

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

Número 7, Época I, Julio 2015 - Diciembre 2015

ISSN: 2340-4647



IURE LICET
ABOGADOS

Dykinson, S.L.

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

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

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS).
IURE LICET ABOGADOS (Área de Investigación).
Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda.
E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.
Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).
Compra directa a través de nuestra web:
www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2340-4647

PRESIDENCIA EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto*

OSCAR MONJE BALMASEDA

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto*

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOIA

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Deusto*

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

*Profesor Encargado de Derecho Procesal
Universidad de Deusto*

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado especialista en Derecho Penal Económico

SUBDIRECCIÓN TÉCNICA

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

*Profesora Encargada de Derecho Civil.
Universidad de Deusto*

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Encargado de Derecho Procesal.
Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Abogado especialista
en Derecho Penal Económico**

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

Profesora Encargada de Derecho Civil.
Universidad de Deusto

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Granada

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de las Islas Baleares

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de las Islas Baleares

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor
honoris causa por las Universidades de Messina y
Pontificia Universidad Católica del Perú.**
Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil.
Universidad de Deusto

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador.

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de
Derecho Internacional Privado.**
Universidad de las Islas Baleares

ÁNGEL REBOLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

**Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada
Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña.**
Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de La Coruña

LUIS ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA

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

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao.

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

**Magistrado. Ex presidente del Tribunal Superior de
Justicia del País Vasco.**

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal.
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ CORTÁZAR

Catedrático Derecho Penal.
Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

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

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil.
Universidad de Deusto

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

PRESIDENTE

LORENZO MORILLAS CUEVA
Catedrático de Derecho Penal
y Ex rector de la Universidad de Granada.
Universidad de Granada

VOCALES

CARME CHACÓN PIQUERAS
Ex Ministra de Defensa y Vivienda. Professor in
Residence en Miami Dade College.

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

ANTONIO FLAMINI
Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de
Camerino. Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Camerino

JEAN-BERNARD AUBY
Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad
de París XII. Profesor de Derecho Público en la
Universidad de SciencesPo Paris.
Universidad de SciencesPo Paris

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO
Fiscal Antimafia de la República de Italia. Procurador
Nacional Antimafia de Italia.

LEOPOLDO CALVO- SOTELO IBAÑEZ-MARTIN
Máster en The Fletcher School of Law and Diplomacy,
Tufts University. Ex Subsecretario del Ministerio del
Interior, Letrado Mayor de la Sección Cuarta del Consejo
de Estado.

LORENZO MEZZASOMA
Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Miembro
del Consejo Superior de la Magistratura. Catedrático
Derecho Civil.
Universidad de Perugia

CAMILO CELA CONDE
Director del Laboratorio de Sistemática humana.
Universidad de las Islas Baleares

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR
Cónsul General de España en Brasil.

GUILLERMO OLIVEIRA
Catedrático de Derecho Civil. Experto en Bioética,
Derecho y Medicina.
Universidad de Coimbra

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de Bogotá.
Universidad Javeriana de Bogotá

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la
Universidad de La Sapienza. Doctor Honoris Causa por
la Universidad de Almería.
Universidad de Barcelona

LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA
Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de
Abogados de Familia. Abogado del Ilustre Colegio de
Abogados de Madrid.

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris
causa por las Universidades de Messina y Pontificia
Universidad Católica del Perú.
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GARCÍA DE CORTAZAR RUIZ DE AGUIRRE
Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de
Mayo, Nación y Libertad.
Premio Nacional de Historia.

ASTOLFO DI AMATO
Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad
de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte
Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la
Magistratura.

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Madrid.
LLORENÇ HUGUET ROTGER
Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático
de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.
Universidad de las Islas Baleares

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO
Máster en Derecho y Doctor en Derecho. Consejero de
la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995)
y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad
Nueva de Lisboa.

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal. Miembro de la
Asociación Internacional de Derecho Penal y
Vocal Permanente de la Comisión General de
Codificación desde 2005.
Universidad de Valencia

VASCO PEREIRA DA SILVA
Catedrático de Derecho Constitucional y Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Portuguesa. Doctor Honoris Causa
por la Universidade do Planalto Catarinense.
Universidad de Lisboa

EDUARDO VERACRUZ PINTO
Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Lisboa.
Miembro de la Cámara de Seguimiento y enlace con los
Tribunales Judiciales del Consejo Superior de la Judicatura.
Universidad de Lisboa
@5N5FCFC8F= I 9N5F=NS
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Granada

RAÚL CERVINI

Catedrático de Derecho Penal y Encargado de Posgrados e Investigaciones Internacionales.

Universidad Católica del Uruguay

ARNEL MEDINA CUENCA

Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Ex presidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Universidad de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE

Profesora Titular de Derecho Penal. Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias penales de la Unión Nacional de juristas de Cuba.

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

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

Universidad de La Habana

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

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

Universidad de Costa Rica y Universidad Latina

NICOLÁS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político.

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ

Catedrático de Derecho Civil. Consejero del Consejo General del Poder Judicial.

ALFONSO CANDAU PÉREZ

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

INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

Profesora Titular de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho Económico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho.

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Catedrática de Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral).

Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil.

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCÍA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil. Directora del Instituto Universitario de Investigación en Mediación y Gestión de conflictos de la UCM.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTÍNEZ

Abogado egresado en la UFT. Especialización en Criminología y Derecho Constitucional.

Universidad Fermín Toro

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado.

Universidad Católica del Uruguay

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

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

Universidad Columbia LawSchool NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil.

Universidad de las Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho Mercantil.

Universidad de las Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

Licenciada en Derecho Canónico por la Facultad homónima de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Abogada por la Universidad de Mendoza.

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil.

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho Civil.

Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LÓPEZ

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

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao.

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal.

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho de Civil.

Universidad de las Islas Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular de Derecho Civil.

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia.

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

Doctora en Sociología.

Universidad Pablo de Olavide

A 5F-5 >9GI G75J 5

Catedrática de Historia Contemporánea

Universidad de Deusto

*Número dedicado a la inigualable figura de
Don Luis Díez –Picazo Ponce de León,
maestro de juristas y referente único en el Derecho y en la Justicia.*

ÍNDICE

I. PORTADA EDITORIAL

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: CRÓNICA DE UNA LEY ANUNCIADA Y POR FIN PUBLICADA.....	11-14 págs.
---	--------------------

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE
Socio Fundador de IURE LICET ABOGADOS

OSCAR MONJE BALMASEDA
Socio Fundador de IURE LICET ABOGADOS

II. ARTÍCULOS DOCTRINALES

1. LA OPOSICIÓN EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. DEL ART. 1817 LEC 1881 AL ART. 17. 3 LJV 2015	15-18 págs.
---	--------------------

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN
Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

2. UNA PRIMERA LECTURA DE LA LLEI 19/2015, DE 29 DE JULIO DE INCORPORACIÓN DE LA PROPIEDAD TEMPORAL Y DE LA PROPIEDAD COMPARTIDA AL LIBRO QUINTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA	19-36 págs.
--	--------------------

M^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA
Catedrática de Derecho Civil, UAB.
Vocal de la Sección de Derechos Reales de la Comisión de Codificación Civil de Cataluña.

3. EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL TIPO DE ABUSO Y TIPO DE FIDELIDAD	37-48 págs.
---	--------------------

ELPIDIO JOSÉ SILVA PACHECO
Director de Elpidio Silva Abogados.

4. LAS RELACIONES DE ESPAÑA CON EL MAGREB: VECINDAD, AMISTAD Y SEGURIDAD EN EL MEDITERRÁNEO OCCIDENTAL (I Parte)	49-61 págs.
---	--------------------

MARÍA DOLORES ALGORA WEBER
Universidad CEU San Pablo.

5. EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y CENTROS PENITENCIARIOS	62-72 págs.
--	--------------------

ANA MARIA GIL ANTÓN
Subdirectora de Auditoría del Grupo Tragsa.

6. LA SEPARACIÓN CONYUGAL EN LA LEY 15/2005, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	73-83 págs.
--	--------------------

OSCAR MONJE BALMASEDA
Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Deusto.

7. LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN CASO DE DESACUERDO CONYUGAL.....84-96 págs.

AINHOA GUTIERREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Deusto.

8. LA RETROACTIVIDAD DE TODA CLÁUSULA DECLARADA NULA97-104 págs.

PURIFICACIÓN PUJOL CAPILLA

Socio Montero Aramburu Abogados.

Ex-Juez y Doctor en Derecho.

9. LA COOPERATIVA: EMPRESA DEMOCRÁTICA Y SOCIAL105-115 págs.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CHARTERINA

Catedrático de la Universidad de Deusto.

Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho.

10. PROBLEMA ENERGÉTICO Y CALENTAMIENTO GLOBAL116-132 págs.

LUIS JAVIER CUENCA LÓPEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada.

Máster Universitario en Seguridad Integral en la Edificación y Arquitecto Técnico.

11. REFLEXIONES SOBRE LOS CONDICIONANTES Y EXIGENCIAS DE LA OPINIÓN PÚBLICA EN EL MODELO LIBERAL.....133-143 págs.

CRISTINA HERMIDA DEL LLANO.

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos.

12. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS: DESDE LA NORMATIVA EUROPEA HASTA LA SOLUCIÓN ADOPTADA EN ITALIA144-161 págs.

SARA SCOLA

Assegnista di ricerca in Diritto Privato – Università degli Studi di Verona

Dottore di ricerca in Diritto Privato Europeo e Avvocato in Verona

13. CONTRIBUTION OF THE ECTHR CASE LAW WITH REGARD TO ENVIRONMENTAL PROTECTION ISSUES162-172 págs.

Doctor HARICLIA ATHANASSOPOULOU

Lawyer

Senior Investigator at the Greek Ombudsman

14. **DEMOCRATIC INSTITUTIONS, GOVERNANCE AND E-PARTICIPATION: STRENGTHENING THE RELATIONSHIP BETWEEN CITIZENS AND PUBLIC ADMINISTRATION**173-187 págs.

NELIANA RODEAN

*Research Associate and Adjunct Professor of Italian and European Constitutional Law,
Department of Legal Studies, University of Verona*

15. **HETEROLOGOUS FERTILIZATION BETWEEN SCIENCE AND LAW: WHAT FUTURE IS EXPECTED?**188-194 págs.

ARIANNA ALPINI

Researcher of Private Law and Professor of Rights of the Personality at the University of Sannio.

16. **HUMAN RIGHTS: JUSTICE AND HUMAN DIGNITY SOURCE**195-207 págs.

LUCIANE TORRES SANTIAGO CARDOSO

*Post graduated lawyer in Civil Law and Civil Procedure
Member of the oab woman Brazil*

17. **PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT UNDER ITALIAN LAW**208-213 págs.

LISA AMORIELLO

*Attorney-at-Law, Higher Education Professional
PhD in International and Comparative
Labour Law and Industrial Relations*

18. **UM DIÁLOGO ENTRE A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**214-231 págs.

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES

*Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Professora Adjunto do Programa de Pós-graduação
Professora Adjunto da Universidade Federal do Ceará*

MARIA CELINA BODIN DE MORAES

Doutora em Direito Civil Università di Camerino (1986). Professora titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

III. RECENSIONES

1. **LA ENCRUCIJADA DE UNA JUSTICIA PENAL TECNOLÓGICAMENTE AVANZADA SOBRE LA GRABACIÓN DE LAS VISTAS Y LA GARANTÍA DE INMEDIACIÓN.** 232-236 págs.

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

Doctoranda del Programa Interuniversitario de Criminología por la Universidad de Granada.

Investigadora del Proyecto de Investigación I+D "Variables para una moderna política criminal, superadora de la contradicción expansionista/reduccionista de la pena de prisión" (Der 2012-35860).

JURISDICCION VOLUNTARIA: CRÓNICA DE UNA LEY ANUNCIADA Y POR FIN PUBLICADA

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

La nueva ley de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015) de 2 de julio, pretende dar respuesta a un problema ya “crónico”, en la administración de justicia española, la agilidad en los procedimientos y el interés del ciudadano, que como explica la exposición de motivos de la ley, a lo largo de su articulado se establecen instrumentos sencillos, efectivos y adecuados a la realidad social a la que se aplican, en el caso de que se requieran la intervención de los Tribunales de justicia a través de cualquiera de los actos de jurisdicción voluntaria.

En fin, el texto legal que es objeto de desarrollo y pormenorizado comentario, pretende - como se ha argumentado con buen criterio- deslindar aquellos ámbitos en los que aún, no ejerciéndose jurisdicción; sin embargo existe la necesidad de una especial protección de determinados “derechos”, en cuyo caso el juez es quien debe tutelar el expediente. Separadas tales materias la tutela de cualquier otro derecho que se resuelva a través de un expediente de jurisdicción voluntaria exige la participación de quien ejerce. “autoridad pública”, para lo que es precisa la existencia de un funcionario público.

Se ha argumentado (y razonado con acierto que)¹ *“la ley, que pretende una completa modernización y racionalización de la jurisdicción voluntaria, redistribuye entre jueces y secretarios judiciales las competencias asignadas al órgano jurisdiccional, y desjudicializa, cumpliendo así uno de sus principales objetivos, en beneficio del ciudadano, materias que no afectan a derechos fundamentales, al interés de menores o a personas que deben ser especialmente protegidas (reservadas a los jueces). Para conseguir la perseguida desjudicialización supera errores de anteriores intentos de regulación dejando al margen disquisiciones teóricas sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. Aprovecha la existencia de operadores jurídicos como notarios, registradores y secretarios judiciales que aúnan la condición de juristas y titulares de la fe pública, posibilitando que sean los ciudadanos quienes, en determinadas materias, elijan entre diferentes vías procedimentales, pudiendo valorar en casa caso las ventajas de una y otra, ampliándose así los medios que la Ley pone a su disposición para la tutela de sus derechos”. “Otra de las consecuencias positivas de la desjudicialización es que permitirá que los jueces concentren su actuación en tareas propiamente jurisdiccionales, de conformidad con la Recomendación del Consejo de Estado de Europa de 1986, con la consiguiente descongestión de Juzgados y Tribunales que en nuestro sistema de Justicia se ha convertido en urgente dada la sobresaturación en que se encuentran, con innumerables procedimientos que se prolongan en el tiempo con el consiguiente perjuicio para los ciudadanos”. “Al contrario de lo que se ha afirmado la nueva regulación legal no supone una privatización de la jurisdicción voluntaria. Cuando la Ley atribuye competencias a los notarios lo hace en atención a su cualificación técnico-jurídica; a la proximidad y distribución geográfica del notariado e incluso al reducido coste que implica su actuación, pero partiendo siempre de su inescindible condición de*

¹ EL NOTARIO. Del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial Julio-Agosto 2015 pág 4.

funcionarios públicos, requisito indispensable en el ejercicio de una función que se ejerce por delegación del Estado. Tampoco implica la existencia de una “Justicia de pago” y “otra gratuita” porque ninguna es gratuita ya que la Administración de Justicia se sufraga a cargo de los Presupuestos Generales del Estado y en ocasiones, cuando procede el pago de tasas judiciales, por quien la demanda”. “La atribución de competencias al Notariado en materia de jurisdicción voluntaria es otra muestra más de la confianza que la sociedad ha depositado en la institución notarial desde los orígenes de ésta última. A esa confianza debemos corresponder los notarios asumiendo con responsabilidad nuevas funciones que no nos son extrañas y en las que ya tenemos alguna experiencia que ha resultado exitosa, pero que exigirán de nosotros cambios en nuestra práctica diaria que excederá de la comprobación de la legalidad o de la mera constancia de los hechos que presenciemos”. “Las nuevas funciones que se nos atribuyen permitirán que afloren todas las potencialidades del Notariado en el ámbito no contencioso, suponen un reto al que responderemos sin duda alguna prestando un servicio de calidad y seguridad además de eficiente, pero cuyo desempeño precisa que el Gobierno apruebe como complemento a los dispuesto en la legislación notarial, las modificaciones y desarrollos reglamentarios anunciados en la Ley. Esperamos que no queden el en olvido”².

El legislador ha optado por separar la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal común, estableciendo una regulación legal sistemática de los diferentes expedientes que se contienen en ella, “actualizando y simplificando las normas relativas a su tramitación, optando por el cauce menos costoso y más rápido.

Explica BARRIO DEL OLMO “que la nueva regulación de la jurisdicción no contenciosa supone un avance para los ciudadanos que tienen más expedita la vía para la resolución de sus expedientes. En cierto modo, como notas definitorias de la Ley no lo es tanto la “jurisdiccionalidad” y la “ausencia de conflictos”. La primera como explica la autora en muchos expedientes no es necesaria, y la “ausencia de conflicto”, porque en muchos de ellos “si existe una controversia, aunque no de tanta entidad, como para iniciar un proceso contencioso .

No debemos olvidar que a tenor de lo prescrito en el art 2, los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen de la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente “el juez decidirá”...

Esta cuestión nos enlaza con uno de los problemas que suscita y concita la nueva ley referida a la polémica sobre su naturaleza jurídica. Participamos del criterio de BARRIO DEL OLMO cuando explica que debe ubicarse en el art 117-3 CE con la consecuencia de que no sería posible desjudicializar expediente alguno sin incurrir en inconstitucionalidad, o en el artículo 117.4 CE como actividad judicial en garantía de derechos que no implica el ejercicio de efectiva jurisdicción pudiendo, por tanto, ser encomendadas a otros profesionales jurídicos algunas funciones tradicionalmente propias de esa llamada “jurisdicción voluntaria” con base en el carácter administrativo de las mismas. Como señala Guasp en el sentido de “acercamiento de esta figura a aquellos otros sectores de Derecho que verdaderamente son más afines a la misma, que la judicial, como ocurre con los notariales y registrales, los cuales, verdaderamente asumen una fisonomía extraordinariamente próxima a la jurisdicción voluntaria”.

La ley, sin decantarse sobre la controversia suscitada sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, considera constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de “oportunidad política o de utilidad práctica”, se encomiende a otros órganos públicos diferentes de los órganos jurisdiccionales la tutela de determinados derechos que hasta el momento estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria, y que no afectan directamente a derechos

² EL NOTARIO. Del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial Julio-Agosto 2015 pág 4.

fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deban ser especialmente protegidas, que quedan de competencia exclusiva de los jueces.

En nuestra opinión, no lo vemos tan claro, de hecho para una doctrina autorizada, habría que diferenciar (y estamos de acuerdo), por un lado en distinguir entre la “función de juzgar”, y por otro lado la de “dar fe”. Dentro de esta última puede incluirse la labor de constatación, pero no la de “valorar la prueba, ponderar intenciones o decidir alternativas”. Es claro, (en esta línea de razonamiento, que compartimos) como explica ZARRALUQUI- SANCHEZ EZNAARRIAGA, quien ostenta la fe pública puede advenir hechos, actos o manifestaciones; pero emitir juicios esta reservado a los jueces (art 117.3 CE). Compartimos la opinión del autor, que por ejemplo, la celebración del matrimonio, es un acto protagonizado por los contrayentes, al que asiste y da fe de la prestación libre del consentimiento, que es el que produce el matrimonio, un fedatario. Conferir la competencia a secretarios judiciales y notarios no vulnera nuestro sistema; sin embargo es diferente en la instrucción de los expedientes, ya que en él no sólo se han de constatar hechos, identidades o situaciones; sino que han de juzgarse y valorarse intenciones, propósitos y voluntades. De ahí, que se argumente con razón, que “todo ello excede con mucho a la simple constatación y entra de lleno en la función de juzgar, que “solo a los jueces compete”. Por tal motivo surgen la dificultad en otorgar competencia a “secretarios judiciales y notarios, para expedientes.

En otro orden de consideraciones, otro de los aspectos básicos en la nueva ley es un carácter “codificador”, y como bien dice GONZALEZ GRANDA, resulta materialmente imposible que pueda cumplir con la misión codificadora pretendida. Tan es así que hay que estar de acuerdo con aquellas voces que comienzan a escucharse en el sentido del que el propio título LJV es inadecuado, dado que, en vez de llamarse Ley de Jurisdicción Voluntaria, debiera llamarse, de modo más ajustado a la realidad, ley reguladora de la actuación de jueces y Secretario judiciales en materia de Jurisdicción Voluntaria. Por otro lado, también constituye un elemento perturbador en esa pretendida vocación codificadora el hecho de que, en ocasiones se vengán a duplicar, sin sustituir, normas que se mantienen en otros cuerpos legales (así, en el C.c o contenidas en otras leyes civiles especiales), con el riesgo de equivocidad que supone mantener en paralelo la vigencia de una misma norma insertada dentro de cuerpos legales diferentes. Tal sucede, por ejemplo, con lo dispuesto en el art 42 de la LJV, que se solapa con el art.30.4 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: el el art.52 de la LJV en relación con los dispuesto en el art.303 C.c; sucede igualmente con las disposiciones contenidas en los arts 78-80, en relación con el art. 8.4 y 5 de la Ley 30/1979, de 27 octubre, sobre Extracción y Trasplante de órganos.

Otro de los aspectos configuradores de la ley de Jurisdicción voluntaria es el criterio de la “desjudicialización”, es decir, la apertura de expedientes a otros operadores jurídicos (notarios registradores de la propiedad y mercantiles, ajenos a la función jurisdiccional). Como apunta GONZALEZ GRANDA se explica en el Preamble de la LJV, a través de argumentos de oportunidad política y de utilidad práctica.

“La ley de Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la Jurisdicción Voluntaria a operadores jurídicos no investidos en la potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de Jurisdicción Voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los jueces”.

Y en este punto, razona acertadamente GONZALEZ GRANDA que cabe afirmar que no ha existido verdadero debate doctrinal –ni social- sobre el fenómeno en sí mismo de la desjudicialización de determinados procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, y ello seguramente tiene qué ver con el hecho de que este fenómeno en líneas generales ha venido siendo auspiciado

por diversas recomendaciones procedentes de Europa. Pero sí lo ha habido, en relación con los siguientes tres puntos: Primero, sobre el grado o extensión de la misma, o lo que es lo mismo, sobre el alcance de la competencia judicial *necesaria* en la materia. Segundo, sobre la atribución de las competencias “desjudicializadas”, ya a unos, ya a otros operadores jurídicos: secretarios judiciales, notarios y registradores. Y tercero, y sobre todos acerca del régimen de exclusividad o alternatividad en las competencias desjudicializadas.

En definitiva, como afirma Fernández de Buján, vocal en las dos Ponencias de la Comisión General de Codificación que elaboraron los Anteproyectos de Jurisdicción Voluntaria de 2005 y 2012, y autor de la obra más extensa sobre la materia "la aprobación de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, ha cerrado en nuestro Ordenamiento, el ciclo de reformas del proceso civil, iniciado con la LEC de 7 de enero del año 2000, y constituye una de las novedades más destacadas de la pasada legislatura, dado que supone un avance sustancial en el proceso de modernización de la Administración de Justicia, en la medida en la que aborda una reforma en profundidad de la JV, que la aproxima a la Jurisdicción contenciosa, articula un procedimiento general con todas las garantías procesales, racionaliza el sistema, desjudicializa determinadas competencias, y conecta con la realidad social".

Y reiterando para concluir las notas características de la nueva ley, destacaremos entre otras su afán codificador, su ordenación sistemática, la desjudicialización de determinados procedimientos que salen de la órbita judicial para incardinarse en la competencia de otros operadores jurídicos: estableciendo competencias compartidas entre ellos, o bien redistribuyendo sus competencias compartidas (secretarios judiciales versus notarios y/o registradores mercantiles) y la articulación de un procedimientos general o común.

LA OPOSICIÓN EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. DEL ART. 1817 LEC 1881 AL ART. 17. 3 LJV 2015

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN
Catedrático de Derecho Romano
de la Universidad Autónoma de Madrid.
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Fecha de recepción: 13 de julio de 2015
Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2015

RESUMEN: La definición legal de Jurisdicción voluntaria contenida en el artículo 1811 de la LEC de 1881 respondía, al ejercicio pacífico de los derechos que había caracterizado a la JV desde sus orígenes en el Derecho Romano, pero no se corresponde con la actual realidad jurídica, conforme a la cual la ausencia de conflicto no se configura ya como la nota esencial y diferenciadora de la JV respecto de la JC. JV.

ABSTRACT: Voluntary Jurisdiction legal definition existing in 1881 LEC's most characteristic thing was the pacific exercise of rights in a legal process. This idea does not correspond nowadays.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción voluntaria, conflicto, procedimiento judicial.

KEY WORDS: Voluntary jurisdiction, conflicto, legal process.

La definición legal de Jurisdicción voluntaria contenida en el artículo 1811 de la LEC de 1881: "Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas", vigente desde la aprobación de la LEC, se adhería al criterio de la ausencia de contienda o contradicción como elemento esencial de los actos de jurisdicción voluntaria, lo que supone situarse en la línea de la tradición histórica del derecho común español, el cual, por su parte, reproducía en este aspecto la concepción, que tiene su origen del Derecho Romano, conforme a la cual la contraposición entre Jurisdicción Contenciosa y Voluntaria se configura en torno a la existencia o inexistencia de conflicto ¹.

* Antonio Fernández de Buján es Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid. Vocal de las Ponencias de Jurisdicción Voluntaria en la Comisión General de Codificación, 2002- 2005, y 2012

¹ Fernández de Buján, La oposición en el marco de la Jurisdicción Voluntaria. La Ley. N.8496. 9 de marzo de 2015, pp. 1-15. Id. A propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, Actualidad Jurídica Aranzadi, 17 de abril de 2014, Año XXIII, número 883, p 10. Vid. al respecto en Fernández de Buján, Régimen jurídico de la oposición en el marco de la Jurisdicción Voluntaria, La Ley, n. 8496, 9 de marzo de 2015, pp. 1-15, id. Jurisdicción Voluntaria : tramitación y resolución de la oposición en el procedimiento judicial. Mon Juridicic. Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, n. 302, novbr. 2015, pp. 30-31.

El concepto de JV previsto en el artículo 1811 respondía, en efecto, al ejercicio pacífico de los derechos que había caracterizado a la JV desde sus orígenes en el Derecho Romano, y que caracterizaba a la JV de finales del XIX, pero no se corresponde con la actual realidad jurídica, conforme a la cual la ausencia de conflicto no se configura ya como la nota esencial y diferenciadora de la JV respecto de la JC. Como afirma González Poveda, en la moderna doctrina procesal, ni la existencia del conflicto de intereses, ni la controversia o contradicción se considera nota esencial del proceso, ni su ausencia la nota diferencial de la JV².

La valoración no contextual del artículo 1811 y, de su corolario natural, el 1817 de la LEC de 1881, conforme al cual " Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieran al tiempo de ser incoado los interesados y lo que fuera objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidas para el juicio que corresponda según la cuantía ", aislada de lo previsto en procedimientos específicos reflejaba, en definitiva, una concepción obsoleta de la JV, que no se coherencia con las previsiones sobre JV contenidas en el propio Libro III de la LEC, y en los numerosos textos legislativos en los que se regulan actos o procedimientos de JV, en los cuales, se produce en numerosos supuestos, oposición, conflicto o contradicción, que puede ser explícito o implícito, sin que ello comporte el sobreseimiento del expediente ni su conversión en contencioso.

El cambio de realidad jurídica en la JV, en especial en la segunda mitad del siglo XX, derivado de la aprobación de más de 30 leyes específicas, en materia civil y mercantil, en las que se prevén numerosos actos y procedimientos de JV, muchos de ellos de naturaleza muy diferente a los originarios, no se había traducido, sin embargo, en una reforma de la definición legal, y había dado lugar a un debate científico, en buena medida artificioso, en torno a la consideración de la ausencia de conflicto, como el criterio determinante de la jurisdicción voluntaria en relación con la jurisdicción contenciosa.

En la actual regulación de la JV en numerosos procedimientos específicos el conflicto, y la eventual oposición, o bien está latente o encubierto y surge en el curso de la tramitación, o bien existe ab initio y se manifiesta de forma expresa, como sucede en todos los asuntos de tutela sumaria contradictoria que el legislador decide tramitar por el cauce del procedimiento voluntario. Así, en las desavenencias conyugales o discordancias en el ejercicio de la patria potestad, o en el seno de la comunidad conyugal, en los que la controversia es previa y manifiesta, al no considerar el legislador necesaria la vía del proceso contencioso, en atención a la atenuada relevancia de la contradicción³.

En algunos actos de JV, la controversia tiene incluso un grado de intensidad importante⁴. A uno de ellos, el procedimiento de restitución de menores, se refería, la entonces Decana del Colegio de Abogados de Barcelona, Silvia Jiménez-Salinas, de forma especialmente gráfica, en su intervención de 17 de mayo de 2007⁵, en trámite de

² En este sentido, González Poveda, Relaciones entre Jurisdicción Voluntaria y Jurisdicción Contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, en Jurisdicción Voluntaria. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo Judicial del Poder Judicial, 1997, pp. 18 ss., subraya que la concepción al respecto de la LEC de 1881 es deudora de las ideas del Derecho común, que han persistido en nuestra doctrina y jurisprudencia hasta tiempos muy recientes.

³ Vid. sobre la variada terminología en la materia en Fernández de Buján, Conflicto, controversia, contraposición, contienda, polémica, oposición: proceso y litigio, Despalabro, Ensayos de Humanidades. Universidad Autónoma de Madrid. 6. 2012.

⁴ Vid al respecto en Fernández de Buján, Protección de las personas vulnerables: la atención a situaciones de incapacidad, dependencia y vulnerabilidad y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria. Ponencia presentada en los Cursos de Verano de la Universidad Menéndez Pelayo. Consejo General del Notariado agosto de 2007. La defensa Jurídica de las Personas Vulnerables, Thomson-Civitas, Santander, 2008, págs. 405-444.

⁵ Vid. en Jiménez Salinas, a la sazón Decana del Colegio de Abogados de Barcelona, Comparecencia, en calidad de experta, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, en trámite de asesoramiento sobre el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en sesión de diecisiete de mayo de 2007, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.

asesoramiento del Proyecto de Ley de JV ante el Congreso de los Diputados ⁶, en atención a que en los casos de secuestro del menor por alguno de los progenitores, la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, obliga a tramitar el procedimiento en el marco de la JV.

González Salinas ponía como ejemplo de JV con controversia ab initio el denominado secuestro parental, y criticaba que no se requiriese la intervención preceptiva de abogado, que procurase a los interesados un asesoramiento técnico cualificado en relación con la documentación a presentar, las pruebas dirigidas a fundamentar las decisiones tomadas, la petición realizada, etc.⁷. En la LJV la sustracción internacional de menores se trasvasó a la Jurisdicción contenciosa ⁸

En otros muchos procedimientos, la discordancia puede resultar menos explícita, pero se encuentra subyacente y está en la base del recurso a la autoridad judicial. Así, para proceder a la consignación de un objeto o de una cantidad de dinero; para fijar el plazo para el cumplimiento de una obligación; para obligar a exhibir la contabilidad de una empresa; para nombrar un tercer perito, ante la discordancia entre los propuestos, en un contrato de seguro; para proceder a liquidar una avería gruesa, o para resolver las discrepancias surgidas en el contrato de fletamento, entre fletador, como titular de las mercancías transportadas y fletante, como porteador de éstas ⁹.

En los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria previos a la Ley 15/ 2015, de regulación de la Jurisdicción Voluntaria la oposición sólo de forma excepcional convertía el expediente en contencioso. La regla general era que la oposición se tramitase, y resolviese, en el curso del expediente, o bien que no se admitiese ope legis¹⁰.

⁶ En relación con la oposición en los procedimientos de JV vid. así mismo en Fernández de Buján, Comparecencia, en calidad de experto, en representación de la Comisión General de Codificación, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, en trámite de asesoramiento sobre el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en sesión de siete de mayo de 2007, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n° 821, págs. 31-44.

⁷ Vid sobre este procedimiento, que en el Proyecto de Ley de JV de 2014, es trasvasado a la jurisdicción contenciosa, en Fernández de Buján, El Anteproyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria y la Sustracción internacional de menores, Abogados, Revista del Consejo General de la Abogacía, n. 85. Abril 2014, pp. 28-32

⁸ Vid. al respecto en Calaza López, Los procesos de restitución o de retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. Como señala la A. , la sustracción internacional de menores constituye, en la actualidad, un fenómeno social, en progresivo aumento, de contornos poliédricos, homónimos y plurívocos difíciles de solventar, toda vez que junto con las clásicas sustracciones internacionales de menores, en las que el progenitor sustractor pretende legalizar, por la vía de hecho, la irregularidad del traslado mediante la recepción de la atribución, en el Estado de destino, de la titularidad de la custodia, se entremezclan y detectan, con relativa frecuencia, algunas otras sustracciones en las que el progenitor sustractor, generalmente la madre cuidadora, huye con el menor a un tercer Estado en busca de protección, ante la real o potencial existencia de la amenaza, frente a su persona y/o la del menor, de un grave peligro físico o psíquico.

La erradicación de este grave problema social mediante la consecución, en tiempo real o al menos con cierta inmediatez, de la repatriación de los menores ilícitamente sustraídos de sus Estados de residencia, tan sólo podrá encauzarse, como parece lógico, por la vía de los procesos judiciales internos previstos al efecto en la legislación procesal del Estado de destino de cada sustracción, que habrán de ser, por fuerza, expeditivos, garantistas, ágiles, flexibles, sencillos, anti-formalistas, acelerados, eficaces y económicos, tanto procesal como materialmente. La regulación interna de estos procesos no sólo habrá de adecuarse con carácter exclusivo a los principios, normas y reglas imperantes en el Estado de destino, en nuestro caso las españolas, de los menores ilícitamente sustraídos, como si de un proceso de familia más se tratase, sino que también habrá de adecuarse, acomodarse y, en cierto modo, limitarse a las premisas, orientaciones y normas impuestas por los Convenios internacionales de los que España forma parte.

⁹ Vid. al respecto la fundamental STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 22 de mayo de 2000,

¹⁰ En este sentido, como afirma Martín Mingarro, Decano a la sazón del Colegio de Abogados de Madrid, Comparecencia, en calidad de experto, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, en trámite de asesoramiento sobre el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en sesión de siete de mayo de 2007, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n° 821, pág. 3 : < La carencia de contenido contencioso. Esto que decimos todos y que hemos leído todos a lo largo de los años y de los textos, desde la Universidad hasta el presente, no es verdad. Hay siempre un germen de preocupación jurídica por parte de alguien, alguien le pide al derecho una solución.....estamos en cosas que preocupan a la gente y, cuando le preocupan es por algo, porque subyace en ellas un conflicto ...>

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 1 de agosto de 2014, se hizo ya eco de esta realidad, en el inciso final del art.1 : <Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta ley todos aquellos que, estando legalmente previstos, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en proceso contencioso>, y con carácter específico, en el art. 18,2 en el que se establece que : <Salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución >¹¹.

La redacción del at. 18.2 del Proyecto de Ley de JV, es enmendada en la tramitación parlamentaria ¹², y su redacción definitiva, contenida en el art. 18. 3 de la LJV es : < Los interesados serán citados a la comparecencia con al menos quince días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquélla con los medios de prueba de que intenten valerse. La citación se practicará en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen.

Si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los cinco días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente > ¹³, lo que supone un cambio radical respecto de la previsión contenida en el art. 1817 LEC 1881.

La coherencia conceptual exigiría, sin embargo, que desde el propio artículo primero, en el que se atisba una especie de definición legal de JV, se hubiese previsto que la discordancia, previa entre los intervinientes o suscitada en la tramitación, se sustanciase en el propio curso del expediente, salvo que la ley disponga lo contrario. Una posible redacción del mencionado art. 1, podría haber ser del siguiente tenor: <Se considerarán procedimientos de jurisdicción voluntaria, todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un órgano judicial sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición, conforme a lo regulado en esta Ley> ¹⁴.

¹¹ Vid. en Fernández de Buján, La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el umbral de su aprobación, AJA 908, 18 de junio 2015, p. 4

¹² Con carácter general sobre la tramitación parlamentaria de la JV, vid. en Fernández de Buján. La reforma de la Jurisdicción Voluntaria. Dykinson 2015, pp. 560.

¹³ Vid. al respecto en Joan Pico, La desjudicialización y procesalización de la Jurisdicción Voluntaria, en Especial Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, en La Ley, edición Julio 2015, pp. 35- 43 : < con la nueva LJV se produce la ruptura definitiva de dos mitos o ideas básicas que suelen estar presentes en el debate sobre la JV, la primera es la inexistencia de la controversia como razón de su propia existencia, conforme a lo previsto en los art. 1811 y 1817 de la LEC de 1881, dado que con la nueva LJV se asume la posición radicalmente contraria en el art. 17. 3, II de la nueva ley >

¹⁴ Vid. en Fernández de Buján, La Ley 15/ 2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria : Notas que la caracterizan y novedades que aporta, Economist & Iuris, septbre. 2015, pp. 16- 23.

UNA PRIMERA LECTURA DE LA LLEI 19/2015, DE 29 DE JULIO DE INCORPORACIÓN DE LA PROPIEDAD TEMPORAL Y DE LA PROPIEDAD COMPARTIDA AL LIBRO QUINTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA¹

M^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA
(Catedrática de Derecho Civil, UAB)

Vocal de la Sección de Derechos Reales de la Comisión de Codificación Civil de Cataluña.

Fecha de recepción: 20 de octubre de 2015
Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2015

RESUMEN: El Parlamento de Cataluña aprobó el 23 de julio la Ley 19/2015 en la que se regulan dos modalidades de propiedad: la propiedad temporal y la propiedad compartida. La especificidad (tipicidad) de estos regímenes dominicales comporta la flexibilización del modelo de propiedad y copropiedad tipo de los ordenamientos del área del Civil Law con el fin de facilitar tanto su transmisión como la posición jurídica del adquirente. En este trabajo se hace un análisis general de la regulación para dar conocimiento de las nuevas modalidades de propiedad.

ABSTRACT: On 23 July 2015, the Catalan Parliament approved a law which introduces and regulates two new forms of property in the Catalan legal system, namely, temporary property and joint property. Since they facilitate both the acquisition and the exercise of ownership, these two legal forms of property have the virtue of making the model of ordinary property and co-property more flexible in the systems of civil law. With the aim of informing the specialised public of these forms of property, this paper offers a general analysis of the new law regulating them.

