lo anterior, bien es cierto que gran parte de los robos se producen con fuerza en las cosas, destacando principalmente los vinculados a vehículos de motor pero el carácter lesivo directo o violento es ya un elemento integrante de la conducta del menor.

¹⁵ REDONDO ILLESCAS, S. y GARRIDO GENOVÉS, V., *Principios de Criminología*, Valencia, 2013, págs. 942 y 943.
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

En mi opinión, semejante evolución criminal marca las pautas más habituales de inicio en la criminalidad de los jóvenes, pudiendo llegar a convertirse en auténticas carreras criminales. En este sentido, se presenta el siguiente cuadro-resumen del citado proceso evolutivo:



De otro lado, centrando el análisis en la segunda tipología delictiva más habitualmente desarrollada por los menores, se encuentran las faltas contra las personas (22,7%). Bajo esta rúbrica se incluyen los comportamientos típicos descritos entre los artículos 617 a 622 del Código Penal pero que, por las propias características de los autores y el contenido de los tipos penales, se circunscribe a supuestos de faltas de lesiones, dolosas o imprudentes; amenazas; coacciones; injurias o vejaciones injustas y, minoritariamente, la exposición en riña de armas o instrumentos peligrosos, siempre y cuando no fueren constitutivos de delito. No obstante, dentro del citado catálogo delictivo destacan sobremanera las lesiones.

Este dato resulta muy esclarecedor si se compara con la representatividad ostentada por la comisión de delitos de lesiones, la cual aparece como cuarta tipología delictiva con una representatividad del 8,6%, lo que demuestra que la violencia ejercida directamente por los menores no se caracteriza por una excesiva lesividad sino más bien todo lo contrario; esto es, la causación de menoscabos en la integridad corporal o salud física o mental de otros sujetos sin necesidad de que se requiera tratamiento médico o quirúrgico alguno, bastando únicamente una primera asistencia facultativa para la adecuada sanación de la lesión producida.

Muy en relación con esto y la quinta tipología descrita; esto es, delitos de torturas y contra la integridad moral (5,1%), por motivos obvios de la cualidad que debe reunir el sujeto activo, se reducen a la comisión de hechos contemplados en el artículo 173 del Código Penal, debiendo resaltar el aumento de conductas lesivas desarrolladas por los menores hacia miembros de su propia unidad familiar, principalmente ascendientes, configurando una tipología de maltrato, esporádico (parágrafo 153.2 del Texto Punitivo) o habitual (173.2)¹⁶, o el denominado bullying entre iguales, el cual conlleva un mayor desvalor por la

¹⁶ Fernández Pantoja fue muy clara al referir que los menores victimarios no sólo ejercen ya violencia respecto a su pareja sino también en su propia familia, son capaces de crear a su alrededor ese "ambiente de terror y dominación" que, en la mayoría de casos, acaba en agresiones físicas y psíquicas, algo que los propios Tribunales de Justicia ya han empezaron a valorar -véase, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

naturaleza de la pareja penal y las repercusiones que puede generar en la víctima menor, ambos de importante calado en la sociedad actual. Esta unión o cohesión de ambas tipologías radica por la propia esencia del perfil del sujeto activo ya que, como muy bien apunta Pérez Ferrer, la conducta de los agresores está regida por la idea de dominio y poder, de intimidación permanente, justificando estos comportamientos como estrategia reactiva ante las provocaciones de la víctima. Su escasa tolerancia a la frustración, débil habilidad social, impulsividad, dificultad para cumplir las normas y la hostilidad hacia las figuras de autoridad, explican su identificación con un modelo conductual¹⁷, muy proclive a manifestarse en los círculos donde convive habitualmente el menor, principalmente ámbito doméstico y relaciones con iguales, sobre todo en el ámbito escolar.

La citada hipótesis se ha verificado empíricamente sólo en parte ya que sí es cierto que se ha producido un incremento en la tasa de infracciones cometidas por menores en torno al artículo 173 del Código Penal de prácticamente medio punto respecto a la de 2007, destacando más bien por las oscilaciones presentadas; esto es, por ejemplo, en 2009, semejante indicador descendió prácticamente un punto para subir en uno y medio en 2012, lo que genera una curvatura muy alterna que, pese a esos vaivenes, presenta una tendencia alcista en el último trienio. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las manifestaciones delictivas vinculadas al delito de lesiones, extrapolables al ámbito familiar, donde la tasa no ha sufrido los citados desniveles sino todo lo contrario, se ha caracterizado por una tendencia regular hasta el último trienio, donde se repite un repunte del uno por ciento, incrementos, en cualquier caso, poco representativos sobre la generalidad de ilícitos, aunque reveladores de una práctica que ha existido siempre pero sobre la que en los últimos años parece existir una mayor concienciación social, lo cual puede explicar también ese incremento.

El resto de tipologías delictivas no presentan una tasa relevante a efectos globales, encontrándose justo o por debajo del 5% de representatividad, no observándose ningún comportamiento significativo respecto a la evolución delictiva del último quinquenio lo cual permite afirmar que los restantes delitos presentan una baja representatividad dentro de los niveles históricamente asociados.

No obstante, de todos ellos, sí quisiera detenerme muy brevemente en algunos ilícitos:

i) Delitos contra la seguridad vial. Representan las infracciones más numerosas de este último grupo de delitos, algo que debiera resultar un tanto sorprendente por las especiales características del tipo y las aparentes limitaciones legales que debieran tener los menores para desarrollar semejantes conductas ilícitas respecto del vehículo empleado en la comisión del delito. Estos delitos presentan también una importante oscilación evolutiva ya que, por ejemplo, su tasa de representatividad se encontraba en un 1,32% en el año 2007; presentó un incremento muy significativo en el 2009 hasta el 8% y parece haberse consolidado en la actualidad en torno al 5% -en el 2012, 4,6%-.

ii) Delitos contra la vida y agresiones sexuales. Constituyen dos tipologías delictivas sobre las cuales la sociedad tiene unas creencias muy equivocadas respecto a la realidad, motivadas, en cierta medida, por la cobertura informativa otorgada por los medios de comunicación. Las tasas de representatividad de ambos delitos son ciertamente bajas ya que mientras los primeros engloban el 0,15%, los segundos el 0,43%, muy lejos de la habitualidad que, por determinados colectivos y entes, se quiere hacer ver a la sociedad, tratándose de acciones aisladas sobre la fenomenología criminal que caracteriza a estos delinquentes. Ahora bien, si se comparan las citadas tasas con las correspondientes a la

septiembre de 2008- (FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Violencia de género: menores víctimas y victimarios», en Morillas Cueva (Dir.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, Madrid, 2010, pág. 601).

¹⁷ PÉREZ FERRER, F., «Violencia escolar y menores inmigrantes», en Morillas Cueva (Dir.), *El menor...* cit., pág. 653.

población adulta, la situación cambia en el sentido de que los menores presentan unas tasas de comisión de delitos contra la vida muy bajas -0,15% frente al 0,48% de los adultos, un tercio menor- pero más elevadas en lo relativo a agresiones sexuales -0,43% frente al 0,24%, casi duplicando el citado porcentaje-. Es más cualitativamente, los jóvenes de catorce a diecisiete años cometerían 0,002 homicidios por cada cien menores comprendidos en esa edad y 0,007 agresiones sexuales por cada cien menores entre catorce y diecisiete años, tasa inferior a la correspondiente a los delitos contra la vida cometidos por adultos (0,003 homicidios por cada cien personas mayores de edad) y bastante más elevada que las agresiones sexuales de los mayores de edad (0,001 por cada cien).

En definitiva, las conclusiones a las que llego respecto a las modalidades criminales desarrolladas por los menores infractores son idénticas a las defendidas tiempo atrás¹⁸, en los siguientes términos:

1. Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico constituyen la principal tipología desarrollada por los jóvenes de catorce a diecisiete años, caracterizándose por el empleo de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, lo cual hace que el robo se convierta en la tipología criminal por antonomasia junto con las faltas contra las personas. No obstante, este es el resultado de una conducta reiterada en el tiempo que comienza con simples faltas de hurto y van en aumento hasta constituir robos por lo que la intervención de los cuerpos y fuerzas de seguridad suele ir muy vinculada a esta etapa, habiendo superado los menores las anteriores impunemente.

2. Las lesiones cometidas por los menores no se caracterizan por una excesiva violencia, no siendo inhabitual que los sujetos pasivos requieran simplemente una primera asistencia facultativa y no tratamiento médico o quirúrgico, lo que implica una calificación jurídica de lo hechos más próxima a las faltas que a los delitos.

3. Contrariamente a la percepción social existente, la tasa de delitos contra la vida cometida por los menores es muy baja en relación a su propio nivel de representatividad y comparativamente respecto a la población adulta.

4. La misma percepción existe respecto a las agresiones sexuales, las cuales también presentan una tasa de representatividad delictiva global baja respecto de los restantes delitos cometidos pero, sin embargo, se encuentran por encima de la media comparativa con otras poblaciones como pudiera ser, por ejemplo, la de adultos.

V. MEDIDAS ADOPTADAS

Una de las principales características de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, radica en el amplísimo catálogo de medidas recogidas que permiten, teóricamente, una mejor intervención sobre los menores infractores, lo que constituye, en mi opinión, uno de los grandes aciertos legislativos del texto referenciado y un trascendental avance en el tratamiento de estos sujetos que, desgraciadamente, no ha podido llevarse aún a cabo de forma plena por la escasez de infraestructuras establecidas por los poderes públicos al efecto.

Sobre la premisa genérica del artículo 7 de la citada Ley, en virtud del cual se contemplan las medidas de internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto y terapéutico, tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, permanencia de fin de semana, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas determinadas por el Juez, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socio-educativas, amonestación, privación del permiso de conducir ciclomotores y

¹⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La delincuencia juvenil en Andalucía», en Morillas Cueva (Dir.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, Madrid, 2010, págs. 956 y 957.
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o uso de cualquier tipo de armas, e inhabilitación absoluta¹⁹; el Juez podrá imponerlas, de forma motivada, eligiendo las más adecuadas conforme no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad. Ahora bien, semejante elección debe quedar motivada, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, sobre las siguientes premisas genéricas²⁰:

A) Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

Semejante declaración legal conlleva, en sentido positivo, que, cuanto menos, para el año 2012, el 35,7% de las medidas dictadas por los Magistrados de Menores puedan revestir la naturaleza dictada anteriormente por constituir supuestos de faltas a los que no cabe aplicar otro tipo de medida, pudiendo aumentar el citado porcentaje, ya de forma particular, para el resto de delitos para los que el Tribunal podrá elegir la medida que considere más acorde para el menor. Del mismo modo, en sentido negativo, las restantes medidas no podrán tener jamás una aplicación más allá del 64,3% por el citado imperativo legal.

B) Junto a lo anterior, el internamiento en régimen cerrado contiene mayores restricciones aún ya que sólo podrá ser aplicado cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:

b1) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.

b2) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

b3) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

Estas restricciones legales basadas en un lógico impedimento del uso del internamiento en régimen cerrado, el cual conforme al espíritu de la Ley Orgánica 5/2000, debe constituirse como último recurso al que debe acudir el juzgador, hacen que, de acuerdo con los datos obtenidos respecto a la naturaleza de las infracciones penales desarrolladas por los menores, únicamente quepa aplicarlo entre un 20 y un 30% de lo supuestos enjuiciados.

C) La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar. La medida de

¹⁹ Sobre el contenido de cada una de las medidas véase, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORPM», en Morillas Cueva, *El menor...* cit., págs. 192-233.

²⁰ Sobre el régimen de aplicación de las medidas, véase, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., «El régimen general de aplicación y duración de las medidas: art. 9 LORPM», en Morillas Cueva (Dir.), *El menor...* cit., págs. 267-357.

prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas mientras la de permanencia de fin de semana no podrá abarcar los ocho fines de semana.

D) Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

E) Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de la Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el parágrafo 7.1 d) y e)²¹.

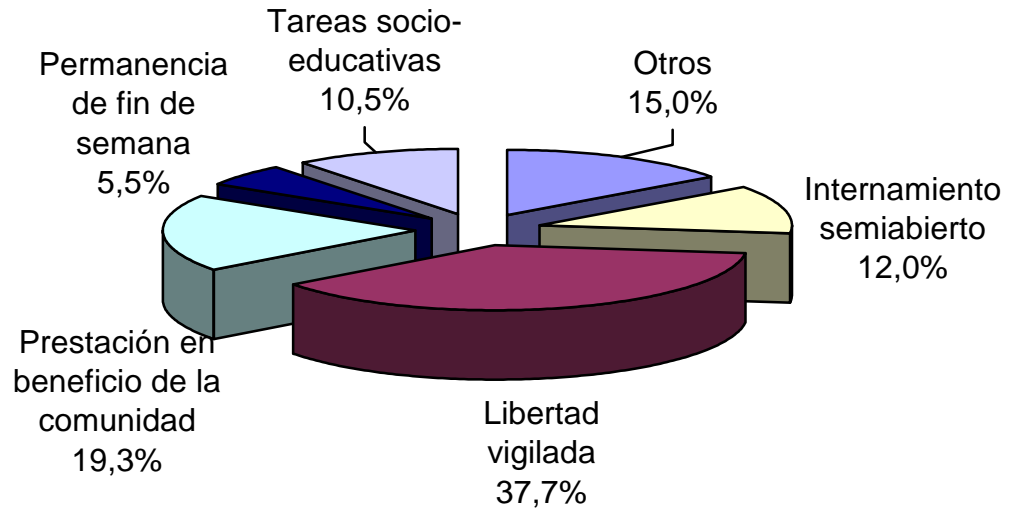
Semejante regulación no es sino una cláusula garantista ya que, como refirió Gómez Rivero, garantizan, entre otras cosas, que un hecho menos grave no se castigue con una consecuencia jurídica de intensidad más severa y, con ello, que como manifestación singular de esa regla, que sólo a los casos extraordinariamente graves se aplique la consecuencia más gravosa de cuantas se contemplan en la Ley: el internamiento en régimen cerrado²².