PALABRAS CLAVE: propiedad, comunidad, adquisición, propiedad temporal

KEY WORDS: property, temporary property, shared ownership.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN Y PLANTEAMIENTO. 2. LA PROPIEDAD TEMPORAL: 2.1. CONCEPTO Y CONSTITUCIÓN; 2.2. CONTENIDO: FACULTADES DEL PROPIETARIO TEMPORAL, FACULTADES DEL TITULAR SUCESIVO; 2.3. EXTINCIÓN. 3. LA PROPIEDAD COMPARTIDA 3.1. DELIMITACIÓN; 3.2. ADQUISICIÓN; 3.3. POSICIÓN JURÍDICA DEL PROPIETARIO MATERIAL; 3.4. POSICIÓN JURÍDICA DEL PROPIETARIO FORMAL; 3.5. EXTINCIÓN.

¹ Este escrito se incardina en el Proyecto de Investigación que lleva por título: Actualización del derecho de persona y familiar. Conflictos, modelos y relaciones. DER2014-54997-P

1. PRESENTACIÓN Y PLANTEAMIENTO

Recientemente el Parlamento de Cataluña aprobó la Llei 19/2015, de 29 de julio, “de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al Libro V del Código civil de Cataluña” que regula dos novedosas modalidades del derecho de propiedad².

Como explica la exposición de motivos de la norma (a la que los miembros de la Sección de Derechos reales de la Comisión de Codificación Civil de Cataluña denominan *Llei del Mont de Sant Benet*³) la regulación obedece a una imperiosa necesidad vinculada a la crisis del mercado inmobiliario en general y, sobre todo a sus consecuencias; en particular frente a la dificultad de los ciudadanos de obtener financiación para adquirir la vivienda habitual y a la insuficiencia de los instrumentos jurídicos que lo procuren. La nueva Ley trata de paliar el problema (jurídico y económico) planteado por el elevado número de viviendas no vendidas (y desocupadas) en manos de las empresas promotoras, o en poder de las entidades financieras fruto de desahucios y ejecuciones hipotecarias. La constatación del considerable stock de inmuebles, temporalmente “fuera del mercado”, a la espera de un mejor postor, o con incierto futuro de colocación, en definitiva, fue el acicate para proponer nuevas formas jurídicas que permitieran acceso más económico a la propiedad, un panorama que debía afrontarse no sólo a través de medidas económicas sino jurídicas.

La crisis del mercado de la vivienda también ha afectado a la Administración Pública, sobre todo al parque inmobiliario destinado a la ejecución de políticas y promociones de vivienda social, paralizado por la crisis al no contar con instrumentos apropiados para su efectividad, atendida la rigidez de los medios jurídicos llamémosles clásicos o tradicionales. A ésta, particularmente, le serán de utilidad los regímenes delimitados en la ley.

Ante este panorama, la propiedad temporal y la propiedad compartida, desde el punto de vista económico se erigen como fórmulas a través de las que se pretende avivar el tráfico inmobiliario que, a la vez, facilitan el acceso a una vivienda en propiedad estable, en condiciones económicas adecuadas. Se ha de tener en cuenta que el objetivo es que se coloquen entre los instrumentos de acceso a la propiedad ordinaria de la vivienda definitiva e indefinida como medios que amplían las vías de adquisición sin renunciar a la propiedad. Es decir, situadas entre las fórmulas habituales de adquisición de la propiedad ordinaria⁴ (o del derecho real que lleve aparejado el uso) y la alternativa del alquiler. La particularidad de la propiedad temporal y la compartida, radica en que, en un caso, es la titularidad dominical la que se delimita temporalmente y en el otro, se gradúa la adquisición de la propiedad estableciendo una situación de comunidad especial.

La norma parte del presupuesto, sentir generalizado, equivocado o no: la aspiración de los humanos a tener la propiedad de la vivienda. De ahí el empeño en su naturaleza dominical, y a la vez el que sea a cambio de un coste económico en condiciones que hagan asequible la adquisición. El menor sacrificio económico, el adecuado a la situación del adquirente, parece factible sin renunciar al derecho de propiedad, por mor de las

² En adelante se cita con la abreviatura CCCat el Código Civil de Cataluña. La Ley está publicada en el DOGC (Nº 6927), de 4 de agosto de 2015 y en el BOE (Nº 215) de 8 de setiembre de 2015, Secc I, pp. 79039, Nº disp. 9678

³ Se trata de un paraje sito en Sant Fruitós de Bages (Barcelona). El nombre que los miembros de la Sección impusieron a esta Ley se explica porque fue en dicho entorno donde se desarrollaron las intensas sesiones de trabajo, en diciembre de 2012, que culminarían con la redacción de lo que sería el anteproyecto de la norma (escasamente modificado en su posterior avatar legislativo).

⁴ Lo que, como se conoce, comporta la conexión de diversas relaciones jurídicas patrimoniales: contrato de compraventa, contrato por el que se obtiene un crédito para la adquisición de la vivienda, contrato de hipoteca que grava la vivienda adquirida en garantía del préstamo.

características jurídicas de estas modalidades, cuya bondad económica, además de jurídica, se refleja, en el precio de transmisión del bien y en las condiciones jurídicas de la adquisición, debido al régimen que se delimita.

Tanto en el ordenamiento jurídico español como en el catalán, la creación de nuevas modalidades de propiedad está avalada por la aceptación de *numerus apertus* de los derechos reales, tesis mayoritaria entre a doctrina⁵ fundada en pronunciamientos judiciales y también en normas legales; en base a dos preceptos, entre otros, de la legislación hipotecaria (arts. 2 LH y 7RH)⁶. Libertad en la generación de nuevos derechos reales, también asentada en el poder de la autonomía de la voluntad⁷. Precisamente por ello no sería necesaria, en verdad, una regulación particular pues los fundamentos indicados legitiman a quienes pactan y contratan propiedades para configurarlas como propiedad temporal o propiedad compartida. Sin embargo, conviene indicar que su presencia en el tráfico jurídico, no se da solo en cada caso concreto en el que en el ejercicio de la autonomía privada se crean, sino también se constata de derecho, pues pertenecen al acervo jurídico técnico de los ordenamientos latinos, si bien hasta el momento no eran visibles.

En efecto, de hecho, en las leyes civiles, particularmente en las catalanas, la propiedad temporal está presente en varias instituciones jurídicas de larga historia; así la propiedad de la sustitución fideicomisaria (sometida a plazo o condición, en todo caso temporal) (cfr, arts. 426-1 a 426-59 CCCat), la donación con cláusula de reversión del bien donado, sea a favor del donante o de otra persona (que limita en el tiempo la adquisición del donatario, art. 531-19 CCCat), o algunos de los censos históricos, por citar las más significativas. La propiedad compartida, que genera una comunidad con distribución de su contenido entre los comuneros, se incardina en la regla de la comunidad ordinaria indivisa conforme a la que los condóminos determinan cómo se distribuye el uso y la posesión del bien (arts. 398, 399 CC y 552-7 CCCat). También, encuentran acomodo en las cláusulas adicionadas a los contratos transmisivos que modelan el derecho; entre ellas fórmulas contractuales que incluyen la cláusula resolutoria o un derecho real de reversión, de recuperación de la propiedad, como la compraventa a carta de gracia con el derecho de redimir (arts. 326 a 328 CDCC), que genera una situación en la que el comprador adquiere a sabiendas de la duración temporal de la propiedad (por el componente de *fiducia cum garantía*).

La novedad de la norma catalana radica no en crear la propiedad temporal y la propiedad compartida, sino en hacerlas visibles, a través de la tipificación, pues hasta el momento se presentaban como pactos contractuales o formaban parte de otras figuras jurídicas que comportaban poderes jurídicos reales.

En este sentido, una de las peculiaridades más notorias de estas modalidades de propiedad es la importante función que desempeña el instrumento jurídico de constitución, por la relevancia de la voluntad de las partes al delimitarlas. De ahí que, a la par que en lo que respecta al efecto (el poder real sobre el objeto) son manifestaciones de la propiedad y de la comunidad poco conocidas, lo que lleva a calificarlas, en mi opinión no adecuadamente, como “tenencias intermedias”, impliquen una vía de acceso al dominio que,

⁵ Vid, P.Del POZO CARRASCOSA, A.VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*. Editorial, Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 5ª ed, 2015, pp. 19 y 20, donde se recoge, además de la doctrina catalana, la española.

⁶ Art. 2. 2º LH: “Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmiten, modifiquen o extinguen derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales”; Art. 7 RH: “(...) no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato con trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”.

⁷ Art. 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

en algún foro, incluso se ha calificado como alternativo. En la Ley ni son formas intermedias entre el derecho de propiedad (derecho real) y el derecho de arrendamiento (derecho de crédito), de tener un bien, porque la calificación jurídica correcta es de derecho de propiedad, por lo tanto, no “entre” dos derechos; ni, tampoco, son medios alternativos sino una opción más de situación jurídica real (rectius, derecho real) por la que pueden decidirse las partes a la hora de adquirir; en definitiva son una modalidad más de propiedad y comunidad.

De otra parte, no se debe ocultar que en la Ley es evidente que se han tenido en cuenta las instituciones clásicas, la regulación de los derechos reales del Libro V del CCCat, y sobre todo los principios sobre los derechos reales que rigen en los sistemas del *civil law*, muy definidos en los ordenamientos catalán y español, pero también han influido instituciones del *commow law*. En concreto, sin desconocer que los puntos de partida entre ambos sistemas son diametralmente distintos⁸, sobre todo en la concepción del derecho de propiedad, la asunción del límite temporal de la propiedad frente a la idea tradicional de la propiedad perpetua se inspira en *leasehold* inglés, en tanto que el modo gradual de adquisición por cuotas del *shared ownership* inglés es la referencia de la propiedad compartida⁹. Con todo, y porque las fórmulas contractuales, en los países del área romano germánica, no satisfacen es por lo que en nuestro ordenamiento jurídico encuentran mejor acomodo entre los derechos reales y no en los contractuales, sin perjuicio del alto componente obligatorio que comportan.

2. LA PROPIEDAD TEMPORAL

El nombre que impone la ley obedece a su naturaleza jurídica. Situada en los derechos reales reconocidos y regulados en la ley, los típicos, se incardina en el derecho de propiedad como subtipo pero sin alcanzar la categoría de derecho autónomo del derecho de propiedad. Se ha de partir de una afirmación inamovible: la propiedad temporal es el mismo derecho de propiedad ordinaria recogida en los Códigos civiles (cfr. arts. 348 CC, 541-1 CCCat) cuya característica peculiar (en lo que consiste la modalidad) radica en la duración temporal de la titularidad, en contraste a la vocación de perpetuidad; pues en lo que afecta al poder jurídico en qué consiste el derecho es el derecho dominical ordinario. Para entender el concepto, el matiz (índice) de la propiedad temporal frente a la propiedad perpetua es similar al que existe cuando se contrasta la propiedad sobre bienes inmuebles (propiedad inmobiliaria) a la que tiene por objeto bienes muebles (propiedad mobiliaria). Sabido es que ambas son propiedad pero que el régimen varía sin que ello implique cambio de naturaleza jurídica. Lo mismo sucede con la propiedad temporal, que no quiere un nuevo derecho real, sino que es el derecho de propiedad porque participa, plenamente, de sus caracteres y régimen excepción de lo que afecta al tiempo. De ahí que la temporalidad implique modalidad de derecho de propiedad y no un nuevo derecho real.

Importa destacar que la vocación de perpetuidad de la propiedad no pertenece a la esencia (núcleo básico) de este derecho. El derecho de propiedad no pierde su concepto jurídico (naturaleza) por ser temporal, pues el tiempo indefinido no es dato de tipificación del mismo, pese a que, reiteradamente, cuando se describe se incluya la perpetuidad entre los atributos que generalmente la definen; no forma parte de lo que se acostumbra a identificar como contenido esencial. Si se lee detenidamente la definición que nos ofrecen

⁸ Un análisis muy completo sobre la propiedad en el sistema inglés, en F. OLIVA BLÁZQUEZ, *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2014, en especial pp. 51 a 74.. “La idea de “ownership”, como propiedad equiparable al *dominium*, por muy llamativo y sorprendente que pueda parecer, resulta extraña para el derecho inglés: “common law has not, and never has had, any theory of ownership like that of Roman Law”(…).

⁹ Sobre ellas y sus diferencias me remito a C.FERRÁNDIZ GABRIEL y S.NASARRE AZNAR, “Métodos alternativos de acceso a la vivienda en Derecho privado,” *Iuris*, núm. 158, 2011, pp. 80 – 82. También, S.NASARRE AZNAR y H.SIMÓN MORENO, “Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm 739, 2013, pp. 3063 - 3122.

los textos legales (arts. 348 CC¹⁰, 541-1 CCCat¹¹) se observa que el poder jurídico real del derecho son las facultades, en la apreciación actual, *rectius*, un poder jurídico que comporta plenitud y absolutividad, abstracción hecha de las facultades y que abarca el máximo, únicamente limitado por la función social (art. 33.2 CE). Importa, lo que tiene valor y fuerza de tipificación la generalidad y la abstracción de las facultades plenas sobre el objeto del derecho que distinguen propiedad del resto de derechos reales (de mayor o menor duración temporal)¹², a lo que se agrega la nota jurídica del carácter flexible y aglutinador de la propiedad: corresponden al propietario todas las facultades no atribuidas a otras personas (titulares de derechos reales de menor alcance), facultades que reabsorbe cuando se extingue el derecho real que la grava (efecto de expansión).

Así pues, el derecho de propiedad, sin pérdida ni merma de su naturaleza, puede ser de duración indefinida o de duración temporal sin que varíe el tipo de poder jurídico. Lo que se prueba, simplemente, de la validez y admisión, en las leyes civiles (CC, CCCat y LH, fundamentalmente), de transmisiones de propiedad sucesivas sobre un objeto, por razón del tiempo, la concatenación de titularidades dominicales temporales: baste recordar las sustituciones fideicomisarias¹³ o las transmisiones *inter vivos* sometidas a condiciones o términos, como la propiedad dividida (y temporal) originada a raíz del derecho de superficie. La diferencia de la propiedad temporal respecto de la propiedad ordinaria radica más en la cobertura legal de la institución que en la naturaleza jurídica del derecho. El legislador al tipificar la propiedad temporal no hace más que institucionalizar, con nombre propio y a la vez dotar de un régimen particular, a una figura jurídica a la que vincula el factor tiempo como índice esencial de definición, como una institución propia (subtipo de propiedad).

2.1. Concepto y Constitución

Indica el artículo 547-1 (Concepto): “El derecho de propiedad temporal confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al llamado titular sucesivo”. Resaltan los siguientes datos de tipificación:

a) La propiedad temporal *es derecho de propiedad*. En consecuencia, en el momento de identificar las reglas, se rige: por lo que conste en el título en el que se constituye, por las normas propias que le dedica el Código y las del derecho de propiedad (art. 547-3.1 CCat). Es, permítase la reiteración, un auténtico derecho de propiedad, tiene la naturaleza jurídica del dominio pleno; por ello se ha incorporado al título IV, cómo un capítulo nuevo, y de ahí el contenido del poder.

b) *Carácter temporal del derecho*: el poder jurídico se fija por el tiempo¹⁴. Una delimitación con signos de identidad que distingue este derecho de situaciones análogas de propiedad temporal nacidas a raíz de otras figuras jurídicas y explica su régimen propio. A reglón seguido de indicar que se está ante un derecho de propiedad se aclara que las figuras

¹⁰ Art. 348 CC español: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”; sin limitaciones, en inicio, temporales.

¹¹ Art. 541-1 (concepto) CCCat:” 1. La propiedad adquirida legalmente otorga a sus titulares el derecho a usar de forma plena de los bienes que son su objeto, y a gozar y disponer de ellos. 2. Los propietarios conservan las facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por la ley o por el título.” También, sin limitación derivada del tiempo.

¹² Sin excluir la posibilidad de que sean perpetuos, como sucede con el derecho de servidumbre predial, o, al menos históricamente con ciertos censos.

¹³ Pese a los otros límites propios que se imponen a éstas en atención al número de transmisiones según si es a favor de personas que viven en el momento en que se produce o de personas que han de nacer (cf arts. 781 CC, 426-10 CCCat).

¹⁴ “El plazo, que debe ser cierto y determinado y debe establecerse necesariamente, es el elemento de tipificación de esta propiedad”, se lee en el apartado II de la Exposición de Motivos.

jurídicas que engloban temporalidad del derecho, que han sido el modelo de la temporalidad, como el fideicomiso, la donación con cláusula de reversión, el derecho de superficie y en general cualquier otra situación temporal de la propiedad distinta y que tiene su propio encaje, se rigen por sus disposiciones específicas (art. 547-3.2 CCCat). El mensaje es claro: la propiedad temporal es modalidad con caracteres y régimen propio que sólo se aplica cuando concurren los requisitos exigidos; el régimen jurídico es específico para la situación de propiedad temporal no vinculada a otra institución. Sin embargo, entiendo que no excluye la aplicación analógica de las normas de la propiedad temporal, si procede.

En esta modalidad de propiedad el tiempo cumple una doble función, jurídica y económica. Jurídica porque es el índice de tipificación legal que sirve para delimitarla y establecer su contenido y régimen. Económica, pues la limitación de la duración se entiende puede ser factor que induzca a abaratar los precios en el mercado inmobiliario (no es lo mismo adquirir para siempre que adquirir por 20 años) en la medida en que, la existencia del derecho de reversión asegura el retorno de la propiedad a quien tenga el derecho a recuperarla transcurrido el término. Derecho de reversión que tiene valor económico.

En el negocio jurídico de adquisición es indispensable que se fije un plazo cierto y determinado de duración de la propiedad temporal pues es elemento identificador (art. 547-4.3 CCCat). El término lo determinan libremente las partes conforme a sus intereses, la norma establece mínimos para garantizar la oportunidad económica del derecho y para evitar que el recurso a esta propiedad pueda degenerar en una vía para burlar (defraudar) las leyes arrendaticias, y, del otro extremo, además el tiempo máximo se presenta indispensable, también por análogas razones a las expresadas, para la efectividad del derecho de reversión; en conjunto, para que económicamente, sea viable.

El plazo de duración para los bienes inmuebles no puede ser inferior a diez años y para los muebles de un año y en ambos no puede ser superior, en ningún caso a noventa y nueve años (art. 547-4.3 CCCat). Los noventa y nueve años no es plazo arbitrario, se justifica en que históricamente fue el término de los derechos de larga duración, un plazo que de manera común y continuada se ha utilizado y aún mantiene el Código civil de Cataluña para los derechos reales (cf, arts. 561-3.4, CCCat derecho de usufructo, 563-2.4 CCCat, para los derechos de aprovechamiento parcial, 564-3.2 a) CCCat para el derecho de superficie). Máximo que se adecua, también, a esta propiedad, aunque no se augure que, en nuestra cultura, al menos en las relaciones *inter privatos*, efectivamente, se agote¹⁵; sí, en cambio puede ser útil para las transmisiones lleve a cabo la Administración. Por supuesto entre el mínimo y el máximo caben varios tiempos según los intereses múltiples de las partes.

c) La presencia de *dos titulares*: el factor tiempo implica al propietario actual, que adquiere y a la persona a la que revertirá. El primero es el *propietario temporal* y el segundo es el *titular sucesivo*, que ostenta un derecho a la adquisición automática de la propiedad cuando tenga lugar su extinción y al que la norma otorga un contenido jurídico mientras permanece la propiedad temporal. Aunque cada posición jurídica puede estar formada por más de una persona; es decir puede existir una situación de cotitularidad (de la propiedad temporal o de la titularidad sucesiva).

d) En cuanto al *objeto* sobre el que recae, a pesar de que, en principio, la tipificación se hace con la finalidad de flexibilizar y abaratar el mercado inmobiliario, los bienes inmuebles no son su objeto exclusivo. También alcanza a los bienes muebles que sean duraderos, no fungibles y que además puedan constar en un registro público (art. 547-2 CCCat).

¹⁵ En este punto conviene recordar que en las figuras del *common law* que sirven de inspiración los plazos máximos que se barajan son los 300 años. Lo que se justifica por el distinto sistema de propiedad. En los ordenamientos de raíz latina difícilmente se admitiría una duración tan larga pues, como se dice en el texto, los 99 años se arrastran ya desde época inmemorial.

Las concreciones se explican por sí solas, si el bien objeto del derecho debe revertir a otro titular, al menos debe asegurarse que su uso no lo haga desaparecer o merme notablemente las utilidades o aprovechamientos que puedan obtenerse de él. De otra parte, la movilidad de los bienes de esta naturaleza aconseja, con la misma finalidad, que sean identificables con arreglo a criterios fijos, y esta individualización se consigue a través de cumplir determinados requisitos, en concreto los que permiten su constancia en registros públicos. De ahí, las precisiones de la norma. En cuanto al registro, sin descartar otros, se piensa en el Registro de Bienes Muebles (*Real Decreto 1818/1999, de 3 de diciembre*).

El derecho de propiedad temporal no se constituye, dada su naturaleza, de modo que lo adecuado es referirse, como hace la norma, a los medios aptos para su adquisición / transmisión, medios que no difieren de los comunes. Se lee en la norma (art. 547-4 CCCat) que el titular del derecho de propiedad puede retener la propiedad temporal y transmitir la titularidad sucesiva a un tercero o viceversa, transmitir la propiedad temporal y retener la titularidad sucesiva o transmitir ambas. En este último caso, por supuesto, a favor de distintos titulares (art. 547-4.1 CCCat). El negocio jurídico en general puede ser cualquiera, *inter vivos* a título oneroso (compraventa, permuta, cesión...) o gratuito (donación...). A los que se añade la adquisición derivada de los negocios *mortis causa* (testamento, pactos sucesorios) (art. 547-4.2 CCCat). Sólo se admiten medios negociales, el resto se excluye no porque se prohíban (la norma no lo hace), sino porque no son apropiados.

El contenido del acto de transmisión, excepto en la duración del derecho (imperativo) se deja libertad de pacto de las partes. No obstante, se enumeran algunas cláusulas que pueden acordarse para despejar las dudas que pudieran suscitarse en torno a su validez y para orientar acerca de las que se entienden adecuadas y compatibles. El artículo 547-5 CCCat (*régimen voluntario*), dispone que se puedan establecer las siguientes cláusulas:

- a) El pago a plazos del precio de adquisición
- b) La facultad del propietario temporal de prorrogar su derecho por un plazo que, sumado al inicial, no exceda del máximo legal, sin perjuicio de tercero.
- c) El derecho de adquisición preferente del propietario temporal para el caso de transmisión onerosa del derecho del titular sucesivo, y el derecho de adquisición preferente del titular sucesivo para el caso de transmisión onerosa de la propiedad temporal.
- d) Un derecho de opción de compra de la titularidad sucesiva a favor del propietario temporal.
- e) El derecho del propietario temporal a que el titular sucesivo le pague los gastos por obras o reparaciones necesarias y exigibles, atendiendo, principalmente, al tiempo que queda de la duración de la propiedad temporal y al importe de dichos gastos”.

No se requiere, salvo que el negocio jurídico de transmisión lo exija (como la donación, por ejemplo) una forma ni formalidad especial, rige, por lo tanto, el principio de libertad. Sin embargo, en cuanto al efecto de transmisión, con el fin de asegurar el derecho del titular sucesivo, se exige que se haga y acompañe de un inventario de los bienes que integran la propiedad temporal transmitida (art. 547-4.4 CCCat).

En concordancia con los principios de los derechos reales y de la publicidad registral, ni para su eficacia ni para la transmisión es necesaria la inscripción en un Registro público, ya el de la propiedad, ya otro, y en todo caso, la inscripción es meramente declarativa. Sí se recuerda, por su importancia, que cuando se practique la inscripción en ésta ha de constar la duración de la propiedad temporal y también debe figurar el régimen voluntario pactado por las partes, las cláusulas (art. 547-8.2 CCCat), sean las sugeridas sean otras. La inscripción produce los efectos que le corresponda, el de oponibilidad preferentemente, de acuerdo con la norma registral (art. 547-8.1 CCCat)¹⁶.

¹⁶ Art. 547-8 (*Inscripción*)CCCat:

“1. El título de adquisición de la propiedad temporal se inscribe en el registro correspondiente de conformidad con lo establecido por la ley y con los efectos correspondientes.

2.2. Contenido: facultades del propietario temporal. Facultades del titular propietario sucesivo

El contenido del derecho de propiedad temporal es el poder jurídico real en el que consiste el derecho. Como se está ante una situación en la que coexisten dos titulares, se distingue entre el poder del propietario temporal y las facultades del titular sucesivo. Conviene advertir que el poder jurídico de cada uno no es equiparable, ni tiene la misma naturaleza.

Poder jurídico y responsabilidad del propietario temporal (art. 547-6 CCCat). Dada la naturaleza jurídica de este derecho, el punto de partida es el derecho de propiedad.

1.- El propietario temporal goza de *de todas las facultades del derecho de propiedad*, con el límite derivado del carácter temporal y de que existe otro titular (el sucesivo). Corresponde al propietario temporal el contenido básico de las facultades dominicales, sin excepción, salvo en el tiempo que marca el momento de extinción; de modo que está legitimado para actuar como propietario. La presencia del titular sucesivo limita el poder del propietario temporal, en efecto, en los supuestos fijados en la norma, que afectan a la conservación del bien y a la responsabilidad (arts. 547-7.3 y 547-9.1 CCCat), como se explica *infra*.

2.- Así que el propietario temporal goza de *poder de disposición jurídico* de su propiedad. En verdad, no sería necesario que la norma lo explicitara ya que es auténtico propietario, sin embargo, para evitar equívocos se expresa que “puede enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen con el límite del plazo fijado, sin necesidad de que intervenga el titular sucesivo y sin perjuicio de que le sea notificado el acto una vez celebrado”. Añade, la norma que la propiedad temporal también se transmite por causa de muerte, supuesto en el que no cabe notificación (se aplican las normas de la sucesión).

3.- Cuando la propiedad temporal recae en un bien inmueble que está sometido al *régimen de la propiedad horizontal*, en consecuencia, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de este régimen corresponden en exclusiva al propietario temporal. Tampoco sería preciso expresarlo, pero era necesaria la visibilidad de la regla¹⁷.

Una disposición jurídica especial es la siguiente que explicita el precepto,

4.- El propietario temporal *puede transmitir otra propiedad temporal* de menor duración en favor de una o más personas, a la vez o a uno después de otro.

El poder de disposición jurídica, que forma parte del derecho de propiedad, también integra el poder del propietario temporal, sin que la temporalidad implique una restricción de esta facultad, de ahí que, dentro del tiempo de su propiedad pueda, a su vez, el propietario temporal transmitir una propiedad temporal de menor duración y lo pueda hacer bien a favor de una persona o de varias, y en este caso conjunta o sucesivamente. Cuestión aparte es cómo afecta el hecho de ser propiedad temporal al acto de disposición que hace su titular, que en virtud del principio, vigente en esta propiedad, *nemo dat quod non habet*¹⁸, todos los actos de disposición, como indica la norma, tienen como límite el tiempo de duración de la misma. Corolario del poder del propietario temporal es la inoponibilidad al titular sucesivo de los actos de disposición que extravasen la duración del

2. En la inscripción del título de adquisición debe hacerse constar la duración de la propiedad temporal y, si procede, el régimen voluntario que se haya pactado de acuerdo con lo establecido por el artículo 547-5”.

¹⁷ Esta regla se introdujo en el proceso parlamentario a raíz de varias enmiendas que se hicieron al proyecto, ante las dudas que parecía que podían suscitarse acerca de esta cuestión en caso de que no se dijera explícitamente.

¹⁸ No se puede dar lo que no se tiene; o si se prefiriere se transmite únicamente lo que se tiene.

derecho, excepto cuando éste hubiera consentido la transmisión, consentimiento, de otra parte, con el que no tiene porqué contar el propietario temporal como regla general (art. 547-7.2 CCCat).

También, por supuesto, corresponden al propietario temporal aquellas facultades que se hayan delimitado en el acto de transmisión de la propiedad temporal. Entre ellas, como se comentó, las del artículo 547-5 CCCat (*régimen voluntario*), si se pactan.

En su condición de propietario, el temporal posee, usa y disfruta del objeto como el propietario ordinario, sin más límites que los legales y los impuestos por la función social que correspondan al objeto. En inicio, por lo tanto, salvo los que se deriven de ésta, el propietario temporal no tiene obligación ni deber de conservar ni mantener el objeto. No obstante, la presencia del titular sucesivo y, particularmente, el derecho de reversión sin merma del poder del propietario temporal, impone un deber de mantenimiento mínimo cuyo incumplimiento genera responsabilidad frente al titular sucesivo. De una parte, en el caso de que el bien se haya deteriorado en un 50% o más de su valor por culpa o dolo del propietario temporal, el titular sucesivo puede exigirle que se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción (art. 547-7.3 CCCat); de otra, cuando se extingue la propiedad temporal, responde, también, ante el titular sucesivo de los daños que haya ocasionado por culpa o dolo (art. 547-10.2 CCCat). Finalmente, si el propietario temporal no se ha hecho cargo de las obras de reparación o reconstrucción cuando el deterioro del bien es del 50% o más, este hecho es causa de extinción de la propiedad temporal (art. 547-9.1 b CCCat).

Situación jurídica del titular sucesivo (art. 547-7. CCCat).

A diferencia del propietario temporal el titular sucesivo, técnicamente tiene un derecho de adquisición que actúa en el momento en que se extinga la propiedad temporal, al que la norma dota del contenido necesario para asegurar la efectividad de la reversión. Respecto a este titular se distinguen dos momentos:

Mientras permanece la propiedad temporal el titular sucesivo (art. 547-7 CCCat),

1.- Puesto que necesariamente adquirirá cuando acabe el plazo, (es un derecho de adquisición) este derecho comporta un contenido jurídico además del valor económico del mismo; lo que explica que la norma le legitime para enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen su derecho, así como disponer por causa de muerte. En el entendimiento de que no trasmite más de lo que tiene y solo, por lo tanto, su posición jurídica.

2. - Se le atribuyen *facultades de control* del uso adecuado del objeto sobre el que recae la propiedad. “El titular sucesivo podrá exigir al propietario temporal que se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción si el bien sufre una depreciación de un 50% o más, por culpa o dolo del titular de la propiedad temporal” (art. 547-7.3 CCCat)

Una vez *agotado el tiempo*, el titular sucesivo deviene titular del derecho de propiedad ya plena, ya temporal, en los casos en que el propietario temporal haya cedido otra propiedad temporal. Adquisición que es una auténtica reversión y que es automática, cuando llega el tiempo, y le legitima para tomar directamente la posesión del bien (arts. 547-9.1 a) y 547-10 CCCat). Reversión sin contraprestación pues la propiedad temporal se transmitió por el valor que le correspondía, de manera que su recuperación no comporta compensación económica. Precisamente por ello las mejoras y accesiones introducidas en el bien que subsisten y los frutos pendientes en el momento de la extinción, en defecto de pacto, pertenecen al titular sucesivo (art. 547-10.3 CCCat).

2.2. EXTINCIÓN

La propiedad temporal, además de por las *causas* generales de extinción de la propiedad, se extingue (art 547-9 CCCat):

- a) Por el vencimiento del *plazo*. Es la causa natural de extinción de este derecho.
- b) Por *deterioro del bien en un 50%* o más de su valor por culpa o dolo del propietario temporal, si éste, una vez requerido por el titular sucesivo, no se ha hecho cargo de las obras de reparación o reconstrucción¹⁹.

En cuanto a los *efectos de la extinción*, (arts. 547-9. 2 y 547-10 CCCat):

- a) La extinción de la propiedad temporal comporta la adquisición del dominio del titular sucesivo y la toma posesión por sí mismo.
- b) Las mejoras y accesiones que existan y los frutos pendientes en el momento de la extinción, salvo pacto, pertenecen al titular sucesivo.
- c) En los casos de renuncia al derecho, abandono de la posesión o de cualquier otra causa de extinción voluntaria, los derechos reales que graven el objeto de la propiedad subsisten hasta que no venza el plazo o no concurra el hecho o la causa de extinción.

3. PROPIEDAD COMPARTIDA

Esta modalidad de propiedad, que es el nuevo capítulo VI del título V (las situaciones de comunidad), es una versión del siglo XXI de las figuras censales; con todo, tiene caracteres propios que la separan, aunque se inspire en ellos, pues además se emparenta con la copropiedad ordinaria como una modalidad de comunidad. En este caso, también, el legislador se ha decantado por la propiedad, pero poniendo énfasis en la manera de adquisición (gradual en el tiempo y fraccionada, cuotas) y la situación de comunidad especial entre transmitente y adquirente mientras se completa aquélla (adquisición de las cuotas), que la distancia de las fórmulas tradicionales (como la venta con precio aplazado o sometida a condición resolutoria).

En la propiedad compartida existe una situación de comunidad, integrada en la comunidad indivisa pero delimitada como especial. En efecto, en ella se establece, de una parte, una separación entre la propiedad material, que corresponde a quien está en posesión del objeto, lo usa y disfruta, y la propiedad formal que es del titular que, a medida que la otra parte va adquiriendo las cuotas de propiedad que no tenía, dejará de serlo cuando finalice el proceso adquisitivo. Es una situación que combina la comunidad indivisa y el uso exclusivo del bien adquirido, que determina la concurrencia de: a) Cuotas (derechos) de propiedad, entre dos partes, de contenido diverso; b) Poder jurídico sobre el objeto, cuya utilidad máxima es del propietario material y c) Un proceso de adquisición de la propiedad de las cuotas.

Elementos reales de poder absoluto en donde confluye la situación jurídica, necesaria, de comunidad, junto a elementos contractuales: el vínculo obligatorio nacido del contrato en el que se establece el plan gradual y el compromiso de adquisición. La vocación final de esta situación jurídica culmina con el advenimiento a la propiedad *exclusiva* sobre el bien de uno de los comuneros (el propietario material); comunidad sin acción de división y en la que el uso, posesión y aprovechamiento del bien se atribuye, en exclusiva, a quien adquiere.

3.1. Delimitación

En la propiedad compartida las partes – propietario material y propietario formal – en el negocio de adquisición pactan la transmisión de la propiedad de un bien que se llevará a efecto de manera gradual y por cuotas. Se asigna a cada una de las posiciones jurídicas una cuota de propiedad cuyo contenido económico se calcula atendiendo al precio del bien y a lo que el adquirente (propietario material) paga inicialmente. En el contrato de transmisión se acuerda el plan de adquisición entre las partes, distribuida la cuota del

¹⁹ La norma recuerda la que se aplica a los casos de abuso en el derecho de usufructo y el derecho de uso y habitación (cf, arts. 561-8, 562-5 CCCat).

propietario formal que queda por adquirir en fracciones (cuotas) que son las que ha de ir adquiriendo el propietario material que irá incrementando económicamente su cuota de manera gradual hasta que complete por entero la adquisición. Mientras está vigente esta propiedad, el propietario material es quien actúa como propietario único y exclusivo, sólo limitado por los poderes del propietario formal cuyo contenido jurídico es más reducido. A cambio de la posesión exclusiva del bien, el propietario material paga una contraprestación por el uso exclusivo (que no es renta) que decrecerá a medida que se complete la adquisición.

El esquema del proceso es el siguiente: el adquirente paga una parte del precio más o menos elevada (que financia, total o parcialmente) y le da acceso ya a la propiedad y a la posesión material y el control pleno del objeto. El resto del precio se distribuye en partes, que son las cuotas que, conforme al programa irá adquiriendo en el tiempo establecido. Ambos, adquirente (propietario material) y quien trasmite (propietario formal) son copropietarios hasta que finalice la adquisición. La particularidad reside en la manera en que, legalmente, se fija el ámbito de poder jurídico real de cada una de las posiciones.

Aunque la propiedad compartida, en inicio, está pensada para la adquisición gradual de la propiedad, en la que el adquirente propietario material irá incrementando su cuota, no obstante, no se descarta que, en algún momento del proceso, pueda tener lugar la situación inversa: que sea el propietario formal quien adquiera parte de la cuota de aquél. Generalmente, sucederá cuando el propietario materia no pueda hacer frente a nuevas adquisiciones, y siempre que se pacte. La versatilidad de la figura, y sobre todo la relevancia del acuerdo contractual permiten flexibilizar la adquisición, a la par que, al menos sobre el papel, facilita que se acople a las circunstancias económicas de las partes.

Conforme a lo que se lleva explicado hasta aquí, la propiedad compartida comporta una modalidad de comunidad; situación jurídica de poder en la que existe más de un titular que comparten de manera conjunta y concurrente un mismo derecho sobre un mismo objeto en el mismo momento (art. 551-1.1 CCCat); en este caso, situación en la que el propietario material es titular de una cuota del dominio, la posesión, el uso y disfrute exclusivo del bien y del derecho de adquirir (de la naturaleza del derecho de opción), de manera gradual, la cuota restante del otro titular, el propietario formal (art. 556-1.1 CCCat).

Esta propiedad compartida se delimita por la confluencia de los siguientes elementos de tipificación: comunidad (cuotas) – derecho de adquisición preferente (opción) – situación jurídica de posesión, uso y disfrute pleno y exclusivo del propietario material. Comunidad para la que se excluye expresamente la acción de división (art. 556-1.2. CCCat) que es incompatible con la finalidad perseguida: que el comunero adquirente se haga con la propiedad exclusiva del bien. Situación en la que, asimismo, con independencia del número de personas que formen parte de cada posición jurídica (una o varias) la cotitularidad solo es de dos personas – posiciones jurídicas (partes): la del adquirente (propietario material) y la de quien trasmite (propietario formal).

La caracterización legal es mínima, se deja un amplio margen a la autonomía privada. El régimen jurídico es el pactado en el título de adquisición (el que crea la comunidad) y en las disposiciones de la ley, complementariamente se rige por las normas del Código civil de Cataluña de la comunidad ordinaria indivisa y las de los derechos de adquisición, en lo que sean compatibles (art. 556-3 CCCat).

Aunque esta modalidad de comunidad se visibiliza, como ocurre con la temporal, con la finalidad de recuperar el movimiento de transacciones del mercado inmobiliario, los bienes inmuebles, tampoco en este caso son los únicos sobre los que se puede pactar. Asimismo se pueden sujetar a este régimen bienes muebles duraderos, no fungibles y que además puedan constar en un registro público (art. 556-2.1 CCCat).