Así pues, conforme a lo anterior, siempre teniendo presente que la posibilidad de aplicar las medidas no es lineal sino que está sujeta a limitaciones y exclusiones que conllevan el mayor o menor recurso a una u otra medida, las dictadas en España en el año 2012, según el Instituto Nacional de Estadística, se cuantificarían de la siguiente manera:

²¹ No obstante, lo aquí referido constituye únicamente los criterios generales de aplicación, sobre los que subyacen otras reglas especiales comprendidas en el artículo 10 de la Ley 5/2000 referidas a la edad del menor o tipologías delictivas cometidas, de las que no se da cuenta, baste esta simple remisión, en tanto el propósito del presente capítulo radica en el estudio de la delincuencia de menores desde una dimensión empírica y lo enunciado con criterios generales pretende ser únicamente una guía sobre el fundamento en la elección del Juez de una u otra medida.

²² GÓMEZ RIVERO, M^a C., «Una vuelta de tuerca más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en Anarte Borrallo (Dir.), *Tendencias de la Justicia Penal de Menores*, Madrid, 2010, pág. 113.

Medidas impuestas a los menores (n=25.393)



De acuerdo con el anterior reparto porcentual relativo a las medidas adoptadas por los Jueces de Menores respecto de los jóvenes infractores, conviene referir lo siguiente:

A) Las medidas más utilizadas son la libertad vigilada y la prestación en beneficio de la comunidad. En cuanto a la primera, constituye la principal y más recurrida medida a la que acuden los Tribunales de Menores, quizás sustentada en la triple finalidad que presenta, ya sea como medida principal, alternativa o complementaria a otra. No obstante, independientemente de lo anterior, su aplicación es máxima, toda vez que una de cada tres medidas dictadas en España es de libertad vigilada. Sin embargo, su asiduidad y habitualidad aplicativa no ha sido un recurso mayoritario al que han acudido los Tribunales de Menores españoles y así, por ejemplo, hasta el año 2007, en que se equipara a las prestaciones en beneficio de la comunidad –en niveles prácticamente idénticos (30% frente a 29,6%)– venía ocupando tradicionalmente el segundo eslabón de representatividad, circunstancia que en el año 2008 cambia pasando a ser, como se ha referido, la medida aplicativa por antonomasia.

Sin embargo, no todo son alabanzas de cara a esta medida ya que encuentra un fuerte rechazo inicial por parte de determinados colectivos sociales, hecho debido, en mi opinión, al tratamiento otorgado por los medios de comunicación, quienes se han encargado, en no pocas ocasiones y siempre creando una opinión equivocada en la ciudadanía, muy proclive a apoyar inmediatamente posiciones críticas sin comprobar la realidad o no del caso y lanzar improperios contra los textos legislativos y sus aplicadores cuando no hay de por medio una alta finalidad retributiva, difamándola de cara a la sociedad y restando su trascendental aportación como forma de prevenir nuevos ilícitos y reinsertar y reeducar al menor; esto es, se trata de una de las medidas que peor prestigio otorgan a la Ley Orgánica 5/2000 en tanto constantemente el tratamiento informativo que se le da es sinónimo de libertad, no especificando la finalidad con la que se crea y otorga. En este sentido, resulta muy habitual presentar una noticia haciendo creer a la sociedad que un menor infractor se encuentra en plena libertad y consecuentemente la medida aplicada ha sido de una extensión muy limitada, si ha llegado a existir, cuando realmente se encuentra bajo un seguimiento de su actividad, asistencia a una escuela o centro formativo o laboral en un claro intento de superación de los déficits que determinaron su opción criminal, más las correspondientes prohibiciones, llegado el caso, de acudir a determinados lugares, ausentarse del lugar de residencia sin autorización, residir en un lugar determinado, comparecer ante el profesional que se designe, etc. En palabras de Benítez Ortúzar, se trata de un régimen de libertad restringida motivado por un programa de actuación individualizado conforme al cual se limita bastante el ejercicio de la libertad ambulatoria del menor por el cumplimiento de las obligaciones pre-fijadas²³. Sáinz-Cantero Caparrós se ha manifestado en términos muy similares destacando, en primer lugar, el contenido complejo que presenta la medida, ya que incluye elementos de control, vigilancia y supervisión por personal especializada pero siempre reuniendo una finalidad socio-educativa que permita el menor superar los factores que determinaron la infracción a través de la intervención individualizada con la correspondiente adquisición de capacidades, habilidades y actitudes para su correcto desarrollo social y personal. Pero junto a eso, presenta también un contenido aflictivo, al tener que realizar el programa de ejecución diseñado por el profesional, lo que conlleva una capacidad de control y exigencia de las condiciones impuestas²⁴.

La investigación llevada a cabo por Bernuz Beneitez, Fernández Molina y Pérez Jiménez sobre la aplicación de la libertad vigilada en las provincias de Zaragoza, Málaga y Toledo, determinó que los sujetos a los que se le aplica la citada medida cumplen con el perfil tipo de la justicia de menores; esto es, joven perteneciente a una familia desestructurada, con una dinámica de educación inadecuada, que ha tenido contacto con los servicios sociales, con un muy bajo nivel de escolarización y, en estos casos, con problemas de

²³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Medidas...» cit., pág. 219.

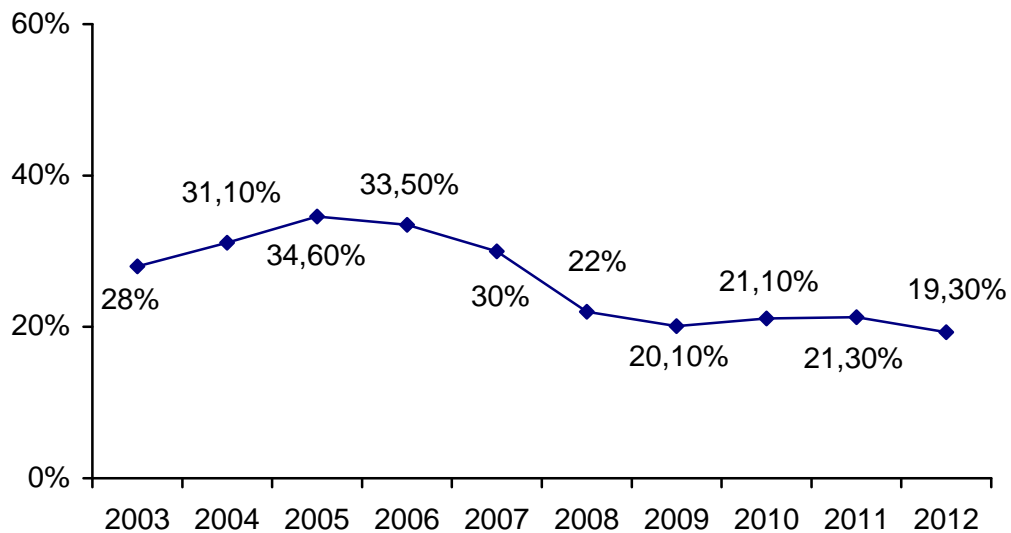
²⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., «Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores», en Morillas Cueva, *El menor...* cit., pág. 251.
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

conducta relacionados con amigos problemáticos y drogas. Del mismo modo, conviene destacar otros datos empíricos como, por ejemplo, que el 43,4% de la muestra sometida a estudio no presentaba antecedentes previos en el juzgado, siendo la libertad vigilada la primera sanción que recibían; la tasa de incumplimiento de la citada medida era de un 13,3% y el nivel de reincidencia de un 21,7%^{25 26}.

Respecto a las prestaciones en beneficio de la comunidad, integran, en mi opinión, la medida más relevante respecto de los fines educativos perseguidos con la Ley, en un claro intento de que el menor repare el daño causado a la sociedad, pudiendo en algunos casos, obtener un beneficio extra cuando semejante labor quede enmarcada en una actividad próxima al ilícito desarrollado; esto es, tareas asistenciales en las que el individuo tenga un contacto directo con personas afectadas por una situación similar a la dañina producida, permitiéndole empatizar con las víctimas, ser consciente del daño generado y las consecuencias o repercusiones que acarrearán para una persona su actuación ilícita. El problema de semejante medida ha sido el déficit de ocupaciones de las que disponen los Jueces de Menores para proceder a la ubicación de los infractores, suplidas en no pocas ocasiones por la imaginación de los aplicadores de la Ley, situación que no debe pasar inadvertida para los poderes públicos quienes deben volcarse en su consecución y consolidación por los especiales efectos beneficiosos que acabo de mencionar.

Esta carencia puede perfectamente comprobarse por la progresiva disminución de la aplicación de la medida conforme al paso del tiempo en nuestro país y, sobre todo, en Andalucía, comunidad pionera en la implantación de este tipo de medida. En este sentido, las estadísticas son claras, marcando el año 2008 el punto de inflexión hacia la disminución hacia un porcentaje en torno al 20% de su aplicabilidad, tal y como puede observarse en el siguiente gráfico²⁷:

Evolución aplicativa de las prestaciones en beneficio de la comunidad a nivel nacional



²⁵ Esta misma tasa de reincidencia del 21,7% se repite en otra investigación llevada a cabo en el País Vasco. Véase, a tal efecto, SAN JUAN GUILLÉN, C. y OCÁRIZ PASSEVANT, E., *Evaluación de la intervención educativa y análisis de la reincidencia en la Justicia de Menores en la CAPV*, Vitoria, 2009, pág. 69.

²⁶ BERNUZ BENEITEZ, M^o J., MOLINA FERNÁNDEZ, E. y PÉREZ JIMÉNEZ, F., «La Libertad Vigilada como medida individualizadora en la Justicia de Menores», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n^o 7, 2009, págs. 22 y 24.

²⁷ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística.

En definitiva, se trata, en mi opinión, de dos medidas muy adecuadas para alcanzar la finalidad perseguida en la Ley Orgánica 5/2000, en concreto la reeducación y resocialización, incluso para los delitos graves, como complemento a otras, si bien continúan soportando, sobre todo la primera, todo tipo de críticas y vilipendios por los medios de comunicación y determinados colectivos, de donde, por razones obvias y comprensibles, excluyo a las víctimas, cuyo consuelo puede quedar ligado a la retribución, incapaces de comprender la verdadera finalidad que se encierra tras ellas, y más preocupados por exigir una mayor dureza de las sanciones que por su verdadera finalidad, máxime cuando conviene recordar que no todos los menores, sino una ínfima proporción, comete delitos graves contra la vida o la libertad o indemnidad sexual. Pero es más, como afirman García Pérez, Díez Ripollés, Pérez Jiménez y García Ruiz, cuya opinión suscribo, no existen datos que hayan podido acreditar que las sanciones más graves, especialmente las de internamiento, sean más eficaces que las más leves como las ambulatorias, sino todo lo contrario, las investigaciones más recientes apuestan en la dirección contraria²⁸.

La continua pérdida de prestaciones en beneficio de la comunidad no es más que el fiel reflejo de los fallos del sistema, quien aún no ha logrado articular, diez años después de la entrada en vigor de la Ley, los mecanismos necesarios para la correcta y adecuada implantación de la Ley y sus medidas en condiciones adecuadas.

B) En un segundo nivel, con una representatividad bastante más baja aparecerían el internamiento semiabierto y las tareas socio-educativas.

b1) El primero responde al tipo de internamiento más habitual de los enunciados en la Ley en tanto integra el hecho de que el menor debe residir en el centro y realizar las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio fuera del citado recinto bajo la supervisión de la persona acordada por el Juez. Se trata de otra medida bastante interesante ya que supone un plus de confianza hacia el menor infractor y el convencimiento en su repuesta positiva, minimizando los efectos nocivos que cualquier internamiento conlleva. No obstante, Cruz Blanca ha advertido que, tras la reforma de la Ley en el año 2006, pueden generarse situaciones perniciosas durante su cumplimiento ya que el internamiento en régimen semiabierto, podría convertirse, de facto, en un internamiento en régimen cerrado, si quiera por tiempo determinado, no en virtud de una resolución judicial sino durante el cumplimiento de la medida, toda vez que se faculta al juez a suspender las actividades exteriores cuando la evolución de la persona y el cumplimiento de los objetivos previstos no se produjera, lo cual podría incluso suponer una vulneración del principio acusatorio²⁹.

b2) Las tareas socio-educativas integran la realización de actividades de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social sin ningún tipo de internamiento ni libertad vigilada. Aquí sí podría referirse que el menor goza de una situación de libertad con el único impedimento de cumplir con las acciones formativas diseñadas y no, como vienen haciendo los medios de comunicación, respecto de la libertad vigilada, suponiendo aquélla una modalidad de cumplimiento más liviano. En cuanto a los perfiles de los jóvenes que se benefician de esta medida no hay diferencias significativas entre los grupos de edad si bien es cierto que se aplica más conforme mayor es la edad del sujeto pero dentro de unos parámetros próximos por lo que no cabe hacer distinciones conforme a esta variable. Por el contrario, sí que se ha observado una mayor incidencia en la población femenina respecto de la masculina, algo que suele ser inhabitual –en los menores ostenta una representación del 10% sobre el total de medidas frente al 13,1% de ellas o, si se equipara respecto de la medida en particular, la representatividad es del 80% en los varones frente al 20% de las féminas (cuando la tasa normal sería del 84% y el 16%, respectivamente)-.

²⁸ GARCÍA PÉREZ, O. (coord.), *La delincuencia juvenil ante los juzgados de menores*, Valencia, 2008, pág. 180.

²⁹ CRUZ BLANCA, M^a J., «Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre», en Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, *El Derecho Penal de Menores a Debate*, Madrid, 2010, pág. 165.

R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

ISSN: 2340-4647

C) Medidas de aplicación minoritaria. De acuerdo con los datos aportados habría que incluir en la citada rúbrica la categoría propia “permanencia de fin de semana” y la indiferenciada “otros”, cuya aplicación por subgrupos es algo más infrecuente todavía.

c1) La permanencia en fin de semana comprende la estancia del menor en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde noche del viernes y la noche del domingo, salvo supuestos especiales³⁰, de ahí que no deba extrañar que algún autor, como Aguirre Zamorano, la venga calificando desde su origen como medida de privación de libertad intermitente³¹. Suele recurrirse a ella para sancionar las conductas de los menores en las franjas de edad más elevadas disminuyendo hasta el estadio más temprano y así, por ejemplo, la tasa aplicativa a los jóvenes de catorce años es la mitad que a los de diecisiete.

c2) Otros. Bajo la citada terminología se han incluido aquellas medidas cuya representatividad es inferior al 5%.

c2.1) La amonestación comprende la medida más extraña, a mi juicio, de cuantas integran el catálogo de actuaciones ya que nunca he alcanzado a entender su significado y, sobre todo, eficacia respecto al menor en tanto la simple reprensión del Juez de Menores con el propósito de hacerle comprender la gravedad de su actuación y los daños causados, dudo mucho que surta algún tipo de efecto, independientemente de la advertencia de las consecuencias de una posible reincidencia, asociándose más bien a la idea de “aguantar una reprimenda” durante unos cuantos minutos. De ahí que Sáinz-Cantero Caparrós la haya identificado con una medida de leve contenido aflictivo y escaso contenido socio-educativo, tratándose más bien de algo simbólico, ejemplificador y, si se apura, “intimidatorio” a nivel individual, tratando de modificar la conducta del menor a través de un juicio crítico sobre sus actos, debiendo aplicarse en delincuentes primarios, protagonistas de una delincuencia leve y con suficiente autoestima y amor propio como para apreciar la trascendencia de la amonestación y la autoridad de quien la lleva a cabo³². En consecuencia, como ha apuntado Benítez Ortúzar, representa el eslabón menos invasivo en la esfera del menor infractor siendo de gran eficacia en menores no reincidentes y que no precisen proceso alguno de resocialización resultando completamente inadecuada para delincuentes habituales³³.

En cuanto a las características propias aplicativas de la medida, conviene referir que la imposición a varones es menor que a las mujeres -2,9% frente al 6,4% de representatividad sobre el total de medidas o, si se quiere, particularizándola, del 70,3% frente al 29,7%, respectivamente (recordando que la tasa media sería del 84% y el 16%)-. Curiosamente, por intervalos de edad, se da con mayor asiduidad en los extremos; esto es, en los jóvenes de catorce y diecisiete años.

c2.2) El internamiento en régimen cerrado constituye, como ya se ha referido, la medida más restrictiva y represiva de todas cuantas existen, resultando innegable, como ha afirmado Cruz Márquez, las terribles dificultades para armonizarla con el componente educativo del sistema juvenil³⁴.

³⁰ Por ejemplo, que en ese tiempo deban desarrollar tareas socio-educativas asignadas por el Juez fuera del citado lugar.

³¹ AGUIRRE ZAMORANO, P., «Capítulo III. Las medidas (Título Segundo, artículos 7, 13, 14 y 15)», en AA. VV., *Justicia de menores: una justicia mayor*, Madrid, 2000, pág. 87.

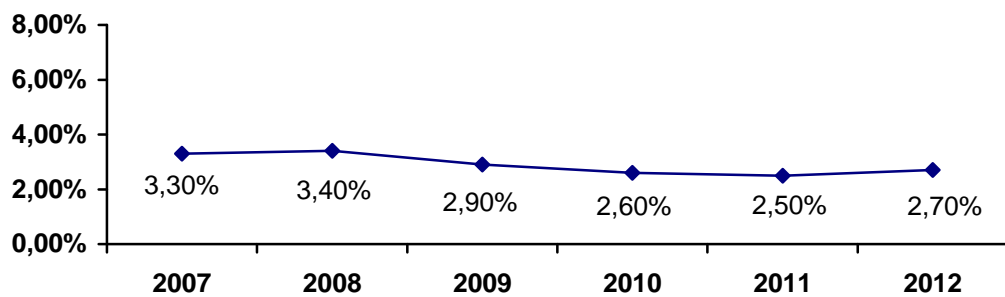
³² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., «Las medidas...» cit., pág. 264.

³³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Medidas...» cit., pág. 233.

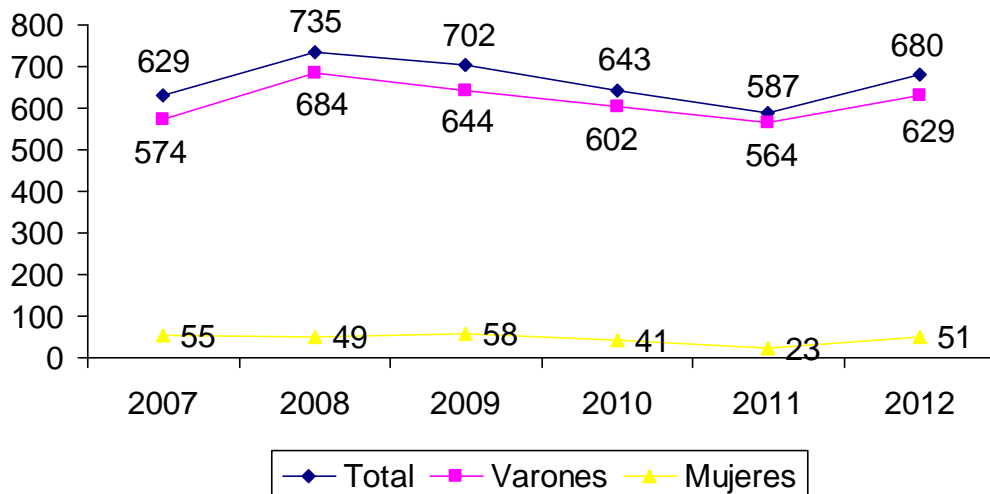
³⁴ CRUZ MÁRQUEZ, B., *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho Penal juvenil*, Madrid, 2007, págs. 38-39.

Se trata, además, como ya se ha referido, de la medida que presenta mayores condicionantes legales para poder ser llevada a efecto ya que los supuestos aplicativos aparecen expresamente tasados en la Ley³⁵, si bien el endurecimiento del citado texto normativo ha encontrado aquí su reflejo legal³⁶ aunque no aplicativo en sentido estricto ya que la aplicabilidad de esta medida ha ido reduciéndose desde 2008 hasta 2012, instante en el que se ha vuelto a incrementar, siquiera levemente, pero abriendo la puerta a una nueva tendencia alcista que deberá ser observada en los próximos años, si bien el incremento cuantitativo es más acentuado que el cualitativo., tal y como puede corroborarse en las siguientes gráficas³⁷:

% de representatividad del internamiento cerrado sobre el total de medidas acordadas



Número total de internamientos en régimen cerrado



³⁵ Véase, en este sentido, el ya referenciado artículo 9.2 de la Ley Orgánica 5/2000.

³⁶ Semejante aspecto puede verificarse particularmente con la reforma de la Ley operada en virtud de Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

³⁷ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística.

Del mismo modo, se detecta una mayor aplicación en varones que en mujeres con una tasa de representatividad del 93% de los primeros frente al 7% de las segundas³⁸, lo que corrobora la hipótesis de una delincuencia masculina más agresiva, violenta y organizada.

c2.3) La prohibición de aproximarse a la víctima. Curiosamente se trata de una medida poco recurrida por los Tribunales cuando quizás debiera presentar una mayor significación por las especiales características o vínculos que pudieran relacionar a la pareja penal, si bien aquí puede encontrarse un evidente conflicto entre el interés del menor y los derechos de la víctima ya que, como apuntó Benítez Ortúzar, la previsión de esta medida se aleja por completo de la finalidad educativa-sancionadora que inspira la Ley y al interés superior del menor, encontrando su fundamento exclusivo en la idea de protección de las víctimas³⁹, hecho en virtud del cual podría explicarse su baja aplicación. Sea como fuere, se trata de una medida en la que no existe diferenciación de género en cuanto a su aplicación – obviamente sí cuantitativa pero no cualitativamente-.

c2.4) Internamiento terapéutico, en régimen cerrado, semiabierto o abierto. Constituye un 1,85% del total de medidas acordadas por los Juzgados de Menores en el año 2012, una cifra muy baja pero en consonancia con la aplicación genérica de esta medida. Se trata de una actuación muy específica en la que se persigue una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones de la percepción que determinen una modificación grave de la conciencia de la realidad. Estadísticamente es la medida más equilibrada que existe ya que no hay diferenciación en su aplicación por grupos de edad ni relevancia por sexo.

c2.5) La convivencia con otras persona, familia o grupo educativo (1,6%) aparece muy vinculada a los menores de catorce y quince años disminuyendo porcentualmente en las restantes hipótesis. Un dato muy significativo al respecto es que cualitativamente obtiene una representación de 2,5 veces más en jóvenes de catorce años respecto a los de diecisiete. Del mismo modo, resulta muy significativa la adopción de esta medida respecto a las mujeres, donde la tasa vuelve a ser 2,5 veces superior y la representatividad particular es del 70,6% en varones por el 29,3% en mujeres, cuando el parámetro normal se fija en 84% y 16%, respectivamente-; esto es, cuantitativamente sigue predominando semejante medida en los menores si bien la interpretación cualitativa es muy distinta a favor de las féminas. En consecuencia, puede afirmarse, sin ningún género de dudas, que la mujer ostenta más posibilidades que el varón de recibir esta medida debido a determinadas variables, que trataré en el epígrafe relativo al género, pero donde juega un rol importante la distinta comisión de hechos delictivos que caracterizan a unos y a otros.

c2.6) Tratamiento ambulatorio (1,4%). Constituye una medida alternativa al internamiento terapéutico ya que los menores deben asistir al centro designado con la periodicidad acordada y seguir las pautas fijadas para el tratamiento de anomalías o alteraciones psíquicas, adicciones a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones de la percepción, si bien no hay diferencias porcentuales respecto del internamiento por lo que se mueve en una tasa adecuada a las necesidades existentes, muchas veces como complemento a aquella una vez que se ha logrado el propósito alcanzado, cumpliendo funciones de aseguramiento o seguimiento.

c2.7) Internamiento en régimen abierto (0,7%). Contempla la modalidad más liviana de los internamiento pero, a su vez, la menos utilizada siendo su recurso prácticamente testimonial, algo que, por otro lado, no es novedoso ya que, como demostró Fernández Molina, sobre datos del año 2009, había siete Comunidades Autónomas que no lo habían

³⁸ En el año 2012, de las 680 medidas de internamiento en régimen cerrado acotadas, un 92,5% fueron para varones y un 7,5% mujeres, porcentajes elevados respecto a la representatividad del 84% y 16% que ostentan genéricamente.

³⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Medidas...» cit., pág. 220.
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

aplicado y, en las que más escasamente sobrepasaba el 10%⁴⁰. Curiosamente se trata de otra medida con mayor aplicación hacia los extremos; esto es, de las que más se benefician los jóvenes de catorce y diecisiete años respecto de los núcleos intermedios –quince y dieciséis–.

c2.8) Asistencia a un centro de día (0,5%). Pese al indudable interés de la medida, su inaplicación práctica constituye una auténtica realidad, quizás motivada por una clara confianza al fenómeno contrario; esto es el internamiento semi-abierto –residir en el centro y realizar las actividades fuera–. Por tanto, por una u otra razón, parece que existe una desconfianza generalizada de los Tribunales de Menores por acudir a la opción de que el menor resida en su domicilio y acuda al centro a realizar las actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio; existiendo otras alternativas, en forma de medidas, a esta opción.

c2.9) Privación del permiso de conducir. Se configura como la medida menos recurrida de todas las existentes (0,48%) por su propia lógica dada las limitaciones que ostentan los menores para alcanzar este tipo de licencias. No obstante, hay un hecho muy significativo y es que un 4,6% de las infracciones cometidas por los menores son contra la seguridad vial; esto es, se trataría de 1.303 infracciones y 124 retiradas del permiso de conducir, lo que se traduce en que o bien la mayoría de los sujetos infractores conducen un vehículo a motor o ciclomotor sin la licencia legalmente establecida al efecto o bien que cometido un delito contra la seguridad vial por un menor, los Magistrados de menores no abogan por la retirada del permiso de conducción, hipótesis, cualquiera de las dos, realmente preocupantes por las particularidades de los hechos y los posibles efectos que conlleva. Aquí vuelve a ser muy significativo el hecho de que mayoritariamente son varones quienes desarrollan semejante infracción y a quienes se les aplica la citada medida. Por grupos de edad, se produce el evidente aumento de la representatividad conforme avanza la edad.

VI. VARIABLES PERSONALES DE LOS MENORES INFRACTORES

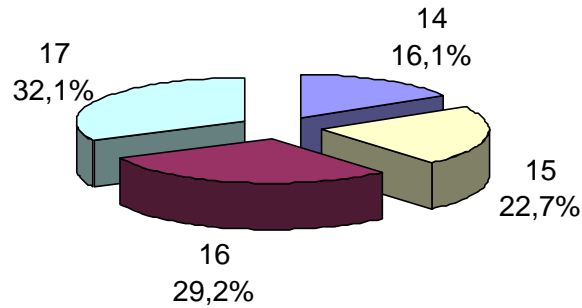
1. EDAD.

La edad se ha configurado como uno de los factores más estudiados por la doctrina criminológica para explicar la praxis de los distintos delitos. En este caso concreto, dada la particularidad del tipo de delincuencia enunciado, aparece reducida a los intervalos entre catorce y diecisiete años, tal y como marca la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor.

En este sentido, respecto al año 2012, de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística, puede realizarse la siguiente cuantificación porcentual sobre la representatividad de los mencionados estadios de edad:

⁴⁰ FERNÁNDEZ MOLINA, E., «El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 14-18, 2012, pág. 12. Recurso electrónico disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-18.pdf>
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

Edad menores condenados en España en el año 2012 (n=16.172)



De acuerdo con semejantes valores porcentuales cabe incidir en la premisa de que conforme se acerca la mayoría de edad aumenta la probabilidad de desarrollar comportamientos delictivos, debiendo resaltar la edad de dieciséis y diecisiete años como núcleos esenciales de la infracción penal entre menores. No obstante, este dato ha de ser matizado por las especiales características que concurren en la población sujeta a estudio:

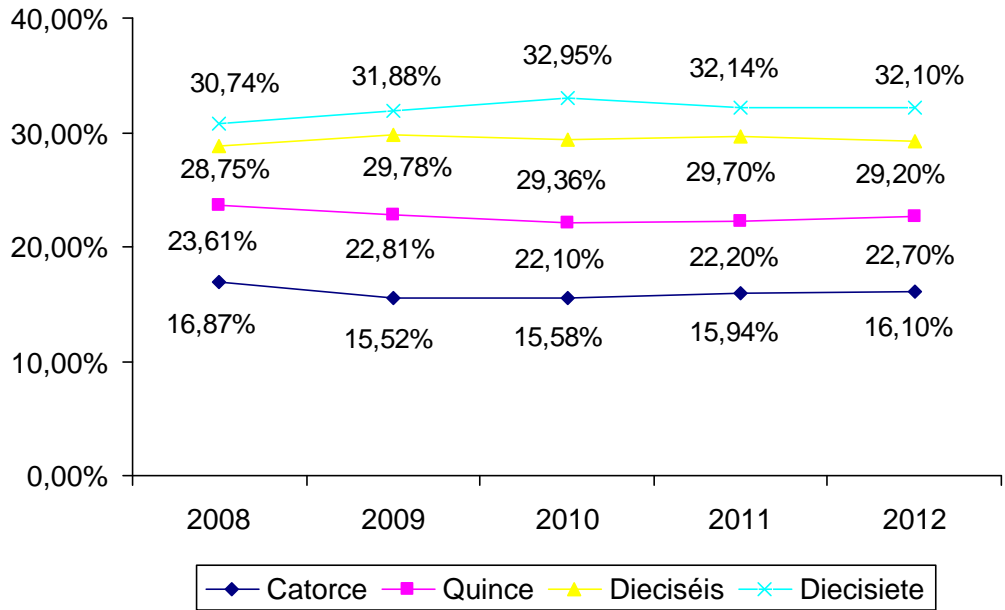
A) La tasa de individuos de catorce años que delinque es bastante más baja que la media poblacional española en ese intervalo, representando el último un 24,94% frente a los 16,1% del grupo infractor. En cuanto a los de quince años, semejante porcentaje es levemente inferior a la media poblacional -24,83%- , lo que permite mantener un parámetro neutro. En consecuencia, mientras los primeros delinquen en un nivel muy bajo respecto a su representatividad, los segundos lo hacen en términos medios, aunque sensiblemente inferiores.

B) Los intervalos de dieciséis y diecisiete años superan los márgenes de representatividad de la población infractora, lo que denota una mayor actitud criminal en estos grupos -respecto de la representatividad de la población general que se sitúa en un 24,98% y 25,24% respectivamente-.

C) Un análisis evolutivo de la delincuencia en España, teniendo en consideración la variable edad, demuestra que las tasas del año 2012 se encuentran en un parámetro medio de acuerdo con la evolución tradicional de la criminalidad de menores en nuestro país, con leves alteraciones lógicas, pero siempre dentro de la normalidad, debiendo, si acaso, destacar el leve crecimiento de las tasas relativas a la población de catorce y quince años y la disminución de la de dieciséis y diecisiete, lo que puede dar pie a una nueva tendencia, si bien su representatividad es inapreciable y entra dentro de la lógica, dados los distintos niveles de representatividad que las citadas poblaciones presentan dentro de la sociedad, tratándose más bien de un movimiento corrector que entra dentro de lo normal y que incluso pudiera ser mayor, tal y como demuestra la siguiente gráfica⁴¹:

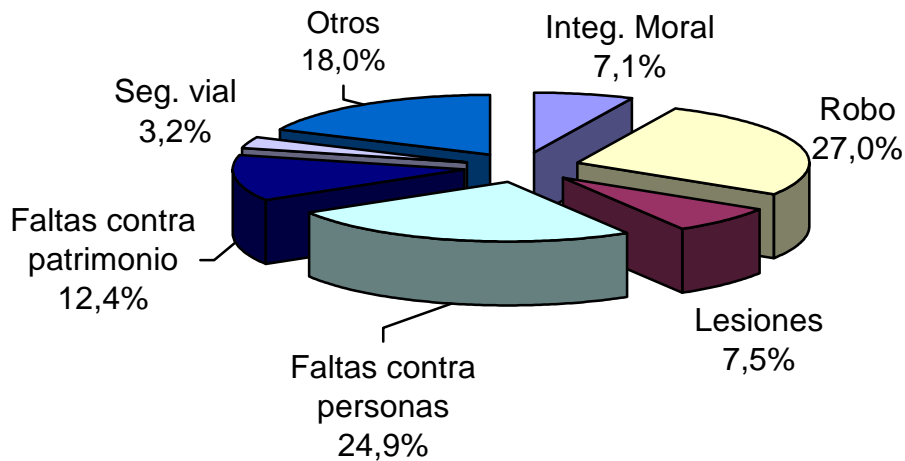
⁴¹ Datos del Instituto Nacional de Estadística. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

Evolución de los menores condenados según edad



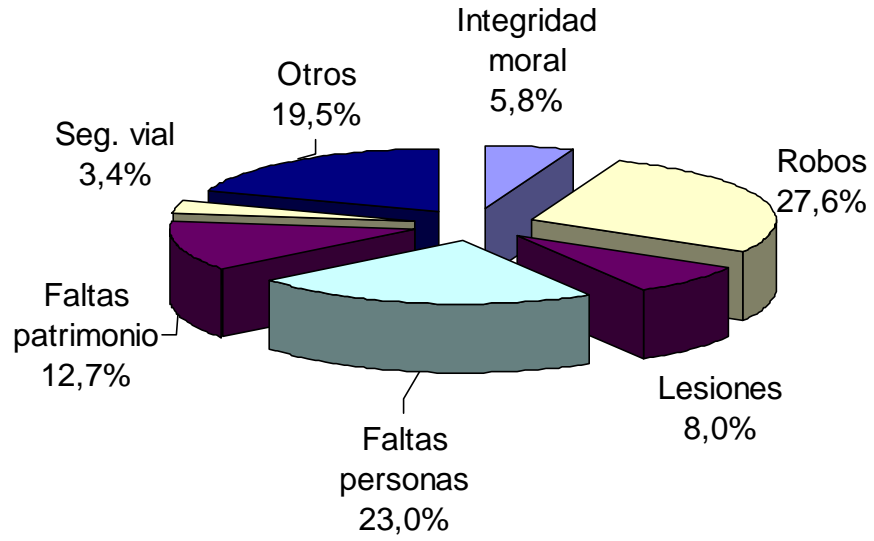
D) Finalmente conviene referir la interrelación entre edad y conductas criminales desarrolladas por los menores infractores⁴², en un intento de establecer vínculos o preferencias delictivas según la evolución biológica de los sujetos, si bien, de acuerdo con las tasas genéricas enunciadas y las diferencias porcentuales entre categorías, resulta ciertamente complejo que puedan diferir sustancialmente con las ya establecidas.

Infracciones penales cometidas por individuos de catorce años en España en el año 2012 (n=4.332)

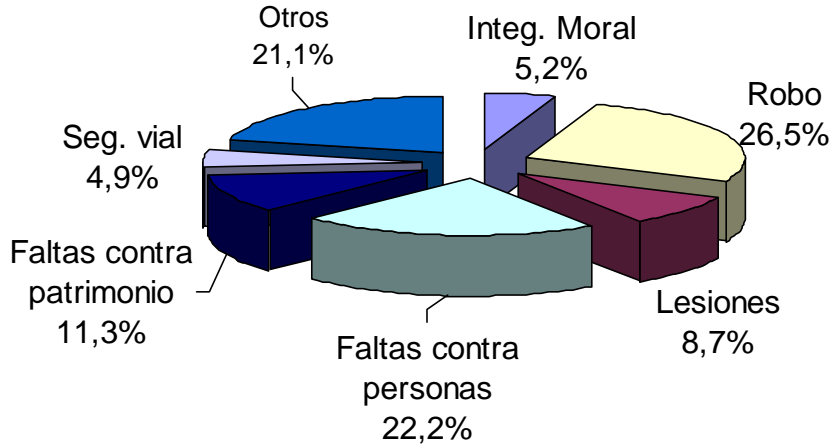


⁴² Datos del Instituto Nacional de Estadística. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

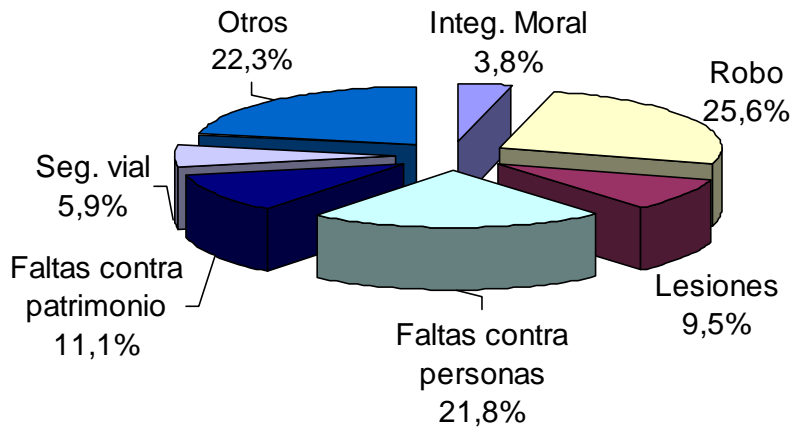
Infracciones penales cometidas por individuos de quince años en España en el año 2012 (n=6.286)



Infracciones penales cometidas por individuos de dieciséis años en España en el año 2012 (n=8.352)



Infracciones penales cometidas por individuos de diecisiete años en España en el año 2012 (n=9.052)



De acuerdo con los datos anteriores, se aprecia, salvo alguna mínima excepción, una identidad delictiva en los menores independientemente de los intervalos de edad, pudiendo extraerse las siguientes conclusiones:

i) La distinción entre delitos y faltas encuentra una proporción muy similar respecto de los intervalos establecidos, no existiendo diferencias significativas entre el nivel máximo –diecisiete años (65,5% y 34,5%, respectivamente)- y mínimo –catorce (61,7% y 38,3%)⁴³.