A ello se agrega, a modo de recordatorio, pues sin la alusión expresa también cabría en base a la autonomía de la voluntad, que sobre un bien en régimen de propiedad temporal

se puede constituir una propiedad compartida (art. 556-2.2.CCCat). Previsión de sentido común porque el componente contractual de esta figura jurídica, que es el programa o plan de adquisición gradual, permite adquirir un bien cuya propiedad no sea perpetua; al factor de la manera de adquisición se agrega, aquí, el carácter temporal del derecho adquirido.

3.2. Adquisición

El alto componente contractual de esta figura jurídica explica que la vía normal de establecimiento se efectúe mediante negocio jurídico, oneroso o gratuito *inter vivos*. Con todo, se admite que los negocios jurídicos *mortis causa* (testamento, pacto sucesorio) puedan ser un medio de establecimiento (art. 556-4.1 CCCat).

Respecto del contenido, el principio de libertad contractual que se mantiene implica que son las partes quienes fijan los elementos básicos y, en particular, el plan de adquisición gradual, así como quienes delimitan la posición jurídica de cada una en la relación contractual. Con todo, la norma dispone un contenido necesario que concreta la caracterización jurídica de esta modalidad, indispensable para su tipificación.

En el título de constitución de la propiedad compartida, debe constar (art. 556-4 CCCat):

a) La cuota inicialmente adquirida.

b) El derecho de adquisición gradual y los requisitos y condiciones de su ejercicio. En defecto de pacto, las cuotas sucesivamente adquiridas no podrán ser inferiores al 10% del total de la propiedad.

Se lee en el Preámbulo²⁰ que “Si bien la cuota mínima inicial se deja a la voluntad de las partes, la adquisición de las restantes cuotas mediante el ejercicio del derecho de adquisición gradual debe representar, en defecto de pacto, un mínimo del 10 %. De hecho, con relación a las viviendas y teniendo en cuenta la experiencia comparada, se cree que la proporción ideal sería de un 5% de dominio adquirido con capital propio del propietario material, de un 20 % de dominio que el propietario material adquiere con financiación hipotecaria y del 75 % restante que permanece en manos del propietario formal”.

Este derecho de adquisición es preferente, participa de la naturaleza del derecho de opción (en el que la iniciativa la toma el adquirente) y, pueden existir varios, en verdad tantos como las fracciones programadas.

c) La contraprestación dineraria, si existe, por el ejercicio en exclusiva de las facultades dominicales atribuidas sobre el bien, su actualización y los criterios para determinarla a medida que se ejerza el derecho de adquisición gradual.

El propietario material es quien está legitimado para actuar, sobre el objeto, prácticamente, como si fuera su propietario exclusivo, como se verá *infra* al analizar su posición jurídica. Mientras existe la propiedad compartida, el propietario formal no tiene ningún poder jurídico sobre el bien objeto del derecho sino que sólo mantiene la cuota que es el derecho, sin posesión, uso y disfrute; la falta de aprovechamiento, a la que tendría derecho de ser una comunidad ordinaria (art. 552- 6 CCCat) se suple con la posibilidad de pactar una contraprestación dineraria que se obliga a pagar el propietario material. Una contraprestación que no es, técnicamente, un alquiler o renta, sino el precio del uso exclusivo del objeto en situación de comunidad. De ahí que pueda aminorarse a medida que se adquieran nuevas cuotas y que, al no ser una renta no sean aplicables las reglas particulares del contrato de arrendamiento, tanto sustantivas como procesales en el caso de

²⁰ Preámbulo II.4.

incumplimiento por falta de pago. Sin embargo, esta contraprestación no se impone, de modo que queda a la voluntad de las partes.

La duración de la propiedad compartida es la que fijen las partes y si no se expresa es de treinta años; en ningún caso, podrá superar los noventa y nueve años.

Sigue vigente el principio de libertad formal del negocio adquisitivo, así como el carácter voluntario de la inscripción en el Registro, ya el de la Propiedad ya el que corresponda para los bienes muebles. La inscripción es meramente declarativa, pero se dispone, por su importancia, que en ella han de constar las circunstancias que deben contenerse en el título de constitución y, además, en su caso, los derechos de tanteo y retracto (art. 556-5.1 y 2. CCCat). Cuando la propiedad compartida recaiga sobre un bien inmueble, se inscribe, de acuerdo con la legislación hipotecaria, en el folio abierto para la finca matriz. La inscripción del derecho del propietario material se practica en folio independiente en el que se remitirá al régimen de propiedad compartida (art. 556-5. 3 CCCat).

3.3. Posición jurídica del propietario material

Técnicamente, el propietario material (el adquirente), pese a no ser titular de todas las cuotas sobre el objeto, actúa como si fuera único y exclusivo propietario con las limitaciones derivadas de su naturaleza compartida, además de las ordinarias de todo propietario. A ello se añaden los límites particulares impuestos con la finalidad de evitar la pérdida o depreciación del objeto antes de que se complete la adquisición de todas las cuotas, mientras persiste la situación de compartir la titularidad.

El doble componente de derecho real y de relación contractual, en el negocio de adquisición, lleva a diferenciar, a la hora de identificar la posición jurídica del propietario material entre ambos aspectos que están vinculados de manera necesaria. La ley, también, en este punto, sólo regula mínimos esenciales que identifican la copropiedad, dejando el resto a los pactos entre las partes; además, aunque no se dice, en lo que atañe al negocio adquisitivo se aplican las normas que correspondan al acto jurídico utilizado, adaptadas a esta modalidad de propiedad. Así las reglas de protección de los consumidores (cualquiera que sea la norma en que se contenga²¹), de la vivienda...etc.; en definitiva, las generales de los contratos y las particulares del objeto adquirido.

Desde su *poder jurídico real*, corresponden al propietario material *la facultad de* (art. 556-6.1 CCCat):

a) *Poseer, usar y disfrutar* del bien de forma plena y exclusiva, con el límite, salvo que se haya pactado lo contrario, de no comprometer su subsistencia.

Es el contenido del derecho de propiedad. El propietario material tiene la posesión (*ius possidendi*), el uso y percibe los frutos de manera plena y exclusiva; es decir con la facultad de expulsar a los demás, incluso al propietario formal. Dicho esto, mientras no complete el proceso adquisitivo, este poder pleno no le legitima a comprometer la subsistencia física del objeto, como lo podría hacer de ser el único propietario. Límite,

²¹ A la que se llama expresamente en la Disposición adicional tercera. *Relaciones de consumo*.

“1. En los casos en que la transmisión de la propiedad temporal o de la propiedad compartida se produce en una relación de consumo, todos los agentes que intervienen en el proceso de prestación de servicios inmobiliarios y financieros relacionados con dicha transmisión deben cumplir las obligaciones establecidas por la normativa de consumo. En el supuesto de que el bien sea una vivienda, deben cumplir también las obligaciones establecidas por la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

2. El adquirente que tenga la condición de consumidor goza de los derechos y garantías que le otorga la normativa a que se refiere el apartado 1”.

La norma sobra porque la aplicación de la normativa de consumo no necesita de llamadas expresas; no obstante, en la fase parlamentaria se introdujo esta disposición ante las dudas que se plantearon en el seno de la Ponencia de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

consustancial a la comunidad ordinaria, que se explicita para prevenir la eventualidad de que no acabe la propiedad en manos del adquirente.

b) *Enajenar, hipotecar* y someter a cualquier otro gravamen su cuota, así como disponer por causa de muerte.

Es la facultad de disposición jurídica sobre el objeto de la propiedad. El propietario material puede realizar cualquier acto de disposición, por cualquier título, oneroso y gratuito, *inter vivos* y *mortis causa*, sin ningún límite. Sin embargo, este poder de disposición jurídica, en aplicación del principio *nemo dat quod non habet*, sólo actúa en relación a la cuota que tenga en el momento en que tiene lugar el negocio de transmisión, pero no en la cuota de la otra posición (aplicación del art. 552-3.1 CCCat). El propietario material que enajena su cuota debe comunicar el cambio de titularidad al propietario formal; mientras no lo haga, responde solidariamente del pago de la contraprestación dineraria (art. 556-9.3. CCCat).

Cuando la transmisión de la cuota se hace a una tercera persona a título oneroso, además, el propietario material, a menos que aquél renuncie, tiene la obligación de aportar un documento que acredite que está al día en el pago de la contraprestación, sin el que no se puede otorgar la escritura pública (art. 556-9.2 CCCat). Norma de protección de los adquirentes que recuerda la paralela del régimen de la propiedad horizontal (cfr, art. 553-5.2 CCCat)

Agrega el precepto (apartado 3) que, aunque el propietario material está legitimado para llevar a cabo todos los actos de riguroso dominio necesita del consentimiento del propietario formal para dividir el bien. Este límite se justifica porque la división provoca la aparición de nuevos objetos de derecho, de ahí, la necesidad de consentimiento de la otra parte y del acuerdo en el que debe constar, necesariamente, la distribución entre los bienes resultantes tanto del precio de adquisición como de la contraprestación dineraria.

c) *Adquirir de forma gradual* más cuota en la forma establecida en el título de constitución.

Es un derecho de adquisición preferente que participa de la naturaleza del derecho de opción: el propietario material tiene una prioridad (poder jurídico) sobre cualquiera otra persona, para adquirir la cuota restante. La especialidad está en su carácter gradual, programado en el tiempo establecido en el título de constitución, que comporta la existencia de varias opciones (derechos).

Cuando el objeto adquirido está sometido al régimen de propiedad horizontal existe una situación particular. Para evitar equívocos la norma establece la regla, coherente con la configuración, de que a quien corresponde el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este régimen es en exclusiva al propietario material (art. 556-6.3 CCCat). Así, también es éste quien ha de hacer frente al pago de los gastos ordinarios de la comunidad; sin embargo, los gastos extraordinarios y de ejecución de obras de instalaciones se reparten entre los dos propietarios en proporción a la cuota de propiedad de cada uno de ellos (en el momento en que deban hacerse) (art. 556-6 CCCat).

En lo que se refiere a la *relación jurídica contractual* entre las partes, son obligaciones del propietario material (art. 556-7 CCCat):

a) Pagar el precio de adquisición de las cuotas.

b) Satisfacer la contraprestación dineraria (art. 556-4. 2, c) CCCat), cuyo importe, salvo pacto, disminuye en proporción a medida que se adquiere más cuota.

c) Hacer frente a todos los gastos y los impuestos vinculados a la propiedad del bien.

Se agrega, como contenido legal mínimo, que ambas posiciones jurídicas, salvo que se hubiere excluido en el negocio de adquisición, gozan de los derechos de tanteo y retracto que corresponden a los comuneros, para el supuesto en que cualquiera de los propietarios enajene a título oneroso su cuota (art. 556-10 CCCat)

3.4. Posición jurídica del propietario formal

El propietario formal es, permítase la repetición, un propietario, en verdad, copropietario; en cierta medida es un titular residual pues al compás en que se cumple el programa su cuota irá disminuyendo económicamente hasta quedar toda en manos del propietario material. Con todo, mientras permanece la situación de propiedad compartida, de una parte se le atribuyen las facultades del condómino, y, de otra, las particulares de la relación jurídico real, que le confieren, entre otras, un control de la situación.

El propietario formal tiene las *facultades* siguientes (art. 556-8 CCCat):

a) Enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen su cuota, así como disponer por causa de muerte, sin perjuicio de los derechos de tanteo y retracto del propietario material.

Son las facultades dominicales de disposición jurídica que forman el contenido del derecho de propiedad, también, en las situaciones de comunidad (cf, art 552-3 CCCat). La disposición es, conviene remarcarlo, de la cuota que tenga (en su contenido económico) en el momento en que efectúe el acto jurídico; puede ser por actos *inter vivos* o *mortis causa* y, aunque no se explicita, tanto a título oneroso como gratuito. En el supuesto de enajenación a título oneroso, el propietario material, salvo que se haya excluido en el título de adquisición expresamente, goza de los derechos de tanteo y retracto (art. 556-10 CCCat).

Nótese que, a diferencia del propietario material, al propietario formal no se le otorga el poder de disposición material del objeto y tampoco las facultades de poseer, usar y disfrutar porque éstas se atribuyen, en exclusiva a aquél. Pertenencia de aquél que es elemento de tipificación del derecho de propiedad compartida, no resultado de un acuerdo de distribución entre los copropietarios (cf, art 552-6 CCCat); de modo que la posición jurídica de poder, el contenido del derecho (cuota) del propietario formal es, valga la reiteración, del derecho, no de la cosa. De ahí, asimismo, deriva el adjetivo de *formal* de esta propiedad.

El propietario formal que enajena su cuota debe comunicar el cambio de titularidad al propietario material; mientras no lo haga, son eficaces los pagos y las notificaciones al antiguo propietario formal (art. 556-9.4 CCCat). Es una previsión exigida, doblemente, primero por el derecho de tanteo y retracto que, salvo que se haya excluido, tienen ambos propietarios recíprocamente, y segundo, por aplicación de las reglas generales de la cesión de créditos (art. 15217 CC).

b) Exigir al propietario material, salvo pacto en contrario, que se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción si el bien se deteriora en un 20% o más o se compromete su subsistencia. A lo que se agrega el derecho de inspección, es decir el derecho a acceder al inmueble para comprobar su estado.

Es esta una facultad de vigilancia de carácter real que, como se comentaba *supra*, está pensada en previsión de que no se complete el proceso adquisitivo, para evitar que, si no llega a buen fin, se pierda (subsistencia) la cosa o su valor. El que la depreciación que justifica la exigencia de la reparación o rehabilitación sea, en esta modalidad de propiedad, menor (20%) que en la propiedad temporal (50%) se explica por la diferente situación jurídica en un caso y otro, dado que en la propiedad material, si se desarrolla todo con normalidad el deber de conservación del objeto es mayor porque se priva a la otra parte de su posesión y uso. En la propiedad temporal, en cambio, el titular sucesivo hasta que no

llegue el plazo sólo tiene un derecho de adquisición que no comporta, en ningún caso, la posesión que se da en aquélla y no actúa hasta que se extingue.

Si el propietario material niega el acceso al propietario formal o si después de ejercitar la facultad de inspección comprueba que la subsistencia del bien está afectada, puede solicitar al juez que acuerde las medidas cautelares pertinentes (art. 556-8 b CCCat).

c) En el caso de que se haya pactado una contraprestación dineraria por el uso exclusivo, puede exigir su cumplimiento al propietario material (art. 556-7 b CCCat). Además, sin perjuicio de lo que las partes puedan acordar, para garantizar el cobro de esta obligación, se establece la afección real de la cuota del propietario material a ella durante el año en curso y los dos años inmediatamente anteriores, y se califica como preferente este crédito (art. 556-9.1 CCCat, norma similar a la de la propiedad horizontal, arts. 553-4 y 553-5 CCCat).

3.5. Extinción

La causa de extinción natural de la propiedad compartida es su conversión en propiedad exclusiva y única en cabeza del propietario material, por culminación del proceso adquisitivo. Logro que dará razón de ser a esta figura jurídica en la que se manifiesta la coexistencia entre los derechos reales (la comunidad indivisa especial, que es la propiedad compartida) y los de crédito (compraventa a plazos de las cuotas). La norma junto a ésta enuncia otros hechos extintivos; sin embargo, los efectos no son homogéneos en todos los casos.

La propiedad compartida se extingue (art. 556-11.1, *extinción* CCCat):

a) Por la reunión en una sola titularidad de la totalidad de las cuotas de propiedad.

Si convergen todas las cuotas en cabeza de uno de los propietarios la propiedad se extingue. Aunque, en apariencia se trata de la consolidación, no es así porque las cuotas no se gravan una a la otra, y ambos titulares son propietarios (compartidos – comuneros). Es el reflejo, a su vez de lo previsto para la comunidad de bienes ordinaria (art. 552-9 b CCCat).

b) Por la destrucción o pérdida del bien.

Es una causa de extinción común (arts. 532-2, 552-9 b) CCCat y alcanza tanto a la desaparición física o material cómo a la jurídica (*res extra commercium...*).

c) Por el vencimiento del plazo de duración de la propiedad compartida.

La duración es de treinta años, salvo que las partes acuerden un plazo distinto que, en ningún caso puede ser superior a noventa y nueve años (art. 556-4.3 CCCat). Es normal que la llegada del término, que tiene el carácter de final, acaree la extinción, con independencia de que se haya completado o no la adquisición. Si no ha ocurrido así, se producirá la conversión de la situación en una comunidad ordinaria indivisa entre ambos propietarios; comunidad a la que se podrá dar fin mediante el ejercicio de la acción de división (art. 552-10, 552-11 y 552-12 CCCat).

En la generalidad de los casos, con todo, es de esperar que el plan de adquisición, aunque se programe en un número de años, no llegue, por sentido común y económico, a superar los treinta años, y si es así, y no se completa, estos treinta años, debe notarse que coinciden con el plazo de preclusión de los derechos (art. 121-24 CCCat)²². Pero si no se ha

²² Art. 121-24 CCCat (Plazo de preclusión): “Cualquier pretensión susceptible de prescribir se extingue, en todo caso, por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido causas de suspensión o que las personas legitimadas para ejercitarla no hayan conocido o no hayan podido conocer los datos o las circunstancias a las que se refiere el artículo 121-23 en materia de computo de plazos”.

completado la adquisición es lógico que se permita al propietario formal ejercitar la acción de división para, de este modo, recuperar el objeto.

d) Por falta de ejercicio de cualesquiera de los derechos de adquisición gradual acordados, salvo pacto en contrario.

Esta causa guarda parentesco con la anterior, pero es distinta porque aquí, expresamente, la extinción deriva de la falta de ejercicio del derecho de adquisición gradual y afecta al propietario material. No puede dejarse al arbitrio exclusivo de éste, la permanencia de una comunidad configurada como temporal, y tampoco, el cumplimiento de la relación contractual adquisitiva programada (art. 1256 CC). Es, además, una alternativa al ejercicio de la acción de reclamación que tiene el acreedor (en este caso el propietario formal). Con todo, es causa de extinción que no tiene carácter imperativo. Se puede pactar en contrario, entiendo que en cualquier momento de la existencia de esta propiedad.

Extinguida la propiedad compartida por esta causa o por la anterior, la comunidad pasa a ser la ordinaria indivisa. Para este supuesto, la norma concede al propietario formal que, cuando se ejercite la acción de división, pueda exigir que se le adjudique todo el bien objeto de la comunidad pagando en metálico el 80% del valor pericial de la participación que corresponda al propietario material (art. 556-11.3 CCCat). Regla que responde a la realidad pues el propietario formal es el que tendrá, dadas las causas por las que se extingue la propiedad compartida, la mayor cuota económica, además de mayor interés en recuperar la propiedad plena. De otra parte, dado que el propietario material ha poseído, usado y disfrutado de la cosa, y, además, puede que incluso haya dejado de pagar alguna contraprestación, a modo de sanción civil se le impone que no pueda recuperar el 100% del valor de su cuota sino el 80%, sin que ello implique que estén comprendidos los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

e) Por la conversión en un régimen de comunidad ordinaria o especial.

Es una causa que coincide con las de extinción de la comunidad (art. 552.9 d) CCCat). La conversión requiere, entiendo, acuerdo entre los propietarios, salvo en los casos en que opere de manera automática (como puede ser el de la letra c); lo que corrobora que no actúe solo a favor de la comunidad ordinaria (lo que se presume, como comunidad tipo, art. 552-1.3 CCCat) sino también de cualquier otra comunidad especial.

f) Por el acuerdo de los dos titulares

Para extinguir es necesario, como en la comunidad ordinaria (art. 552-9 e CCCat), el acuerdo de ambos titulares; es el mutuo disenso. La extinción, dependiendo de la situación material en la que se esté llevará a la conversión en otra comunidad o a su liquidación entre las partes, con las devoluciones e indemnizaciones pertinentes.

g) Por la renuncia de cualquiera de los titulares, que comporta el acrecimiento a favor del otro.

También, la renuncia es causa de extinción general de cualquier derecho y de la comunidad (arts. 532-4, 552-6 CCCat). El acrecimiento consecuencia de la renuncia implica que se reúnen las cuotas en cabeza de uno de los propietarios, lo que deriva en la propiedad única para uno, pues es una comunidad de dos. Con todo, no es igual el régimen de la renuncia del propietario material que el del propietario formal. El propietario material, además de la declaración de abdicación del derecho requiere necesariamente del acto material del abandono (arts. 543-1 y 543-2 CCCat). En cambio, al propietario formal le basta con expresar su voluntad, ya que no está en posesión del bien. En todo caso, la renuncia no exime al renunciante de cumplir las obligaciones vencidas y aún pendientes, ni perjudica los derechos constituidos a favor de terceros (art. 556-11.2 CCCat)

Finalmente, se aclara que la ejecución forzosa de cualquiera de las cuotas, es decir tanto la del propietario material como la del formal, no es causa de extinción de la propiedad compartida, pues opera la subrogación real del rematante en la posición jurídica que corresponda (art 556-12 CCCat). Es indiferente la causa de la ejecución, que se puede deber al incumplimiento de la obligación de devolución del préstamo hipotecario del propietario material, que hipotecó su cuota para adquirirla, o a que el propietario formal fue quien hipotecó su cuota, u otra cualquiera. Lo relevante es la declaración legal de que quien adquiere un bien, incluso aunque sea a través de la ejecución, lo hace en las condiciones jurídicas en las que estaba: una subrogación que, además de real es legal.

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL TIPO DE ABUSO Y TIPO DE FIDELIDAD

ELPIDIO JOSÉ SILVA PACHECO
Director de Elpidio Silva Abogados

Fecha de recepción: 9 de octubre de 2015
Fecha de aceptación: 18 de noviembre de 2015

RESUMEN: El delito de administración desleal se recoge actualmente en el artículo 252 del Código Penal, sustituyendo a la anterior tipificación del artículo 295 del mismo Cuerpo Legal. En ambos preceptos late, junto con el denominado tipo de abuso, un tipo de fidelidad o lealtad. El nuevo artículo 252 ya no restringe el tipo penal a facultades dispositivas o negociales. Además, trasciende que para ambos preceptos se responde penalmente cuando las más elementales reglas de supervisión, control o vigilancia hayan sido omitidas o gravemente incumplidas, de modo que causalmente por tal motivo se haya provocado la administración desleal. Así lo confirma, en parte, la regulación de planes de *compliance* en el artículo 31Bis del vigente Código Penal. La lealtad o fidelidad en el desempeño del encargo son nociones nucleares que rigen la actividad de todo administrador patrimonial. El principio de taxatividad penal, en aras a la debida sujeción al principio de legalidad, no aparece conculcado en absoluto por exigir tales deberes de vigilancia tanto al administrador directo como a sus superiores. Estos cometidos de vigilancia y fidelidad son conocidos sobradamente en el tráfico jurídico; y se configuran, a modo de guía, mediante protocolos de actuación o de *compliance* que deben conocerse, en todo caso, por los administradores de patrimonios, singularmente en el ámbito corporativo. El tipo de fidelidad o lealtad es la médula del tipo de abuso, y los protocolos de cumplimiento normativo soportan la guía frente a una administración desleal.

ABSTRACT: The crime of disloyal administration is currently included in article 252 of the Penal Code. This precept substitutes the previous legal description of article 295 of the same Legal Body. In both precepts there lays, together with the aforementioned type of abuse, a type of faithfulness or loyalty. The new article 252 no longer limits the penal type to authorizing or negotiating parties as the source responsible to the administered patrimony. Furthermore, it has been extended so that both precepts for criminal law respond when the most elementary rules of supervision, control or vigilance have been omitted or gravely broken, because of which and fortuitously the disloyal administration has been caused. The regulation of *compliance* plans specifically confirms this in article 31Bis of the current Penal Code. Loyalty and faithfulness in carrying out tasks are nuclear notions which govern the patrimonial administrator's activity. The principle of penal taxativity, in the interests of the proper subjection to the principle of legality, is not at all infringed upon by demanding such duties of vigilance both from the direct administrator and their supervisors. These tasks of vigilance and faithfulness are well known in the legal services; and they are shaped, as a guideline, through action or *compliance* protocols which should be known, in all cases, by the patrimony administrators, especially in the corporate field. The type of faithfulness or loyalty is the essence of the type of abuse, and the protocols for compliance with rules support the guidelines in the face of disloyal administration.

PALABRAS CLAVE: Administración desleal, reforma Código Penal, administrador patrimonial.

KEY WORDS: Disloyal administration, criminal code reform, administrator.

SUMARIO: I. SISTEMÁTICA DEL NUEVO ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL. II. CAPACITACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES CONFORME A PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN. III. GUÍAS DE CUMPLIMIENTO Y EXCESO EN EL EJERCICIO DE LA ADMINISTRACIÓN. IV. EL ARTÍCULO 266 DEL CÓDIGO PENAL ALEMÁN (STGB). V. EL TIPO DE FIDELIDAD O LEALTAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. VI. PROTOCOLOS DE CUMPLIMIENTO Y PREVALENCIA DEL PATRIMONIO ADMINISTRADO. VII. EL ARTÍCULO 252 EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. VIII. EL DEROGADO ARTÍCULO 295 FRENTE AL VIGENTE ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL. IX. EL PARADIGMA DEL ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL. X. RETOS DE LA DOGMÁTICA PENAL.

I. SISTEMÁTICA DEL NUEVO ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 252 del Código Penal, de acuerdo con la reforma establecida por la Ley Orgánica 1/2015, penaliza el delito de administración desleal con la misma dosimetría destinada al delito de estafa, contemplado en el artículo 249 o en sus modalidades agravadas del artículo 250 del mismo Texto Legal. Suplanta al anterior artículo 295 del Código Penal, que se vacía de contenido. El nuevo precepto extrae la conducta de administración desleal del ámbito estrictamente societario para considerarlo como defraudación en general. Ahora, en tanto que delito contra el patrimonio (Título XIII del Código Penal), se localiza en su Capítulo VI integrando la Sección Segunda: *De las defraudaciones*. Antes, como delito societario, no se interpretaba correctamente la enjundia de la administración desleal, al restringirla en una órbita corporativa. Ahora la administración desleal constituye una forma más de fraude, fragmentada en los múltiples aspectos que integran la gestión de un patrimonio, en forma societaria o no.

Por tanto, de aquí en adelante lo significativo, respecto de la lealtad corporativa, no será ya el nicho delictivo en que se desenvuelva. Lo esencial consistirá, más bien, en diagnosticar si nos hallamos ante una conducta desleal, respecto de un patrimonio herido por un proceder a veces aparentemente disperso o fragmentado, pero tributario en todo caso de un dolo criminógeno. Desde la perspectiva de cómo se despliega la administración desleal para conculcar el bien jurídico, la reforma acierta posicionando el delito donde corresponde, entre la estafa (Sección Primera) y la apropiación indebida (Sección Segunda Bis).

Lamentablemente, no se ha aprovechado para tipificar subtipos agravados específicos, ni se han mejorado los defectos del precepto original (el artículo 266 del Código Penal alemán), aunque ciertamente la remisión penológica a la estafa en parte salva estos escollos.

La nueva configuración del delito mimetiza, en cierta medida, la tipificación alemana del mismo en los siguientes términos:

*“1. Serán punibles con las penas del art. 249 o, en su caso, con las del art. 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan **excediéndose** en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

II. CAPACITACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES CONFORME A PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN

En tal descripción típica el autor del delito debe cometerlo en relación con la administración de un patrimonio. Éste no puede ser de su titularidad, sino que debe pertenecer a otra persona física o jurídica. Cuando se trate de patrimonios transitoriamente ausentes de titularidad, como es el caso de la herencia yacente, el administrador debe hallarse fuera del círculo de herederos o legatarios interesados en el mismo.

Las facultades de administración deben habilitarse por Ley, por la autoridad, o por la voluntad de las partes mediante el negocio jurídico correspondiente. El título habilitante del administrador (normativo, negocial o dimanante de la autoridad) determinará el ámbito de actuación, en cuyo seno alguien resulte obligado a gestionar un patrimonio en términos de lealtad o fidelidad.

Es decir, el administrador debe situar los intereses del conjunto económico administrado por encima, en todo caso, de meros intereses propios o que se desvíen, decisivamente, del interés lucrativo de la masa patrimonial de que se trate, bajo las afectaciones o condiciones jurídicas operantes en cada supuesto concreto. Estas circunstancias variarán, desde luego, de forma considerable, según el perfil y proyección del patrimonio que se administre. Distarán mucho los requerimientos específicos de tal lealtad, sin duda, cuando nos halleemos ante el gestor tutelar de un pequeño caudal, frente al director de un exorbitante holding financiero. No cabe duda. Pero, en definitiva, para el gestor siempre deberán estar claros los niveles de fidelidad o lealtad exigibles, así como su capacitación adecuada al efecto, pues, de otro modo, es tan sencillo como no aceptar el cargo por carencia de la aptitud que comporte.

No me refiero a una mera capacidad técnica. Debe resaltarse la aptitud del administrador a la hora de poder acomodarse a protocolos adecuados, reflejo de que se administra el patrimonio de la forma pronosticable desde la perspectiva de su aprovechamiento económico, en el marco de su entorno instrumental. Por mayor dominio gestor que se ostente, de nada servirá si no se acomoda a tales exigencias de lealtad y fidelidad. Así, por ejemplo, incluso ante el único familiar competente, cuando reconozca que suele desviarse de una sana gestión de lo ajeno habiendo arruinado a sus padres, el juez no se lo pensará dos veces. No le nombrará tutor de su hermano, aceptando su negativa al cargo.

III. GUÍAS DE CUMPLIMIENTO Y *EXCESO* EN EL EJERCICIO DE LA ADMINISTRACIÓN

A la vista del título habilitante (previsión legal, resolución de la autoridad o negocio jurídico) habrá que determinar si, efectivamente, la conducta incurre o no en “*exceso*” respecto de su adecuado, proporcional y efectivo ejercicio. En el caso del delito de administración desleal, es crucial considerar cuándo, cómo y en qué condiciones puede concluirse que la conducta del gestor o administrador **se excede en el ejercicio de sus facultades**. Tal calificación deberá basarse no sólo en lo expresamente pactado, ordenado o previsto legalmente. Además, debe retenerse que la adecuada gestión o administración de patrimonios debe seguir una guía de *compliance* o de cumplimiento normativo. Es decir, cualquier gestor o administrador debe saber que su actividad se rige por un código de conducta, una especie de *lex artis*, por cuya exigencia su proceder debe discurrir por raíles constitutivos de protocolos de actuación. El exceso, por tanto, debe valorarse desde la perspectiva de que incumpla (dolosamente) lo pactado o lo ordenado, la previsión legal habilitante, **conculcando, gravemente, los protocolos de actuación o de *compliance*** a los que debe sujetarse la administración en cuestión.

Ciertamente los protocolos de cumplimiento normativo o *compliance* se vienen aplicando muy singularmente en el ámbito corporativo. Sin embargo, su potencialidad para extenderse a cualquier clase de administración patrimonial es indudable. Al fin y al cabo, tales guías de la conducta no dependen sólo de su nicho o entorno, sino de la propia naturaleza, profesional o no, del encargo de administración, máxime cuando entronca con un ámbito de confianza, en cuyo seno la expectativa de un singular proceder conforme a reglas de conocimiento, experiencia y control resulta indudable.

Para *excederse* en el ejercicio de sus facultades, no basta que el administrador, sin más, incumpla una norma, regla de protocolo, condición pactada o pormenorización de lo ordenado. Se requiere una relación de causalidad adecuada entre su proceder y el quebranto económico final. Además, es preciso un deliberado incumplimiento del núcleo esencial de los protocolos normativos o de *compliance* aplicables al caso de que se trate. En ocasiones, bastará con el incumplimiento de algunos protocolos de gran significación de cara a evaluar la deslealtad concurrente. Pero en muchos otros supuestos deberán detectarse incumplimientos masivos y engarzados. Por último, debe tejerse una profunda relación de conexión entre, por una parte, las alertas preservadas mediante las correspondientes normas de *compliance* incumplidas; y, por otra parte, el perjuicio económico infringido. Éste último, es un extremo muy asumido en el ámbito anglosajón. Así, en Estados Unidos, la Securities and Exchange Commission (SEC) parte de los criterios que vengo examinando para la persecución del delito¹.

En delitos como el de administración desleal, el perjuicio económico final expresa como síntoma el incumplimiento grave de los protocolos rectores de la conducta gestora. Es una elemental regla de experiencia, por ejemplo, en el ámbito societario. El incumplimiento grave y deliberado de estos protocolos suele provocar la implosión corporativa explosionada en forma de quebranto económico².

IV. EL ARTÍCULO 266 DEL CÓDIGO PENAL ALEMÁN (STGB)

El nuevo artículo 252 de nuestro Código Penal reproduce uno de los preceptos más complejos del Código Penal alemán, cual es el artículo 266³. En su virtud, la doctrina alemana viene distinguiendo dentro de la administración desleal un tipo de abuso y un tipo de lealtad o fidelidad. El *tipo de abuso de poderes* implicaría actos de disposición o contracción de obligaciones transgrediendo la médula del título habilitante del administrador, cual es la interdicción de que anteponga su interés propio o desviado, frente al interés prevalente del patrimonio administrado. El *tipo de vigilancia, fidelidad o lealtad* exprime la esencia del anterior. No se refiere a ciertos actos del gestor, sino en general a su conducta cuando antepone intereses desviados, frente a los favorables para la masa patrimonial, generando con ello un perjuicio económico.

En ambas perspectivas no se incrimina tanto la incompetencia profesional como la desproporción abusiva o desleal. Ambos aspectos de la administración desleal están presentes en el tenor del artículo 252 de nuestro Código Penal, bajo la expresión “*infringir facultades excediéndose en su ejercicio*”, que sintetiza a un administrador desleal cuando genera un quebranto económico. Las facultades de administración se infringen cuando no se preserva adecuadamente el interés patrimonial ajeno, aunque tal conducta, por acción u omisión, no consista en actos de disposición o contracción de obligaciones.

¹ Cfr. el caso relacionado con el demandado Dennis L. Hynson. CPA, Securities Exchange Act of 1934 Release No. 57891, Accounting and **Auditing Enforcement Release**, nº 2834, Administrative Proceeding file nº 3-13049 (SEC, May 30, 2008).

² En Estados Unidos, junto a la importancia dada a este quebranto económico, se toma muy en consideración la voluntad de proteger a los inversores afectados. Cfr. SEC Charges Bernard L. Madoff for Multibillion Dollar Ponzi Scheme. <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-293.htm>

³ Cfr. Bernd Schünemann, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 7/Vol. 7 - § 266, 11ª ed., Berlin, 2005. Cfr. Hans Dahs, *Neue Juristische Wochenschrift § 266 StGB – allzuoftmissverstanden*, 2002, pág. 273.

Carece de sentido limitar los cauces conductuales que expresan la deslealtad porque, precisamente, lo esencial será dilucidar si suponen defraudación con resultado económico perjudicial. Viciada la causa negocial, dispositiva o del acto de gestión o administración en general, al perseguirse también un fin criminal, se posterga el adecuado interés patrimonial frente a otros intereses desviados. Esta manipulación, este proceder sin causa lícita, altera la fidelidad inherente al cargo de administrador. Y ello se concreta bajo infracciones de reglas de protocolo que decantan la conculcación global de la facultad de administración otorgada. No siempre se detectará directamente la deslealtad mediante una sola infracción, incluso palmaria, de la facultad de administración. En muchos casos se deducirá de un enjambre de infracciones de los protocolos sustanciadores de las facultades del gestor. Es indiferente que el ejercicio de la administración se refiera a celebrar contratos, contraer obligaciones, no exigir pagos, no ejecutar a morosos, realizar donaciones, extinguir personas jurídicas o constituir fundaciones, por expresar algunos ejemplos de conductas subsumibles en el tipo penal. La doctrina alemana, en la comisión por omisión resalta aquellos supuestos donde injustificadamente no se producen los incrementos patrimoniales previstos ⁴.

V. EL TIPO DE FIDELIDAD O LEALTAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

¿Cabe objetar la “carencia de taxatividad” en los protocolos que fundamentan la adecuada gestión leal? No, porque deben ser conocidos suficientemente por todo administrador. Se trata de una obligación inherente al ejercicio de la actividad. De ahí la necesidad de exigirle un carácter técnico o facultativo. Tal exigencia será más o menos significativa a la vista del grado de complejidad que presente la administración patrimonial en cada caso, especialmente en el ámbito corporativo. Sin embargo, la relativa indeterminación presente en el delito de administración desleal viene suscitando críticas doctrinales relativas a su aparente incompatibilidad con el principio de legalidad. Reténgase que la dosimetría penal, el carácter fragmentario del Derecho Penal y el principio de legalidad en forma de tipificación de las conductas punibles impone una suficiente concreción de las mismas. Partiendo de tales presupuestos, una parte de la doctrina alemana ha entendido que la indeterminación del artículo 266 StGB determina su inconstitucionalidad⁵. Sin embargo, para otra parte de dicha doctrina nos hallamos ante un precepto extremadamente eficiente, a la hora de combatir praxis económicas defraudatorias⁶.

Sin duda, el legislador debe reflejar que se ha preocupado de seleccionar cuidadosamente qué conductas y bajo qué circunstancias se consideran merecedoras de exposición a la potestad punitiva del Estado. Bajo una descripción típica de las conductas se cumple tal exigencia, impidiéndose así que el Derecho Penal se convierta en un saco sancionatorio donde quepa casi todo, como suele suceder en el ámbito sancionador administrativo. Ahora bien, un Código Penal no puede recoger a nivel típico el conjunto de reglas y protocolos por los que debe regirse la adecuada administración de patrimonios. Para atender al recto proceder, leal y fiel respecto de la gestión económica de la masa patrimonial, deberá examinarse cada supuesto concreto, diferenciando ciertos parámetros específicos según el tipo de administración, la finalidad del patrimonio afectado, sus condicionamientos o afectaciones concretas, su volumen o complejidad, su alcance público, privado, corporativo o sujeto a limitaciones para preservar los intereses de personas físicas o jurídicas.

⁴ Cfr. Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder, Manfred Maiwald; *Strafrecht Besonderer Teil*, 10ª ed., 2009.

⁵ Cfr. Karl Heinz, *Möglichkeiten und Grenzen einer neuen Deutung, Labsch Untreue, (§ 266 StGB)*, Max Schmidt-Röhmling KG, Lübeck, 1983, pág. 201.

⁶ Cfr. Alfred Dierlamm, *Neue Zeitschrift für Strafrecht - Untreue – ein Auffangtatbestand?*, 1997, págs. 534 y ss.