ii) Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico constituyen la principal tipología delictiva en cualquiera de los intervalos de edad⁴⁴, destacando, entre los tipos que lo integran, de igual forma para todas las categorías, los robos –en torno al 76% del total de delitos contra el patrimonio para cada categoría-, tipología criminal por antonomasia, como ya ha sido calificada genéricamente; hurtos –con una representatividad del 8-9% del total de delitos contra el patrimonio-; daños –en una horquilla del 6,3% de los jóvenes de diecisiete años y del 7,9% de los de catorce, sobre el total de delitos contra el patrimonio-; robo y hurto de uso-con una oscilación del 4-5%-; y defraudación⁴⁵, usurpación y extorsión, las cuales constituyen tipologías meramente simbólicas al encontrarse en torno al 1% de la citada categoría.

iii) Las faltas contra las personas y el patrimonio constituyen la segunda y tercera manifestación delictiva, respectivamente, con una consolidación histórica que parece no tener visos de modificarse por la propia dinámica criminal.

iv) Como cuarta y quinta manifestaciones delictivas aparecen genéricamente los delitos de lesiones y contra la integridad moral si bien aquí sí cabe apreciar un fenómeno interesante y es que mientras en los intervalos intermedios –quince y dieciséis años- existe una consolidación al respecto, en los extremos –catorce y diecisiete- se observa el fenómeno contrario; esto es, en el primero se encuentran muy próximas ambas tipologías, lo que permite asimilar la naturaleza de las conductas mientras los de diecisiete abogan mayoritariamente por la segunda en detrimento de ésta, lo cual, vista la variación del resto de grupos, puede focalizarse a que los de catorce emplean una violencia habitual en el núcleo doméstico o de tratos degradantes respecto de su círculo de iguales –piénsese, por ejemplo, en conductas de bullying-, mientras los de diecisiete ejercen comportamientos más violentos fuera de los citados ámbitos y respecto de terceros ajenos a su núcleo de convivencia.

Este tipo de violencia hace que los delitos contra la seguridad vial se configuren como quinta tipología delictiva en los jóvenes de diecisiete años, relegando a la integridad moral a la sexta posición, fenómeno excepcional y que se produce a la inversa en los restantes intervalos de edad. La representatividad del citado delito en este grupo de edad se debe, como ya se expuso anteriormente, a la mayor oportunidad para disponer y conducir vehículos a motor y ciclomotores, así como, aún careciendo de licencia, a la mayor disponibilidad y destreza que puedan albergar respecto a ellos.

v) De las restantes tipologías no hay parámetros indicativos relevantes. Si acaso destacar que las conductas que pueden exteriorizar una mayor lesividad aumentan conforme avanza la edad del sujeto. Así, por ejemplo, los delitos de atentado contra la autoridad o la tenencia y tráfico de armas constituyen buena prueba de ello.

2. GÉNERO.

La doctrina criminológica ha venido estudiando semejante factor desde tiempo atrás en un intento de explicar las causas que generan el hecho de que la delincuencia sea eminentemente masculina. Las principales motivaciones en virtud de las cuales ha querido

⁴³ Quince años: 63,18% y 36,82%. Dieciséis: 65% y 35%.

⁴⁴ Representan el 34,7% del total de infracciones cometidas por jóvenes de catorce años; el 36,2% de los de quince; el 34,8% de los de dieciséis y el 34,1% de los de diecisiete.

⁴⁵ La defraudación constituye la única excepción digna de significación en tanto es más habitual, dentro de la escasez de supuestos y representatividad, que las defraudaciones, en los jóvenes de catorce años; mientras en los restantes estadios de edad es justamente al contrario. Sin embargo, su tasa de representatividad, está muy próxima a los restantes intervalos de edad a excepción de los de catorce años.

tratar la citada situación han respondido a premisas de naturaleza cultural, biológica, morales, de socialización, resistencia al estrés o diferentes oportunidades para delinquir⁴⁶. En la doctrina criminológica española, Bartomé, Montañés, Rechea y Montañés entienden que los chicos y las chicas presentan más semejanzas que diferencias en sus patrones de conducta antisocial, lo que debe girar hacia una equiparación al menos en las conductas de consumo y de naturaleza antisocial no violenta⁴⁷, debido no al hecho, como apuntaba Moffit de que las mujeres se encuentren adoptando roles masculinos⁴⁸ sino, como ya refirieron Bartolomé y Rechea, la existencia de un patrón de comportamiento normalizado entre jóvenes muy vinculado a los contextos de ocio, que incluyen la participación en conductas antisociales⁴⁹.

Pese a ello, lo cierto es que la delincuencia en España es eminentemente masculina y así puede corroborarse estadísticamente. A modo de ejemplo, desde la última década, el índice de representatividad del género en las prisiones españolas ha rondado el 92% de varones y el 8% de mujeres, décimas arriba o abajo. A modo de ejemplo, a fecha de 17 de enero de 2014, un 92,4% de la población reclusa española era masculina frente al 7,6% mujer⁵⁰. Del mismo modo, durante el año 2012, sobre un total de 221.063 condenas, un 89,05% pertenecieron a hombres por un 10,94% mujeres⁵¹.

En delincuencia de menores este dato es ligeramente inferior ya que, según el Instituto Nacional de Estadística, durante el año 2012, el 82,5% de los menores condenados entre catorce y diecisiete años han sido varones frente al 17,48% mujeres, resultando muy significativos los índices de representatividad de ambos sexos de acuerdo con los intervalos de edad ya que a menor edad menor diferencia entre sexos y, conforme aumenta aquélla se incrementa ésta: es decir, cuanto más edad tienen los menores, mayores diferencias entre la representatividad de la población masculina que delinque respecto de la femenina, aproximándose más a los índices de la población adulta, tal y como puede comprobarse en la siguiente tabla⁵²:

MENORES CONDENADOS SEGÚN SEXO EN EL AÑO 2012			
Edad	Hombre	Mujer	N
14 años	77,8%	22,2%	2.597
15 años	79,82%	20,18%	3.667
16 años	83,87%	16,13%	4.719
17 años	85,5%	14,5 %	5.189
Total	82,51%	17,49%	16.172

⁴⁶ Sobre estas cuestiones vid ampliamente GARRIDO, V., STANGELAND, P. y REDONDO, S., *Principios...* cit., págs. 316-328. Más recientemente, REDONDO ILESCAS, S. y GARRIDO GENOVÉS, V., *Principios...* cit., págs. 369-376.

⁴⁷ BARTOLOMÉ, M., MONTAÑÉS, R., RECHEA, C. y MONTAÑÉS, J., «Los factores de protección frente a la conducta antisocial: ¿Explican las diferencias en violencia entre chicas y chicos?», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n^o7, 2009, pág. 10.

⁴⁸ MOFFITT, T., «Life-course persistent versus adolescence-limited antisocial behavior», en Cichetti y Cohen, *Developmental Psychopathology*, 2006, New York, 570-598.

⁴⁹ BARTOLOMÉ, R. y RECHEA, C., «Violencia y conducta antisocial», en *Libro de Ponencias del Congreso "Ser adolescentes hoy"*, Madrid, 2005, págs. 213-224.

⁵⁰ Datos obtenidos de la Secretaría General Penitenciaria. Vid. recurso electrónico:

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=s&asem=2014&msem=1&dsem=17&ts=GENE>

⁵¹ Instituto Nacional de Estadística.

⁵² Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística.

De otro lado, centrando el análisis en las tipologías delictivas desarrolladas por ambos sexos, conviene, en primer lugar, llamar la atención el hecho de que las mujeres cometan más faltas que delitos -51,2% frente a 48,7%, no tanto por la práctica equiparación porcentual sino por las tradicionales diferenciaciones entre una y otra –piénsese, a tal efecto, que en el caso de varones la citada tasa se encuentra en un 67,36% y 32,63%, respectivamente, sobre el total de infracciones cometidas-, lo cual desvela una práctica criminal completamente distinta a la de los varones, caracterizada por una menor lesividad en cuanto a los medios empelados, el resultado producido y las cantidades sustraídas. En este sentido, independientemente del posterior análisis que se realizará, los datos hablan por sí mismos y los delitos tradicionalmente violentos son cometidos mayoritariamente por varones, tal y como demuestra la siguiente tabla⁵³:

⁵³ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística.
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

REPRESENTATIVIDAD DE ALGUNAS INFRACCIONES VIOLENTAS SEGÚN SEXO			
Infracción	Hombre	Mujer	n
Homicidio y sus formas	97,7%	2,28%	44
Lesiones	84%	16%	2.416
Coacciones	84,3%	15,6%	83
Agresiones sexuales	99,1%	0,9%	123
Robos	90,9%	9,1%	7.446
Robo y hurto de uso	95,8%	4,2%	480
Daños	91,6%	8,4%	681
Incendios	100%	0%	36
Tenencia y tráfico de armas	100%	0%	25

Así pues, suprimiendo las lesiones y las coacciones, las cuales se encuentran en el parámetros medio de representatividad, las restantes infracciones están sobre-representadas en el varón.

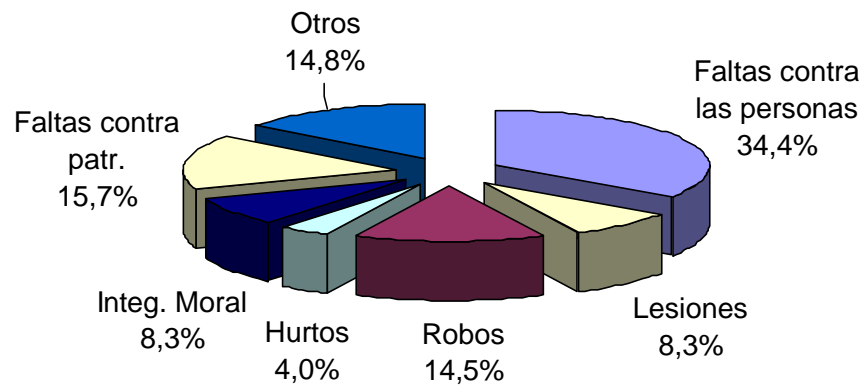
Del mismo modo, puede realizarse la comparativa inversa; esto es, delimitar aquellas conductas típicas sobre-dimensionadas respecto de la mujer. En este sentido, como puede apreciarse en la siguiente tabla⁵⁴, existen tipologías propias, tanto cualitativa como cuantitativamente, de la mujer, como es el caso del delito de acusación y denuncia falsa; y otras en las que, pese a no representar el perfil criminal mayoritario, sí se produce desde una perspectiva cualitativa, dada la representatividad genérica de ambos grupos. Este es el caso de los delitos de falso testimonio, contra la integridad moral (artículo 173 del Código Penal), descubrimiento y revelación de secretos y faltas contra las personas y el patrimonio.

⁵⁴ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

INFRACCIONES EN LAS QUE DESTACA CUALITATIVAMENTE LA MUJER			
Infracción	Hombre	Mujer	n
Acusación y denuncia falsa	34,2%	65,8%	41
Falso testimonio	50%	50%	6
Integridad moral	74%	26%	1.450
Faltas contra las personas	74,84%	25,26%	6.365
Descubrimiento y revelación de secretos	77%	23%	26
Faltas contra el patrimonio	77,7%	22,3%	3.286

Por último, a modo meramente ilustrativo, se refiere la representación de las tipologías delictivas desarrolladas por las menores de manera genérica, obviándose la de los varones ya que, al ser la tasa de representatividad tan elevada, no existen diferencias significativas respecto de la representada en el epígrafe IV55.

Delincuencia femenina en menores de catorce a diecisiete años en el año 2.012 (n=4676)



⁵⁵ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

Como puede apreciarse en el gráfico, las tipologías mayoritarias desarrolladas por las mujeres son las faltas, representando una de cada dos infracciones cometidas, destacando las relativas a las personas; seguidas del delito de robo, el cual presenta justamente la mitad del porcentaje desarrollado por los varones, lo que denota la ya referida menor lesividad, desde la perspectiva de comportamientos violentos, de las jóvenes respecto de los menores, lo cual únicamente encuentra una excepción relevante en las tipologías delictivas del artículo 173 del Código Penal, vinculadas al ámbito doméstico y a la realización de conductas vejatorias y degradantes respecto de terceras personas, lo que se deriva en mayores conductas agresivas hacia personas con las que guarda algún tipo de relación, muy del estilo del bullying.

3. NACIONALIDAD.

Representa otra variable de una trascendental importancia en las sociedades contemporáneas para entender el fenómeno delincencial y la ausencia de programas efectivos de intervención de los poderes públicos para frenar la delincuencia de ciudadanos extranjeros.

La delincuencia extranjera en adultos ha alcanzado unas cotas absolutamente desproporcionadas de un tiempo a esta parte ante la que el sistema español no ha sabido otorgar una respuesta válida en tanto no todo se reduce a la imposición de penas privativas de libertad o expulsión del territorio sino igualmente a la concreción y aplicación de políticas sociales eficaces al respecto. Los datos hablan por sí solos y así, según la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias⁵⁶, con fecha de 30 de noviembre de 2013, la población reclusa extranjera ascendía a 21.315 personas frente a las 67.404 totales en territorio español, lo que supone un 31,6% del total, cifra que prácticamente triplica las tasas normales dado el grado de representatividad de ambos colectivos.

Estas cifras no son tan alarmantes, aunque sí elevadas, en relación con la delincuencia juvenil ya que de las 28.022 infracciones penales computadas en el año 2012, el 76,54% fue realizada por nacionales frente al 23,45% extranjeros, siendo África y América los países cuyos nacionales presentan una mayor representatividad. Es más, de los 16.172 menores condenados el 76,8% era español frente al 23,13% extranjero, con el mismo grado de representatividad de las nacionalidades anteriormente referidas.

El problema para determinar la dimensión de las cifras presentadas radica en la ausencia de datos referentes a la representatividad de los menores extranjeros que se encuentran en España ya que, si bien existen estudios al respecto⁵⁷, no se detalla de forma particularizada los intervalos entre catorce y diecisiete años por lo que, consecuentemente, cualquier comparativa no deja de ser una mera suposición, debiendo simplemente abarcar la interpretación cuantitativa. En este sentido, García Pérez, Díez Ripollés, Pérez Jiménez y García Ruiz han sido muy claros al afirmar que algunas investigaciones llegan a la conclusión de que en general los menores de origen extranjero presentan mayores índices de delincuencia que aquellos que son de origen nacional; otras, en cambio, apuntan a que los menores de procedencia extranjera no presentan tasas de delincuencia superiores a las de origen nacional; pasando por otras en las que se comprueba, bien que sólo en materia de delitos violentos tienen unos mayores niveles de delincuencia, bien que se dan resultados diversos dependiendo de la zona extranjera de procedencia⁵⁸.

⁵⁶ Recurso electrónico disponible en:

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2013&mm=11&tm=EXTR&tm2=EXTR>

⁵⁷ Por ejemplo, los relativos a movimientos migratorios del Instituto Nacional de Estadística.

⁵⁸ GARCÍA PÉREZ, O. (coord.), *La delincuencia...* cit. pág. 83.

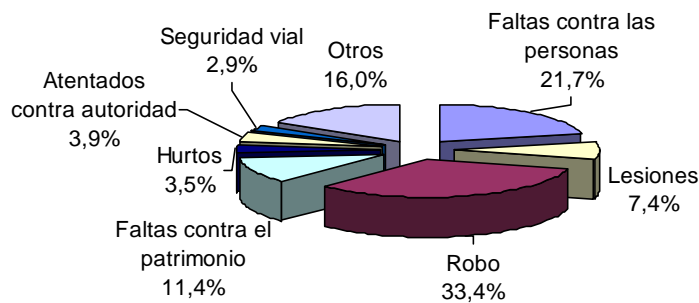
R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

Así pues, con las cautelas anteriormente enunciadas, pueden establecerse los siguientes patrones identificativos respecto de los menores de nacionalidad extranjera⁵⁹:

A) El índice de delitos cometidos fue de un 66,1% frente a un 33,9% de faltas (n=6.572).

B) La naturaleza de las infracciones es la siguiente:

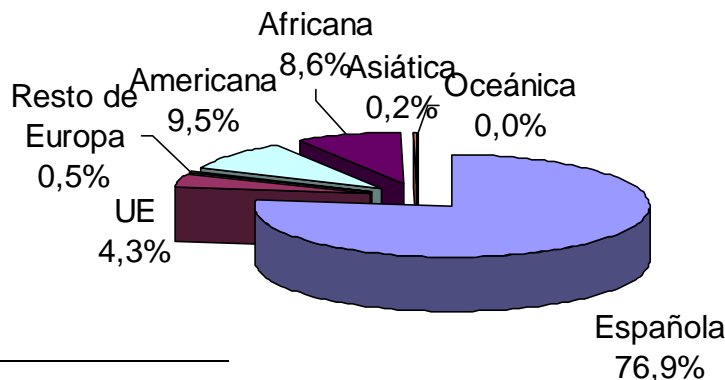
Infracciones cometidas por menores extranjeros de catorce a diecisiete años en España en el año 2012 (n=6.572)



La interrelación tipo de delito y nacionalidad presenta unos porcentajes que, salvo alguna excepción, no sobresalen de la normalidad. Si acaso podrían destacarse los siguientes datos cualitativos: i) la tasa de delitos de robo es más elevada respecto de la representatividad de la población española; ii) el porcentaje de delitos contra la vida cometidos por los menores extranjeros es excesivamente elevado, superando incluso cuantitativamente a los cometidos por la población nacional.

C) Respecto a la naturaleza de las condenas, cabe referir las siguientes proporciones, siquiera de manera descriptiva al no existir, como ya se refirió, una población de control que permita medir la representatividad de unos y otros colectivos: Las cifras hablan por sí solas denotando una supremacía de los españoles como principales condenados, siendo mínimo el porcentaje de otras nacionalidades sobre las que se impone una determinada sanción, si bien habría que resaltar, como ya se puso de manifiesto en la investigación coordinada por García Pérez, la primacía de la población africana, entre la que habría que destacar al colectivo marroquí y argelino⁶⁰.

Nacionalidad de los menores condenados entre catorce y diecisiete años en España en el año 2012 (n=16.172)



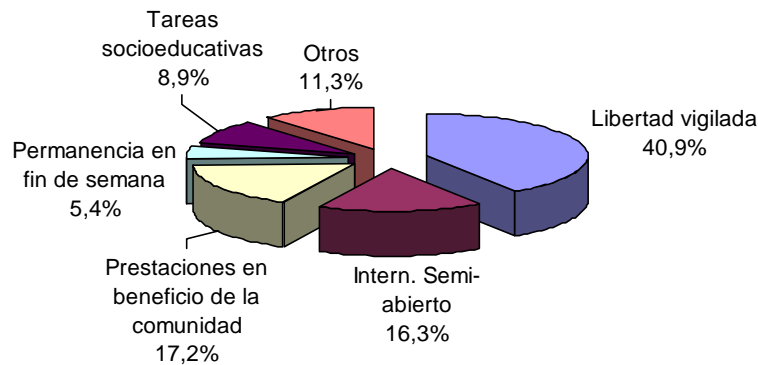
⁵⁹ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística.

⁶⁰ GARCÍA PÉREZ, O. (coord.), *La delincuencia...*cit. pág.79. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013

E) La interrelación de esta variable con el género denota la representatividad del varón respecto de la mujer en cotas algo más elevadas que las referidas genéricamente ya que los varones extranjeros condenados representan el 88% del total por el 12% de las menores, si bien se produce un fenómeno curioso y es que las mujeres procedentes de algún país Europeo delinquen en una tasa en torno al 20% de representatividad, disminuyendo en la población americana hasta un 15% y siendo muy infrecuente la delincuencia femenina en las poblaciones africana -4,2%-, asiática -2,7%- y oceánica -0%-. Esto es, en estos últimos tres supuestos la delincuencia se concibe como un rol vinculado al varón.

F) Por último, respecto de las medidas adoptadas hacia la población extranjera infractora se aplican las siguientes:

Medidas aplicadas a infractores extranjeros de catorce a diecisiete años (n=5.999)



La libertad vigilada vuelve a ser la medida más recurrida por los Jueces para sancionar o complementar la principal impuesta a los menores infractores. El internamiento semi-abierto comporta la segunda categoría más destacada con una fuerte tendencia de población extranjera que llega incluso a superar la relativa a las prestaciones en beneficio de la comunidad, de manera contraria a la aplicación a nivel nacional, donde queda relegada a la tercera posición. Finalmente, las tareas socioeducativas y la permanencia en fin de semana integrarían un penúltimo eslabón de medidas bastante menos frecuentes, para concluir con la categoría genérica "otros" donde se agruparían las restantes medidas cuya aplicación en población extranjera pasa prácticamente inadvertida.

“MANUAL SOBRE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS”

Dr. D. Oscar Monje Balmaseda
Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 16 de diciembre de 2013
Fecha de aceptación: 30 de diciembre de 2013

RESEÑA DEL LIBRO:

LASARTE ALVAREZ, C. Catedrático de Derecho Civil de la UNED (Madrid).
(2013) **Manual sobre protección de consumidores y usuarios**. Dykinson. Madrid.

El libro que el lector tiene en sus manos, es un excelente compendio del Derecho de Consumo. La obra, contiene todos los requisitos necesarios, para erigirse, en una de las obras más cualificadas y relevantes en el ámbito de la protección del consumidor. Así es, su autor, es un cualificado conocedor, experto y completo jurista, ejemplo del “buen hacer” jurídico, y necesaria lectura para todo aquel que quiera acercarse con criterio, y conocimiento, “bastante y suficiente” al Derecho de Consumo.

La obra, va ya por su 5ª Edición, y con toda seguridad, se le augura muchas más ediciones, porque es una materia intensa, extensa y sujeta a cambios legislativos constantes.

El libro está dividido en 16 capítulos y tiene cuatro sectores estructurales.

La parte primera, se dedica a la protección de los consumidores y usuarios, tanto a nivel nacional como en la Unión Europea, en base al postulado de la búsqueda de un mercado común europeo. Se hace un repaso a los principales Tratados en el Derecho Comunitario del consumo. Y algo relativamente importante, se aborda con criterio y suficiencia, la adscripción del Derecho de Consumo al Derecho Civil. Considerando (criterio que compartimos con el autor) que en lo fundamental el Derecho Mercantil es el Derecho del empresario, no del Consumidor.

En su capítulo segundo, en esta parte primera, está dedicada a la legislación española sobre defensa de los consumidores. Se hace un análisis técnicamente impecable de la Ley General, del Texto Refundido, de las Modificaciones al mismo, y de la importante relación de las Leyes Autonómicas.

Su capítulo tercero, en esta parte primera, esta dedicada al concepto básico del consumidor en el ordenamiento jurídico español.

La parte segunda, se dedica a la contratación y consumidores. En esta línea, el capítulo cuarto, se dedica al estudio y pertinente reflexión de la formación de los contratos.

El capítulo quinto a la información contractual y a los deberes de información, que tienen que ver mucho con el contenido contractual e integración de la publicidad al que dedica el capítulo sexto.

Esta parte segunda termina, sistemáticamente de una forma muy coherente, con una actualización y reflexión muy solvente sobre las condiciones generales de contratación.

La parte tercera, se dedica a los sectores normativos específicos, quizá es el “núcleo y/o meollo” del libro que comentamos.

Precisamente el autor escoge una serie de sectores que con más lesividad, perjudica al interés del consumidor. Y el autor lo explica de una forma muy didáctica y técnicamente muy útil. Así cuando habla de la compraventa y arrendamiento de viviendas, en el capítulo octavo. Cuando se refiere a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. De los contratos a distancia (es interesante la referencia actual que hace el autor sobre el comercio electrónico, tanto sobre la normativa comunitaria como con la Ley Española, 34/2002 del Comercio Electronico). El capítulo once, lo dedica al estudio siempre actual y muy reivindicativo de los viajes combinados y la protección del turismo. Continúa con un tema muy actual en su análisis y desarrollo como es el Derecho de aprovechamiento por turno, reflexionando con mucho acierto sobre la creación ex novo de un derecho real limitado de goce o disfrute hasta ahora desconocido en el ámbito de la legislación española. Para acabar con la responsabilidad civil por productos defectuosos.

La parte cuarta, hace un recorrido institucional en torno a las Asociaciones de Consumidores, y el acceso de los Consumidores a la Justicia (capítulos 14 y 15). Para concluir esta parte con la necesaria aportación del sistema arbitral de consumo.

“EL REPARTO DE BIENES Y DEUDAS ENTRE CONYUGES EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL”

Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2013

Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2013

Dr. D. Francisco Lledó Yagüe
Catedrático Derecho Civil Universidad de Deusto
Abogado

RESEÑA DEL LIBRO:

VIVAS TESÓN, I. Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla.
(2013) **“El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial”**,
Bosch, Madrid.

La obra que es objeto de esta reseña, merece la atención del lector por varias razones.

La primera de ellas, se debe a la autoría de una profesional, volcada al ámbito universitario, realmente meritorio, y que demuestra rigor, excelencia, dedicación, y esfuerzo compensado por un conocimiento ciertamente completo y muy exigente.

La segunda de las razones, unida al punto inicial de este comentario, se relaciona con el objeto y contenido de la obra. Su título “El reparto de bienes y deudas entre cónyuges” evidencia, el análisis y el examen de una de las cuestiones más polémicas, y con una vis atractiva, muy sugerente en la vida práctica, como supone las liquidaciones económicas en los regímenes matrimoniales, tras la disolución de la sociedad de gananciales.

La tercera y última de las razones que merecen la atención del lector es el enfoque y el estudio de la materia objeto de examen. Su análisis va más enfocado al profesional, abogado, notario e incluso jueces, que tienen que “lidiar” día a día, con cuestiones prácticas que suscitan inventarios mal confeccionados, acaloradas discusiones con los contadores partidores, intensos y extensos procedimientos, que tardan en ver la “luz” de la adjudicación porque las cuestiones “técnicas” y de operatividad funcional, retardan la solución y con ella un perjuicio en la rentabilidad y valoración de los patrimonios adjudicados.