Todas estas pormenorizaciones escapan del sucinto marco de un Código Penal. Pero ello no implica que, al reprocharse a un administrador su deslealtad se conculque el principio de legalidad, so pretexto de que ignoraba cuáles infracciones de protocolos subsumían su conducta en el delito, una vez generado un quebranto patrimonial como consecuencia de las mismas. Más bien lo que sucede es que la administración leal, no abusiva o fiel a los intereses del patrimonio afectado deberá regirse por un conjunto de reglas éticas, de “cumplimiento normativo” y capacitación, las cuales deberán ser conocidas por el administrador al nivel de las exigencias de cada caso concreto.

Tal situación concurre aproximadamente en otras conductas también incriminadas por el Código Penal. Así, por ejemplo, en el ámbito sanitario la *lex artis* constituye un canon técnico y genérico que, preservando el superior interés del paciente, modula toda la actuación del profesional médico. En este sentido, como se ha reiterado jurisprudencialmente, la *lex artis* mide la conducta, sujetándola a baremos y protocolos de actuación. El alcance penal de su infracción se establecerá a la luz de cada caso concreto, pues, en abstracto, sin la menor referencia a las circunstancias sanitarias concurrentes (las del propio enfermo, entre otras), no será posible medir o valorar la conducta en el plano eminente de su ejecución.

Del mismo modo los protocolos a seguir en una leal administración deberán dilucidarse para cada caso concreto. Pero este proceder en absoluto coloca al administrador en un plano de inseguridad jurídica conculcatorio del principio de legalidad. El gestor deberá examinar su aptitud de fidelidad y capacitación técnica a la hora de aceptar el cargo. En algunos supuestos las exigencias serán mínimas. Imaginemos a la madre que administra los 300 euros mensuales que el otro progenitor aporta, en régimen de divorcio, para cubrir el mantenimiento del hijo menor de ambos; o al gestor tutelar que debe alquilar la única vivienda perteneciente al incapacitado. En supuestos de tal simpleza será exigible lealtad al administrador, pero la capacitación y actitud requeridas se parecerán poco a la que cabe esperar del presidente de una empresa del IBEX. Es indudable que en tales ejemplos concurren diferencias abismales. En este sentido, resulta incomprensible que no se contemplen subtipos agravados específicos en la materia, atendiendo al volumen, complejidad y alcance lesivo de la administración desleal.

VI. PROTOCOLOS DE CUMPLIMIENTO Y PREVALENCIA DEL PATRIMONIO ADMINISTRADO

De cualquier modo, cada administrador, a la vista de la situación concreta que deba afrontar, sólo aceptará el cargo cuando le conste capacitación y actitud para ejercerlo correctamente. De no proceder así, quizá deba afrontar relevantes riesgos sancionadores. Y, como sucede en otras esferas profesionales, tales riesgos dependerán del grado en que los protocolos se incumplan. A nivel penal, la infracción de reglas de protocolo, sin más, nunca genera administración desleal, salvo que cause un perjuicio económico. Por añadidura, debe tratarse de un incumplimiento doloso, dado el juego sistemático de los artículos 12 y 252 del Código Penal, ya que no se criminaliza expresamente la administración desleal imprudente. Por tanto, tal deslealtad, abuso o infidelidad patrimonial se basará, muy esencialmente, en que el gestor de forma deliberada anteponga intereses propios o desviados, frente a los preeminentes del patrimonio sujeto a administración.

En definitiva, los protocolos suponen una guía de proceder adecuado; pero, por sí solos, no atrapan todo el sesgo de la conducta⁷. La infracción de reglas de actuación debe revelar, además, una finalidad “proyectada conscientemente” a primar intereses espurios,

⁷Por lo demás, cada vez son más numerosas y variadas las técnicas para detectar conductas que perjudiquen al patrimonio administrado cómo, por ejemplo, las *hotlines* internas de denuncia. Cfr. Security Leadership Solutions. Executive Council. 2007. **Corporate Governance and Compliance Hotline** Benchmarking Report.

desembocando en perjuicios económicos causalmente dimanantes de tal infracción⁸. Para infracciones menos severas se dotan otros ámbitos sancionatorios de menor intensidad, como el mercantil, laboral o administrativo. Los solapamientos indeseables deberán dilucidarse aplicando el principio *non bis in ídem*. Se trata de una labor interpretativa y de aplicación normativa no exenta de dificultad, pero en absoluto apartada de las exigencias usuales en aquellos casos en que diversos ordenamientos concurren sobre un mismo entorno conductual. Pretender que cuando se trata de la administración desleal no cabe esta técnica tipificadora supondría, en realidad, diseñar una fuga al control penal del fraude corporativo. La dogmática penal no puede permitirse caer en este error.

VII. EL ARTÍCULO 252 EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

El Proyecto de reforma del Código Penal de 2015, en su artículo 252, preveía la regulación del delito de administración desleal en los siguientes términos:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar”.

Bajo tal tenor, el precepto venía a reproducir, con ciertas dudas sobre el acierto de la traducción, el artículo 266 del Código Penal alemán⁹. Esta tipificación responde, en parte, al régimen de sociedades mercantiles en Alemania. En este país ciertas sociedades requieren la constitución de un consejo de vigilancia (*Aufsichtsrat*). Lo que ahora interesa destacar es que este órgano societario no ostenta funciones de administración *ad extra*, sino fundamentalmente de control y supervisión corporativa *ad intra*. Bajo este esquema normativo la doctrina alemana ha diferenciado en dicho artículo 266, junto a un *tipo de abuso*, un *tipo de fidelidad lealtad*. El primero se referiría a la administración desplegada mediante actos de disposición y contracción de obligaciones. Como los consejos de vigilancia no gozan de competencia para esta versión *ad extra* de la gestión corporativa, se les impuso, al menos, una obligación esencial, implícita en la lealtad exigida, para que preventivamente no acaezca el abuso. Es decir, se extrajo del *tipo de abuso* un deber implícito y de primordial relevancia, consistente en la “vigilancia” relativa a cualquier aspecto de la administración. Esta versión controladora o de supervisión resulta, *ad intra*, indispensable para preservar el interés preeminente del patrimonio administrado, frente a otros intereses desviados o espurios.

Ahora bien, este diseño en la tipificación no era imprescindible; es decir, el artículo 266 StGB podía haberse interpretado en términos que abarcasen las funciones de control, vigilancia o supervisión a nivel corporativo o de administración de patrimonios en general. Restringir la lealtad del administrador a sus actos *ad extra* carece de sentido; y, sobre

⁸ La Securities and Exchanges Comission ha trazado esta relevante relación entre el incumplimiento de normas de *compliance* (causa) y los perjuicios económicos resultantes (efecto). Cfr. SEC, Charges Bernard L. Madoff for Multi-Billion Dollar Ponzi Scheme. <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-293.htm> and SEC Charges R. Allen Stanford, Stanford International Bank for Multi-Billion Dollar Investment Scheme 2009-26 <http://www.sec.gov/news/press/2009/2009-26.htm>.

⁹ § 266 Umtreue- Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäfte eingeräumte Befugnis, über fremde Vermögensgegenstände oder in anderen Angelegenheiten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch, dessen Vermögensinteressen zu betreffen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

todo, se aleja del *factum* de las conductas de administración y del espacio criminógeno de sus desviaciones. En este ámbito, tan relevante son las relaciones *ad extra*, como el control o la supervisión *ad intra*.

Además, en la dinámica vinculada con los intereses de terceros, el administrador debe tomar decisiones cruciales a la hora de su desempeño, las cuales no suponen ni actos dispositivos ni de contracción de obligaciones. Sucede, por ejemplo, al exigir el pago a deudores, impulsar en general el cumplimiento de lo pactado, extinguir sociedades o modificar su objeto. En estos casos habría de ser igualmente aplicable *el tipo de abuso* del artículo 266 StGB. Y ello, porque el exceso en el ejercicio de las facultades de administración puede concurrir, no sólo a través de una “acción” desviada, sino también mediante una “omisión” o pasividad desproporcionada; o diseñando cualquier estrategia espuria y perniciosa para el patrimonio administrado. Tanto se excede en la administración quien dispone o contrata abusivamente, como quien muestra una pasividad igualmente excesiva, desleal o inadmisibles. En este sentido, el *tipo de fidelidad* del artículo 266 del Código Penal alemán era relativamente innecesario para el intérprete.

Debe destacarse que, en cierto modo, el legislador alemán al establecer un *tipo de fidelidad* lo que hace, en realidad, es extraerlo o despejarlo como esencia o contenido medular implícito en el *tipo de abuso*. Ante la injustificada duda de si el *tipo de abuso* se aplicaría a los consejos de vigilancia, el tipo penal explicita que sí, en tanto que todo *tipo de abuso* conlleva un *tipo de fidelidad o lealtad*.

Además, la interpretación doctrinal alemana no es trasladable al Derecho español, pues nuestra legislación mercantil apenas contempla los denominados consejos de vigilancia, salvo para la sociedad anónima europea. No obstante, la legislación alemana liquida cualquier duda al respecto estableciendo “expresamente” un *tipo de fidelidad*, precisamente por si al intérprete se le ocurre reprimir sin fundamento la proyección natural del citado artículo 266, en el sentido que acabo de señalar, inclusiva del *tipo de lealtad o fidelidad*.

Finalmente, el nuevo artículo 252 de nuestro Código Penal no recoge el apartado segundo del Proyecto de Reforma. Pero, en virtud de lo expuesto, ello no puede interpretarse en el sentido de que no se acoge un *tipo de fidelidad* en la administración desleal. En realidad, tal *tipo de fidelidad o lealtad* está implícito en el *tipo de abuso*, y ambos se integran en el apartado primero del vigente artículo 252.

VIII. EL DEROGADO ARTÍCULO 295 FRENTE AL VIGENTE ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL

El precepto derogado por el nuevo artículo 252 de nuestro Código Penal se contenía en el artículo 295 -actualmente vacío de contenido-, bajo el siguiente tenor:

“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido” (el resaltado es nuestro).

En tal redacción trasciende un volcado sobre actos de disposición y contracción de obligaciones. Resalta tal conclusión en la literalidad del precepto. Con todo, también habitaban en el mismo tanto un *tipo de abuso* como un *tipo de fidelidad*, sólo que focalizados en determinados actos del administrador, constitutivos de gestión dispositiva o negocial. Frente a esta tipificación, la regulación actual presenta diferencias notables.

El vigente artículo 252 no parte concretamente de actos dispositivos o negociales, sino en general de facultades para administrar un patrimonio ajeno. Resulta manifiesto que entre tales facultades o habilitaciones también se engloban conductas que no son dispositivas ni de contracción de obligaciones, como, por ejemplo, exigir el pago de créditos, declararlos fallidos, dar por extinguidas relaciones jurídicas, ampliar el plazo para cumplir obligaciones o delegar funciones de administración. En estos casos se integraría plenamente un *tipo de fidelidad*, frente al de abuso, pero ahora ampliado a cualquier acto del administrador que incurra en deslealtad, con perjuicio para la masa patrimonial afectada.

Por lo demás, unas de las líneas rojas que marca la diferencia entre una gestión leal y desleal no radica ahora en el *beneficio propio o de un tercero* (artículo 295 derogado), sino en *infringir* el título habilitante de las facultades *excediéndose en su ejercicio*. El término “*excediéndose*” no se contrae sólo a supuestos evidentes de un restringido *tipo de abuso* (por ejemplo, comprar algo por un precio de 100.000€ cuando sólo se facultó por 60.000€), sino en general a la desproporción gestora, a su inconsistencia manifiesta, a la omisión de las más elementales reglas de cuidado en la gestión patrimonial, a la carencia plena de supervisión y control, cuando pueda acreditarse que tales conductas -por acción u omisión- se hallaban en la centralidad o dominio causal del resultado pernicioso desencadenado para el patrimonio administrado.

Mientras que el derogado artículo 295 apenas abre una posibilidad interpretativa al efecto, el nuevo artículo 252 permite proteger contra la administración desleal a masas patrimoniales transitoriamente carentes de titular. Se trata de centros de imputación de derechos y deberes sin personalidad jurídica. Es el caso de los denominados *trust*, o de las herencias yacentes. La administración desleal del citado artículo 252 se refiere al exceso en las facultades de administración cuando causen un perjuicio, sin más, al patrimonio administrado (“... *causen un perjuicio al patrimonio administrado*”). No se requiere que éste se halle subjetivizado a favor de un titular del mismo. De este modo, la masa patrimonial es digna de protección objetivamente considerada, debiendo primar sus finalidades, conservación y optimización, frente a cualquier otro criterio desviado o espurio.

IX. EL PARADIGMA DEL ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL

En el derogado artículo 295 se preveía una conducta perjudicial concretamente para *socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital*. Sin embargo, para el nuevo artículo 252 basta que se produzca un perjuicio *al patrimonio administrado*, lo cual es además plenamente coherente con su nueva posición sistemática. En el derogado artículo 295 se preveía además que ese perjuicio fuera *directo y económicamente evaluable*. El nuevo artículo 252 ni prevé que el perjuicio sea directo ni lo refiere a personas afectadas concretas, sino que centra el contenido lesivo, sin más, en el *patrimonio administrado*.

Al focalizarse el tipo sobre los intereses de un patrimonio objetivamente considerado, sin exclusiva referencia a ciertos perjudicados o a ciertos actos negociales o dispositivos, es más comprensible, si cabe, extenderla conducta punible a cualquier proceder de pasividad *excesiva*, que sobrepase claramente lo permitido a un leal

administrador. Esta forma de conducta será punible aunque no genere perjuicios económicos directamente, sino indirectamente o a largo plazo, en la medida en que el déficit de control, supervisión o vigilancia haya desencadenado disposiciones patrimoniales o contracciones obligacionales perniciosas. Cuando la conculcación del *tipo de abuso* conecte causalmente con la infracción del *tipo de fidelidad*, ambos jugarán inculporatoriamente por igual en el actual artículo 252 del Código Penal. Quien omite lo imprescindible, de forma deliberada, para poner en marcha la reclamación de un crédito delinque de la misma manera que quien no arrienda, por pura pasividad consciente e injustificable, 30 inmuebles de un fondo patrimonial que administra. El tipo penal ya no presenta en su interpretación literal el menor obstáculo a este paradigma del administrador desleal, el cual, en definitiva, es el que mejor se adapta al proceder criminógeno que se quiere evitar.

Especialmente en el seno corporativo será muy trascendente esta versión, pues se trata de la esfera donde más puede encubrirse un déficit de control o supervisión que, a la postre, sea la verdadera causa de conductas que finalmente supongan actos de disposición o contracción de obligaciones abusivas para la entidad, con el consiguiente perjuicio para ésta, sus accionistas, o los trabajadores de la empresa. Tal paradigma resulta necesario en una sociedad de mercado, donde la eminente protección de los inversores marcará la dinámica sostenible de un modelo capitalista, profundamente insatisfecha cuando los auténticos artífices de un negocio jurídico defraudatorio pueden sustraerse a la responsabilidad penal por el mero hecho de no haberlo suscrito. En este punto, la dogmática penal no puede alejarse de la realidad social, so pretexto de que nos hallaríamos ante una pretendida falta de taxatividad de la norma penal. Como ha establecido el Tribunal Constitucional alemán en relación con el *tipo de fidelidad* del referido artículo 266 StGB, no nos hallamos ante obstáculos insuperables por la vía de una interpretación jurisprudencial que aquilate las conductas que infringen las potestades de administración, “*excediéndose*” en su ejercicio leal, por acción u omisión.

La exigencia de *lex certa* dimanante del principio de legalidad no puede llevar a extremos donde tal incertidumbre es, más bien, sólo propia de los operadores jurídicos que desconocen el espacio criminógeno afectado. En el ámbito de la administración de patrimonios, sobre todo en el seno corporativo, los sujetos activos del delito son perfectamente conocedores del juego intrínseco entre los cometidos, por una parte, de control o supervisión; por otra parte, de contratación dispositiva o meramente obligacional; y, finalmente, de optimización, en aras a que el patrimonio se conserve y experimente, de ser posible, rendimientos mediante los actos de gestión adecuados al efecto. La lealtad del administrador se verá también quebrantada cuando, conscientemente, se muestre una pasividad injustificable a la hora de reclamar el pago de créditos, o de ejercitar acciones judiciales imprescindibles o de diseñar un plan de *compliance* para prevenir alertas indeseables. La pasividad supervisora, continuada y deliberadamente desplegada, puede llevar al hundimiento incluso de corporaciones sistémicas, con repercusiones gravísimas para millones de personas.

X. RETOS DE LA DOGMÁTICA PENAL

Ningún cuerpo dogmático puede ignorar tan relevantes equilibrios, cuando son perfectamente conocidos por los posibles sujetos activos del delito. Aquí la incertidumbre es más propia del operador jurídico que de los protagonistas corporativos. Así lo viene a confirmar el propio Código Penal, en su nuevo artículo 31Bis, apartado cuarto, cuando regula los planes de prevención (*compliance* criminal), como causa de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando efectivamente contengan “*medidas de vigilancia y control idóneas*” para prevenir delitos de naturaleza corporativa. En algunos subapartados (que no gozan de carácter exhaustivo), el artículo 31Bis viene a reseñar ciertos protocolos relevantes para la prevención o desempeño de una administración leal. A nivel estructural, se contemplan modelos de prevención que aborden medidas *de vigilancia y control*, idóneas para prevenir delitos corporativos (artículo 31Bis.2.1^a). Entre otras

previsiones, el modelo de prevención o plan de impacto penal deberá contemplar protocolos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos (artículo 31Bis.5.2°). Tales protocolos constituyen una guía eminente del buen administrador, abarcando la precisa vigilancia y prevención para evitar posibles deslealtades de los gestores¹⁰. Y ello, en el pleno entendimiento de que, ante conductas de abuso en la gestión, el factor preventivo del *tipo de fidelidad* supone un requerimiento estructural, que se integra en las facultades de administración. De ahí que asimismo se requiera, como contenido primordial del plan de prevención, el deber de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de *vigilar* el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (31Bis.5.4°).

Por lo demás, el artículo 31Bis.1 diferencia dos fuentes personales de criminalidad para la persona jurídica. (a) En primer lugar, responderá de los delitos cometidos por sus representantes o personas con facultades superiores de organización y control. (b) Y en segundo lugar, también responderá por quienes, hallándose bajo la dependencia de los anteriores, han delinuido precisamente por el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia o control por parte de las cúpulas organizativas de la corporación. Este marco de responsabilidad de la persona jurídica implica también forzosamente la responsabilidad de los gestores, a nivel de administración desleal, cuando ésta se haya desencadenado por incumplir “*gravemente*” sus competencias de “*vigilancia*” al respecto. Dentro de una lógica interpretativa elemental, caso de omisiones graves de prevención, no resulta consistente que la persona jurídica responda por actos de subalternos; y, sin embargo, al mismo tiempo no respondan también sus superiores, cuando hayan omitido las prevenciones más elementales para garantizar una administración leal, no abusiva y de fidelidad.

Ante delitos de administración desleal, el funcionamiento óptimo del plan de prevención eximirá a la persona jurídica de responsabilidad criminal porque se habrá cubierto, precisamente, el *tipo de vigilancia*, frente al *tipo de abuso* marcado por el autor directo de la acción. Y viceversa, cuando el plan de prevención no exista o sea una mera formalidad maquilladora del delito, responderá la persona jurídica por el *tipo de fidelidad o lealtad* abiertamente infringido, siempre y cuando se dilucide una relación causal suficiente entre las infracciones de *compliance*, el proceder del administrador desleal - persona física-, y el perjuicio económico patrimonial resultante.

De hecho, tal como se destaca en la doctrina anglosajona, el delito de administración desleal, últimamente, viene proliferando en las áreas de administración de patrimonios donde no existe una cultura de *compliance*. Es decir, es más proclive a este delito el entorno de las personas físicas como, por ejemplo, en el caso de las herencias yacentes, el patrimonio del tutelado, del menor de edad o de las comunidades de propietarios. En el ámbito corporativo es sobradamente conocida la ligazón entre la prevención más indirecta del *tipo de fidelidad* y la prevención directa del *tipo de abuso*. Pero no se trata de un conocimiento cuya ignorancia sea excusable para el gestor de patrimonios de personas físicas, como comenté anteriormente. Por ello, en casos de relativa complejidad, también serán aconsejables protocolos de *compliance* en el ejercicio de facultades de administración fuera de entornos corporativos.

En el catecismo de la ciencia no existen tantos artículos apodícticos como aseveraciones sujetas a un cierto grado de probabilidad¹¹. Cualquier disciplina científica lucha de continuo por aproximarse a una realidad que siempre la precederá irremediabilmente. No existe ciencia que no establezca, junto a paradigmas y principios operativos, sesgos más o menos acentuados de predicción probabilística. En este sentido, es

¹⁰Un ejemplo claro de adopción de medidas exhaustivas al efecto lo encontramos en el *American Express Code of Conduct*. Cfr. http://media.corporate-ir.net/media_files/irol/64/64467/2007_AXP_COC.pdf

¹¹ Sigmund Freud. Obras completas. Volumen XV. *Los actos fallidos*. Amorrortu Editores, cuarta reimpresión, Buenos Aires, 1991, página 45.

cierto que el Derecho, dramatizado por la alternatividad de sus interpretaciones, apenas verifica constantes de acierto. Pero los estudios dogmáticos de una disciplina no pueden alcanzar un punto tal en que, casi literalmente, se dé la espalda a la realidad. El Derecho Penal, en tanto que disciplina jurídica, se ancla en metodologías que no le son exclusivas, sino que más bien se han importado de otras ramas del conocimiento. La *realización* de la mayoría de las ciencias estriba en su reflejo práctico de utilidad o comprensión de una realidad. Cualquier disciplina que se aleje diametralmente de este fundamento será tomada como un espacio manipulado por intereses no científicos.

Cuando en la dogmática penal se parte de ciertos principios estructurales, ello no se justifica en aras a desrealizar lo jurídico ignorando, en suma, los más elementales principios de Justicia material. El objeto último de la dogmática penal no puede ser ajeno a que el Derecho Penal ejerza un efectivo control social. Para ello resulta inevitable conocer a fondo la realidad sobre cuya faz emergen tipos de conductas relevantes para el Ordenamiento Jurídico Penal. **En su espacio criminógeno originario, tales conductas no se visualizan fragmentadas según principios jurídicos penales, sino que se desenvuelven con mayor o menor sutileza, pero, en todo caso, como una *gestalt* que se posiciona dominando el curso causal. Esta realidad resalta de modo evidente para quienes administran patrimonios, al menos de modo profesional. El ejercicio no abusivo de las facultades de administración patrimonial, con lealtad y fidelidad, son requerimientos que sustentan la actividad. El quebrantamiento significativo y deliberado de los mismos, cuando genere perjuicio económico, debe dar lugar a responsabilidad criminal.**

Durante nuestra crisis económica hemos experimentado, como casi ningún otro país, hasta qué punto la pésima gestión patrimonial puede arrastrar consigo la quiebra fáctica de un Estado. Las condiciones en que se ha venido ejerciendo la gestión de variadas corporaciones en España han alcanzado un cierto rango catastrófico. Ante tales circunstancias, los instrumentos del Derecho prácticamente han tenido una eficacia nula. La ralentización de los mecanismos jurídicos, doctrinales y judiciales, es incomprensible para cualquier agraviado; y dadas las proporciones del problema en nuestro país, millones de personas se sienten víctimas del desfase. Las guías del comportamiento para el ejercicio de una administración leal no son simples, encaran múltiples problemas estratégicos, de certeza y oportunidad. Pero, en cualquier caso, hablamos de un conocimiento anclado en principios económicos, jurídicos y de elemental deontología profesional. Ante determinadas desviaciones, se advierte un quebranto rotundo y generalizado de las guías de comportamiento que seguiría cualquier gestor leal.

El no abuso de las facultades concedidas al administrador, la vigilancia y la fidelidad son extremos visibles claramente por cualquier persona u operador jurídico, si no se pierde en argumentos teóricos que se perciben, en ocasiones, como una puerta abierta a la criminalidad impune. No existe tal indefinición en las debidas guías o protocolos de cumplimiento normativo, como para que sea complejo evidenciar cuándo las infracciones pasan a ser delictivas, y no meramente jurídico-mercantiles, administrativas o laborales. Constreñir el ámbito de la acción típica de la administración desleal a actos de disposición o de contracción de obligaciones, por entender que las facultades de vigilancia o control se rigen por reglas oscuras, no encuentra acomodo consistente en una hipotética conculcación del principio de legalidad. Supone ignorar la realidad de esta clase de delitos, su espacio criminógeno, al que debe dar respuesta cabalmente el Código Penal, así como sus intérpretes.

LAS RELACIONES DE ESPAÑA CON EL MAGREB: VECINDAD, AMISTAD Y SEGURIDAD EN EL MEDITERRÁNEO OCCIDENTAL (I Parte)

MARÍA DOLORES ALGORA WEBER¹
Universidad CEU San Pablo

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2015
Fecha de aceptación: 18 de noviembre de 2015

RESUMEN: Las relaciones de España con los países del Magreb han constituido una de las principales proyecciones de la Política Exterior española desde las décadas centrales del siglo XX. En el presente ocupan un lugar prioritario entre los intereses nacionales y estratégicos españoles. Estas relaciones han atravesado diferentes fases que han ido trazando el perfil de su contenido. Para ello hay que entenderlas en el conjunto de las relaciones en la región del Mediterráneo y los cambios en el orden internacional. Este artículo aborda las características de las relaciones hispano-magrebíes, señalando su trascendencia para los intereses españoles y cómo estos se potenciaron y se fueron transformando en los años 90. En la segunda parte de este trabajo, se abordan estas mismas relaciones a partir de los atentados del 11-S.

PALABRAS CLAVE: España, Magreb, Mediterráneo, Intereses Nacionales y Estratégicos, Política Exterior Española, Política Renovada.

ABSTRACT: Inside the framework of Spanish Foreign Policy, relations between Spain and Maghreb have been an essential projection since the XX century. These relations are included among the most important Spanish national and strategic interests. Since the 90 decade, their features have changed according the evolution of the Mediterranean region and the international order. This article *analyzes this development and, the second part, will be focused in the changes happened after the 11-S terrorist attacks.*

KEY WORDS: Spain, Maghreb, Mediterranean Region, National and Strategic Interest, Spanish Foreign Policy, Renewed Policy

¹ La autora es Investigadora Principal del Grupo MESIMA (Minorías, Estados y Seguridad Internacional en el Mediterráneo Ampliado) e investigadora en el Proyecto I+D+i: “La Dimensión internacional de las transformaciones políticas en el mundo árabe” (CSO2014-52998-C3-3-P).

MARCO DE LOS INTERESES NACIONALES Y ESTRATÉGICOS ESPAÑOLES

En los documentos dedicados a la descripción de los intereses nacionales españoles, ya desde el Libro Blanco de la Defensa², de 2000 se mencionaba la vocación mediterránea de España y se describía esta región como un espacio de cooperación. De manera más específica, la “Revisión Estratégica de la Defensa”³, de 2000 se refería a la prioridad del “Mediterráneo y su entorno, con especial atención al Magreb”. Posteriormente, este principio ha seguido repitiéndose en el documento de la “Estrategia de Seguridad Nacional. Una responsabilidad de todos” de 2011 y en la “Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido”, de 2013, en la que figura literalmente que “La paz, la estabilidad y la prosperidad en la ribera meridional del Mediterráneo son prioritarias para la Seguridad Nacional y la del conjunto de Europa. (...) El Magreb tiene particular interés para España. En colaboración con los países de la zona debemos dar respuesta a retos comunes para ambas orillas (...)”⁴.

Como es sabido, la región del Magreb está integrada por cinco de los Estados del Norte de África: Mauritania, Marruecos, Argelia, Túnez y Libia.

En lo referente a los intereses nacionales españoles, si bien es cierto que el “determinismo” geográfico sigue siendo un condicionante relevante, también lo es que, en el presente, está superado por la nueva realidad española en el entorno internacional. Por tanto, una visión perfilada únicamente por el factor geopolítico resulta limitada en la actualidad.

Desde los años ochenta, tanto el ingreso de España en el Mercado Común y la posterior evolución de éste hacia la Unión Europea (UE), como su adhesión a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), constituyeron dos hechos que permitieron la transformación de la concepción de los intereses nacionales. Estos pasaron a adquirir una nueva proyección más allá del entorno geopolítico inmediato definido por sus fronteras. Ello evidencia que el Estado español tiene importantes intereses estratégicos en un marco regional muy amplio, pues proceden tanto de su carácter europeo como de su mediterraneidad.

El presidente Felipe González, bajo el prisma de una “Política Renovada”, reformuló la proyección hacia el Mediterráneo, concretamente hacia el Magreb. Por ello, desde los años noventa centró sus objetivos en lo que se denominó la “Política de Buena Vecindad”. Ésta supuso un cambio sustancial en el enfoque que se darían desde entonces a las relaciones con aquellos países. Para España la estabilidad socio-política y la integración regional en el Magreb pasó a convertirse en la finalidad prioritaria de su proyección exterior. Esta política,

² MINISTERIO DE DEFENSA: Libro blanco de la Defensa. Madrid, 2011. Pág. 65.

³ MINISTERIO DE DEFENSA: Revisión Estratégica de la Defensa. Anejos. Madrid, 2003. Pág.162.

⁴ PRESIDENCIA DE GOBIERNO: Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido. Madrid, mayo de 2013. Pág. 14.
<http://www.lamoncloa.gob.es/Documents/EstrategiaSeguridadNuevo.pdf>

articulada por el Ministerio de Exteriores, comprendió desde un principio un doble nivel: el bilateral y el multilateral.

Desde el ámbito bilateral, los sucesivos gobiernos españoles han apostado por la promoción de intereses comunes, con especial dedicación a Marruecos. En tal caso, siempre se ha tratado de reducir a través de estos intereses la conflictividad resultante de la vecindad geográfica y de la presencia colonial histórica. Con este fin se ha potenciado una interdependencia económica, se ha institucionalizado el diálogo con reuniones frecuentes al más alto nivel y se han intensificado los contactos entre las sociedades civiles.

Todo ello ha favorecido que España se encuentre entre los socios privilegiados de los países del Magreb. En el caso concreto de Marruecos, entre ambos países existe una enorme asimetría en aspectos económicos, pero esto no ha sido un obstáculo en sus relaciones. Hoy en día, se puede apreciar el beneficio mutuo de esta situación en que se han fortalecido las economías con una expandida red empresarial española en la región, acompañada de activos lazos comerciales y fuertes inversiones. Desde 2012, en cuanto a suministros se refiere, España se ha convertido en el primer socio comercial del país magrebí por delante de Francia⁵. La dependencia de España hacia Marruecos se sitúa en un nivel intermedio, pero resulta mucho más estable que la de otros socios con los que se refleja una mayor interdependencia.

Complemento de esta presencia han de mencionarse las relaciones derivadas de los intercambios humanos y culturales, como son el incremento de las comunidades magrebíes residentes en España o, por ejemplo, la promoción del Instituto Cervantes en aquellos países, que ha favorecido crecimiento exponencial del número de estudiantes de español en aquellos países, por ejemplo en Túnez. Los marroquíes ocupan el primer lugar entre los inmigrantes extracomunitarios que viven en España. La presencia de estas comunidades tuvo un origen laboral, pero en la actualidad, se ha ampliado y diversificado el número de magrebíes por las segundas generaciones. Por otra parte, se ha regularizado esta situación, lo que ha favorecido la integración en el tramado social español. No obstante, sería necesaria una mejora sustancial de las condiciones previstas para estos sectores, pues están más desfavorecidos que otros grupos extracomunitarios y ello frena la llegada de una inmigración más cualificada que sigue prefiriendo como destino Francia⁶.

Desde el ámbito multilateral, los intereses estratégicos de España en el Magreb son compartidos por otros Estados tanto europeos como árabes, lo que demuestra su trascendencia como proyección exterior. La Asociación Euro-Mediterránea y la Política de Vecindad de la Unión Europea (PEV), proyectada hacia los socios del

⁵ H. AMIRAH (Coord.): *Relaciones España-Marruecos*. Madrid, Real Instituto Elcano, 2015. Pg. 37-38.

⁶ H. AMIRAH: Opus cit. Pg. 60.

sur del Mediterráneo, han resultado ser iniciativas favorecedoras de estabilidad y motores de consolidación en estas relaciones.

Entre estos intereses, en el plano económico, se encuentran además de las relaciones económicas y comerciales, el suministro de recursos para el desarrollo en dirección norte-sur y de recursos energéticos al contrario, sur-norte (España importa de la región un 45% de gas y un 14% de petróleo, respecto al total de su suministro energético⁷), el apoyo a las tecnologías y la investigación, la protección del medioambiente; entre los de carácter político y social, el apoyo a la consecución de gobiernos estables, la organización de los flujos migratorios; y en cuanto a la seguridad, no sólo la prevención y gestión de conflictos, sino también de las amenazas asimétricas transnacionales como son el terrorismo islamista, el crimen organizado y su conexión con la proliferación de armamento y el control de las rutas comerciales.

Más allá de lo dicho, no se pueden obviar las circunstancias por las que pasan los Estados del Magreb, algunos de los cuales, desde 2011, experimentaron lo que en su momento vino a llamarse la “Primavera árabe”, con resultados y evoluciones muy distintas en cada país.

En Túnez, un cambio modélico llevó a la aprobación de una nueva Constitución en 2014 y a un gobierno democrático en funcionamiento. Ello no ha librado al país de una creciente inestabilidad debida a la extensión de la criminalidad y del terrorismo y a una significativa crisis económica. El caso de Libia ha sido el extremo opuesto. El país ha quedado sumido en una profunda crisis de gobernabilidad y graves problemas de seguridad, que ponen en cuestión incluso su integridad territorial. En febrero de 2011 estalló un conflicto armado que adquirió dimensión internacional. España participó en la intervención multilateral destinada a poner fin al régimen de Gadafi y, posteriormente, en septiembre de 2014, organizó la Conferencia para la Estabilidad y Desarrollo de Libia.

Argelia y Marruecos emprendieron un camino de reformas constitucionales y un proceso de democratización que sigue en marcha dando resultados lentamente. En Mauritania se ha logrado crear un marco de estabilidad política. Por diferentes razones, entre las que se encuentran el suministro de recursos estratégicos y el control de los flujos migratorios subsaharianos, los tres países representan un interés estratégico de primer orden para España.

El conflicto del Sahara Occidental, sin resolver, enturbia los intereses españoles y franceses como los de todos los países de la región. España apoya una solución dentro de los parámetros establecidos en el marco de las Naciones Unidas a la vez que desde un enfoque humanitario y es el primer donante bilateral en la ayuda a los campamentos de refugiados saharauis.

⁷ MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES “Spain and the Maghreb”, 2015.
<http://www.exteriores.gob.es/Portal/en/PoliticaExteriorCooperacion/OrienteProximoMagreb/Paginas/EspElMagreb.aspx>

Sea cuál sea la situación de cada uno de los países del Magreb es indudable que afecta a los intereses nacionales españoles.

En este sentido, nada puede ser más ilustrativo desde el punto de vista humanitario que la crisis asociada a los movimientos de refugiados que se producen hoy en día en la región. A los habituales flujos subsaharianos se añaden los procedentes de Oriente Próximo, sumándose a las circunstancias anteriormente descritas de cada Estado.

Un mundo cada vez más globalizado, como es en el que vivimos, no quedará exento de los efectos producidos por los cambios de todo tipo que se produzcan en un área estratégica tan significativa como es la cuenca mediterránea en su conjunto. En ella hay que señalar especialmente, como se recoge en el documento de la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013, la región del Magreb y sus territorios colindantes del África Subsahariana.

Todos estos escenarios constituyen un apartado de esencial relevancia para los intereses nacionales españoles. Las vías de cooperación que ofrecen las organizaciones internacionales en general, pero de manera muy concreta tanto la Unión Europea como la OTAN, son enormemente valiosas para el Estado español. Eso no es incompatible con el desarrollo de una acción bilateral con los países árabes. Al contrario, deben ser estas relaciones las que permitan reforzar el protagonismo que España debe desempeñar como Estado europeo mediterráneo, lo que no deja de ser un interés nacional en sí mismo.

PERCEPCIONES MUTUAS DE MARRUECOS Y ESPAÑA EN EL CONJUNTO DEL MAGREB

Si bien hemos iniciado este análisis, queriendo señalar su importancia, a la hora de abordar las relaciones de España con el Magreb no se puede evitar una mención concreta a las percepciones existentes entre nuestro país y Marruecos. Este intercambio de imágenes constituye un apartado especial, pues, además, es Marruecos con el que se mantienen lazos más estrechos.

Las relaciones hispano-marroquíes están determinadas por la historia y por la geografía. Dos factores que las han dotado de una enorme complejidad, siendo difícil discernir cuál de ellos adquiere un peso mayor. Como cualquier situación entre Estados vecinos, a España y a Marruecos, les separan sus intereses tanto como les unen. Además, a ello se añade el legado colonial, que actúa de igual forma respecto a los vínculos entre sus sociedades.

Por otra parte, entender las relaciones entre los dos países en el presente, requiere un planteamiento que vaya más allá de lo bilateral para situarlas en un contexto multilateral, pues ambos pertenecen a organizaciones internacionales que condicionan sus respectivas proyecciones exteriores.

España y Marruecos inevitablemente están, destinados para unos o condenados para otros, a entenderse en el marco de lo que algunos autores han calificado como de incómoda vecindad, pero que otros, lo han denominado como de transcendental. Resulta también en ambos casos, que para cada uno de ellos el otro constituye uno de los principales objetivos de su política exterior. Para ambos, Ceuta y Melilla, son centro de atención especial por la implicación que tienen sobre los intereses vitales de España o los estratégicos de Marruecos⁸.

Se debe considerar que las relaciones hispano-marroquíes representan un vínculo de hermandad para ambos Estados. Como tales, están dotadas de episodios de aproximación y de crisis, de intereses comunes y de diferencias en un espacio geográfico que tanto les mueve a estrechar posiciones como a rivalizar. Unas relaciones que perfilan no sólo los lazos entre Madrid y Rabat, sino que además adquieren un valor esencial en la dinámica propia del Mediterráneo occidental en su conjunto.

Las imágenes cruzadas que cada una de estas sociedades, la marroquí y la española, tiene de la otra, son el resultado de sus relaciones.

La acción diplomática entre España y Marruecos no ha quedado exenta de tensiones, concretamente por los asuntos de la pesca, de la agricultura, de emigración y del Sahara Occidental. Estas diferencias llegaron a su máximo exponente con una crisis que se saldó con la retirada de embajadores entre 2001 y 2003. Esta relación no deja de estar salpicada por desencuentros fronterizos o económicos pero, a pesar de ello, no ha impedido de forma general construir una buena vecindad. En los últimos años se ha recuperado notablemente esta relación. En el contexto regional más reciente, la cooperación en materia de seguridad está basada en la mutua confianza y está dando resultados importantes para ambos Estados.

DEL CONTEXTO DE LA COOPERACIÓN DE LOS AÑOS 90 AL CONTEXTO DE SEGURIDAD COOPERATIVA DEL SIGLO XXI

Los intereses descritos en el primer epígrafe se han plasmado en unas intensas relaciones de España con el Magreb en su conjunto, que han sido consolidadas con la firma de Tratados de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación con Marruecos (1991), con Túnez (1995) y con Argelia (2002). Sin embargo donde España ha desempeñado un papel esencial ha sido en el espacio euromediterráneo.

Desde mediados del siglo XX, como objetivo prioritario de su Política Exterior, España ha intentado desempeñar un constante protagonismo en las relaciones de la región. Sin remontarnos a muy atrás en la Historia, ni siquiera a la más reciente, únicamente limitándonos a lo sucedido desde los años noventa, la diplomacia española ha ocupado un puesto central en las diferentes iniciativas que han tenido lugar en materia de cooperación en el Mediterráneo.

⁸M. D. ALGORA WEBER: "Intereses nacionales de España en su entorno geopolítico", en Los intereses geopolíticos de España: panorama de riesgos y amenazas. Ministerio de Defensa, CESEDEN, Documentos de Seguridad y Defensa, n°43. Madrid, 2011.

El papel de intermediación entre la Unión Europea y el diálogo con la ribera sur se ha convertido en un rasgo característico del perfil español, respondiendo tanto a la tradición de la proyección del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación como al lugar estratégico que ocupa España en Europa y en el Mediterráneo.

Desde los años de aquella “Política Renovada” del presidente González, una de las principales aspiraciones del Gobierno de Madrid siempre ha sido evitar que conflictos como el de los Balcanes acapararan la atención de la Comisión Europea en detrimento de las relaciones con los países del Mediterráneo⁹. Bajo esta perspectiva, aunque su interés inicial se haya centrado en el Magreb, la ampliación hacia el Mediterráneo oriental, envolviendo así la región en su totalidad, siempre ha sido una buena estrategia política para implicar a los Estados Miembros de la Unión Europea más alejados de la zona.

De ahí que fuera España la responsable de dar el salto político y de realizar el esfuerzo diplomático necesario hacia la creación de la Asociación Euromediterránea con la convocatoria de la conferencia que inauguró el Proceso de Barcelona en noviembre de 1995. Este Europartenariado ha sido la acción más destacada de las que España ha liderado en el ámbito mediterráneo en el ámbito de la Unión Europea, pero no ha sido la única.

Enfocado hacia una integración regional completa, tanto en su dimensión norte-sur como en la sur-sur, este Europartenariado mediterráneo se inspiró en el formato de la OSCE para el establecimiento de sus tres capítulos: el primero, de política y seguridad; el segundo, económico y financiero, y el tercero, de asuntos sociales, culturales y humanos. Si bien en todos se ha funcionado bajo el principio de la confianza mutua, sin embargo no han tenido un desarrollo por igual, habiendo experimentado el segundo de ellos una dedicación más amplia durante mucho tiempo.

Desde su puesta en marcha, este diálogo ha pasado por varias fases, a través de las que se han alcanzado logros importantes en materia de cooperación económica y desarrollo. Sin embargo, los atentados del 11-S de 2001 pusieron en evidencia la urgencia de avanzar en la cesta relativa a los asuntos políticos y de seguridad, mucho más relegada.

La Conferencia de Valencia de abril 2002, reflejó la toma de conciencia de esta realidad y supuso el primer intento de reacción comunitaria. Con motivo de la Presidencia Europea, el presidente Aznar, dio un fuerte impulso a este ámbito. Posteriormente, se evaluaron las carencias destacadas en la Conferencia de Barcelona + 10 de 2005, coincidiendo con la primera década de la puesta en marcha del Proceso de Barcelona.

⁹M. HERNANDO DE LARRAMENDI, I. GONZÁLEZ y B. AZAOLA: “El Ministerio de Asuntos Exteriores y la política exterior hacia el Magreb” en La política exterior española hacia el Magreb. Actores e intereses. Barcelona, Ariel /Real Instituto Elcano, 2009. Pág. 77.

En 2008, a propuesta del presidente francés Sarkozy, el Proceso pasó a convertirse en “La Unión por el Mediterráneo”, en un intento de superar los efectos de la crisis internacional sobre la iniciativa regional. A partir de ese momento se produjeron dos cambios sustanciales. El primero, su incorporación a la política comunitaria, extendiéndose al conjunto de los Estados Miembros de la Unión Europea. El segundo, la apertura de canales de cooperación mucho más pragmáticos a fin de facilitar la participación de la sociedad civil.

A este proceso se han añadido otras fórmulas de cooperación dentro del marco comunitario, como ha sido el caso de la Política Europea de Vecindad (PEV) aplicada al sur. En este caso, el punto de partida hay que buscarlo en el lanzamiento de la PEV con motivo de la ampliación de la Unión Europea a partir de 2004. Los resultados obtenidos de las relaciones privilegiadas que se ofrecieron a los países del este animaron a trasladar esta oferta a los vecinos del Mediterráneo, en aras de consolidar la estabilidad y seguridad, así como la consecución de una sociedad del bienestar para toda la región. Estos objetivos fueron recogidos en la “Estrategia Europea de Seguridad”¹⁰.

Se trata de un compromiso mutuo entre la UE y cada uno de los Estados Miembros en particular, que se expresa a través de la elaboración de Planes de Acción bilaterales. Estos permiten definir el grado de ambición e implicación de cada uno de los Estados Miembros en la ejecución de una serie de valores comunes tales como la democracia, los derechos humanos, el estado de derecho, el buen gobierno, unos principios de economía de mercado y un desarrollo sostenible. De forma más concreta, lo que se pretende es alcanzar una relación política y una integración económica mucho más profundas de las ya existentes.

En este marco se ha impulsado notablemente la instalación de empresas europeas en los Estados del norte de África. Desde que tuvieron lugar las revueltas árabes en 2011, se ha revisado esta política rebajando las condiciones exigidas por la Unión Europea, con el fin de facilitar las inversiones, el comercio y la movilidad para evitar ahogar a los países socios en las nuevas circunstancias¹¹. Sin embargo, ha aumentado la valoración de la introducción de reformas democráticas y favorables a los derechos humanos. De los países del Magreb se han acogido a la PEV: Marruecos, Túnez, Argelia y Libia.

En lo referente a materia de seguridad y defensa, aun siendo el Proceso de Barcelona esencial e incluso afectando estos aspectos a la PEV, las directrices para ello proceden del desarrollo de la que, en la actualidad, se denomina Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) en el seno de la Política Exterior de Seguridad Común (PESC) de la Unión Europea.

¹⁰ UNIÓN EUROPEA: “Una Europa segura en un mundo mejor”, Estrategia Europea de Seguridad. Bruselas, 12 diciembre, 2003. Págs. 7-8. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:r00004>

¹¹ A. ECHAGÜE & M. MANRIQUE: “Las políticas de la Unión Europea hacia el norte de África. ¿Cuál debe ser el papel de España?”. FRIDE, Policy Brief, n°83, julio 2012. Pg. 3.

La conexión entre los ámbitos de desarrollo y seguridad explica que desde la Política de Defensa se haya impulsado todo un conjunto de iniciativas, algunas anteriores a estas circunstancias y otras diseñadas a raíz de ellas, que han permitido el despliegue de una Política de Seguridad y Defensa en el Mediterráneo. Ésta es plenamente acorde con las aspiraciones del Gobierno español en la región y su proyección en Política Exterior.

Los atentados del 11-S fueron un punto de inflexión de este enfoque en el Mediterráneo. Desde ese momento, el enfoque en los temas de seguridad y defensa pasó a ocupar un lugar primordial en las relaciones hispano-magrebíes¹². Dada la trascendencia que este enfoque ha adquirido en el marco de las relaciones de España con el Magreb pasamos a abordarlo como capítulo específico en la II Parte de este análisis.

CONCLUSIÓN

El Magreb constituye una prioridad estratégica de la proyección exterior de España, que es compartida por los países de la Unión Europea.

Las relaciones de España con el Magreb hay que contextualizarlas en el conjunto de las relaciones existentes en el marco del Mediterráneo occidental para poder abarcar su dimensión real. En este espacio la situación del Sahara Occidental es un elemento condicionante.

Dentro de estas relaciones, los lazos de España con Marruecos ocupan un lugar prioritario, afectando al desenvolvimiento de toda la región. La búsqueda de intereses comunes en esta vecindad ha sido una constante para cualquiera de los gobiernos que se han sucedido en la Presidencia española. En la actualidad, la españolidad de Ceuta y Melilla no impide que estas relaciones se caractericen por la creciente interdependencia entre los dos Estados.

Desde la década de los noventa, en el contexto de la “Política Renovada” en el Mediterráneo, las relaciones hispano-magrebíes han evolucionado por diferentes fases y han experimentado cambios en el perfil que las ha caracterizado. La “Política Renovada” ha permitido a España desempeñar un papel de mediador entre la Unión Europea y los países árabes de la región, siendo el Proceso de Barcelona la principal aportación.

El principio de complementaridad ha hecho posible el desarrollo de varias iniciativas multilaterales en el Mediterráneo. Todas ellas son parte esencial para el mantenimiento de la estabilidad compartida.

¹² Este nuevo enfoque se analiza en la Parte II, que se recoge en el siguiente número de esta misma revista.

En la actualidad, junto a las relaciones encaminadas al desarrollo y prosperidad del Magreb, las cuestiones de seguridad condicionan el resto de los ámbitos de cooperación.

BIBLIOGRAFÍA

M. D. ALGORA WEBER: “Intereses nacionales de España en su entorno geopolítico”, en *Los intereses geopolíticos de España: panorama de riesgos y amenazas*. Ministerio de Defensa, CESEDEN, Documentos de Seguridad y Defensa, nº43. Madrid, 2011.

H. AMIRAH (Coord.): *Relaciones España-Marruecos*. Madrid, Real Instituto Elcano, 2015.

M. HERNANDO DE LARRAMENDI, I. GONZÁLEZ y B. AZAOLA: “El Ministerio de Asuntos Exteriores y la política exterior hacia el Magreb”, en *La política exterior española hacia el Magreb. Actores e intereses*. Barcelona, Ariel /Real Instituto Elcano, 2009.

A.ECHAGÜE & M. MANRIQUE: “Las políticas de la Unión Europea hacia el norte de África. ¿Cuál debe ser el papel de España?”. FRIDE, Policy Brief, nº83, julio 2012.

C.ECHEVERRÍA JESÚS: “La Iniciativa 5+5. Defensa avanza a buen ritmo”, en Informe SedMed, nº1, Barcelona, CIDOB, 2011.
http://www.sedmed.org/analisis_ssm/documents/informesedmed/echevarria_jesus.pdf

- “La Iniciativa 5+5 Defensa La Iniciativa 5+5 Defensa sobrevive a las revueltas árabes en 2011”. Informe SEDMED núm. 3, Enero de 2012.
http://www.sedmed.org/analisis_ssm/documents/informesedmed/echeverria_carlos.pdf

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES: “Spain and the Maghreb”, 2015.
<http://www.exteriores.gob.es/Portal/en/PoliticaExteriorCooperacion/OrienteProximoMagreb/Paginas/EspElMagreb.aspx>

MINISTERIO DE DEFENSA: *Revisión Estratégica de la Defensa*. Anejos. Madrid, 2003.

- *Libro blanco de la Defensa*. Madrid, 2011.

- *Plan de Diplomacia de Defensa*. Madrid, 2011.

<http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/defensa/Documents/1.5%20PLAN%20DE%20DIPLOMACIA%20DE%20DEFENSA.pdf>

J. A. NÚÑEZ VILLAVERDE.: “El diálogo mediterráneo de la OTAN y la iniciativa de cooperación de Estambul: ajustando las expectativas”. Informe SEDMED N. 2, realizado para la Fundación CIDOB, 2011.

http://www.iecah.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=1586:el-dialogo-mediterraneo-de-la-otan-y-la-iniciativa-de-cooperacion-de-estambul-ajustando-las-expectativas&catid=15:articulos&Itemid=9

PRESIDENCIA DE GOBIERNO: *Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido*. Madrid, mayo de 2013.

<http://www.lamoncloa.gob.es/Documents/EstrategiaSeguridadNuevo.pdf>

R. ROLDÁN: “Política Mediterránea española. Iniciativas de Defensa y Seguridad en el Mediterráneo”, en *Seguridad en el Mediterráneo: complejidad y multidimensionalidad*. Monografías del CESEDEN, n°92, Ministerio de Defensa, Febrero 2007.

UNIÓN EUROPEA: *Una Europa segura en un mundo mejor*”, *Estrategia Europea de Seguridad*. Bruselas, 12 diciembre, 2003. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:r00004>

E. TARILONTE: “Todos juntos contra el yihadismo”. Revista Española de Defensa, enero 2015. <http://www.defensa.gob.es/5mas5/es/doc/red-313-cinco-mas-cinco.pdf>

EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y CENTROS PENITENCIARIOS

ANA MARIA GIL ANTÓN

Doctora en Derecho. Socio Fipc. Gerente de Estrategia del Grupo Tragsa

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2015

Fecha de aceptación: 18 de noviembre de 2015

RESUMEN: El Sistema Penitenciario Español y el cumplimiento de las penas, así como su tipología, no son una novedad que aparezca en el siglo XXI sino que existe desde la antigüedad ya que la comisión de hechos delictivos ha estado siempre presente en todas las sociedades. Por este motivo, es necesario que se ahonde en la elaboración de normas que regulen estos hechos, máxime cuando la presente reforma del Código Penal, aprobada por la Ley 1/2015, de 31 de marzo, que entró en vigor el pasado 1 de julio de 2015, establece una modificación del sistema punitivo, con una pena de privación de libertad revisable permanente, atendiendo a las demandas sociales, para determinados tipos delictivos, por lo que los periodos de internamiento se podrán alargar. De ahí, que sea imprescindible la existencia de centros penitenciarios para el cumplimiento de las penas por parte de las personas que han delinquido, que cumplan la finalidad perseguida con ella.

ABSTRACT: The Spanish prison system and the enforcement of sentences, as well as its type, is not new to appear in the 21st century but it exists since ancient times as the commission of criminal acts has always been present in all societies. For this reason, it is necessary to delve into the development of rules that govern these facts, especially when the present reform of the Penal Code, approved by Law 1/2015, of March 31, which comes into force in July 1 of 2015, establishes a modification of the punitive system, with a permanent deprivation of reviewable freedom, in response to social demands for certain crime types, so that periods of detention may be extended. Hence, the existence of prisons is essential for the enforcement of sentences by persons who have committed crimes.

PALABRAS CLAVE: Código Penal, penas, prisión permanente revisable, reo, cumplimiento.

KEYWORDS: Penal Code, penas, Permanent privation of liberty, reo, accomplishment.

SUMARIO: 1. SITUACION DE PARTIDA. 2. LA MODIFICACIÓN DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, CON LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. 3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE EL SISTEMA PENITENCIARIO. 4. FUENTES DEL DERECHO PENITENCIARIO. 5. SOBRE LA REGULACIÓN EN LA LEY GENERAL PENITENCIARIA. 6. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA NECESIDAD DE ESTABLECER MEJORAS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. SITUACION DE PARTIDA

A lo largo del transcurso del tiempo, se ha podido ir constatando cómo las penas y los castigos se han ido modificando y poco a poco, se ha pretendido que esos castigos no cumplieren únicamente una finalidad de castigo, sino de formación tendentes a la reinserción, rehabilitación del reo, con objeto de que los condenados, al término de su condena, estuvieran en disposición de vivir en libertad de nuevo, alejándose de la vida delictiva. Tanto ello es así, que en el siglo XXI cuando se aborda esta cuestión, se tiene en consideración no sólo los derechos fundamentales de las personas, su dignidad e intimidad cuestiones que en la antigüedad no se tenían en cuenta, sino también los derechos y obligaciones de los condenados. Lo cierto es que en la antigüedad los sistemas penales establecidos conllevaban penas de tortura, trabajos forzados, malos tratos y multitud de actividades ahora consideradas ilegales. Y éste es el sentido, que estableció el artículo 25.2. de la Constitución española, y que ha sido complementada, con otra serie de disposiciones normativas. En efecto, sobre dicho particular podríamos afirmar que la norma suprema en este ámbito está constituida por la Ley General Penitenciaria, aunque dicha normativa ha estado precedida por multitud de Decretos a día de hoy, reguladores del régimen penitenciario, como es el Reglamento Penitenciario. Lo que persiguen estas leyes es determinar algo de tanto alcance para el ser humano recluso, como es la vida del preso en un centro penitenciario, sus derechos y deberes así como el tratamiento que debe seguir en el interior con el fin de que se prepare para la vida en libertad alejado del delito.

No obstante, la experiencia demuestra, que en ocasiones, los centros penitenciarios se han constituido en un arma de doble filo en este sistema, ya que por un lado, están destinados para que las personas que son condenadas, cumplan su pena y sus obligaciones para que en un futuro estén preparadas para vivir en libertad, con lo que se cumpliría la finalidad de reinserción y rehabilitación, de conformidad con el concepto de la pena en nuestro sistema Constitucional. Sin embargo, se constata como en múltiples supuestos, los centros penitenciarios, para algunas personas, se han convertido en “la escuela de la calle”, es decir, que durante el tiempo que deben permanecer allí se limitan a convivir, a cumplir con sus deberes pero no existe una preocupación real por el alejamiento de la vida delictiva, no se someten a tratamiento psicológico ni terapéutico, incluso pueden hasta generarse sentimientos de orgullo respecto a los actos delictivos. A ello se añadiría lo que podríamos señalar como “normalización de la entrada en prisión”, por parte de un gran número de personajes públicos. Lo cierto, es que en la actualidad, si acudimos a las estadísticas, constatamos como la población reclusa ha aumentado respecto a los pasados años y lo que destaca, en nuestro país sobre todo, es la presencia de inmigrantes que están en prisión por tráfico de drogas, mujeres en más casos. Debemos decir que la mayoría de hombres que se encuentran en las prisiones por delitos de carácter económico o patrimonial, entre los que destacan robos, hurtos, estafas, sin olvidar la relevancia de los delitos contra la salud pública, como el tráfico de drogas. Una vez dentro del centro penitenciario, como las pretensiones son que las personas condenadas puedan llevar una vida más o menos normal, que sea productiva aunque estén privadas de libertad, y gozan de sus derechos salvo los que se ven limitados por el fallo de la condena, tienen permitido efectuar actividades que les proporcionen mejoras en su formación, y contribuyan a su reinserción en la sociedad como deporte, trabajo, estudio, etc... Si nos referimos a la maternidad en los centros penitenciarios, hemos de considerar que un centro penitenciario no constituye el lugar idóneo para que menores de 3 años convivan con sus madres, pero en este aspecto hemos de tener en cuenta la primacía del interés del menor y por tanto, de la necesidad de reforzar el vínculo materno-filial. Frente a todo lo expuesto, sin embargo la reforma del Código Penal, constituida por la Ley 1/2015, de 31 de marzo, se ha decantado por un sistema en que se potencia para determinados tipos delictivos de especial gravedad y rechazo por la sociedad la pena de privación de libertad para periodos más largos, con la denominada prisión permanente revisable.

2. LA MODIFICACIÓN DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, CON LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.

Como se ha indicado la reforma del Código Penal introduce la denominada prisión revisable permanente, no sin que ello haya generado una gran polémica, a pesar de que únicamente se podrá imponer a los asesinatos donde concurra una circunstancia agravante, con una lista de supuestos cerrados y constituidos por los siguientes.

- *Que la víctima sea menor de dieciséis años, o especialmente vulnerable por razón de su edad o discapacidad*
- *Que la muerte se provoque de manera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*
- *Que el asesinato se cometa por parte de un miembro de un grupo u organización criminal*
- *El caso de asesinatos múltiples*
- *En casos de delitos de genocidio, lesa humanidad u homicidio del Rey, la Reina, el Príncipe o Princesa de Asturias.*

En estos supuestos cumplida una parte de la condena que oscilaría entre 25 y 35 años, el Tribunal deberá revisar de oficio cada dos años si la prisión debe ser mantenida cada dos años; y lo hará también siempre que el penado lo solicite, si bien tras la desestimación de una petición podrá fijar un plazo máximo de un año dentro del cual no se darán curso a nuevas peticiones. La inclusión de esta nueva pena, ha generado cuestiones varias, por cuanto se considera como una cadena perpetua encubierta, a pesar de que no es nuestro Estado el único Estado de nuestro entorno en la que existe, sino todo lo contrario. Se ha incluso argumentado su posible inconstitucionalidad, por atentar a los Derechos Fundamentales, y en particular al artículo 10 que protege la dignidad del ser humano “*La dignidad de la persona, los derechos humanos que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la ley y a los demás derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social*”, recordemos que en nuestro Ordenamiento Jurídico los Derechos Fundamentales, no sólo protegen el ámbito de la persona, sino que constituyen valores programáticos de nuestro orden constitucional. Pero además si contemplamos la dicción del apartado 2 del referido precepto 25, se determina que “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. En este sentido, se ha argumentado que esta pena de prisión permanente revisable atenta a la Declaración de Derechos Humanos, si bien hemos de considerar precisamente el reciente fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2015, que avala este tipo de pena en el Reino Unido, (Asunto Hutchinson v. The United Kingdom 57992/08), ya que la legislación británica cuenta con mecanismos de revisión de penas, y por lo tanto resulta compatible con el artículo 3 del citado Convenio Europeo de Derechos Humanos, que determina que “*nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Pero esta tipología punitiva no se ha considerado adecuado, no sólo en el Reino Unido, sino también podemos mencionar otras sentencias, como las SSTEDH de 12 de febrero de 2008 en el caso Kafkaris vs. Chipre (2106/04); sentencia de 3 de noviembre de 2009 en el caso Meixner vs. Alemania (2658/07) y la sentencia de 13 de noviembre de 2014 en el caso Affaire Bodein vs. Francia(40014/10), a lo que se añade la previsión de este tipo de penas igualmente en Estatuto de la Corte Penal Internacional, que se encuentra ratificado por España. Hemos de señalar que al tiempo que se incorpora esta pena, se produce igualmente una nueva definición del asesinato como especialmente grave. Igualmente se incluye esta pena, junto con un internamiento por razones de trastorno psíquico también perpetuo.

Igualmente se ha mantenido por el Consejo General del Poder Judicial en Informe¹, que “resulta cuanto menos dudoso que una privación de libertad potencialmente perpetua sea conciliable, en un ámbito estrictamente interno, con la finalidad de reinserción que se contempla en el apartado 2 del artículo 25 CE. “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”, con lo que se ha de evitar correr el riesgo del fracaso del tratamiento penitenciario, entendiéndose además que ello conllevará lógicamente modificaciones sobre el sistema penitenciario, y los requerimientos en estos supuestos exigidos para que, en efecto pueda la pena cumplir el fin, no sólo de castigo sino de reinserción. De ahí que a continuación se ha considerado señalar algunas notas de nuestro sistema penitenciario.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE EL SISTEMA PENITENCIARIO

En primer lugar, ofrecemos una panorámica sobre aquellos antecedentes históricos más relevantes que preceden a la Ley General Penitenciaria (en adelante LGP) de manera cronológica hasta nuestro tiempo, en relación con los sistemas penitenciarios y de cumplimiento de las penas².

En primer lugar, mencionar el Código de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, donde el tema principal se centraba en las penas, lo que supuso un avance, conteniendo además las normas y antecedentes de lo que podemos decir que constituyen elementos de los modernos sistemas penitenciarios como la clasificación o el tratamiento penitenciario. Con posterioridad, se produce la transformación de la cárcel-custodia en prisión-pena. La pena privativa de libertad supuso una clara novedad desde que comenzó a aplicarse en el siglo XVI. Poco a poco, comienza a tener valor el hecho de que los internos trabajasen y se pudieran ver reinsertados en la sociedad. Así, podemos señalar que la pena de galeras nació para provecho y utilidad del Estado, satisfaciendo la mano de obra para conmutar la pena de muerte y se amplió como sustitutivo de las penas corporales y destierro, vigentes hasta 1803. Por su parte, los trabajos en minas se encuentran ya en Las Partidas como penas y estos trabajos proliferaron precisamente en las minas de Almadén. Se consideraba una variedad de las penas de galera, de gran dureza, si bien quedaron suprimidas en 1801. La privación de libertad pasó a convertirse en castigo penal, se buscaba, entonces castigar menos pero mejor. El 20 de mayo de 1804 se publica la Ordenanza de los Presidios Navales que es considerada como la primera Ley Penitenciaria española por lo avanzado de sus normas. En este caso se adelanta el sistema progresivo procediendo a la clasificación según el delito cometido, la edad y las aptitudes del reo. Más recientemente, se aprueba el Reglamento General de los Presidios el 1 de mayo de 1807, que constituyó una ampliación del Reglamento del presidio de Cádiz de 1805. Posteriormente, consecuencia tanto de los buenos resultados alcanzados, como por el hacinamiento que existía en Ceuta y Melilla, se establecieron los presidios militares de los territorios peninsulares, sometidos al Ejército de Tierra. Veintisiete años después se aprueba la Ordenanza General de Presidios “Civiles” del Reino en 1834. Se publica por Real Decreto de 14 de abril de 1805 que se vio condicionado por la promulgación del Código Penal de 1822, como consecuencia de que se introdujeron nuevas penas privativas de libertad, requiriendo lugares de cumplimiento con las condiciones adecuadas.

Un dato relevante, a destacar es que será la primera regulación penitenciaria con alcance nacional. La Ley de 26 de julio de 1849 es una ley especial de prisiones. Trata de las cárceles y de los establecimientos penales, que entonces dependen del Ministerio de Gobernación dirigidos por los alcaldes bajo la supervisión y dependencia de los mismos. La corrección y la enmienda de los penados será el objeto de los lugares de cumplimiento tal y como podemos constatar con la Ley de Bases de 21 de octubre de 1869. Por su parte, por la

1 Dossier actualidad legislativa, la reforma del Código Penal, marzo 2015. Aranzadi.

2 BURGOS, F. (jurista de Instituciones Penitenciarias): “Evolución histórica de la legislación penitenciaria en España”. Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, 1996, p. 253.

Real Orden de 23 de junio de 1881 se crea el Cuerpo Especial de Empleados de Establecimientos Penales. Dicho cuerpo quedaba dividido en dos secciones: en primer lugar, la de dirección y vigilancia y, en segundo término, la administración y contabilidad, lo que más adelante se conocerá como los funcionarios de prisiones. Con el Real Decreto de 23 de diciembre de 1889 se prohíbe el trabajo al aire libre pero debido a la necesidad de realizarlo, por Real Decreto se otorgó a estos servicios una autorización legal.

Pero es a partir del siglo XX, cuando aparecen nuevos reglamentos penitenciarios que se irán desarrollando hasta nuestros días, y a lo largo de la transición democrática. Destacable el Real Decreto de 3 de junio de 1901, que viene a incorporar plenamente el sistema progresivo, estructurándose en cuatro periodos: de preparación o celular, industrial y educativo, intermediario y, por último, de gracia y recompensa. Más tarde se aprobará el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 como verdadero Código penitenciario, cuya pretensión era la de dar unidad y armonía a la multiplicidad de disposiciones, que se estructuró en 518 artículos. El 24 de diciembre de 1928 el Reglamento de los Servicios de Prisiones, un reglamento anterior de acuerdo con el Código Penal de 1928. Estuvo en vigor durante la Segunda República, Guerra Civil, es decir, en 1939, el Reglamento Orgánico de los Servicios de Prisiones. Los primeros años de la dictadura. Introduce como novedad la subdivisión de las prisiones centrales entre Especiales y Comunes. El Reglamento que conocemos de la posguerra es del 5 de marzo de 1948 cuyas principales características fueron el tratamiento, que estaría fundado en principios como la caridad cristiana que junto con la retención y custodia se buscaba una labor redentora de los mismos.

Para finalizar, la mayoría de los autores contemplan el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 como la primera fuente de derecho positivo en materia penitenciaria. Este último reglamento fue modificado en varias ocasiones hasta el Real Decreto de 25 de enero de 1968 lo que significó entre otras, la puesta al día de la Administración Penitenciaria. Por último, resaltar como importante, el Real Decreto de 29 de julio de 1977, que supuso una serie de cambios como la supresión de la celda de castigo por el aislamiento en la propia celda, mayores facilidades para las comunicaciones orales y escritas de los internos con sus familiares, la posibilidad de las vidas íntimas y permisos de salida al exterior de hasta siete días, constancia expresa de los derechos y deberes de los internos, por tanto, se podría calificar como un Decreto que se asemeja al sistema penitenciario existente hoy día; y éste será el último hasta la entrada en vigor de la normativa penitenciaria de nuestros días, La Ley General Penitenciaria.

4. FUENTES DEL DERECHO PENITENCIARIO

La normativa penitenciaria actual se encuentra recogida en la Ley General Penitenciaria 1/1970, de 26 de septiembre y en el Reglamento Penitenciario 190/1996 de 9 de febrero, así como en la Constitución Española de 1978, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, el Código Penal y el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque en menor medida.³

Conviene referirnos a nuestro Texto Constitucional, en primer lugar, en cuyo artículo 25.2 se hace referencia a la pena privativa de libertad, expresando que: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”*.

³ RACIONERO, F.: “Derecho Penitenciario y Privación de Libertad”, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 39 y siguientes.

En segundo lugar, la Ley General Penitenciaria, ha constituido la “Carta Magna” del Derecho Penitenciario, siendo la primera de este carácter en el actual periodo constitucional. En tercer lugar, nos consta el Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de Febrero. Las cuestiones que aborda y regula el citado reglamento están constituidas por los permisos de salida, la libertad condicional por enfermedad grave como temas de difícil comprensión o que supone alguna controversia. Este Reglamento pertenece a la categoría de los “reglamentos ejecutivos” ya que desarrollan disposiciones de una ley pero deben limitarse a completar esas cuestiones con detalle.

Por su parte, el Código Penal 10/1995, de 23 de noviembre, destaca las atribuciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre las distintas competencias; siendo así que el Real Decreto 690/1996 de 26 de abril por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana. El Reglamento de los Servicios de Prisiones se aprueba por Decreto de 2 de febrero de 1956 regulando el otorgamiento de redenciones extraordinarias en razón de las especiales circunstancias de laboriosidad, disciplina y rendimiento en el trabajo por el condenado. El Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de Mayo por el que se regulan los servicios, unidades y puestos de trabajo de los centros penitenciarios., también resulta digno de mención, junto con las circulares o instrucciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. No obstante la normativa indicada, hemos de señalar que en el interior del centro penitenciario, las normas de Régimen Interior son los instrumentos de obligado cumplimiento para los internos que se encuentran en los citados centros cumpliendo condena de privación de libertad, así como para los que cumplen el resto de la condena en régimen abierto. Quedan recogidos en el artículo 4 y proceden del propio centro penitenciario aprobados por el propio Centro Directivo.

Para el Juez de Vigilancia Penitenciaria, es la Ley Orgánica del Poder Judicial la que establece las competencias de manera general. Pero es en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 988 donde se refiere a la acumulación jurídica de condenas y la fijación del tiempo máximo de cumplimiento que hoy en día está fijado como regla general en 20 años aunque caben algunas excepciones, y cuyo régimen, como luego indicaremos, ha sufrido una relevante modificación en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. Por su parte, no podemos obviar lo dispuesto en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado 2/1986 de 13 de marzo, que en su artículo 8.2, determina la estancia de los policías en el centro penitenciario, en un módulo exclusivamente destinado a los mismos, dada la necesidad por velar por su vida e integridad si se encontrasen compartiendo los espacios con el resto de los presos.

Conviene igualmente, hacer referencia a la Ley Reguladora del Procedimiento “HABEAS CORPUS”. Lo cierto es que en esta Ley se amparan una gran parte de los requerimientos de los presos, norma que es habitualmente esgrimida por parte de delincuentes presos, que en ocasiones ni tan siquiera conocen el contenido de la misma, ni los derechos que dicha norma otorga. En estos supuestos, la competencia sobre dicha materia corresponde a los Juzgados de Instrucción para admitir o no este procedimiento. Uno de los denominados beneficios penitenciarios se establece en la Ley de 18 de junio de 1870 sobre normas para el ejercicio del Derecho de Gracia (indulto). La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común regula el procedimiento administrativo general, derecho de los administrados, responsabilidad patrimonial y las normas de funcionamiento de los órganos colegiados.

Resulta de especial relevancia la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Audiencia y Juzgados de Vigilancia. También podemos destacar la Costumbre, los instrumentos de Derecho Internacional, los criterios de actuación de los jueces de Vigilancia Penitenciaria y la Sentencia de Condena a pena privativa de libertad y/o medida de seguridad. Por último, existe un ámbito de lo penitenciario en la Jurisdicción Militar,

además del Código Penal Militar y de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar. Los aspectos penitenciarios están regulados en el Real Decreto 1396/1992, de 20 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

5. SOBRE LA REGULACIÓN EN LA LEY GENERAL PENITENCIARIA

El endurecimiento de las penas y medidas que supone la reforma actual, no es algo aislado o infrecuente en los distintos estados. Si hacemos una breve mención a las penas y su cumplimiento a lo largo de la historia, constatamos como cada sociedad ha reaccionado de manera diferente frente a las conductas antisociales cometidas. Los castigos aplicados por el poder para reconducir los comportamientos desordenados se han traducido en sanciones como el descuartizamiento, la crucifixión, la lapidación, la mutilación, la exposición pública, trabajos forzados, expatriación, entre otras, hasta llegar en su fase contemporánea, al aislamiento del delincuente como terapia para sus males, como única forma de castigo aunque antes también existía. Es por todo ello que nacen los centros penitenciarios que son establecimientos destinados a la custodia de los internos o reclusos. Las penas privativas de la libertad son un concepto relativamente moderno⁴.

En el S.XXI podemos mantener que los establecimientos penitenciarios se identifican con una serie de oficinas, servicios y dependencias que se emplean en el sistema penitenciario para la actividad prestacional que asume de ejecutar las penas privativas de libertad y medidas alternativa impuestas por los órganos de impartir justicia penal⁵. En este punto, nos vamos a centrar únicamente en la LGP⁶ aprobada por el Congreso de la Ley Orgánica General Penitenciaria el 5 de julio de 1979, regulando la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad y publicada en el BOE el 26 de septiembre de 1979.

El hecho de que los internos se encuentren en centros penitenciarios sin comunicación puede considerarse un castigo adecuado pero nuestro sistema penitenciario, hemos de mantener, que no solo se basa en la retención y custodia, ya que el fin que se ha de conseguir para el penado que cumple condena es la de la reinserción social y la rehabilitación, que en un futuro, cuando salgan de los centros penitenciarios, estén preparados para vivir en libertad. Como venimos indicando, la idea resocializadora se impone como eje principal del cumplimiento de condena de los internos en los centros penitenciarios, con el fin último que supone el que el penado lleve a cabo su vida sin delito. En la Exposición de Motivos se califica a la prisión como un “mal necesario”, pero por otra parte inevitable en nuestra sociedad.

Se disponen en el artículo 7 de la citada LGP una serie de tipos como son: los establecimientos de preventivos destinados a la retención y custodia de detenidos y presos⁷. También se podrán cumplir penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses; establecimientos de cumplimiento de penas, destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, que se organizan separadamente para hombres y mujeres pudiendo ser de dos tipos: régimen ordinario para aquellas personas que cumplen con las obligaciones y muestran un nivel de conducta y comportamiento adecuado, y por otro lado, el régimen cerrado para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada; establecimientos

4 Ministerio del Interior- Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: www.institucionpenitenciaria.es, Madrid, 2010, p.1

5 ALBINYANA O. y CERVERA S.: “Vida en prisión”, Fe d` erratas, Madrid, 2014, p. 138.

6 BURGOS F. (jurista de Instituciones Penitenciarias): “Ob. Cit.” p. 261

7 En caso de no existir un centro destinado para mujeres y jóvenes, podrán residir en los centros destinados para los hombres siempre y cuando haya absoluta separación y con organización y régimen propio.

especiales, en los que prevalece el carácter asistencial.⁸ Además lógicamente los centros psiquiátricos. Dentro de los centros penitenciarios existirá un régimen de clasificación cuyo fin es conseguir éxito en el fin perseguido con la imposición y cumplimiento de las penas, y por tanto que resulte efectiva la finalidad de reinserción y rehabilitación de los internos, clasificados⁹ en primer grado¹⁰, segundo grado¹¹ y tercer grado¹², que preconiza nuestra CE. Por otra parte, se regula la situación de libertad condicional¹³, que igualmente ha sufrido modificaciones en la presente reforma del Código Penal, que más podríamos decir que se trata de un nuevo Código Penal, habida cuenta la cantidad y profundidad de reformas que introduce.