Precisamente el índice denota el inteligente planteamiento de la Dra. Vivas, no sólo en el capítulo inicial, en el que quizá resulte, a nuestro juicio más dogmático al hablar de la extinción del régimen económico de la sociedad de gananciales. En el capítulo segundo, reflexiona la autora con criterio muy competente, tanto sobre la liquidación voluntaria como, con la liquidación judicial. A este respecto debemos indicar que el estudio procesal es muy útil, por su talante práctico, y el buen tratamiento de las cuestiones desde el interés en el orden jurídico procesal.

Su talante práctico se demuestra, por ese rigor empírico que quiere implementar a la materia objeto de estudio, con el acercamiento de “esquemas aclaratorios” de las materias que van analizando en su estudio.

Particularmente destaco el capítulo tercero dedicado a la composición del inventario y el análisis de sus distintas “partidas”, todo ello con un riguroso examen del artículo 1.397, del CC, desglosando las partidas del activo ganancial. Del mismo modo que en el artículo 1.398, analiza el pasivo ganancial, desde una óptica y planteamiento de la doctrina jurisprudencial, muy útil para el profesional especialista en Derecho de Familia.

Nos resulta ciertamente singular, y muy acertado el “Prontuario” de 50 preguntas y respuestas, que viene a ser como un resumen utilísimo, para entender la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, y clarificar cuestiones, que la práctica profesional ha ido completando el texto de los artículos del Código Civil. En este aspecto destacamos cuestiones como la “Comunidad Postganancial”, y sobre todo el análisis del régimen especial aplicable a la misma. Y sobre todo cuestiones de orden procesal, que complementan el necesario estudio sustantivo, por ejemplo, la validez de los acuerdos liquidatarios, en el análisis de las liquidaciones convencionales, la composición de lotes, etc....

Finalmente, el anexo jurisprudencial es ciertamente muy completo. La doctrina sobre esta cuestión, que analiza con detenimiento y cronológicamente desde 1943 hasta mediados de 2013 ciertamente revela un carácter de plenitud, que se rebela como uno de los estudios jurisprudenciales más completos y competentemente bien argumentados que se ha elaborado hasta la fecha. Y naturalmente, la importante doctrina de las Audiencias Provinciales que cualifican todavía mucho más el sentido empírico, además de dogmático que la autora con mucho éxito y excelente talante y talento plasma en su magnífica obra.

En conclusión, la monografía que el lector puede examinar ahora, le acercará a soluciones reflexivas muy coherentes en torno al proceloso y complejo ámbito de las liquidaciones económicas, quiero reiterar la utilidad no solamente para el jurista sino también es un acercamiento muy útil para los alumnos de los master de abogacía porque se combina con mucho criterio y solvencia tanto el ámbito sustantivo como el campo procesal de la citada materia.

“EL DOPAJE EN EL DEPORTE: COMENTARIOS A LA LEY ORGANICA 3/2013 DE 20 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL DEPORTISTA Y LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN LA ACTIVIDAD DEPORTIVA (AAVV)”.

Ignacio Lledó Benito
Abogado Penalista

Fecha de recepción: 1 de noviembre de 2013
Fecha de aceptación: 18 de noviembre de 2013

RESEÑA DEL LIBRO:

PALOMAR OLMEDA, A. Director. Profesor Titular de Derecho Administrativo. (2013) **“El dopaje en el deporte: comentarios a la Ley Organica 3/2013 de 20 de junio de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva (AAVV)”**. Dykinson, Madrid.

La obra que el lector tiene a su disposición es un excelente compendio de una materia, que es de candente actualidad, sobre todo en lo que afecta a los deportes de élite.

Como expresa el Presidente del Comité Olímpico Español (D. Alejandro Blanco), los problemas del dopaje han introducido entre nosotros la sensación de no haber encontrado un modelo definitivo que dote al ámbito del deporte de una seguridad definitiva en la que asentar en el ámbito de los resultados y del interés deportivo todos los esfuerzos esenciales en el deporte.

Es por ello que compartimos la opinión del Presidente del Comité Olímpico cuando valora y explica que la publicación de la Ley Orgánica 3/2013 de 20 de junio, debe encontrar un marco novedoso en el que España demuestre una idea central para el deporte español, y que los éxitos sean consecuencia de un modelo deportivo basado en el esfuerzo. Y añadiríamos nosotros en el rigor, la excelencia, la cultura de la disciplina y del trabajo solidario en aras a que nuestro deporte sea una realidad exitosa en sus resultados.

La estructura de la obra está fragmentada en nueve capítulos, que son asignados a distintos autores, pero que todos tienen un sentido de uniformidad y sistemática global.

Así el capítulo primero, está dedicado a la lucha internacional contra el dopaje en el deporte y su ejecución corresponde a la profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Carlos III de Madrid, Doña Carmen Pérez González.

Explica con razón la autora que las relaciones entre el deporte y el Derecho no han sido sencillas. La buena gobernanza deportiva depende como dice la profesora Pèrez González que la relación entre el Derecho Público y el Derecho Privado del Deporte sea armónica y coherente. En esta línea reflexiva, destacamos el capítulo segundo, concerniente a la obligación de cooperar internacionalmente para erradicar el dopaje en el deporte. Asimismo, conviene reparar en la cooperación en el plano universal y el estudio que hace la autora de la creación de la Agencia Mundial Antidopaje.

El capítulo segundo precisamente centra su estudio por parte del Profesor Rodríguez García, en la Agencia Mundial Antidopaje y su normativa. Y en esta línea discursiva destaca la referencia que hace el autor al Código Mundial Antidopaje, que debe seguir las Organizaciones responsables de adoptar, aplicar y hacer cumplir las normas antidopaje en sus respectivas jurisdicciones.

El capítulo tercero, está centrado en el estudio normativo precisamente de la Ley Orgánica 3/2013 de Protección de la Salud del Deportista y lucha contra el dopaje de la actividad deportiva. Es un excelente análisis de la legislación aplicable, y de sus antecedentes legislativos llevado a cabo por Espartero Casado. También analiza el convenio contra el dopaje del Consejo de Europa ratificado por 51 países (en su gran mayoría europeos). A mayor abundamiento destaca el epígrafe de la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) y su principal consecuencia el Código Mundial Antidopaje (CMA), entre otras funciones para promover la investigación global para identificar y detectar sustancias y métodos prohibidos.

En el capítulo cuarto se aborda el ámbito subjetivo del control del dopaje, muy bien analizado por Terol Gómez, y también se analiza las obligaciones de los deportistas respecto de los controles de dopaje en la Ley Orgánica 3/2013.

En capítulo quinto nos encontramos con una materia muy polémica pero muy bien explicada por García Caba referida a la realización de los controles, sobre todo en las competiciones internacionales que sean realizadas en territorio español. Así como la descripción de la tipología, planificación y competencias para la realización de los controles.

En el capítulo sexto se analiza la materia referida a la nueva agencia española de protección de la salud en el deporte. La redacción de este capítulo ha correspondido a Ramallo Lopez. Quien desarrolla con técnica depurada la evolución de la organización administrativa en nuestro sistema deportivo. Así como las competencias y funciones atribuidas a la citada agencia española de la protección de la salud. Y estamos con la citada autora cuando explica que el año 2013 es quizá un tiempo tardío para tener una legislación acorde con el Código Mundial Antidopaje, pero en cualquier caso, se puede decir que hemos llegado a la meta y hemos llegado alcanzar a los Estados más avanzados en la protección de la salud del deportista.

En el capítulo séptimo acomete el análisis de una temática indispensable, como es el régimen disciplinario del dopaje, su autor Rodríguez Ten, quien con razón que suscribimos considera que es la clave de todos los problemas del actual modelo para adaptarse a las aspiraciones o exigencias de la Agencia Mundial Antidopaje.

En el capítulo octavo, el director de la obra colectiva, el competente jurista Palomar Olmeda, describe con acierto y rigor el asunto del tratamiento de la salud vinculada a la práctica deportiva. Describe con criterio técnico encomiable la reformulación del papel de la Agencia Española de protección de la salud en el deporte. Así como describe con claridad la descripción y alcance de la actuación administrativa en materia de protección de la salud en el deporte. Es así, muy interesante el análisis que lleva a cabo de las medidas de salud ligadas a la prevención del dopaje en el deporte.

En el capítulo nueve Colomer Hernández, reflexiona en torno a las cuestiones procesales relevantes en la Ley Orgánica de Protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. Es un capítulo necesario en una obra de estas características, y su autor resuelve con solvencia la explicación de las garantías procesales que deben establecerse en relación con la revisión de las sanciones impuestas. Haciendo hincapié, en que se trata de un sistema de infracciones y de su control que se distingue por la cualidad personal del infractor y por otra parte, acertadamente expone, que la nueva Ley pretende normativizar las relaciones entre el proceso penal y los procedimientos disciplinarios por conductas dopantes.

En el capítulo diez. La competente jurista Álvarez Vizcaya, aborda la difícil y conflictiva cuestiones de las garantías y límites de los derechos fundamentales de los deportistas: infracción penal versus infracción deportiva.

Como dice la autora, con esta regulación el legislador pretendió dar respuesta a dos aspectos. De un lado, atajar el conflicto que para la salud pública genera la venta incontrolada de sustancias en algunos gimnasios y centros deportivos, y de otra castigar, elevando el hecho a la categoría de delito, a quienes facilitan o promueven la ingesta de determinadas sustancias en la competición deportiva con la finalidad de ganarla. Así, nos explica la profesora Álvarez Vizcaya que la estructura del delito de dopaje se configura con la clásica sistemática de concebir un tipo básico en el número 1 del art. 361 en el que se prevé una pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 18 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de 2 a 5 años para quienes hayan prescrito proporcionado, dispensado, ofrecido, facilitado las sustancias prohibidas ó los métodos antirreglamentarios a los deportistas. También hay un tipo cualificado, recogido en el número 2, en el que se establecen como causas de agravación el que la víctima sea menor de edad, que se haya empleado engaño o intimidación, o que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional.

Finalmente, el capítulo once, la especialista en temas de Derecho y Deporte Roqueta Buj, aborda la cuestión de la relación laboral y el dopaje, examinando con oportunidad y acierto, la confluencia de normas laborales y administrativas, y de reglas deportivas en la actividad de los deportistas profesionales; así como la dualidad de disciplinas laboral y deportiva. Aunque la misma autora expone la dificultad del examen, de los “incumplimientos contractuales”.

“MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES”

Ignacio Lledó Benito
Abogado Penalista

Fecha de recepción: 1 de noviembre de 2013
Fecha de aceptación: 18 de noviembre de 2013

RESEÑA DEL LIBRO:

GONZALEZ-MENESES, M. Y ALVAREZ, S. (2013) **“Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”**. Dykinson, Madrid.

Esta obra, como explican los autores, no se limita simplemente a una adaptación del texto legislativo, sino que se aprovecha para examinar cuestiones que merecen la reflexión de aquellos, y que tienen un indudable interés práctico como el referido a la fecha de eficacia contable de la fusión o escisión, el régimen procedimental del traslado del domicilio a España, la fiscalidad de la escisión, o la siempre interesante cuestión de la posibilidad de transformación en SRL de una SA con pérdidas.

El interés de esta obra, radica precisamente, en la conseguida eficacia práctica que transmiten los autores, y que dota a la obra que manejamos, de un talante profesional, realmente encomiable, trasluciéndose, la cualidad de abogados, experimentados en estas materias, al exponer los problemas con la “energía vital de la práctica profesional”.

La obra se divide en 6 capítulos. Precedidos de una introducción obligada en torno a las modificaciones estructurales de sociedades y la Ley 3/2009.

En capítulo primero, se aborda la cuestión de la transformación, examinando los distintos supuestos admisibles, el procedimiento de transformación, la escritura de transformación o la propia inscripción registral. Asimismo es interesante el análisis de los efectos de la transformación con continuidad de la personalidad social, y la continuidad en la participación de los socios.

En el capítulo segundo, se examina el concepto, la función económica y las clases de fusión. Así como el ámbito subjetivo de la fusión (sociedades que pueden participar en una operación de fusión) así como el análisis del procedimiento, tanto en la fase preparatoria, como en la fase decisoria y en la fase de ejecución. Es interesante, el tratamiento de hacen los autores al ámbito de las fusiones especiales. Como en el caso de las fusiones apalancadas, en las que una sociedad se endeuda, para adquirir una participación de control de otra sociedad y posteriormente fusionándose la adquirente y la adquirida. Asimismo, resulta de obligada lectura otros aspectos como el tema de la fusión super simplificada del art. 42. Destacando los autores la importancia de este artículo, pues en la práctica la mayoría de las fusiones se realizan “intragrup”, de manera que es frecuente que se produzca la fusión mediante acuerdo unánime de todas las sociedades.