Por otra parte, hemos de referirnos a la regulación y estructura de la citada LGP que consta de un total de 80 artículos comprendido en seis Títulos, que señalamos a continuación, en los que se regulan una serie de materias, a saber:

- *Título Preliminar. Se establece que las Instituciones Penitenciarias tienen como finalidad primordial la reeducación y reinserción de los penados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados; el art.2 recoge una de las manifestaciones del principio de legalidad; el art.3 recoge los derechos de los internos y art.4 los deberes de los internos mientras se encuentren en los centros penitenciarios; el art.5 define el régimen de la prisión preventiva presidiendo el principio de presunción de inocencia y el art.6 establece que ningún interno será sometido a malos tratos.*

- *Título Primero. De los establecimientos y Medios Materiales. Este título comprende el desarrollo de la parte económicamente más importante junto con la realización del plan de construcciones y amortización de centros en 1991. Los establecimientos penitenciarios comprenderán establecimientos de preventivos, de cumplimiento de penas y establecimientos especiales.*

- *Título Segundo. Del Régimen Penitenciario. Se contemplan todas las materias utilizadas en la vida de los internos dentro de los centros como es el trabajo, la asistencia sanitaria, régimen disciplinario, procedimiento y sanciones, recompensas, quejas y recursos, visitas, asistencia religiosa, trabajo y educación.*

- *Título Tercero. Del Tratamiento Penitenciario. Es uno de los elementos esenciales en nuestro sistema ya que es el conjunto de actividades y obligaciones que va a llevar a cabo el interno, es la distribución de su tiempo durante el tiempo que cumple condena. Se contempla el concepto, principios reguladores, tareas previas, evolución y Equipos Técnicos.*

- *Título Cuarto. De la Asistencia Post-penitenciaria. Regula la asistencia que se debe prestar a los internos en el momento en el que estos salen de*

8 No se deben considerar estos centros como penas sino como medidas para asegurar el éxito del tratamiento para cada individuo.

9 LA CRUZ, J.M.: "Curso de Derecho Penal. Parte general", Dykinson, Madrid, 2011, p. 787

10 artículo 10.1 LGP y 102.5 RP, en el que se clasifican a los penados considerados de peligrosidad extrema o inadaptados al régimen ordinario. En este primer grado rige el régimen cerrado caracterizado por un intenso control y vigilancia de los penados que tienen muy restringidas las actividades en común con otros internos.

11 Artículo 9 LGP y 102.3 RP en el que se clasifica a los penados que poseen las circunstancias personales y penitenciarias normales pero no están aún preparados para vivir en semilibertad. Es importante destacar que suele ser el grado de clasificación de los internos a su llegada al centro, siempre y cuando no tengan características de especial gravedad.

12 Artículo 9 LGP y 102.4 RP en el que se clasifica a los penados que, por sus circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia están preparados para vivir en semilibertad. Es evidente que en este grado rige la confianza en el interno, se caracteriza por el régimen abierto.

13 permite al penado poder cumplir en libertad el resto de la pena de prisión siempre y cuando se observen ciertas condiciones. Es una institución que funciona como "el cuarto grado" del sistema penitenciario y para su concesión se exige como requisito general que el condenado esté clasificado en el tercer grado penitenciario.

prisión, prepararles para una vida en libertad favoreciéndole la vida mediante la ayuda de familiares, servicios sociales, etc.

- *Título Quinto. El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Se presenta como una nueva figura en el sistema punitivo español que va a tener una serie de competencias importantes como es hacer cumplir las penas, salvaguardar los derechos de los internos, resolver recursos y quejas interpuestas en los plazos previstos así como evitar abusos en los centros penitenciarios por las personas que se encuentran en el interior, sean funcionarios o internos.*

- *Título Sexto. De los funcionarios. Los artículos 79 y 80 se ocupan de lo relativo a los funcionarios de instituciones penitenciarias. Se regulan las competencias que estos poseen en los centros penitenciarios y se atribuye a la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios. Estos funcionarios se define como funcionarios públicos con los derechos, deberes e incompatibilidades regulados en la legislación propia de la función pública.*

6. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA NECESIDAD DE ESTABLECER MEJORAS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL.

Cuando abordamos lo relativo al sistema general penitenciario español tal como se encuentra concebido en la ley, se nos plantea si sería posible fijar determinadas mejoras en cuanto a su funcionamiento, considerando la existencia de una serie de problemas de difícil solución, que harían precisas modificaciones legislativas, que sin embargo no han sido consideradas por la reforma penal que aborda la nueva Ley 1/2015, si bien, se encuentre prevista además la modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal y, que no parece que pueda entrar en algunas de las cuestiones que puedan ser identificadas como dignas de resolución.

En primer lugar, y de manera más generalizada, podría entenderse que una de las principales cuestiones a solventar, es la propia dilación que se produce en la Administración de Justicia, no sólo por un sistema que podríamos entender configurado con gran cúmulo de garantías, con objeto de hacer efectivos, entre otros los principios constitucionales de presunción de inocencia, contradicción y de legalidad del proceso penal, y que determina que el cumplimiento de las condenas se produzca, en un gran número de supuestos, años después de haberse cometido el delito, lo que puede redundar en que el condenado, en ocasiones ya reinsertado, con trabajo, familia e hijos deba entrar en prisión por un acto delictivo cometido hace años. Precisamente, una de las reformas abordadas en la Ley 1/2015, de Código Penal es precisamente tratar de acelerar la Administración de Justicia, y que se eviten, en la medida de lo posible, dilaciones en el proceso penal.

En el caso de los delitos económicos, como los fiscales, aunque es un tema complicado y debemos de atender a las circunstancias de cada caso, en efecto, puede resultar más efectivo que las personas que cometen delitos estén obligadas a la devolución de los importes defraudados de manera inmediata, ya que hasta la fecha puede dar la impresión, de que “compense” entrar en prisión, y sin embargo no se devuelva el dinero que defraudaron indebidamente. Se debería, en efecto, dar prioridad a la devolución del dinero, al igual que pueda ocurrir con otros tipos delictivos en el ámbito económico. Lo mismo indicar respecto al decomiso, que tiene una regulación novedosa y pormenorizada en la reforma.

Si nos referimos al cumplimiento de las penas de privación de libertad en los centros penitenciario, una de las primeras modificaciones que puede entenderse interesante es que se haga mayor hincapié a los reclusos en someterse al tratamiento penitenciario, es decir, intentar que todos se sometan a terapia y tratamiento psicológico, con el fin de reinsertarse y rehabilitarse, y, en consecuencia, que el reo se prepare para vivir en una sociedad libre y que entiendan el mal que han cometido. Si nos referimos, a las personas

condenadas por delitos contra la libertad sexual tales como agresiones sexuales, abusos, violaciones e incluso la pederastia, podría ser positivo que se instaurasen sistemas de tratamiento psiquiátrico para su adecuada evaluación y, en caso de imposibilidad de rehabilitación, que se considere como una circunstancia relevante que conste debidamente informada por facultativos competentes, y que el centro penitenciario lo tenga en cuenta cuando se deba conceder la libertad. En cuanto a las personas mayores, enfermas o sin vínculos familiares que se encuentren cumpliendo condena, sería conveniente que se normalizasen procedimientos, con intervención de acciones de ONGs (Fundación “Padre Garralda” o la Fundación “Hombres Buenos” entre otras) que reforzasen la propia autoestima y las relaciones humanas, mediante visitas periódicas y así que el reo, no sufra únicamente la soledad y el abandono en los últimos días de vida, cuando hubiere cometido cualquier delito, siempre y cuando el interno se muestre favorable a ello. Respecto a los niños menores de tres años que, por ser sus progenitores reos y, que por tanto, viven en los centros penitenciarios, y aunque en la actualidad existe una importante acción de voluntariado con el fin de realizar actividades con ellos, se requeriría que ello se pudiese establecer con una mayor habitualidad. En cuanto a los funcionarios, hay casos que podemos observar en prensa escrita y hablada sobre tratos de favor y, quizás desigualdad, en relación con determinados internos, y sobre personajes públicos. En estos casos se debería tener en cuenta que en los centros penitenciarios todas las personas tienen la misma categoría y habrán de fijarse procesos imparciales e igualitarios, en todo momento. Ahondando en el tema de los personajes públicos, es importante que se proteja su intimidad, que se impida saber cómo se encuentran en los centros. Diariamente vemos noticias que narran como es la vida de personajes públicos, como Bárcenas, Ortega Cano, Isabel Pantoja, entre otros, como les tratan los internos, si son líderes o se les protege, eso es información que solo debería tener la familia y que los medios de comunicación deberían desconocer, a pesar de cómo decimos entender que se trata ponderar no sólo el interés o no de la noticia, y que estamos ante personajes públicos. Respecto a los medios humanos, es importante que haya personal suficiente y cualificado para llevar a cabo los tratamientos, que es más que insuficiente, por tanto, se hace necesario que se produzca un aumento de los trabajadores sociales y psicólogos con el fin de que no haya lista de espera para el tratamiento de violencia de género por ejemplo.

Por último, a pesar de la percepción que se tiene desde fuera sobre los centros penitenciarios que puede entenderse en general, como errónea, por cuanto existe una creencia a nivel popular que los centros penitenciarios son algo parecido a hoteles. Quizás podría resultar interesante, habida cuenta del endurecimiento de las penas que la reforma penal aborda, sería una ocasión para incidir sobre lo que supone la privación de la libertad ambulatoria, y la importancia para el ser humano de la libertad.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALBINYANA, O y CERVERA, S: *“Vida en prisión”*, Fe d’erratas, Madrid, 2014.

BURGOS, F. (Jurista de Instituciones Penitenciarias): *“Evolución histórica de la legislación penitenciaria en España”*.

GARCIA, E.; BECERRA, J.; Y AGUILAR, A.: *“Realidad política penitenciaria”*, Universidad de Málaga, Málaga, 2013

LA CRUZ, J.M: *“Curso de Derecho Penal. Parte General”*, Dykinson, Madrid, 2011

RACIONERA, F.: *“Derecho Penitenciario y Privación de Libertad”*, Dykinson, Madrid, 1999.

RIOS, J.C.: *“Manual de ejecución penitenciaria”*, Colex, Mayo, 2014

DOSSIER ACTUALIDAD LEGISLATIVA, “Reforma. Un nuevo Código Penal”. Madrid abril 2015. Thomson Reuters.

LOZANO GAGO, M. LUZ: “Internamientos y presión de por vida. Análisis.” Dossier. Reforma del Código Penal.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, R: “La nueva pena de prisión permanente revisable y el Derecho Comparado. Análisis.” Dossier. Reforma del Código Penal.

QUINTERO OLIVARES, G: *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Aranzadi. Abril 2015.

GARCIA GIL, P: La vida del preso. Ley General Penitenciaria. Abril 2015. Trabajo fin de grado Criminología. Universidad San Pablo CEU.

Legislación aplicada:

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo, de Reforma del Código Penal

Ley Orgánica 1/1979. De 26 de septiembre, General Penitenciaria

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Direcciones de internet

WWW.AGAPEPENITENCIARIA.ORG Francisca Mellis Pont, “*Mujeres en prisión*”, Madrid, 2010.

WWW.ALOJ.US.ES Rafael Fernández (Funcionario del Cuerpo Superior Técnico de Instituciones Penitenciarias): “*Introducción al Sistema Penitenciario Español*”, Madrid, 2005.

WWW.BLOGSLAINFORMACION.COM Julio Hernández, “*Las cinco mejores cárceles del mundo*”. Revista de investigación científica, 2011.

WWW.DIALNET.UNIRIOJA.ES Elio Gómez Grillo, “*Las prisiones de Latinoamérica*”, Venezuela, 1980.

WWW.ESGLOBAL.ORG Greg Shtraks, “*Las cárceles con peor reputación del mundo*”, 10 de febrero de 2009.

WWW.E-SPACIO_UNED.ES Profesor Doctor D. Carlos Vázquez González. Revista de Derecho Penal y Criminología 3ª, Época, nº7, Enero 2012.

WWW.INSTITUCIONPENITENCIARIA.ES Ministerio del Interior - Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2010.

WWW.SCIELO.ORG.MX Christopher Howard, Estudios sociales. “*Una comparación de los establecimientos penales en América del Norte y América Latina*”. Revista de investigación científica, 2009.

LA SEPARACIÓN CONYUGAL EN LA LEY 15/2005, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

OSCAR MONJE BALMASEDA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2015

RESUMEN: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria regula una nueva modalidad de separación legal, la separación legal ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, que se añade a la separación legal ante la autoridad judicial recogida en el artículo 81 del Código civil. En este contexto, el objetivo del presente artículo es analizar los aspectos más significativos de la normativa de la separación conyugal.

ABSTRACT: Voluntary jurisdiction new law regulates a new marital separation form. In addition to the traditional way, includes in article 81 of the Civil Code, after the recent legal reform, there is the possibility to process the divorce in the face of a notary or Lawyer of the Administration of Justice. The target of this work is to analyze the major changes wrought by law reform.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción voluntaria, Separación, Procesos matrimoniales, Convenio regulador, Notario, Letrado de la Administración de Justicia.

KEY WORDS: Voluntary jurisdiction, marital separation, marriage process, regulatory agreement, Notary, Lawyer of the Administration of Justice.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA SEPARACIÓN LEGAL. 2.1. SEPARACIÓN JUDICIAL. 2.2. SEPARACIÓN CONSENSUAL ANTE EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA O ANTE NOTARIO. 2.2.1. PLANTEAMIENTO. 2.2.2. SEPARACIÓN ANTE EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 2.2.3. SEPARACIÓN ANTE NOTARIO. 3. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN LEGAL. 4. LA RECONCILIACIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

Frente al concepto más amplio de separación conyugal, vinculado únicamente a la suspensión de la convivencia entre los cónyuges el Capítulo VII, Libro I del Código civil, bajo el epígrafe “De la separación”, se ocupa de la separación legal.

En efecto, la separación conyugal puede ser una situación puramente fáctica de ruptura de la convivencia matrimonial, acordada por ambos cónyuges o impuesta por uno de ellos, a la que el ordenamiento vincula determinados efectos. En este caso, nos encontramos ante una *separación de hecho*. Sus consecuencias serán las establecidas legalmente, salvo que los cónyuges hayan suscrito un pacto que, respetando las limitaciones legales, se ocupe de determinarlas. En cuanto al posible contenido de estos pactos, coincidirá con las cuestiones que, en un procedimiento de separación, correspondería decidir a la autoridad judicial, esto es, la situación de los hijos, la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, la disolución del régimen económico matrimonial y la pensión que, en su caso, correspondería satisfacer a uno de los cónyuges en favor del otro.

Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 81 CC, cabe que concurriendo los presupuestos legales, a petición de uno o ambos cónyuges, la separación sea decretada por la autoridad judicial. En este caso, nos encontramos ante la denominada *separación legal*, cuyos efectos serán determinados en la sentencia que ponga fin al procedimiento.

Siendo éste el planteamiento vigente antes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, en este texto se prevé, como novedad, una nueva modalidad de separación legal, la separación legal ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, que se añade, por tanto, a la separación legal ante la autoridad judicial recogida en el artículo 81 CC, la cual queda limitada a determinados supuestos, como posteriormente desarrollaremos.

Concretamente, centrándonos en la nueva separación legal ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, el actual artículo 82 CC establece que, en caso de acuerdo de los cónyuges, y no existiendo hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, la separación legal se tramite mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario. En este caso, los efectos de la separación se vinculan al decreto de separación o la escritura pública del convenio regulador. Para ello, la Ley 15/2015, además de reformar la normativa procesal en la materia, modifica y completa la redacción de los artículos 81, 83 y 84 del Código civil, incorporando la mencionada nueva modalidad de separación legal al artículo 82 CC, el cual quedó sin contenido tras su derogación por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

En todo caso, salvo por la mencionada modificación, la orientación básica de la institución a la que se refiere el Capítulo VII, Libro I del Código civil, es el mismo. Por un lado, la situación que se origina por la separación legal no cuestiona la validez del matrimonio, tal y como sucede con la nulidad, y es sustancialmente distinta a la que se plantea como consecuencia del divorcio, ya que, aún separados los cónyuges, el vínculo matrimonial subsiste haciendo imposible que las personas unidas por él contraigan nuevo matrimonio. Por otro, la normativa prevista en el Código civil respecto a la separación es aplicable, como sigue determinando el artículo 81 CC, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio. Pero además, en este caso, no es posible obtener la eficacia civil de las sentencias eclesiásticas de separación, ya que el Acuerdo con la Santa Sede de 1979 y el artículo 80 del Código civil sólo se refieren a la posible eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

En nuestra opinión, al menos en líneas generales, cabe valorar positivamente la reforma, en la medida que, como sucede en otras materias, se posibilita el acceso a los efectos jurídicos de la separación legal de un modo más sencillo y sin pérdida de garantías. De hecho, en aquellos supuestos en los que la ruptura no se plantea como una decisión definitiva, y por ello se descarte la tramitación de un proceso de divorcio, la modificación

legislativa podría servir para incentivar el recurso a la separación legal como vía para ordenar las consecuencias más inmediatas de una crisis matrimonial¹.

2. LA SEPARACIÓN LEGAL

2.1. Separación judicial

La Ley 15/2005, de 8 de julio, con buen criterio, permitió a cualquiera de los cónyuges obtener la separación judicial sin necesidad de invocar causa alguna. La función del Juez quedó circunscrita a comprobar la concurrencia de los presupuestos legales, y a falta de acuerdo, a determinar los efectos de la misma, careciendo de facultades para valorar la oportunidad o inoportunidad de la separación, o los motivos en que se fundaba².

Después de la reforma introducida en el Código civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, partiendo de este mismo planteamiento, la primera variante legislativa de la separación legal, esto es, la separación decretada por la autoridad judicial, se circunscribe literalmente en el artículo 81 CC al supuesto de que existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, posibilitando este precepto tanto la separación a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, como la separación a petición de uno sólo de los cónyuges³.

Resulta acertado, a nuestro juicio, mantener como competencia de la autoridad judicial, cualquier procedimiento en el que intervienen menores o personas con la capacidad modificada judicialmente⁴. Igualmente, a pesar del tenor literal del precepto, no cabe duda que también corresponderá a la autoridad judicial la competencia respecto a cualquier procedimiento de separación si es contencioso, aún en el caso de que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente modificada que dependan de sus progenitores. Evidentemente, en este caso no cabe otra alternativa que la controversia que puede estar relacionada con cualquiera de los efectos de la separación (atribución del uso de la vivienda, pensión compensatoria, etc.), sea resuelta por la autoridad judicial. Además, el mencionado supuesto no tiene encaje en el actual artículo 82 CC, que se limita a supuestos en los que concurre acuerdo de los cónyuges.

Nos encontramos, por tanto, en el ámbito de la separación judicial, regulada en el artículo 81 CC, con la doble posibilidad de que sea solicitada, bien de mutuo acuerdo, o por uno sólo de los cónyuges. Analizaremos brevemente ambos supuestos, tanto desde la perspectiva de la regulación sustantiva, como en lo que se refiere a su normativa procesal, dado que no existen cambios respecto a la legislación vigente con anterioridad a la Ley 15/2015.

Refiriéndose a la separación judicial de mutuo acuerdo, determina el artículo 81.1º CC que se decretará judicialmente la separación, “a petición de ambos cónyuges o de uno

¹ Respecto a la pérdida de relevancia práctica de la separación, tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, *vid.* MARTÍN-CASALS, M., “La separación vincular y la disolución del matrimonio”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 262-263.

² Sobre la evolución legislativa en materia de separación desde la redacción originaria del Código civil, *vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de Familia y de la Persona*, tomo IV, Matrimonio, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 489 y ss.

³ En cuanto a la terminología utilizada por la LJV, coincidimos con FERNÁNDEZ DE BUJAN, que debe valorarse positivamente, constituyendo con carácter general un acierto de la nueva regulación. Así, explica este autor que se utiliza la expresión “capacidad modificada judicialmente” en vez de “incapacitación”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 61.

⁴ En este sentido, *vid.* LUDEÑA BENITEZ, O.D., “Alternatividad o exclusividad de profesionales en la tramitación y decisión de los expedientes de jurisdicción voluntaria: una discusión parlamentaria y doctrinal hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 8 de Julio”, *Practica de Tribunales*, nº 116, septiembre-octubre 2015, La Ley, pág. 3.

con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”. El referido plazo, mantenido tras la última reforma⁵, entendemos que pretende evitar separaciones precipitadas y dotar a la decisión de los cónyuges de la garantía que proporciona a toda decisión un tiempo de reflexión. Sin embargo, además de considerar que, atendiendo a su brevedad, el plazo de tres meses no cumple finalidad alguna, cabe dudar de las ventajas que en la práctica proporciona un requisito de este tipo como medio de evitar o superar crisis matrimoniales. Dado que los cónyuges pueden pactar libremente el cese de la convivencia e incluso sus efectos, puede presumirse que, en la mayoría de los casos, si desean separarse lo harán⁶.

Por otro lado, exige el citado precepto que “a la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador de la separación redactada conforme al artículo 90 de este Código”. De este modo, la falta de acuerdo en un punto concreto obligará a acudir a un procedimiento contencioso respecto a la totalidad de los efectos de la separación, sin perjuicio de los acuerdos parciales que se puedan alcanzar durante la tramitación del mismo. No obstante, en cuanto al contenido del convenio regulador, no es necesario que se incluya en él la liquidación del régimen económico matrimonio, aunque en el caso de incluirse, procede su aprobación, sin que quepa la remisión a un proceso posterior⁷. En efecto, la liquidación consensual puede articularse mediante la inclusión de la liquidación en el convenio regulador que presenten los cónyuges con la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo (artículo 777 LEC). Esta posibilidad aparece prevista en el artículo 90 CC, cuando se refiere al contenido que ha de tener el convenio regulador, y, en tal caso, el juez lo aprobará en la sentencia de separación o divorcio⁸.

Por lo que respecta al procedimiento, en este caso la tramitación se realizará conforme a lo dispuesto en los apartados primero a noveno del artículo 777 LEC. Por tanto, después de la ratificación de los cónyuges, practicada la prueba que se haya propuesto y emitido el informe por el Ministerio Fiscal, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador. Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobaba en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.

No obstante, la sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio. Por su parte, la sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal.

Por otro lado, la modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a que se refiere este artículo se sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. En otro caso, se

⁵ En cambio, en la redacción anterior a la Ley 15/2005, de 8 de julio, en el artículo 81 CC, se exigía que se solicitara una vez transcurrido el primer año del matrimonio.

⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de Familia y de la Persona*, tomo IV, Matrimonio, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 508-509.

⁷ En este sentido, *vid.* SAP de Alicante, sección 9ª, sentencia 398/2012, de 22 de junio, rec. 197/2012.

⁸ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Ámbito de aplicación y competencia para conocer del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 783.

estará a lo dispuesto en el artículo 775 LEC, que regula el procedimiento de medidas definitivas.

Por último, el artículo 81.2º CC, refiriéndose a la separación judicial contenciosa establece que igualmente se decretará judicialmente la separación, “a petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”.

Nos encontramos de nuevo, en este caso en un proceso de separación al menos inicialmente contencioso⁹, ante un plazo que lejos de ofrecer ventaja alguna podría inducir a mantener forzosamente la convivencia, con los evidentes riesgos que ello supone. Precisamente por ello, se prevé en el mencionado precepto que no será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio¹⁰.

Como destacamos anteriormente, esta vía prevista en el artículo 82.2º CC es la única a la que cabe recurrir en caso de desacuerdo, aún no existiendo hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, a pesar de la desafortunada redacción del artículo 81 CC.

Finalmente, señala el precepto que a la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación, de cuya regulación detallada se ocupan los artículos 91 y ss. del Código civil.

En cuanto a la tramitación, en este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 770 LEC, de tal modo que la demanda se sustanciará por los trámites del juicio verbal, y con sujeción, además, a las reglas adicionales que el propio precepto proporciona.

2.2. Separación consensual ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario

2.2.1. Planteamiento

Los cónyuges, como establece el artículo 82.1 CC, podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Por tanto, en todo caso es preciso que los cónyuges alcancen un acuerdo sobre todos y cada uno de los efectos de la separación que constituyen, tal y como establece el artículo 90 CC, el contenido mínimo del convenio regulador, salvo, como anteriormente desarrollamos, lo relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial.

En definitiva, se trata del mismo planteamiento recogido en el actual artículo 87 CC en materia de divorcio. De hecho, el artículo 87 CC, tras admitir que los cónyuges puedan

⁹ Como dispone el artículo 770.5º LEC, en cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo.

¹⁰ No es necesario, como explica PÉREZ MARTÍN, que se haya consumado la agresión al cónyuge o a los hijos ya que basta con una situación de riesgo para los bienes jurídicos que se protegen en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: vida, integridad física, libertad, integridad moral e indemnidad sexual. Lo que se pretende es poner fin cuanto antes a la relación matrimonial para evitar el peligro que la continuación de la convivencia puede provocar en los integrantes de la familia. PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, vol. 1, Procedimiento contencioso. Separación nulidad y divorcio, Lex Nova, Madrid, 2007, pág. 51.

acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, se remite en cuanto a la forma, contenido y demás requisitos a lo previsto en el artículo 82 CC¹¹.

Se abre, por tanto, una nueva vía para acceder a la separación legal, que queda con acierto circunscrita, tal y como indica el artículo 82.2 CC, a los supuestos en los que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores. En cuanto a la dependencia a la que se refiere el precepto, cabe entender que, al margen del patrimonio con el que pueda contar el hijo, quedarían fuera del ámbito del artículo 82 CC, todos aquellos supuestos en los que el hijo, con la capacidad modificada judicialmente, o bien conviva con los progenitores, o bien dependa de cualquier modo de ellos desde el punto de vista económico o personal.

Los cónyuges, en estos casos, según establece el artículo 82.1 CC, deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario, lo cual no es sino una manifestación más del carácter personalísimo de la acción de separación, al igual que la acción de divorcio¹². Igualmente, señala el mencionado precepto, los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. Dada la redacción del precepto entendemos que sólo será necesario el consentimiento de los hijos mayores o menores emancipados, en los supuestos en los que éstos carezcan de ingresos propios y, además, convivan en el hogar familiar.

2.2.2. Separación ante el Letrado de la Administración de Justicia

La separación ante el Letrado de la Administración de Justicia, que incorpora a nuestro ordenamiento Ley 15/2015, de 2 de julio, limitada a los supuestos en los que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, no presenta en principio mayor especialidad que su tramitación se ajustará a lo dispuesto en el también reformado artículo 777 LEC.

En este sentido, se añade al artículo 777 un apartado 10º en el que se establece que si la competencia fuera del Letrado de la Administración de Justicia, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el Letrado de la Administración de Justicia, este dictará decreto pronunciándose, sobre el convenio regulador. El decreto que formalice la propuesta del convenio regulador declarará la separación o divorcio de los cónyuges.

No obstante, cabe la posibilidad que, con carácter previo a esta decisión, por parte del Letrado de la Administración de Justicia se solicite a los cónyuges que complementen la documentación aportada. Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, según establece también reformado artículo 777.4 LEC, el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia que fuere competente, concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal

¹¹ En rigor, el procedimiento de separación o divorcio solicitado por los cónyuges de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, constituye un expediente de jurisdicción voluntaria, aunque no se incluya como tal en la Ley 15/2015. En este sentido, *vid.* LIÉBANA ORTIZ, J.R.-PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 215. De hecho, se sostenía la misma posición con anterioridad a la Ley 15/2015, de 2 de julio. En esta línea *vid.* MARTÍN-CASALS, M., "La separación vincular y la disolución del matrimonio", en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 267-268.

¹² Sobre el carácter personal de la acción de separación y divorcio, y la posible presentación de la demanda por parte del representante legal del cónyuge incapacitado, *vid.* STC 311/2000, de 18 de diciembre y STS (Pleno), de 21 de septiembre de 2011.

considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador.

En todo caso, conforme al artículo 777.10 LEC, si el Letrado de la Administración de Justicia considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, “lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento”¹³. En este supuesto, según el artículo 777.10 LEC, “los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”, para lo cual, a falta de previsión legal, entendemos que deberán iniciar un nuevo procedimiento.

De hecho, el artículo 777.10 LEC establece que el decreto del Letrado de la Administración de Justicia no será recurrible. Esta imposibilidad de plantear recurso alguno, no es sino una consecuencia en principio lógica del carácter consensual de la separación y de que no existen otros intereses en juego que los de los propios cónyuges, pero no parece la solución más adecuada en el caso de que el Letrado de la Administración de Justicia ponga fin al procedimiento, al considerar que el convenio es dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados. En ese supuesto, debería haberse arbitrado la posibilidad de someter la aprobación del convenio a la decisión última de la autoridad judicial, mediante el oportuno recurso.

Finalmente, las medidas que hubieran sido convenidas ante el Letrado de la Administración de Justicia, al igual que las convenidas en escritura pública ante Notario, como indica el artículo 90.3 CC, podrán en todo caso ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en el Código Civil. De hecho, el mismo artículo 777.10 LEC, prevé que la modificación del convenio regulador formalizada por el Letrado de la Administración de Justicia se sustanciará conforme a lo dispuesto en este artículo cuando concurren los requisitos necesarios para ello.

2.2.3. Separación ante Notario

De manera alternativa a la separación ante el Letrado de la Administración de Justicia, el artículo 82 CC y el artículo 54 LN atribuyen competencia a los Notarios para el otorgamiento de escrituras públicas de separación, limitada a los supuestos en los que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores¹⁴.

En este caso, los cónyuges acordarán la separación mediante la formulación de un convenio regulador, debiendo estar asistidos en el otorgamiento de la escritura de Letrado en ejercicio, tal y como establece también el artículo 54.2 LN¹⁵.

¹³ Es la solución que finalmente se adopta en el artículo 90.2 CC, al establecer que “cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente”. En este caso, según el precepto, “los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”.

¹⁴ A favor de esta limitación, *vid.* LUDENA BENITEZ, O.D., “Alternatividad o exclusividad de profesionales en la tramitación y decisión de los expedientes de jurisdicción voluntaria: una discusión parlamentaria y doctrinal hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 8 de Julio”, *Practica de Tribunales*, n° 116, septiembre-octubre 2015, La Ley, pág. 3. En contra, *vid.* CEDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria: su elogio no exento de crítica”, *Revista de Derecho Privado*, año n° 98, número 3-4, 2014, pág. 113.

¹⁵ A nuestro juicio, cabe valorar positivamente la necesaria asistencia de Letrado, también en estos casos, ya que como explica con carácter general FERNÁNDEZ DE BUJÁN, al hilo de la presencia de abogados y procuradores en los procesos judiciales, “Los abogados y los procuradores siempre han servido para reforzar la posición de los justiciables en cualquier procedimiento judicial, garantizar el reconocimiento de sus derechos en régimen de

Al igual que sucede, en la separación ante el Letrado de la Administración de Justicia, el artículo 90.2 CC, posibilita, e incluso obliga, a los Notarios fiscalizar los acuerdos alcanzados por los cónyuges, al establecer que “cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente”, con la consecuencia, igualmente prevista en el precepto, de que “los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”. La solución, sin perjuicio de que sea discutible, al menos evita que la canalización de estos acuerdos vía notarial suponga una pérdida de garantías¹⁶.

Ninguna especialidad presenta la tramitación y otorgamiento de la escritura pública, que se ajustarán a lo dispuesto en el Código civil y en la Ley del Notariado. De hecho, la principal ventaja y diferencia de esta modalidad de separación legal es la rapidez en cuanto a su tramitación. Únicamente, cabe destacar que los cónyuges, deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes (art. 54.1 LN), lo cual no coincide exactamente con lo dispuesto en el artículo 769.2 LEC, en el que se indica que en el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo a que se refiere el artículo 777, será competente el Juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que ésta es una competencia exclusivamente atribuida a los Notarios ya que, conforme al artículo 82.1. CC, los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.

3. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN LEGAL

El artículo 83 CC, en su nueva redacción, se ocupa de los efectos de la separación legal ofreciendo un planteamiento común a los diferentes tipos de separación legal. La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine, según indica el mencionado precepto en primer párrafo, “producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica”.

En definitiva, nos encontramos en el artículo 83.1 CC, con las mismas consecuencias previstas en la redacción anterior, habiéndose añadido únicamente la referencia al decreto o escritura pública de separación. En todo caso, cabe recordar que, según el artículo 102 CC, que no distingue entre procedimientos contenciosos o de mutuo acuerdo, una vez admitida a trámite la demanda de separación nulidad y divorcio, los cónyuges pueden vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal, y asimismo, salvo pacto en contrario, lo cual en la práctica es sumamente improbable, cesa también la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

igualdad, y coadyuvar en la defensa de sus intereses, por lo que su intervención resulta, con carácter general, necesaria en el logro de la tutela judicial efectiva. La percepción de los ciudadanos y de los operadores jurídicos que intervienen en el curso de procedimientos complejos en los que no se exige la presencia abogado y procurador, suele consistir en una merma considerable de agilidad en la tramitación y de operatividad en el propio órgano judicial”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 61.

¹⁶ Frente a ello, en el Proyecto de ley, modificado finalmente con la redacción anterior se establecía que “cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Notario y este considerase que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos afectados, lo advertirá a los otorgantes, quienes expresamente deberán consentir estos acuerdos y dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y del consentimiento prestado”.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el precepto sólo se refiere a los efectos de la separación legal, dejando la regulación de los efectos de la separación de hecho a los numerosos preceptos que el Código civil que se refieren expresamente a la separación de hecho, con la inseguridad añadida de que en precepto alguno se establecen los requisitos para que podamos concluir que existe ciertamente una separación de hecho y no un mero cese efectivo de la convivencia conyugal, al que se refería el antiguo artículo 87 CC, derogado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, o un simple cese temporal de la convivencia al que, por su duración u otras circunstancias, no proceda aplicar los efectos de la separación de hecho establecidos legalmente.

La Ley 15/2015 añade un párrafo segundo al mencionado artículo 83 CC, en el que se determina el momento en que la separación legal produce sus efectos, ocupándose igualmente de la inscripción de la sentencia, decreto o escritura pública de separación en el Registro Civil y sus efectos. Los efectos de la separación matrimonial, según el artículo 83.2 CC, “se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82”¹⁷.

Entre estos efectos, además de los que son comunes a los procedimientos de separación, nulidad y divorcio (situación de los hijos, uso del domicilio, compensación en favor de unos de los cónyuges, etc.), cabe mencionar la pérdida de los derechos sucesorios, tanto respecto a la legítima, como en la sucesión intestada (arts. 834 CC y 945 CC) y el cese de la presunción de paternidad (art. 116 CC)¹⁸.

Igualmente, la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales, se vincula en el artículo 1392 CC, entre otros supuestos, a que se acuerde la separación legal de los cónyuges¹⁹. No obstante, en cuanto a la fecha de la disolución del régimen económico, en los casos de disolución por sentencia de separación, al igual que sucede en los supuestos de disolución por divorcio, no podemos olvidar el criterio jurisprudencial configurado en torno a la sociedad de gananciales, en virtud del cual la separación de hecho disuelve la sociedad de gananciales si se acredita el previo cese prolongado y efectivo de la convivencia conyugal. En este caso, será la sentencia de separación judicial o divorcio la que fije la fecha de disolución del régimen²⁰.

Finalmente, conforme al mismo artículo 83.2 CC, se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin

¹⁷ En todo caso, la firmeza que realmente interesa no es la de la sentencia sino la relativa al pronunciamiento concreto en torno a la separación. De hecho, en el artículo 774.5 LEC, después de señalar que los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta, se establece que “si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Secretario judicial la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio”.

¹⁸ Sobre los efectos de la separación legal, *vid.* MARTÍN-CASALS, M., “La separación vincular y la disolución del matrimonio”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 269-271.

¹⁹ A partir de ese momento, el régimen que procede es el de separación de bienes, ya que según el artículo 1435.3 CC, existirá entre los cónyuges separación de bienes, “cuando se extinga, constante matrimonio la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto”.

²⁰ PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia*, tomo V, Regímenes económico matrimoniales, Lex Nova, Madrid, 2009, pág. 413. No obstante, en la STS, Sala de lo civil, de 6 de mayo de 2015 (sentencia número 226/2015), se matiza la anterior jurisprudencia que establece que la situación de separación de hecho excluye la pervivencia de la sociedad de gananciales, para considerar injustificada su aplicación “en aquellos supuestos en que pese a existir una separación de hecho, no obstante, no hay o no se constata, una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica, o bien por razones afectivas.”

que, hasta que esta tenga lugar, al igual que sucede con la sentencia de divorcio, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe²¹.

4. LA RECONCILIACIÓN

La situación legal de separación puede terminar por la ulterior disolución del vínculo, la declaración de nulidad del matrimonio o por voluntad de los propios cónyuges manifestada a través de la reconciliación. La reconciliación, según el artículo 84.1 CC, tanto en su redacción actual como en la anterior a la Ley 15/2015, “pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio”, añadiendo que “mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa justa que la justifique”.

La reconciliación, que puede ser expresa o tácita, no es sino un negocio jurídico por el cual los cónyuges reanudan la vida en común con la intención de que despliegue de nuevo toda su eficacia el vínculo matrimonial, siendo doctrina generalizada que la notificación al Juez a la que se refiere el precepto carece de carácter constitutivo²².

Esta reconciliación puede producirse, conforme al artículo 84.1 CC, tanto antes de la sentencia de separación, en cuyo caso supondría el fin de las medidas que provisionalmente se hayan adoptado, como una vez dictada la resolución judicial, dejando sin efecto lo establecido por ella. No obstante, según el precepto mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos cuando exista causa justa que la justifique.

Igualmente, la separación de bienes a la que conduce la sentencia de separación judicial por aplicación de los artículos 1392.3 y 1435.3 CC, no se alterará por la reconciliación (art. 1443 C.C). Únicamente cabe que los cónyuges pacten en capitulaciones matrimoniales, por ejemplo, el inicio de una nueva sociedad de gananciales. En ese caso, conforme al artículo 1444.2 C.C, harán constar en las capitulaciones los bienes que cada uno aporte y se considerarán estos privativos, aunque, en todo o en parte, hubieran tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de separación. Por otro lado, de acuerdo al artículo 106.2 CC, con la reconciliación tampoco se restablecen los consentimientos o poderes que los cónyuges se hubieran otorgado, siendo definitiva la revocación que el artículo 102 CC vincula a la admisión de la demanda de separación.

A este planteamiento, la Ley 15/2005, añade únicamente que “cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones” (art. 84.2 CC). Además, la reforma presta atención a la eficacia frente a terceros de la reconciliación, estableciendo que “la reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente” (art. 84.3 CC), inscripción prevista en el artículo 76 LRC.

Por lo que se refiere a la regla prevista en el art. 82.2 CC, nos encontramos con la necesaria adaptación del precepto a la nueva posibilidad legislativa de que la separación legal haya sido acordada mediante un convenio regulador ante notario, estableciendo el instrumento público que procede otorgar para constatar la existencia de la reconciliación²³

²¹ Respecto a la inscripción de las resoluciones judiciales sobre nulidad, separación y divorcio, *vid.* LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado del Registro civil. Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 326 y ss.

²² En esta línea, *vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de Familia y de la Persona*, tomo IV, Matrimonio, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 529; MARTÍN-CASALS, M., “La separación vincular y la disolución del matrimonio”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 272”

²³ Con el mismo objetivo de adaptación el artículo 835 CC, relativo a la legítima del cónyuge viudo, establece que “si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación

BIBLIOGRAFÍA

CEDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria: su elogio no exento de crítica”, *Revista de Derecho Privado*, año nº 98, número 3-4, 2014, págs. 97-115.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Dykinson, Madrid, 2015.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Ámbito de aplicación y competencia para conocer del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011.

LIÉBANA ORTIZ, J.R.-PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado del Registro civil. Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LUDEÑA BENITEZ, O.D., “Alternatividad o exclusividad de profesionales en la tramitación y decisión de los expedientes de jurisdicción voluntaria: una discusión parlamentaria y doctrinal hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 8 de Julio”, *Practica de Tribunales*, nº 116, septiembre-octubre 2015, La Ley, págs. 1-10.

PÉREZ MARTIN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, vol. 1, Procedimiento contencioso. Separación nulidad y divorcio, Lex Nova, Madrid, 2007.

PÉREZ MARTIN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia*, tomo V, Regímenes económico matrimoniales, Lex Nova, Madrid, 2009.

MARTÍN-CASALS, M., “La separación vincular y la disolución del matrimonio”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de Familia y de la Persona*, tomo IV, Matrimonio, Bosch, Barcelona, 2007.

o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos”.

LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN CASO DE DESACUERDO CONYUGAL

AINHOA GUTIERREZ BARRENENGOA
Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2015

RESUMEN: La nueva Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, publicada el pasado día 3 de julio en el BOE, se dicta cumpliendo el mandato recogido en la disposición final décimo octava de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. El presente estudio se centrará en el análisis de los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en el artículo 90, que vienen derivados de desacuerdos conyugales. Por tanto, las desavenencias previas son inherentes a los supuestos a los que se refiere este precepto, sin perjuicio de que se trate de supuestos en los que por existir un grado de contradicción atenuada y en atención a su urgencia o a la necesidad de atender a una necesidad imperiosa, el Ordenamiento considera que no resulta ineludible que sean dirimidos por la vía del proceso contencioso. Ello no obsta para que se haya mantenido la reserva jurisdiccional para su resolución. Desde una perspectiva crítica, se analizan los supuestos, presupuestos y procedimiento previsto para su tramitación.

ABSTRACT: New voluntary jurisdiction law (15/2015) was published on 3rd july, in order to perform what law 1/2000 layouts. This paper will focus on new voluntary jurisdiction law's 90 article, which regulates marital disagreements, from a critical perspective. Needless to say, that previous problems are an important part of this article, whether these issues have to be solved before the judicial authority.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción Voluntaria, desacuerdos conyugales, procedimiento contencioso.

KEY WORDS: Voluntary Jurisdiction, marital disagreements, judicial authority.

SUMARIO: I INTRODUCCIÓN. II ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 90 LEY 15/ 2015. 2.1 *Supuesto en el que se pretende fijar el domicilio conyugal o disponer sobre la vivienda habitual y objetos de uso ordinario, si hubiere desacuerdo entre los cónyuges.* 2.2. *Supuesto en el que se pretende que el Juez fije la contribución a las cargas del matrimonio, cuando uno de los cónyuges incumpliera tal deber.* 2.3. *Supuesto en el que se solicita la autorización judicial para realizar un acto de administración respecto de bienes comunes por ser necesario el consentimiento de ambos cónyuges, o para la realización de un acto de disposición a título oneroso sobre los mismos, por hallarse el otro cónyuge impedido para prestarlo o se negare injustificadamente a ello.* 2.4. *Supuesto en el que se pretende que se confiera la administración de los bienes comunes a uno de los cónyuges, cuando el otro se hallare impedido para prestar el consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho.* 2.5. *Supuesto en el que se solicita la autorización judicial para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, si el cónyuge tuviera la administración y, en su caso, la disposición de los bienes comunes por ministerio de la ley o por resolución judicial.* III ÓRGANO COMPETENTE, LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN. IV PROCEDIMIENTO. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Conforme al artículo 1.811, con el que se iniciaba el Libro III de la LEC 1881, dedicado íntegramente a la Jurisdicción Voluntaria, se consideraban actos de Jurisdicción Voluntaria todos aquellos en que fuera necesaria o se solicitara la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Esta definición legal de Jurisdicción Voluntaria, que se ha mantenido sin modificación alguna desde su redacción en 1881, destaca, como elemento esencial de los actos de jurisdicción voluntaria, la inexistencia de contienda o contradicción. Hoy en día, debemos considerar superada esta concepción tradicional de los actos de jurisdicción voluntaria, puesto que resulta indudable que en la regulación contenida en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), la ausencia de controversia entre partes ha dejado de ser el elemento definidor de la Jurisdicción Voluntaria, dado que en la mayoría de los expedientes de Jurisdicción Voluntaria el conflicto, y la eventual oposición, o bien son explícitos y previos a la incoación del procedimiento, o bien están latentes o encubiertos y se manifiestan, y resuelven, en el curso de la tramitación del propio expediente¹.

Las desavenencias previas son inherentes a los supuestos a los que se refiere el artículo 90 LJV, donde se regulan los expedientes de jurisdicción voluntaria en caso de desacuerdo conyugal, sin perjuicio de que se trate de supuestos en los que por existir un grado de contradicción atenuada y en atención a su urgencia o a la necesidad de atender a una necesidad imperiosa, el Ordenamiento considera que no resulta ineludible que sean dirimidos por la vía del proceso contencioso². Se trataría de supuestos en los que la urgencia o la conveniencia de eludir la excesiva dilación del juicio ordinario, justificaría la tutela simplificada, ágil y flexible del procedimiento voluntario, que cumpliría, en estos casos, el papel que correspondería a un especial procedimiento sumario contradictorio³. En concreto, el artículo 90 que integra, en exclusiva, el Capítulo III del Título III de la LJV, dota de una misma tramitación a diversos expedientes, un primer grupo de ellos relacionado con las divergencias de los cónyuges a propósito de la fijación del domicilio conyugal (art. 70 C.c.), y de dos aspectos del llamado régimen matrimonial primario, como son la disposición sobre la vivienda habitual y los objetos de uso ordinario (art. 1320 C.c.), y la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, en caso de incumplimiento de este deber (art. 1318 CC), y un segundo grupo, relacionado con la necesaria intervención del Juez en determinadas situaciones conectadas con la administración o disposición de bienes comunes, cuando esté en vigor un régimen económico matrimonial de corte comunitario.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 90 LEY 15/ 2015

El artículo 90 LJV enumera expresamente los supuestos de desacuerdo conyugal que permiten solicitar la apertura de un expediente de jurisdicción voluntaria, y que pasamos a analizar a continuación.

2.1 Supuesto en el que se pretende fijar el domicilio conyugal o disponer sobre la vivienda habitual y objetos de uso ordinario, si hubiere desacuerdo entre los cónyuges.

Este supuesto abarca en realidad otro dos: el caso en el que los cónyuges no se ponen de acuerdo para fijar el domicilio conyugal y aquél en el que el desacuerdo de los cónyuges se produce respecto a la disposición sobre la vivienda habitual y objetos de uso ordinario. En cuanto al primero de los desacuerdos mencionados, hay que partir de lo dispuesto en el artículo 40 del

¹ FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., "Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria", *Diario La Ley*, núm. 8496, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2015, Ref. D-91, LA LEY 1575/2015, p. 2.

² FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., "Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.", *Diario La Ley*, núm. 6599, Sección Doctrina, 27 de noviembre de 2006, Ref. D-253, LA LEY 3970/2006, p. 6; ARMENGOT VILAPLANA, A., "De la intervención judicial en relación con la patria potestad", *Práctica de Tribunales*, núm. 116, septiembre-octubre 2015, LA LEY 5180/2015, p. 2.

³ FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., "Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.", *Diario La Ley*, núm. 6599, Sección Doctrina, 27 de noviembre de 2006, Ref. D-253, LA LEY 3970/2006, p. 6.

Código civil (en adelante, CC), según el cual, el domicilio conyugal será el lugar donde los esposos tengan su residencia habitual.

Dicho lugar, no tiene porqué coincidir con la residencia habitual de cada uno de los cónyuges, como ocurre en los supuestos de cese efectivo de la convivencia. Es decir, una cosa es el domicilio conyugal o residencia habitual de los esposos y otra, la residencia habitual de cada uno de ellos. El domicilio conyugal será el lugar donde habitualmente se localiza a ambos cónyuges y se ejerce la relación jurídica existente entre ellos, es decir los derechos y obligaciones derivados del matrimonio. La fijación del domicilio conyugal corresponde a ambos cónyuges, de común acuerdo (art. 70 C.c.).

El acuerdo puede ser expreso o tácito, pero en este último caso debe derivar de actos concluyentes, pudiendo modificar su decisión tantas veces como quieran, siempre y cuando estén de acuerdo en ello. Si falta acuerdo, resolverá el Juez teniendo en cuenta el interés de la familia. El desacuerdo implica que los cónyuges defienden posturas contrapuestas o que uno de ellos no acepta la propuesta del otro, aun sin plantear una alternativa. Comentando la regulación anterior, señalaba GONZÁLEZ POVEDA⁴ que quedarían fuera los supuestos en los que uno de los cónyuges está imposibilitado para prestar su consentimiento, bastando en tales casos la decisión unilateral del cónyuge no imposibilitado para prestarlo, para la determinación del domicilio conyugal, quedando excluida la intervención judicial.

Por otro lado, la vivienda familiar goza de una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en situaciones de normalidad matrimonial como en los supuestos de crisis (separación y divorcio)⁵. En el primer caso, la protección viene proporcionada por el artículo 1.320.1 C.c. conforme al cual “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial”. Este precepto, introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil, sustrae del régimen general, aplicable en función del sistema económico matrimonial vigente, el régimen jurídico de la vivienda habitual de los cónyuges. La vivienda habitual será aquella en la que los cónyuges hayan fijado de común acuerdo el domicilio familiar, cualquiera que sea el título por el que se ocupa la vivienda (propiedad, arrendamiento, comodato, etc.) e independientemente de que la misma pertenezca, en su caso, en exclusiva a uno de los cónyuges, ya que el legislador ha desvinculado de la pertenencia de los bienes el régimen jurídico de la disposición de los mismos.

Por su parte, la expresión “muebles de uso ordinario de la familia” hay que entenderla referida al conjunto de los bienes precisos para atender las necesidades vitales de la familia⁶. A efectos de su determinación habrá que tener en cuenta el nivel de vida de la familia pero, en cualquier caso, quedan excluidos los de extraordinario valor⁷.

Se trata de garantizar el derecho a la vivienda durante el matrimonio mediante la exigencia de que la sede del hogar familiar se conserve jurídicamente bajo el control de ambos

⁴ GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, p. 1007.

⁵ Son muchos, en el Código civil, los preceptos que reflejan la preocupación del legislador por el problema del derecho a la vivienda de los miembros del grupo familiar, manifestada igualmente en los arts. 90 y 103 en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio y los arts. 1.357, 1.406 y 1.407 C.c., relativos a la sociedad de gananciales.

⁶ Para puntualizar cuáles son estos bienes, LETE DEL RÍO acude al criterio negativo establecido en el artículo 346 C.c., según el cual “no se entenderán comprendidos el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas o artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías o carruajes y sus arreos, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones”. (LETE DEL RÍO, J.M., “La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular”, *Actualidad Civil*, num. 39, Semana del 20 al 26 de octubre 2003, Ref. LVII, tomo 4, LA LEY 1637/2003, p. 4).

⁷ HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario al artículo 1.320”, en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 589. En contra, considera LETE DEL RÍO que “no hay que identificar uso ordinario con uso necesario”, por lo que considera que los bienes de “extraordinario valor” no pueden ser excluidos si son de aquellos que tienen por principal destino el amueblamiento y decoración de las habitaciones pues su afectación al uso ordinario está en función del estándar o nivel de vida del matrimonio” (LETE DEL RÍO, J.M., “La disposición de la vivienda habitual...”, *op.cit.*, p. 3).

cónyuges. Tal como pone de manifiesto ÁLVAREZ ÁLVAREZ⁸, “el artículo 1.320 del Código civil es un precepto que pretende impedir que uno de los cónyuges pueda dejar al otro y a los demás miembros de la familia sin su vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia. Y sirve de garantía para la efectividad del artículo 70 del Código civil, relativo a la fijación del domicilio conyugal por ambos cónyuges, pues de lo contrario, el derecho que corresponde a ambos sobre la fijación del domicilio conyugal podría burlarse fácilmente por el cónyuge titular de la vivienda mediante la disposición de ésta”. En consecuencia, persigue el precepto la finalidad de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro, tengan el no disponente o los componentes de la familia que abandonar la vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente. En este sentido, señala LETE DEL RÍO que “existe un interés común o familiar especialmente protegido frente a la mala voluntad o la arbitrariedad del cónyuge que puede disponer unilateralmente”⁹.

El requisito afecta no sólo a los actos de disposición en sentido estricto, sino también a cualquier abstención consciente de uno de los cónyuges para conservar o defender tales derechos, incluyéndose dentro del supuesto los actos de enajenación, constitución de derechos reales limitados y la renuncia a derechos. Para ÁLVAREZ ÁLVAREZ¹⁰ el término disposición engloba no solo la enajenación, sino también “las donaciones, la permuta, la constitución de derechos reales como el usufructo, el uso y la habitación, e incluso la constitución de derechos personales como el arrendamiento y el comodato, pues imposibilitarían el disfrute por parte de la familia de la vivienda familiar”¹¹.

El consentimiento constituye una medida de control que se presenta como “declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno -es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte”, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión”. En cuanto a la forma de prestarlo, cabe entender que debe concederse con carácter específico para el acto dispositivo concreto, aunque sea de forma preventiva. Esta exigencia no excluye la posibilidad de que se emita con posterioridad, ratificando o confirmando el acto de disposición ya realizado, salvo que estemos ante una disposición gratuita, en cuyo caso el acto sería nulo (art. 1.322 C.c.). Si uno de los cónyuges se niega a prestar el consentimiento o está imposibilitado para ello, cabe plantearse dos hipótesis que pueden darse en la práctica:

1º La disposición unilateral de derechos sobre la vivienda familiar. En principio, cuando se realice una disposición de derechos desconociendo la exigencia del artículo 1.320 C.c. el negocio así realizado será anulable, salvo que se trate de un acto de disposición a título gratuito, en cuyo caso será radicalmente nulo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1322 del Código civil. Hay que tener en cuenta, no obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.320 C.c., en virtud del cual “la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no

⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, *Actualidad Civil*, núm. 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de marzo de 2005, tomo 1, LA LEY 712/2005, p. 1.

⁹ LETE DEL RÍO, J.M., “La disposición de la vivienda habitual...”, *op.cit.*, p. 1.

¹⁰ Mencionando más supuestos, *vid.* ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La disposición de la vivienda familiar...”, *op.cit.*, p. 2. Señala en este sentido LETE DEL RÍO que “deben entenderse comprendidos también todos aquellos actos o negocios *inter vivos* que, aun no siendo de disposición en sentido estricto, priven a los cónyuges del disfrute de la vivienda habitual o de los muebles o enseres de la misma”. (LETE DEL RÍO, J.M., “La disposición de la vivienda habitual...”, *op.cit.*, p. 4).

¹¹ La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015, rec. 2427/2013, partiendo de la doctrina anterior de la Sala, centra la cuestión en determinar los efectos del consentimiento prestado por la esposa para la hipoteca del bien destinado a domicilio familiar. Considera a este respecto que “Como la constitución de la hipoteca es previa a la crisis matrimonial no se residencia el debate en el artículo 96.4 del Código civil sino en el artículo 1.320 del mismo, afirmando, en referencia al artículo 1.320 C.C. que “La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real.

perjudicará al adquirente de buena fe”. La “manifestación errónea” del disponente, por tanto, debe entenderse referida al carácter familiar de la vivienda”. Por otro lado, para que entre en juego este precepto, es necesario que el adquirente haya actuado de buena fe, confiando en la declaración del disponente y sin que, por otros medios, conozca el carácter familiar de la vivienda. En estos casos, en los que la disposición es válida y, por tanto, el cónyuge no titular no dispone de acción de nulidad, podrá recurrir a la acción de resarcimiento por el daño que ilícitamente se le ha causado.

2º La solicitud de una autorización judicial. Dicha autorización suplirá el consentimiento del otro cónyuge, salvo cuando se trate de una vivienda familiar de carácter ganancial de la cual se pretenda disponer a título gratuito, en cuyo caso ni con autorización judicial podrá disponer (arts. 1377 y 1378 C.c.). El cónyuge titular deberá acreditar en el procedimiento no sólo la razón de conveniencia o utilidad de la disposición, sino también la ausencia de riesgo para el matrimonio y, en su caso, para la familia, esto es, que en todo caso contará con una vivienda igual o similar, pudiendo el otro cónyuge rebatir dichos argumentos en función del acto en sí mismo considerado, por las condiciones de la disposición o por la futura inversión, y que da lugar a la situación de riesgo. “El Juez o Tribunal, por evidente razón de analogía con lo dispuesto en el art. 70 del C.c., habrá de resolver teniendo en cuenta el interés de la familia, es decir, deberá apreciar y motivar la necesidad, oportunidad o conveniencia del acto de disposición para la familia según las circunstancias que en el caso concurren, ponderando si en virtud de las mismas existe o no el aludido riesgo”¹².

2.2. Supuesto en el que se pretende que el Juez fije la contribución a las cargas del matrimonio, cuando uno de los cónyuges incumpliere tal deber.

Las cargas del matrimonio constituyen aquellos gastos que inevitablemente tienen que ser sufragados conjuntamente por ambos cónyuges, con independencia del régimen económico matrimonial por el que se rijan sus relaciones patrimoniales. Así se ordena en el artículo 1.318 C.c., dentro de las disposiciones relativas al llamado régimen matrimonial primario y en el artículo 1.438 C.c., de forma específica para el régimen de separación de bienes. Por tanto, constante el matrimonio, los bienes privativos de ambos cónyuges se encuentran sujetos al levantamiento de dichas cargas. La obligación de contribuir a las cargas subsiste constante el régimen económico matrimonial, y se extingue automáticamente por sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, decreto firme o la escritura pública de fomalización del convenio regulador (art.95 C.c.).

A falta de convenio, los cónyuges contribuirán de forma proporcional a sus recursos económicos. Dicha proporcionalidad supone que cada cónyuge contribuirá conforme a su capacidad económica, que podrá variar durante el matrimonio, reduciéndose o aumentándose así la contribución de uno u otro ante los cambios económicos que experimenten¹³. El artículo 1.318.2 C.c. establece que “Cuando uno de los cónyuges incumpliere el deber de contribuir al levantamiento de las cargas, el Juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime conveniente a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras”. Cualquiera de los cónyuges podrá acudir a la autoridad judicial, en caso de incumplimiento por el otro de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, ya sea dicho incumplimiento total o parcial, doloso o negligente. El Juez debe atender al presupuesto familiar y a la regla de proporcionalidad en el proceso de fijación y debe detallar al máximo las partidas que considera.

¹² LETE DEL RÍO, J.M, “La disposición de la vivienda habitual...”, *op.cit.*, p. 4.

¹³ RIBERA BLANES, B., “Del régimen de separación de bienes” en RAMS ALBESA, J. J. Y MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coords.), *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 896.

2.3. Supuesto en el que se solicita la autorización judicial para realizar un acto de administración respecto de bienes comunes por ser necesario el consentimiento de ambos cónyuges, o para la realización de un acto de disposición a título oneroso sobre los mismos, por hallarse el otro cónyuge impedido para prestarlo o se negare injustificadamente a ello.

La redacción de la letra c) del artículo 90 LJV parece un intento de abarcar de modo conjunto los dos supuestos previstos en los arts. 1376 y 1377 C.c. Dichos preceptos, en coherencia con el principio general de gestión conjunta instaurado por el artículo 1.375 C.c., exigen el consentimiento de ambos cónyuges para llevar a cabo actos de administración (art. 1.376 C.c.) y de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales (art. 1.377 C.c.). Dicho consentimiento se podrá prestar respecto a un acto concreto o con carácter general para un determinado tipo de actos, ya sean de administración o de disposición¹⁴.

El legislador ha previsto la autorización judicial supletoria ante la negativa o imposibilidad de consentir de uno de los cónyuges, tanto para llevar a cabo actos de mera administración (art. 1.376 C.c.) como para actos de disposición a título oneroso (art. 1.377 C.c.). Por tanto, dicha autorización no será necesaria en los casos en los que el legislador prevé excepciones al principio de cogestión (arts. 1.319, 1.381, 1.382, 1.384, 1.385, 1.386, 1.388 y 1.389 C.c.). En el resto de los casos, podrá el cónyuge solicitar la autorización judicial supletoria, fundamentando la necesidad del acto, lo injustificado de la negativa de su consorte y el interés que tenga la actuación para la familia. Tanto el artículo 1.376 C.c., para los actos de administración, como el artículo 1.377 C.c., para los de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales, contemplan dos supuestos distintos que permitirían al cónyuge que quiera llevar a cabo una determinada actuación solicitar la autorización judicial: en primer lugar, aquel en el que el otro se halle impedido para prestarlo. En segundo lugar, cuando se negare a prestarlo de forma injustificada. En el primer caso, estaremos ante algún tipo de impedimento que no permite a uno de los cónyuges prestar su consentimiento. Dicho impedimento puede tener carácter permanente o ser circunstancial. Para el supuesto en que se prevea que puede ser permanente, el artículo 1.388 C.c. permite que se solicite la transferencia de la administración al otro cónyuge. Por tanto, cabe concluir que tanto el artículo 1.376, como el 1.377, ambos del Código civil, están previstos para los supuestos en los que el impedimento es circunstancial y la autorización judicial se solicita y, en consecuencia, se circunscribe a un acto de administración o disposición concreto que se quiere llevar a cabo. Se trata, por tanto, de una autorización *ad hoc*.

El segundo supuesto previsto tanto en el artículo 1.376 C.c., como en el artículo 1.377 C.c., se refiere a la negativa injustificada de prestar consentimiento de uno de ellos para llevar a cabo actos de administración o disposición, respectivamente, entendiéndose incluida tanto la falta de motivación de la negativa declarada, como la disconformidad con la actuación que se pretende realizar¹⁵. Será el Juez quien deba examinar cada supuesto de hecho concreto, a fin de concluir sobre lo injustificado o no de la negativa, pudiendo, entonces, suplir el consentimiento si estima fundada la petición.

2.4. Supuesto en el que se pretende que se confiera la administración de los bienes comunes a uno de los cónyuges, cuando el otro se hallare impedido para prestar el consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho.

El normal funcionamiento de cualquier régimen económico matrimonial comunitario exige el reconocimiento de un cierto ámbito o de ciertos supuestos en los que cualquiera de los cónyuges pueda actuar sin necesidad de contar con el concurso del otro, pudiendo dentro de este ámbito obligar al consorcio y disponer de bienes comunes con plena eficacia. Por ello, en el régimen de la sociedad de gananciales, aunque el principio de gestión conjunta constituye la regla general para la administración y disposición de los bienes gananciales, existen una serie de excepciones que delimitan el verdadero alcance de dicho principio.

¹⁴MARTÍNEZ GALLEGO, E.M.^a, “La gestión de bienes gananciales (1), *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-287, tomo 7, LA LEY 1441/2002, p. 2.

¹⁵MARTÍNEZ GALLEGO, E.M.^a, “La gestión de bienes gananciales (1), *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-287, tomo 7, LA LEY 1441/2002, p. 3.

Al margen de las posibilidades de actuación individual reconocidas por el Código civil para actos concretos, también cabe que la gestión de los bienes gananciales sea transferida legal o judicialmente a uno de ellos, cuando concurren circunstancias familiares o personales especiales que hacen extraordinariamente difícil o imposible la participación de ambos cónyuges en la toma de decisiones. A estos supuestos se refiere el artículo 1.388 C.C. conforme al cual los tribunales podrán conferir la administración a uno sólo de los cónyuges cuando el otro se hallare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho. Este precepto alude, por tanto, a situaciones estables y no meramente puntuales, para la realización de actos concretos de administración. Son éstos, por otro lado, los supuestos que cubriría la letra d) del artículo 90.1 LJV, casos en los que la autorización judicial se solicita no para actos de administración puntuales, sino con el objeto de que se transfiera al solicitante la administración de los bienes comunes. Otra interpretación llevaría a entender que nos encontramos ante una mera redundancia con respecto al primer subcaso de la letra c) del art. 90 LJV. Son tres, por tanto, los supuestos que pueden dar lugar a la incoación del expediente de jurisdicción voluntaria, a fin de que se produzca la atribución judicial de la administración de los bienes comunes a uno de los cónyuges:

1.- La imposibilidad del otro cónyuge de prestar el consentimiento. La imposibilidad de prestar consentimiento puede ser definitiva o transitoria pero, si estamos en este segundo caso, deberá ser previsiblemente duradera¹⁶. Se trata de una imposibilidad de hecho, pues la legal está contemplada en el artículo 1.387 C.c.¹⁷. Se incluirían también aquí los supuestos en los que uno de los cónyuges ha instado la solicitud de declaración judicial de incapacidad del otro, en tanto recaiga la resolución judicial. En este sentido, señala HERAS HERNÁNDEZ¹⁸, refiriéndose al artículo 1.388 C.c., que “con esta norma queda cubierto el *interin* que va desde la aparición de la situación de hecho que da origen a la imposibilidad para prestar el consentimiento y la aportación de una solución definitiva, que el caso concreto requiere”.

2.- El abandono de familia, que debe entenderse como ruptura unilateral de uno de los cónyuges¹⁹.

3.- La separación de hecho, entendida como cesación de la convivencia.

Si bien la atribución judicial parece estar limitada exclusivamente a los actos de administración, la interpretación defendida mayoritariamente al comentar el artículo 1.388 C.c. es partidaria de considerar que se refiere en realidad a la gestión, entendida en sentido amplio, englobando también los actos de disposición, pues el artículo 1.389 C.c. se refiere a los dos artículos anteriores al regular las limitaciones a los actos de disposición²⁰.

Una vez que cesen los supuestos que dieron lugar a la transferencia judicial de las facultades de gestión, es decir, cuando el cónyuge se encuentre ya posibilitado para prestar su consentimiento, será necesaria una nueva resolución judicial, que revoque dicha transferencia, de

¹⁶RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La sociedad de gananciales. La gestión de la sociedad*, en YZQUIERDO TOLSADA, M, y CUENA CASAS, M. (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, *Los regímenes económico matrimoniales (I)*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 914.

¹⁷GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria*, *op. cit.*, p.1045.

¹⁸HERAS HERNÁNDEZ, M^a del M., “Atribución de la función tutelar a favor de uno de los cónyuges y su incidencia en la gestión del patrimonio ganancial”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, segundo trimestre 2015, LA LEY 2729/2015), p. 4; en el mismo sentido, RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 313.

¹⁹GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria*, *op. cit.*, p. 1046.

²⁰*Vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La sociedad de gananciales. op.cit.*, p. 914; HERAS HERNÁNDEZ, M^a del M., “Atribución de la función tutelar a favor de uno de los cónyuges...”, *op.cit.*, p. 4; REBOLLEDO VARELA, A., “Comentario al artículo 1.376 del Código civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Comentarios al Código civil*, T. VII (artículos 1.265 a 1.484), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9791; En contra RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 514; MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a, “La gestión de bienes gananciales (I)”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-287, tomo 7, LA LEY 1441/2002, p. 7 consideran que no deben incluirse los actos de disposición, sino únicamente los de administración),

manera que se reinstaure el sistema de gestión. En este supuesto, el cónyuge que ostentó individualmente las facultades de gestión debe rendir cuenta justificada de su actuación²¹.

A fin de tratar de evitar los riesgos que para los intereses familiares puede suponer la concesión a uno de los cónyuges de la administración exclusiva del patrimonio común, el artículo 1.389 C.c. faculta al Juez para acordar limitaciones a las facultades de gestión del cónyuge administrador o establecer cautelas que aseguren contra los referidos riesgos. Dicha facultad se contempla igualmente en el párrafo segundo del artículo 90 LJV. En definitiva, se pretende prevenir el abuso, la negligencia, o simplemente la falta de aptitud del cónyuge administrador²².

El Juez podrá acordar dichas cautelas o limitaciones, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal cuando haya de intervenir en el expediente. Ni la LJV ni el Código civil tipifican las medidas a adoptar que quedan a la discreción del Juez. Por otro lado, ambas normas se refieren a limitaciones y cautelas. Señala GONZÁLEZ POVEDA, que “las limitaciones afectan directamente a los poderes de gestión o disposición que se atribuyen al cónyuge administrador”, citando como ejemplos la exigencia de la autorización judicial para la realización de actos de administración o de disposición que excedan de determinada cuantía, o los de disposición que recaigan sobre determinados bienes, etc. Las cautelas, por su parte, en palabras de este autor, son medidas de aseguramiento, en previsión de los perjuicios que puede ocasionar una gestión o disposición perjudicial. Pueden consistir en el depósito de dinero, valores u objetos preciosos, en la constitución de fianzas, en la rendición de cuentas, en la intervención de la gestión de empresas, etc.²³.

2.5. Supuesto en que se solicita la autorización judicial para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, si el cónyuge tuviera la administración y, en su caso, la disposición de los bienes comunes por ministerio de la ley o por resolución judicial.

Esta previsión, que proviene del art. 1389.II C.c., se aplica no solo cuando un cónyuge ostente la administración de los bienes comunes, sino también cuando tenga conferida la disposición de los bienes gananciales, por haberle sido transferida *ministerio legis* en los casos en que se le haya nombrado tutor o representante legal de su consorte (art. 1387 CC, al que –junto con el art. 1388– se remite el art. 1389 CC).

III. ÓRGANO COMPETENTE, LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN

El artículo 2 LJV establece, en su apartado primero, que “Los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, según el caso, tendrán competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de Jurisdicción voluntaria”. En el caso de los expedientes a los que se refiere el artículo 90 LJV la atribución de competencia objetiva se realiza, de forma exclusiva, a los Juzgados de Primera Instancia.

Ha desaparecido, por tanto, en el texto definitivo de la LJV la remisión a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. A pesar de ello, se ha defendido su atribución, cuando se den los requisitos previstos en el artículo 87 ter LOPJ²⁴. En este sentido, CALAZA LÓPEZ²⁵ considera que, “Muy a pesar de la inconveniente – e imposible, por expresa indicación de la LJV- acumulación de los expedientes de JV a otro tipo de procesos, así como de la autonomía de la JV, nuestra posición al respecto de la atribución, de manera excepcional, a estos Juzgados

²¹MARTÍNEZ GALLEGU, E.M^a, “La gestión de bienes gananciales...*op.cit.*”, p. 7,

²²GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria, op. cit.*, p.1.054.

²³GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria, op. cit.*, p.1.054.

²⁴En general, sobre la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, vid. GUTIERREZ BARRENENGOA, A., “La competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer”, *Estudios de Deusto*, vol. 57/1, enero-junio 2009, pp. 87-137. Un análisis en profundidad sobre los argumentos a favor y en contra de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, se puede consultar en ALONSO CRESPO, E., “La Disposición Adicional séptima del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la ¿posible? Competencia actual del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para constituir una adopción”, *Actualidad Civil*, núm. 18, 2007, pp. 2097-2120.

²⁵CALAZA LÓPEZ, S., “Una nueva jurisdicción voluntaria de personas y de familia”, *Práctica de Tribunales*, núm. 116, sept.-oct., 2015, LA LEY 5178/2015, p. 4.

especializados, al igual que acontece, por lo demás, con los procesos contenciosos de familia, de la competencia para conocer de los expedientes de JV es clara²⁶.

No plantea dudas, por otro lado, la atribución a los Juzgados de Familia, en las poblaciones en las que se hayan creado, para la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que entren dentro de sus atribuciones. A este respecto, hay que recordar que el RD 1322/1981 de 3 de julio por el que se crean los Juzgados de Familia, les atribuye de forma exclusiva, por vía de reparto, las actuaciones Judiciales previstas en los Títulos IV y VII del libro I del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones, que en materia de Derecho de familia, les sean atribuidas por las Leyes.

Así, concretamente, en el primero de los supuestos, previsto en la letra a) del artículo 90 LJV, cuando se pretende que el Juez fije el domicilio conyugal, será competente el Juez de Primera Instancia, correspondiendo dicha atribución al Juzgado de Familia, si lo hubiera. En el segundo de los supuestos contemplados en la letra a), referido a la solicitud de autorización para realizar actos de disposición sobre la vivienda habitual y bienes de uso ordinario, la determinación del Juez competente dependerá de que estemos ante un supuesto de normalidad de matrimonio o no. En el primer caso, cuando la autorización judicial que se solicita es la prevista en el artículo 1.320 C.c., será competente el Juez de Primera Instancia ordinario, no el Juez de Familia, por estar incluido este precepto en el Título III del Libro IV del Código civil. En cambio, cuando la solicitud tenga su base en el artículo 96 C.c., lo será el Juez de Familia, por estar ubicado este artículo en el Título IV del Libro I²⁷. En los casos contemplados en las letras c), d) y e) será Juez competente el Juez de Primera Instancia, el ordinario, no el de Familia.

Desde el punto de vista territorial, se atribuye con carácter imperativo (art.2.2. LJV) competencia al Juzgado del que sea o hubiera sido el último domicilio o residencia de los cónyuges. No se ha seguido el criterio mantenido por el Consejo General del Poder Judicial en el Informe al Anteproyecto²⁸ respecto a la necesidad de proveer un fuero alternativo para determinar la competencia territorial en los supuestos, como el de fijación de domicilio conyugal o el de concentración en un cónyuge de las facultades de administración de los bienes comunes por abandono familiar del otro, o incluso por separación de hecho en los que faltaría o podría faltar la existencia de un lugar común, incluso de residencia, de los cónyuges, con la consiguiente dificultad de aplicar el fuero legal.

En cuanto a la legitimación, al igual que en relación con la competencia objetiva, la diversidad de supuestos contemplados en el artículo 90.1 LJV, determina un tratamiento

²⁶Así se reconoció igualmente en el Auto de la Audiencia Provincial (Sección 12ª) 4/2009, de 15 de enero que declara la competencia de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer para conocer de la demanda que dio origen a los autos de Jurisdicción Voluntaria. La cuestión planteada se funda en que el artículo 87 ter de la LOPJ contiene un número cerrado de asuntos cuya competencia corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin que se pueda incluir en dicho catálogo las pretensiones deducidas en materia de jurisdicción voluntaria. Entiende la Audiencia, sin embargo, que, "aunque el artículo 87 ter de la LOPJ establece una relación de los asuntos de competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no es admisible una interpretación estrictamente gramatical del precepto para excluir asuntos que puedan tener una trascendencia familiar. La juzgadora de instancia cita el catálogo de competencias establecido en el núm. 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin embargo omite la relación de competencias que establece el núm. 2 del artículo 87 ter, cuya diferencia fundamental con el catálogo de competencias del núm. 3 consiste en que en éste la competencia es exclusiva y excluyente, mientras que la relación de materias contenida en el número 2 del artículo 87 ter no es exclusiva y excluyente, como se infiere de la frase "podrán conocer en el orden civil", pero sí indicativa de que conocerán de los procesos civiles, en los que aparezcan como implicadas o afectadas las mismas personas que intervengan, como sujetos activos o pasivos, en un proceso penal, cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Concretamente, el artículo 87 ter, núm. 2 establece: "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:...: d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar:... En el caso respecto del cual se plantea la competencia se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que tiene amparo en el artículo 134 del Codi de Familia, ya que se solicitan una serie de medidas que, como las previstas en el artículo 158 del Código Civil, tienen un carácter perentorio y urgente, (...). Pero es que, además, este procedimiento relativo a pretensiones de trascendencia familiar deriva de una causa penal incoada en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, razones por las cuales, debe declararse la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer".

²⁷GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria*, op. cit., p.1019.

²⁸file:///C:/Users/AINHOA/Downloads/Inf.%20Antep.r.%20Ley%20Jurisdicci%C3%B3n%20Voluntaria%20(5).pdf

diferenciado en cuanto a la determinación de los sujetos legitimados para iniciar el expediente. En concreto,

1.- En el supuesto de la letra a) del artículo 90.1 LJV, de desacuerdo conyugal sobre la fijación del domicilio conyugal, estarían legitimados ambos cónyuges, teniendo la consideración de interesado el que no haya promovido el expediente. En el caso del desacuerdo para disponer sobre la vivienda y el ajuar familiar, está legitimado el cónyuge titular o cotitular de la vivienda o ajuar. Tendrán la consideración de interesados el cónyuge no promotor del expediente y los hijos que conviven en la vivienda. Si estuviesen comprometidos intereses de menores o personas con capacidad modificada judicialmente también intervendrá el Ministerio Fiscal (arts. 4 y 90.5 LJV).

2.- En el caso de que la intervención judicial se solicite a fin de que uno de los cónyuges cumpla con su obligación de contribución a las cargas del matrimonio (art. 90.1 letra b), la legitimación activa corresponde al otro cónyuge. Ostenta la condición de interesado el cónyuge incumplidor.

3.- En los supuestos de los apartados c), d) y e) del artículo 90.1 LJV, está legitimado para instar el procedimiento el cónyuge no impedido para prestar el consentimiento, el que no haya abandonado el domicilio conyugal, y, ambos, en caso de separación de hecho. El otro cónyuge será el interesado. Si el impedimento deriva de tener el cónyuge su capacidad judicialmente modificada, se dará audiencia al Ministerio Fiscal.

En cuanto a la postulación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90.3.2 LJV, en los expedientes en materia de Derecho de Familia a los que se refiere el artículo 90.1 LJV, la regla general es que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador. No obstante, cuando el núcleo de la cuestión es la actuación sobre un bien patrimonial de más de 6000 euros, se prevé la obligatoriedad de la presencia inicial no sólo de Abogado, sino también de Procurador. Si bien este sistema puede conllevar la disminución del número de casos en los que sea preciso disponer de asistencia letrada, sin duda comportará un aumento de los supuestos en los que intervendrán los procuradores, respecto a lo que acontecía al amparo de la regulación anterior²⁹. En cualquier caso, aunque la intervención de tales profesionales no sea preceptiva, siempre se puede acudir con ambos profesionales. Así se prevé expresamente en el artículo 3.2.1 LJV, según el cual: "aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por abogado y procurador, respectivamente" (art. 3.2. I LJV). Por otro lado, en los casos en que el otro cónyuge formule oposición o se recurra la decisión final, será preceptiva la intervención tanto de abogado como de procurador³⁰.