Precisamente una de las novedades de la ley de modificaciones estructurales, es la extensa regulación de las fusiones “especiales”. Y en este sentido, los autores explican con un talante práctico muy útil y competentemente la regulación completa de las fusiones de sociedades íntegramente participadas y sus supuestos asimilados.

En el capítulo tercero los autores, acometen el análisis con mucha oportunidad y acierto del complejo tema de la fusión transfronteriza intracomunitaria. El análisis de su régimen jurídico del procedimiento, explicando con razón, la necesaria coordinación procedimental así como la necesaria cooperación internacional, tanto desde el punto de vista documental como registral.

En el capítulo cuarto se analiza el tema de la escisión, reparando con mayor detenimiento los autores en la “segregación”. Y como explican los autores la escisión es una operación que muestra una gran polivalencia funcional en el tráfico económico y jurídico y que puede formar parte de las más variadas combinaciones de ingeniería societaria.

En el capítulo quinto, reflexionan sobre uno de los aspectos, importantes en la modificación estructural, la denominada cesión global de activo y pasivo, indicando certeramente que nada impide la posibilidad de una cesión global que solo comprenda activo. En el caso en el que la sociedad cedente, no tenga ningún pasivo en su patrimonio. Reparar en la cuestión, ciertamente actual de las ventas de empresas enteras o fabricas como unidades en funcionamiento por precios, que no aparecen corresponder con el valor contable o de mercado de sus activos. Asimismo inciden en la cuestión fundamental en torno a ¿quién y cómo se valora el activo y pasivo objeto de la cesión global?

Finalmente, en el capítulo sexto, los autores se ocupan de las explicaciones teórico prácticas en torno al traslado internacional del domicilio social.

La obra concluye con una selecta bibliografía actualizada sobre la materia y un práctico y útil apéndice normativo.

MENORES, JÓVENES Y JUSTICIA. ENTRE LA PRÁCTICA Y LA REFLEXIÓN SOBRE LA EDUCACIÓN Y LA VIOLENCIA

Dr. Antonio Jesús Yugueros García
Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Fecha de recepción: 1 de noviembre de 2013
Fecha de aceptación: 18 de noviembre de 2013

RESEÑA DEL LIBRO:

NIETO-MORALES, C. (coord.) (2013) *Menores, jóvenes y justicia. Entre la práctica y la reflexión sobre la educación y la violencia*. Dykinson. Madrid. Edición electrónica.

Aunar y conjugar las dos difíciles tareas de la especulación, denominación prestada de la filosofía, con el significado de “teórico”, con la “praxis”, en su acepción clásica de solucionar problemas desde la práctica, como bien postulaba el maestro Aristóteles (384-322 ac), sería lo adecuado para abordar problemas de intervención social. La teoría sin la práctica es mera presunción, y la práctica sin unos sólidos argumentos teóricos no puede llegar a un fin próspero, quedaría en un mero activismo efímero.

Es por ello que ya el título de este libro encamina al lector/a, no solamente a unos fundamentos figurados e imaginados, realizados por eruditos/as académicos que no han conocido la realidad social, porque no han tenido contacto con ella, sino, que por el contrario, además, de ser ilustres doctos en sus áreas del conocimiento, son prestigiosos profesionales que dedican su vida para que nuestra sociedad sea más justa, para que las personas que por las múltiples circunstancias, que se van a abordar en este manual, puedan tomar una dirección, que les encamine primero a ser persona, en todo el sentido extensivo de la palabra y posteriormente ciudadano/a.

Este nuevo libro que nos presenta la Dr^a. Concepción Nieto Morales, dicho sea de paso, que reúne las dos premisas arriba indicadas: teoría y praxis, pues, además, de ser profesora de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, en el Departamento de Ciencias Sociales, realiza su labor en los Juzgados de Menores de Sevilla, como Trabajadora Social, donde día a día observa los casos que, posteriormente, llevada de su experiencia, podrá alumbrar al alumnado en la labor de magisterio.

A lo largo de la historia los estudiosos de la violencia humana, no llegan a una unanimidad sobre la etiología de la misma, unos/as la atribuyen a aspectos biológicos, otros a problemas psicológicos, otros sociales, etc., no hay unidad de criterios. Pero sí hay una cuestión que la profesora y el resto de profesionales abordan con rigor, y puede constatarse empíricamente, a mayor educación, existe menor violencia, una prueba de ello, es observar el perfil educativo del menor infractor, y su cambio conductual al realizarse una intervención educativa con él, y apreciar significativos cambios en todas las facetas de su vida. Por ello, no es baladí el título de la obra, por la relación estrecha que existe entre la educación y la no violencia.

Claro está, hay que partir de la base de qué se entiende por educación, porque los conceptos equivocados nos llevan a intervenciones diferentes. La educación en este caso es

tratada de forma integral, de tal manera que debe coadyuvar al ser humano, a que fluya lo mejor de sí mismo, pero para ello se deben dar los componentes necesarios a este fin.

Como apreciamos cotidianamente, en los menores infractores, muchas veces conviven con familias desestructuradas, donde reciben malos tratos, y observan conductas inadecuadas para su edad. Es una ardua tarea sin lugar a dudas intervenir en estos escenarios, pero no por ello hay que cejar en el empeño por conseguir la recuperación y reinserción educativa de estos jóvenes.

El libro consta de los siguientes capítulos:

1.- El Preámbulo, de Antonio María Caballero Rodríguez, pone de manifiesto, especialmente, que la legislación en materia de menores debe encaminarse a la protección y desarrollo integral de la persona.

2.- La Introducción, realizada por Lourdes Nieto Cabrera y Concepción Nieto Morales, hacen un balance sobre los distintos tipos de violencia que se van a tratar en el manual.

3.- El artículo: “La violencia en la sociedad del siglo XXI. Reflexiones en torno a un grave problema”, de Lourdes Nieto Cabrera y Concepción Nieto Morales, plantea una panorámica general sobre la violencia en general, nombrando los principales tipos de violencia que existen, los mecanismos que las amparan y la protección legal que la combate.

4.- El artículo: “Desamparo de hecho y desamparo de derecho” de Daniel Valpuesta Contreras, pone su punto de mira en la familia, y en la gran transformación legislativa llevada a cabo, para evitar discriminaciones dentro de la pareja, y la equidad en derechos y obligaciones de la misma.

5.- En el artículo: “Historia y funcionamiento de algunos institutos de acogimiento de menores en Sevilla”, de Pablo Abascal Monedero, realiza un análisis histórico de la protección de los menores en desamparo, destacando las diferencias de contexto de otras épocas a la actual.

6.- El artículo: “La intervención con los adolescentes en conflicto con la ley desde el territorio: Claves de un modelo comunitario”, de María García-Muñoz, Francesc X. Uceda y Lucía Martínez, ponen el foco de atención en el territorio como mecanismo de exclusión de los jóvenes, pero que al mismo tiempo, este territorio, es la clave necesaria para la inclusión de estos adolescentes.

7.- El artículo: “El discurso de profesionales sobre la inserción socio laboral de jóvenes de zonas deprimidas”, de Concepción Nieto Morales y Castillo Gallardo Fernández, pone el acento en los profesionales dedicados a la intervención con los jóvenes de estas zonas de especial actuación.

8.- El artículo: “Intervención con menores en conflicto con la ley”, de Concepción Nieto Morales, realiza un recorrido sobre la intervención con menores en conflicto con la ley, los factores de riesgo que les llevan al ámbito judicial y los diferentes campos que permiten trabajar las dificultades para la integración en sociedad de estos jóvenes.

9.- El artículo: “Prevención desde el sistema educativo del conflicto con la ley en los jóvenes menores de edad”, de Concepción Nieto Morales, es un estudio que se centra en los menores de edad que por diferentes circunstancias se encuentran inmersos en un proceso judicial a tenor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) 5/2000 y 8/2006, que enmarca la edad entre los 14 y 17 años, que han presentado fracaso escolar y no poseen formación ni laboral ni prelaboral.

10.- El artículo: “Reflexiones sobre el discurso de universitarios sobre la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor en España”, de Concepción Nieto Morales y Lourdes Nieto Cabrera, postulan que desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor en España (LORPM), se realizan opiniones desde la moral o el sentimiento, sin mediar conocimiento jurídico, hasta argumentos de juristas o profesiones en las que repercute la aplicación de la LORPM. Este trabajo intenta llegar a un término medio entre las dos posturas aludidas.

11.- El artículo: “La influencia del nivel sociocultural del alumnado en el acoso escolar: una aproximación a los casos y a las opiniones de expertos”, de José Ignacio García Sánchez, pretende realizar un acercamiento a la realidad del acoso escolar. Se trata de explicar que el acoso escolar no depende del nivel sociocultural en el que se desarrolle, sino que es un fenómeno que tiene mucho más que ver con variables educativas y psicológicas, más que con el barrio o el centro educativo.

12.- El artículo: “Abusos sexuales a menores: reflexiones entorno a la polaridad. Estudio de casos”, de Alfonso González Valdés Correa y Mercedes Bandrés Pereira, quieren identificar los efectos perjudiciales que la denominada polarización de la consciencia humana tiene no solo sobre el ejercicio de la labor psicoterapéutica, sino también sobre la propia configuración y disposición de los recursos asistenciales para familias. Se centra para ello en el contexto clínico de la atención a menores víctimas de abuso sexual, ofreciendo reflexiones teóricas y argumentos prácticos de afrontamiento ante dicha dificultad a través del relato de un caso clínico.

13.- El artículo: “El acoso escolar, otra forma de violencia infantil”, de Enrique Pedros Fuentes, realiza un estudio sobre el acoso escolar, realizando un paralelismo con la violencia de género, tanto en su historia, causas, etc.

14.- El artículo: “Reflexiones en torno a la salud sexual y reproductiva de la mujer y la interrupción Voluntaria del embarazo desde una perspectiva jurídica y social”, de María del Rosario Torres Reviriego y Encarnación Martínez Grimaldi, ponen de manifiesto, en primer lugar, la situación social en la que surge la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. Y por otro lado se realiza un breve resumen de la ley, haciendo hincapié en su preámbulo, en la justificación que en el mismo el legislador alega para su promulgación, y en su contenido, sobre todo en los supuestos en los que se permite la interrupción voluntaria del embarazo.

15.- El artículo: “Los derechos de las mujeres que tienen hijos e hijas en los casos de violencia de género; legislación y realidad en la comunidad autónoma del país vasco”. Iruñe Lauzirika Jáuregui. A lo largo de este trabajo la autora se hace las siguientes cuestiones: ¿Está el androcentrismo presente en la toma de decisiones judiciales a este respecto? ¿Se priorizan los intereses del agresor en detrimento de la agredida en el caso de la suspensión del régimen (o no) de visitas.

16.- El artículo: “La pensión de alimentos y la violencia económica. Repercusión en los menores y jóvenes”, de María Rosario Torres, es un acercamiento a uno de los problemas que producen más distanciamiento tras la ruptura de la pareja, y que da lugar a innumerables procedimientos judiciales, que colapsan los juzgados y en los que los menores son víctimas directas, tal como es el establecimiento de la pensión de alimentos y las consecuencias del impago de éstas en los menores y los progenitores custodios.

17- El artículo: “La intervención psicosocial con los hijos e hijas de mujeres víctimas de Violencia de género”, de María Isabel Gamboa García y Xavier Francesc Uceda I Maz, en este trabajo, sistematizan la intervención psicosocial que se desarrolla con los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género proponiendo un modelo concebido desde la resiliencia.

18.- El artículo: “Menores inmigrantes en España” de Victoria Fernández Vidal, es un trabajo donde se estudian las distintas situaciones de los menores mirantes desde el punto de vista jurídico. Legislación sobre menores inmigrantes, derechos y obligación, así como la protección de menores en los casos de redes de tráfico de personas y la protección de menores inmigrantes en la escuela española.

19- El artículo: “Violencia en el deporte “juventud: elemento común del perfil de sus autore” de Antonio López García, Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, realiza un estudio sobre esta problemática, postulando que la prevención de la violencia en el deporte adquiere protagonismo en la Policía y se buscan nuevas fórmulas que ayuden a minimizar su presencia en la sociedad española.

20.- Conclusión de Concepción Nieto Morales. Realiza una síntesis de todas las aportaciones realizadas por los autores y autoras de este práctico manual, haciendo alusión a los menores tanto en estado de protección como transgresores de las leyes, que deben ser tratados profesionalmente en aras a la protección o rehabilitación en su caso, de estos jóvenes.

Como se puede apreciar, se tratan todos los sujetos pasivos de la violencia, que por regla general, siempre afecta a las personas más vulnerables, desde las mujeres víctimas de violencia de género violencia y sus hijos, pasando por la situación de las mujeres inmigrantes, hasta la actuación con menores tanto infractores como en desamparo.

No me queda más que felicitar a los autores y a la Dr^a Concepción Nieto-Morales, por haber coordinado este dinámico y orientativo libro, y no me cabe la más mínima duda que será muy útil, para los profesionales que cotidianamente intervienen en estos casos de diferentes violencias: fuerzas de seguridad, personal sanitario, trabajadores sociales, ONGs, etc.