IV. PROCEDIMIENTO

Se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de la Ley 15/2015, para todos los procesos de jurisdicción voluntaria regulados en esta Ley cuando los cónyuges, individual o conjuntamente, soliciten la intervención o autorización judicial en los supuestos previstos en el art. 90. 1 LJV³¹.

²⁹ En lo referente a la necesidad de contar con Procurador de los Tribunales y Abogado la Disposición Derogatoria Única de la LEC dejaba en vigor los números 1.º y 5.º del artículo 4, el artículo 5 y los números 1.º y 3.º del artículo 10 de la LEC de 1881, por lo que la intervención de Procurador no era preceptiva (art. 4.5º LEC 1881), pudiendo los interesados comparecer por sí mismos, en los actos de conciliación y en todos los de jurisdicción voluntaria. Por lo que se refiere al Abogado, no era necesario valerse de asistencia letrada en los actos de conciliación ni en los actos de jurisdicción voluntaria de cuantía determinada que no excediera de 400 000 pesetas (2.404 euros) (art. 10.1º y 3º LEC 1881). Con todo, incluso excediendo de esa cantidad, la intervención de abogado no es preceptiva cuando se trate de la adopción de medidas urgentes (art. 10.3º LEC 1881).

³⁰ Analiza BANACLOCHE PALAO el supuesto en el que el interesado no presenta escrito alguno, y luego se opone en la comparecencia, sin la presencia de Abogado ni Procurador. Vid. BANACLOCHE PALAO, J.: "La intervención de Abogado y Procurador en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria". En *Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Madrid, 2015, pp. 25-33.

³¹ Llama la atención sin embargo, que no se haya modificado lo dispuesto en el artículo 770.1 LEC, que dispone que además de los procesos cuyas pretensiones sean las de separación, nulidad o divorcio, se tramitarán por sus reglas todas las demandas que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del CC. Esto supone que por los trámites del 770 y subsidiarios se tramitarán las demandas relativas al incumplimiento de la promesa de matrimonio (art. 43 del CC), dispensa de la edad y del parentesco para contraer matrimonio (art. 48 del CC), y discrepancia en la fijación del domicilio conyugal (art. 70 del CC), supuesto este último incluido en el artículo 90.1 LJV.

Los expedientes se iniciarán por solicitud formulada por el cónyuge legitimado, en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del solicitante, indicación de un domicilio a efectos de notificaciones, y de los posibles interesados. Se expondrá a continuación con claridad y precisión lo que se pida, así como una exposición de los hechos y fundamentos jurídicos en que fundamenta su pretensión. También se acompañarán, en su caso, los documentos y dictámenes que el solicitante considere de interés para el expediente, y tantas copias cuantos sean los interesados. Cuando no sea necesaria la intervención de Abogado y Procurador, se facilitará por la Oficina Judicial un impreso normalizado de solicitud, no siendo en este caso necesario que se concrete la fundamentación jurídica (art. 14 LJV). Se admite la presentación por cualquier medio, incluso el electrónico.

El Letrado de la Administración de Justicia examinará de oficio la competencia, pudiendo archivarlo el Juez a quien dará cuenta para resolver, con audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante. También el Letrado de la Administración de Justicia examinará si hay algún defecto subsanable, dando un plazo de 5 días para subsanar. Si cumple los requisitos, el Letrado de la Administración de Justicia admitirá la solicitud, citando a una comparecencia ante el Juez con 15 días de antelación. En estos expedientes se dará audiencia al Ministerio Fiscal cuando estén comprometidos los intereses de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente (art. 90.5 LJV).

La oposición, en su caso, por los interesados deberá formularse en los 5 días siguientes a su citación, sin que ello determine que se transforme el expediente en contencioso, continuando su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente.

La comparecencia se desarrolla según las normas del trámite del juicio verbal, estando previsto que El Juez pueda acordar, de oficio o a instancia del solicitante o del Ministerio Fiscal en su caso, la audiencia de aquéllos cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente. En este sentido dispone el artículo 90.4 LJV, que el Juez oírán en la comparecencia al solicitante, al cónyuge no solicitante, en su caso, y a los demás interesados, sin perjuicio de la práctica de las demás diligencias de prueba que estime pertinentes y que las partes deberán practicar en dicho acto de la comparecencia (art. 90.4 LJV). En relación con las pruebas a practicar, el artículo 5 LJV permite que el Juez o el Secretario Judicial ordenen prueba de oficio cuando "lo estime conveniente para clarificar algún elemento relevante y determinante de la cuestión o expresamente lo prevea la ley".

Una vez terminada la comparecencia y la prueba practicada en la misma, el Juez dictará auto estimando o denegando la solicitud que se le ha planteado, recurrible en apelación. La ejecución de la resolución firme se regirá por lo establecido en la LEC, en particular los artículos 521 y 522. La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

CONCLUSIONES:

La existencia de contradicción previa y la posibilidad de que puedan verse afectados menores o personas con capacidad judicialmente modificada justifican la reserva jurisdiccional, para la resolución de los expedientes de jurisdicción voluntaria previstos en el artículo 90 LJV.

Resulta igualmente acertada, en esta línea, el reforzamiento de las garantías procesales, acercando estos expedientes a lo dispuesto para la jurisdicción contenciosa y, en particular, el reforzamiento del principio de contradicción, el de aportación de parte, la previsión de la práctica de todas las pruebas propuestas que se consideren útiles y pertinentes a juicio del tribunal o que éste acuerde de oficio, si están comprometidos intereses de menores o personas con capacidad judicialmente modificada.

Precisamente, las mismas consideraciones expuestas abogarían por defender la exigencia obligatoria de la asistencia letrada en estos expedientes, en la línea apuntada por el Consejo General del Poder Judicial en el Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria³².

La exigencia obligatoria o no de la asistencia letrada y de la postulación técnica, constituyen sendas opciones de política legislativa perfectamente defendibles, pudiendo darse razones tanto para abogar por una mayor informalidad en los expedientes de Jurisdicción Voluntaria, como para defender la conveniencia de la intervención en estos expedientes de un profesional. La nueva Ley, opta finalmente por un grado limitado de necesaria intervención de abogado y procurador.

En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria³³, se afirmaba que “detrás de la opción (...), a mitad de camino entre un sistema en el que la postulación y defensa técnicas sean completamente voluntarias, y otro en el que la regla pase a ser la preceptividad de las mismas, está el recuerdo de lo sucedido con el Proyecto LJV 2006, el cual, al igual que el Anteproyecto que lo precedió, no contemplaba la necesaria intervención de procurador ni de abogado en los expedientes de JV (art. 17.1 de ambos textos). Con motivo del debate en el seno de la Comisión de Justicia en el Senado, se constató que uno de los puntos de disensión, que a la postre dieron al traste con la posibilidad de aprobación del Proyecto, era precisamente la configuración como preceptiva de la defensa letrada y la representación por procurador, a lo sumo salvo algunas excepciones. Por todo ello, a la hora de valorar la solución por la que se decanta el Anteproyecto, debe tenerse en cuenta este antecedente y asumir la dificultad de conjugar todos los intereses en presencia; entre los cuales, naturalmente, también se cuentan los de los propios colectivos profesionales concernidos”. Considera el Consejo General del Poder Judicial en el mencionado informe que debería mantenerse la preceptividad, al menos, de actuar con asistencia letrada en todos aquellos expedientes relativos a la capacidad de las personas, a menores y a familia, incluido el régimen económico matrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO CRESPO, E., “La Disposición Adicional séptima del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la ¿posible? Competencia actual del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para constituir una adopción”, *Actualidad Civil*, núm. 18, 2007, pp. 2097-2120.

ALVAREZ ALVAREZ, H., “La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, *Actualidad Civil*, núm. 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de marzo de 2005, tomo 1, LA LEY 712/2005, pp. 1-15.

ARMENGOT VILAPLANA, A., “De la intervención judicial en relación con la patria potestad”, *Práctica de Tribunales*, núm. 116, septiembre-octubre 2015, LA LEY 5180/2015, p. 2.

BANACLOCHE PALAO, J.: “La intervención de Abogado y Procurador en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria”. En *Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Madrid, 2015, pp. 25-33.

CALAZA LÓPEZ, S., “Una nueva Jurisdicción voluntaria de personas y de familia”, *Práctica de Tribunales*, núm. 116, septiembre-octubre, 2015, LA LEY 5178/2015, pp. 1-22.

FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley*, núm. 6599, Sección Doctrina, 27 de noviembre de 2006, Ref. D-253, LA LEY 3970/2006, pp.1-30.

³²http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_Jurisdiccion_voluntaria

Crítica igualmente la no preceptividad de la asistencia técnica de abogado y la representación procesal de procurador, salvo casos puntuales, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, argumentando que “no parece justificado en atención, entre otros aspectos, a “la necesidad de razonar con criterios de lógica jurídica, la utilidad o conveniencia de adoptar una u otra postura, la proposición o práctica de todo tipo de pruebas, las propias tensiones que generan las controversias (...) en la administración de bienes gananciales”. (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma en curso de la Jurisdicción Voluntaria”, en FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Registradores de España/Dykinson, Madrid, 2015, p. 61).

³³

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_Jurisdiccion_voluntaria

FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., “Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria”, *Diario La Ley*, núm. 8496, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2015, Ref. D-91, LA LEY 1575/2015, pp. 1-27.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma en curso de la Jurisdicción Voluntaria”, en FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Registradores de España/Dykinson, Madrid, 2015, pp. 55-75.

GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y Formularios*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “La competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer”, *Estudios de Deusto*, vol. 57/1, enero-junio 2009, pp. 87-137.

HERAS HERNÁNDEZ, M^a del M., “Atribución de la función tutelar a favor de uno de los cónyuges y su incidencia en la gestión del patrimonio ganancial”, LA LEY Derecho de familia, N.º 6, Segundo trimestre de 2015, LA LEY 2729/2015, pp. 1-15.

HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario al artículo 1.320”, en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993,

LETE DEL RÍO, J. M^a, “La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular”, *Actualidad Civil*, núm. 39, Semana del 20 al 26 de octubre 2003, Ref. LVII, tomo 4, LA LEY 1637/2003, pp. 1-14.

MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^a, “La gestión de bienes gananciales (1)”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-287, tomo 7, LA LEY 1441/2002, pp. 1-28.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La sociedad de gananciales. La gestión de la sociedad*, en YZQUIERDO TOLSADA, M, y CUENA CASAS, M. (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, *Los regímenes económico matrimoniales (I)*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2011,

RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

REBOLLEDO VARELA, A., “Comentario al artículo 1.376 del Código civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil*, T. VII (artículos 1.265 a 1.484), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RIBERA BLANES, B., “Del régimen de separación de bienes” en RAMS AL-BESA, J. J. Y MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coords.), *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2005. pp. 815-923.

LA RETROACTIVIDAD DE TODA CLÁUSULA DECLARADA NULA

PURIFICACIÓN PUJOL CAPILLA
Socio Montero Aramburu Abogados.
Ex-Juez y Doctor en Derecho

Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2015

RESUMEN: El viejo y vigente brocardo "*quod nullum est nullum effectum producere debet*", y el contenido del artículo 1303 del Código Civil (CC) se desenvuelven, por su naturaleza y función, dentro de la acción individual de impugnación que se ejercita. En efecto, la acción de anulación resultante de la aplicación de las condiciones generales del consumidor adherente, en caso de estimación, implica su nulidad e ineficacia contractual. Por consiguiente, la restitución de las cantidades entregadas viene provocada como una consecuencia ineludible derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula. No existe duda jurídica alguna al respecto, las consecuencias o efectos de dicha nulidad se han de retrotraer al momento de la celebración del contrato, con un claro alcance "*ex tunc*".

PALABRAS CLAVE: Nulidad, *ex tunc*, retroactividad.

El viejo y vigente brocardo "*quod nullum est nullum effectum producere debet*", y el contenido del artículo 1303 del Código Civil (CC) se desenvuelven, por su naturaleza y función, dentro de la acción individual de impugnación que se ejercita. En efecto, la acción de anulación resultante de la aplicación de las condiciones generales del consumidor adherente, en caso de estimación, implica su nulidad e ineficacia contractual. Por consiguiente, la restitución de las cantidades entregadas viene provocada como una consecuencia ineludible derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula. No existe duda jurídica alguna al respecto, las consecuencias o efectos de dicha nulidad se han de retrotraer al momento de la celebración del contrato, con un claro alcance "*ex tunc*".

Cómo ya hemos indicado, nuestro CC regula los efectos de la anulabilidad y recoge el principio de *restitutio in integrum*. En consecuencia, la sentencia que declare dicha nulidad deberá restablecer la situación anterior, de forma que en su Fallo incluirá la condena a la entrega de las cosas que constituyan el contrato (cláusula) con sus frutos y el precio con sus intereses. En este punto conviene recordar que no es necesario petición expresa, ya que se trata de una obligación que nace *ex lege* (SSTS de 6 de octubre de 1994 y 4 de diciembre de 2008). Aun cuando la obligación de devolución

de la cosa y de los intereses puede llevarnos a la conclusión de que el legislador ha previsto la norma sólo para el contrato de compraventa, nuestra jurisprudencia ha declarado reiteradamente su aplicabilidad a todos los contratos en los que se declare la nulidad, debiendo condenarse a las partes a la restitución de lo percibido por el contrato o cláusula declarada ineficaz (SSTS de 10 de junio de 1952, de 24 de febrero de 1992, de 6 de octubre de 1994 y de 9 de noviembre de 1999) y cuando no fuere posible devolver la misma cosa, se entregará su equivalente (SSTS de 27 de mayo de 1994 y de 23 de junio de 2008).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) por todos conocida, ha provocado que numerosas sentencias de Primera Instancia dejen de aplicar la doctrina y jurisprudencia hasta ahora incuestionable. No existe motivación ni doctrinal ni legal que merezca una aplicación diferenciada en el caso de la nulidad de las cláusulas bancarias en cuanto al efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada nula (SSTS de 30 abril 2013, núm. 275/2013 y 22 abril 2014, núm. 763/2013).

Para entrar a debatir en esta conflictiva cuestión, hasta hace poco pacífica, debemos recordar, tal y como hemos estudiado en la Facultad, que el art. 1.303 de nuestro CC, ya citado, regula los efectos de nulidad y recoge el principio de “*restitutio in integrum*”. En consecuencia, aquella resolución que declare la existencia de nulidad en una cláusula o en un contrato en su integridad, deberá restablecer la situación anterior, es decir, “aquello nulo nunca existió” de tal forma que la situación deberá volver al estado en el que estaba antes de existir ese “aparente contrato o cláusula”. En consecuencia, la sentencia que apreció la nulidad de un contrato deberá condenar a la entrega recíproca de las cosas que se hayan entregado con sus frutos, entendiendo por tales los líquidos una vez descontados los gastos (para evitar el enriquecimiento injusto). Reiterada jurisprudencia del TS ha declarado que este precepto es aplicable tanto a la anulabilidad como a la nulidad radical y al contrato inexistente -STS de 6 de septiembre de 2006- entre otras, jurisprudencia pacífica hasta la sentencia de 9 mayo 2013 del mismo Tribunal-.

La restitución de las prestaciones está en consonancia no solo con las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad, sino también con las derivadas de la normativa referida al control de transparencia y a la que regula los derechos de los consumidores y usuarios. En efecto, el alcance de la ineficacia que se deriva de la nulidad de una cláusula abusiva o la que se declara que adolece de falta de transparencia, todo ello en el marco de una acción individual de impugnación, debe tener la consecuencia que la ley y la jurisprudencia ha señalado desde la existencia del Código Civil (CC). Y, legalmente, no se sostiene la motivación de la irretroactividad de una cláusula en “razones económicas que así lo aconsejaban en el marco del enjuiciamiento abstracto propio de la acción de cesación” como lo hace una resolución del TS ampliamente comentada. Y, además, por supuesto, en ningún caso implica que se haya declarado la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas, en ese caso, suelo en general.

Sin embargo, a raíz de dicha resolución son muchas las sentencias de Primera Instancia que, a mi juicio de forma errónea, aplican la irretroactividad a partir de la fecha de la sentencia del TS. Si cualquier particular entabla un juicio ejercitando la nulidad de “su” cláusula suelo y ésta se estima ello debe traducirse en el efecto

devolutivo de todas las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula declarada nula.

Llama la atención que el verdadero motivo que señala la resolución para limitar el efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula sea: “el posible riesgo de trastornos graves en las entidades financieras”, motivo que consideramos jurídicamente insostenible ya que el control de transparencia y la razón de la ineficacia derivada por el ejercicio de la acción individual de impugnación merece una fundamentación jurídica acorde a la finalidad perseguida por la norma y en el marco de aplicación de los Principios generales del derecho.

En el ámbito de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva la normativa aplicable no establece ningún efecto retroactivo, por lo que resulta incomprensible que la sentencia de 9 mayo de 2013 del TS se pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma y, por tanto, con relación a consumidores que no habían sido parte del proceso, sin que se encuentre en dicha resolución una fundamentación jurídica que lo sustente.

La restitución de todas las cantidades entregadas como consecuencia de la nulidad contractual de la cláusula abusiva, no ofrece ninguna duda si analizamos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y cuya aplicación a casos en los que se declaró la nulidad de una determinada cláusula debe llevar a la plena restitución de las cantidades abonadas desde la perfección del contrato celebrado.

Esta consecuencia que implica la declaración de nulidad de la cláusula abusiva es igualmente predicable respecto al control de transparencia (artículo cinco de la Directiva 93/13, artículo 5. 5 y 7.b de la LCGC y 80.1 (a) del TR-LGDCU) que implica una comprensibilidad real, no sólo formal, de tal modo que la entidad debe ocuparse de que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que implican suscribir la cláusula en cuestión, siendo consciente en el momento de la firma de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente le va a acarrear dar su consentimiento a la totalidad de las condiciones que le ofertan.

El TS en su sentencia de 8 septiembre 2014, ya fundamentó el principio de buena fe en la contratación seriada, haciendo especial hincapié respecto del control de transparencia pero siendo igualmente aplicable a cualquier cláusula general de la que se denuncie su abusividad. De este modo dicho principio debe proyectar su plena incidencia en los especiales deberes de configuración contractual que asume el predisponente en cuanto debe ocuparse de transmitir al consumidor una transparencia real y efectiva respecto de la oferta y perfección del contrato que se pretende celebrar. Esos deberes legales que se le imponen a las entidades bancarias en el momento de la configuración contractual, no pueden resultar quebrantados en su plenitud por fechas impuestas por la publicación de una sentencia, pues ello implica conculcar el artículo 24 de nuestra Constitución, entre otras normas ya señaladas. Tema distinto es que la resolución citada implique un conocimiento general que provoca limitar el alcance de la cláusula suelo a partir de la fecha de su publicación, lo que tampoco puede impedirse es que desde el principio de libertad contractual que debe prevalecer entre las partes a la hora de perfeccionar un contrato, cualquier consumidor consciente y perfectamente

informado pueda exigir una cláusula, suelo, techo o de cualquier otra índole y que esta sea eficaz y válida para ambas partes.

Cualquier resolución que declare la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, declaración que dicha sentencia realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, obligaría a una consecuencia jurídica que expresamente prohíbe tanto la jurisprudencia del TJUE (resolución de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una restitución íntegra de todas aquellas cantidades, entregadas indebidamente, hasta conseguir el pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de una cláusula determina la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas, acarreando, en caso contrario un enriquecimiento injusto. Por consiguiente, la cosa ha de ser devuelta con sus frutos, entendiendo por tales los frutos líquidos una vez descontados los gastos para evitar el enriquecimiento injusto, sin que a diferencia del artículo 451 del Código Civil se distinga entre poseedor de buena o mala fe. La referencia a los intereses ha de entenderse al interés legal no al pactado (STS de 17 de junio de 1986).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) dictó el día 14 de marzo de 2013 Sentencia en relación a la interpretación de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores y analiza tres ámbitos distintos, cuales son:

1º) la desproporción de la atribución a la entidad bancaria del derecho a dar por vencida anticipadamente la totalidad de la deuda por un incumplimiento del consumidor observado en un periodo muy limitado y concreto;

2º) La limitación de los intereses de demora pactados en el ámbito de la contratación hipotecaria;

3º) y, la imposibilidad de que el consumidor pueda oponerse a la cuantificación de la deuda realizada por la entidad bancaria de forma unilateral.

En aquellos casos en que el sujeto que ejerce la acción sea considerado consumidor y usuario, conforme al artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios será de aplicación la normativa analizada posteriormente.

Así, el artículo 82.1 de la citada Ley establece: "*Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*", añadiendo en su apartado 3 que "*el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*".

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el artículo 8.1 de dicha ley establece:

"Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. El artículo 8.2 LCGC se remite a la legislación especial: "(e)n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en la legislación para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

En consecuencia, de conformidad con el Art. 83.1, la cláusula abusiva será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta. En este sentido la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013 señala:

"Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio."

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, viene a determinar que las cláusulas suelo solo pueden dar lugar al control de la abusividad si no superan el nivel de claridad exigibles, si bien, solo en el caso de contratación con consumidores y usuarios, no siéndole de aplicación en el caso de profesionales y empresarios. Así mismo el Alto Tribunal señala al respecto que en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC –*"[] la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"*, 7 LCGC –*"[] no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles"*.

En esta misma sentencia, se establece además que el control de transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Concretándolo en:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan otras posibilidades.

e) Se ubican mezcladas con una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor (apreciado en la sentencia 09/05/2013, en el caso de las cláusulas analizadas que utiliza el BBVA).

En consecuencia, para considerar abusivas las cláusulas, son requisitos:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor –dejando fuera al profesional o empresario–

Por consiguiente, con carácter previo al control del alegado carácter abusivo de la cláusula habrá que determinar si la cláusula es clara y comprensible y además si es equilibrada.

En una mayoría de sentencias analizadas, y partiendo de lo anteriormente expuesto, no se acredita, por parte de la entidad financiera, que los consumidores contratantes obtuvieran la información suficiente y necesaria para poder considerarse que llegó con claridad, al conocimiento de los mismos, que las cláusulas declaradas abusivas eran uno de los elementos que definían el objeto principal del contrato. Una prueba de ello es el lugar donde se suele establecer las cláusulas sueltas por parte de las entidades crediticias: siempre al final de una cláusula en la que se mezclan criterios y se reseña en solo un par de líneas en escrituras que se componen de más de cuarenta páginas. Además, se realiza de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma y, a pesar de la extensión de las escrituras que las contienen, tampoco existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

Sobre la posibilidad de que el juez, apreciada la abusividad de la cláusula, pueda "moderar" su impacto modificando su contenido, la STJUE de 14 de junio de 2012 interpreta el art. 6.1 de la Directiva 93/13 y declara que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. Sobre la eficacia de la declaración de cláusula abusiva, cuya inaplicación implica que carezca de todo efecto de vinculación para el consumidor, reitera el TJUE la proscripción de integración de la cláusula o moderación por parte del juez nacional y así lo declara en su sentencia de 30 de mayo de 2013. Declarada una cláusula abusiva, la consecuencia es, no su integración moderadora sino su completa supresión.

Las consecuencias de la nulidad se reseñan en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del TS, 241/2013, de fecha 9 de Mayo de 2013 (y

del posterior Auto de Aclaración de fecha 3 de Junio de 2013), donde, de manera expresa, se resuelve esta cuestión. Respetando la Jurisprudencia establecida por el Alto Tribunal, considero relevante el hecho de que, en aquél supuesto, se enjuiciara una acción colectiva y, generalmente las acciones se ejerciten de forma individual, en la medida en que el fundamento para rechazar la retroactividad de la declaración de nulidad de dicha sentencia no es aplicable a casos concretos. Por consiguiente, las resoluciones que, de forma individual se dictaran deberían remitirse a los Fundamentos de Derecho de las Sentencias del TS anteriores a la reseñada para justificar la estimación de la retroactividad, razonamientos que esta juzgadora considera se encuentran debidamente fundamentados en nuestra legislación civil, como así lo ha hecho sentencias de Primera Instancia, como la del Juzgado de Primera Instancia nº 74 de Madrid, sentencia 144/2015 de fecha 30 de septiembre de 2015, dictada por esta autora.

Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica, ya citada, *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)- y así lo dispone el artículo 1.303 del Código Civil, también ya citado, a cuyo tenor declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Se trata, como afirma la STS 118/2.012, de 13 Marzo, RC 675/2009, "(...) de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "*condictio in debiti*".

En consecuencia, toda decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*). También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de Marzo de 2.013, RWE Vertrieb AG, C- 92/11, apartado 58:

"(...) según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma".

Además, no creo que deban ser los Jueces quienes deban valorar si la declaración de retroactividad (a la que la Ley obliga) generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, tal y como señala la citada sentencia del Alto Tribunal.

Consecuencia de todo ello es que la nulidad debe conllevar los efectos del artículo 1303 Código Civil, así STS 15 de abril 2009, recurso 1365/2005 “y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 19889, 28 de septiembre de 1996, 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973).

El TS estable en sus sentencias fundamentación y motivación suficiente para poder determinar y decretar la nulidad de aquellas cláusulas estandarizadas aplicadas a los consumidores, pero nunca podemos aplicar criterios generales a una concreta cláusula contratada individualmente por un consumidor, por cuanto lo que para uno puede ser abusivo y quebranto del equilibrio y buena fe, aplicado a otro puede tener consecuencias distintas, bien por su formación, bien por la claridad y transparencia que la entidad crediticia a realizado en ese caso concreto. Por tanto, queda consolidado el criterio de que dichos controles deben establecerse, en primer lugar, desde el control gramatical (claridad en los términos y palabras que conforman la cláusula) y, en segundo lugar, desde el control una transparencia sustancial en cuanto al conocimiento y comprensión que el consumidor precisa para su total comprensión, lo que implica un consentimiento válido y eficaz del contenido de todo el contrato que suscribe, siendo consciente de la pérdida patrimonial que puede ocasionarle asumir las cláusulas que conforman dicho contrato.

Como consecuencia del análisis efectuado, considero que las conclusiones respecto de las cláusulas bancarias en general, y de la cláusula suelo en particular, son las siguientes:

1º Son lícitas, mientras sea posible identificar el objeto esencial del contrato y conocer el perjuicio patrimonial que puede acarrear su inclusión.

2º Toda cláusula que no haya sido negociada individualmente con consumidores es abusiva.

3º Cualquier cláusula está sometida a un control de transparencia que implica una comprensión clara de su contenido.

4º La intervención de fedatario público, notario, en el otorgamiento del contrato, no provoca por sí mismo el cumplimiento del control de transparencia.

5º No puede considerarse que se establezca la fecha de 9 de mayo de 2013 (resolución del TS) para reclamar, por el consumidor, la cuantía pagada en el caso de la cláusula suelo, ya que esa irretroactividad no se aplica a las reclamaciones individuales.

LA COOPERATIVA: EMPRESA DEMOCRÁTICA Y SOCIAL

ALEJANDRO MARTÍNEZ CHARTERINA

Catedrático de la Universidad de Deusto

Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho

Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2015

Fecha de aceptación: 28 de diciembre de 2015

RESUMEN: La cooperativa, a la vez asociación de personas y empresa económica, en cuya órbita se mueve una séptima parte de la población del mundo, resulta bastante desconocida y poco visible en nuestro medio, a pesar de su presencia cualificada. Sus señas de identidad más notables, a saber, su funcionamiento democrático y su vocación social, la convierten en un modelo de empresa de participación real que asume por naturaleza un compromiso de responsabilidad social empresarial.

ABSTRACT: The cooperative, in which it is possible to include a seventh part of world's population, is almost unknown, despite the skilled presence. The most distinctive features are the democratic functioning and social vocation.

PALABRAS CLAVE: cooperativas, identidad cooperativa, responsabilidad social empresarial.

KEY WORDS: cooperatives, cooperative identity, business social responsibility.

SUMARIO: 1. Origen del cooperativismo moderno: la cooperativa de Rochdale. 2. Los principios de Rochdale. 3. Extensión del cooperativismo y formación del movimiento cooperativo. 4. La empresa cooperativa. 5. Identidad cooperativa: valores y principios. 6. Cooperativismo y responsabilidad social. 7. Conclusión. Bibliografía.

1. ORIGEN DEL COOPERATIVISMO MODERNO: LA COOPERATIVA DE ROCHDALE¹.

Explica Holyoake² cómo nació la que se considera primera cooperativa moderna, la cooperativa de Rochdale (Manchester), en 1844. Los tejedores de la industria textil, en un contexto de apogeo productivo y beneficios, pretendieron un aumento de sus salarios a finales de 1843, y al no conseguirlo se plantearon modos de mejorar sus condiciones de vida y debatieron diversas opciones.

Al cabo de unos meses, en octubre de 1844, veintiocho de ellos constituyeron la *Rochdale Society of Equitable Pioneers*, a través de la cual pusieron en marcha en

¹ Hablamos de cooperativismo moderno para referirnos a las sociedades cooperativas como las consideramos hoy día, dejando al margen todas las múltiples actividades de cooperación que jalonan la historia de los pueblos, entendiendo con la Real Academia que cooperar es *obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin*.

² Georges Jacob Holyoake, *Historia de los pioneros de Rochdale* (1989), ps. 9 ss.

diciembre del mismo año un almacén cooperativo para distribuir entre los socios una serie de productos de consumo básicos.

A pesar de la modestia con la que comenzaron su actividad, las pretensiones de esta cooperativa iban mucho más lejos, toda vez que, además de la distribución de alimentos, ropas y otras provisiones, contaban entre sus objetivos la adquisición de viviendas para los socios interesados, la fabricación de determinados artículos, así como la adquisición de tierras para dar trabajo a los miembros desempleados... todo ello como paso hacia la creación de una colonia autosuficiente...³.

Aunque la doctrina considera a la de Rochdale la primera cooperativa moderna, como hemos señalado, hubo en el tiempo anterior, y dentro del contexto del proceso de industrialización, otra serie de experiencias cooperativas, como las organizadas por los operarios de los Astilleros de Woolwich y Chatham en Londres, en 1760, para aprovisionarse de harina, y las de los tejedores de Fenwick (1769) y Goban (1777), en Escocia, para la obtención de útiles de trabajo.

Del mismo modo William King fundó en 1827 la *Cooperative Trading Association* en Brighton, y bajo su inspiración, ya que el Dr. King publicó mensualmente el periódico *The cooperador*, cuyas cuatro páginas escribía él mismo, entre mayo de 1828 y agosto de 1830, se pusieron en marcha alrededor de trescientas cooperativas de consumo⁴.

Poco después, en 1835, se pondrá en marcha bajo la iniciativa de Michel Derrion en Lyon (Francia) la cooperativa de consumo denominada *Le commerce véridique et social*. Y también en Francia se inicia el cooperativismo de trabajo en estos tiempos a través de la cooperativa de ebanistería que comienza Philippe Bouchez con un grupo de artesanos en 1832, de muy corta duración, y poco después, en 1834, la *Association chrétienne des bijoutiers en doré*, que prolongó su vida hasta 1873⁵.

Lo cierto es que la consideración de Rochdale como primera de las cooperativas se fundamenta en que, frente a la más bien pequeña duración de las anteriores a ella, sigue en activo y, sobre todo, en que estableció en sus Estatutos unas normas de funcionamiento, principios cooperativos, que fueron adoptados por las cooperativas siguientes hasta llegar a nuestros días configurando la identidad cooperativa.

2. LOS PRINCIPIOS DE ROCHDALE.

Los Estatutos de la sociedad de Rochdale no presentan de forma numerada las normas de funcionamiento de la cooperativa por lo que se pueden encontrar distintas formulaciones de los principios de Rochdale en la doctrina.

Paul Lambert recoge una de estas formulaciones teniendo en cuenta los Estatutos de 1844, las enmiendas a los mismos del año siguiente, y algunos acuerdos asamblearios posteriores. Con todo ello propone como principios de Rochdale los siguientes⁶:

³ *Laws and objects of the Rochdale Society of Equitables Pioneers: enrolled according to the Acts, 10th, George IV, and 5th, William IV* (1844), p.3.

⁴ Que finalmente fueron desapareciendo por problemas de gestión.

⁵ Son sólo algunas de las más conocidas de las muchas que se pueden considerar. En este sentido puede verse, entre otros que tratan los orígenes del cooperativismo, Alicia Kaplan de Drimer y Bernardo Drimer, *Las cooperativas. Fundamentos, historia, doctrina* (1983), p. 225 ss., y Gromoslav Mladenatz, *Historia de Las doctrinas cooperativas* (1969) ps. 51-52. Sobre la cooperativa de consumo de Lyon Denis Bayon, *Le commerce véridique et social de Michel-Marie Derrion. Lyon 1835-1838* (2002), ps 21-22.

⁶ Paul Lambert, *La doctrina cooperativa* (1970), p. 57.

- control democrático;
- libre adhesión;
- interés limitado del capital;
- distribución de los beneficios en proporción a las compras realizadas;
- compras y ventas al contado;
- pureza y calidad de los productos;
- promoción de la educación entre los miembros;
- neutralidad política y religiosa;
- ventas a precio de mercado;
- adhesión voluntaria;
- devolución desinteresada del activo neto en el caso de disolución de la sociedad;
- aspiración de cooperativizar la organización económica y social del mundo.

Con independencia del interés de un estudio exhaustivo de estas normas, merece la pena hacer alguna consideración de alguna de ellas en el contexto de la puesta en marcha de esta cooperativa⁷.

Situados en pleno proceso de industrialización en Gran Bretaña, los trabajadores se han desplazado del campo a las ciudades industriales y viven rodeados de múltiples problemas, lo que se ha recogido bajo el término del *problema social* de la clase trabajadora.

En cuanto a la distribución de mercancías, éstas se vendían en tiendas de barrio, según un modelo de competencia imperfecta. Los trabajadores compraban aquello que les vendían al margen de calidades, pesos y medidas correctos, y atrapados por la tienda a la que dejaban a deber sus compras.

La cooperativa de Rochdale quiere sacar a sus socios de esa situación realizando compras y ventas al contado, a precios de mercado, con calidades adecuadas, pesos correctos, repartiendo beneficios en proporción a las compras realizadas, retribuyendo el capital con un interés limitado, al margen del beneficio, y promocionando la educación como forma de mejoramiento en todos los órdenes de la vida.

A esta cooperativa se accede libremente, pero también voluntariamente, lo que supone el deseo de formar parte de la misma asumiendo la participación democrática en su gestión: cada socio tiene un voto.

3. EXTENSIÓN DEL COOPERATIVISMO Y FORMACIÓN DEL MOVIMIENTO COOPERATIVO.

A partir de la cooperativa de Rochdale se fueron creando múltiples cooperativas de consumo en Gran Bretaña así como en el continente europeo siguiendo su modelo y reproduciendo sus Estatutos.

La misma sociedad de Rochdale puso en marcha un molino harinero, la Sociedad del Molino Harinero del Distrito de Rochdale, en 1850, para proveer de harina a los socios, estableciendo el Estatuto de la misma sobre las bases estatutarias del de la Sociedad de los Pioneros⁸.

A las de consumo siguieron cooperativas de crédito, agrícolas, de trabajadores, de viviendas, de todo tipo de servicios...

⁷ Así lo he publicado anteriormente en Alejandro Martínez Charterina, "Evolución del cooperativismo de consumo", en *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 45, ps. 133-160.

⁸ Georges Jacob Holyoake, *o.c.* (1989), p. 43.

La doctrina cita entre los denominados “realizadores” a los iniciadores del cooperativismo de crédito, especialmente Friedrich Raiffeisen y Herman Schultze-Delitzsch, que a mediados del siglo XIX en Alemania organizan cooperativas de crédito rurales, el primero, y urbanas, el segundo, que facilitarán notablemente las posibilidades acceso al crédito y de expansión del cooperativismo.

Francia ha quedado vinculada al origen de las cooperativas de trabajo, si bien el éxito de tales cooperativas ha de buscarse en las de Mondragón a partir de mediados del siglo XX.

La extensión del cooperativismo va a ir acompañada de la formación de un movimiento cooperativo, toda vez que se van a ir constituyendo uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas, en los distintos países europeos a medida que se iban asentando las cooperativas en ellos.

En ese movimiento federativo se hace muy presente la necesidad de representación de las cooperativas unida a la consideración sentida de que “la unión hace la fuerza”.

De este modo se forman los primeros movimientos cooperativos nacionales a los que seguirá años más tarde y tras diversas plurales vicisitudes la constitución en 1895 de la Alianza Cooperativa Internacional, como organización no gubernamental que asocia a las federaciones y confederaciones de cooperativas de todo el mundo, constituida como máximo órgano de representación de las cooperativas a nivel mundial.

Hoy día la Alianza Cooperativa Internacional tiene forma de asociación y su sede está en Bruselas. Agrupa a mil millones de socios de cooperativas de todo el mundo a través de sus organizaciones federativas.

A lo largo del tiempo la Alianza se ha ido conformando como administradora de la identidad cooperativa y orientadora de lo que la doctrina ha denominado “aspiraciones de conquista” del cooperativismo⁹.

4. LA EMPRESA COOPERATIVA.

La cooperativa es una empresa, aunque tal vez no siempre se haya considerado como tal. Lo que la cooperativa no es, en ningún caso, es una empresa capitalista.

La empresa es la reunión de los factores de producción para llevar a cabo el proceso productivo y ofertar al mercado los bienes y servicios que constituyen los satisfactores de las necesidades humana¹⁰.

En la empresa capitalista el empresario aporta el capital además de organizar el proceso productivo y asumir sus riesgos, por lo que recibe como compensación a su aportación el dividendo, suma del interés del capital y del beneficio empresarial. Como el beneficio es una retribución variable, la suma de interés fijo y beneficio variable se convierte en variable. *“Las decisiones se toman en función del capital aportado, cada acción tiene un voto, y el dividendo se reparte también en función del capital, una cantidad por acción”*¹¹.

⁹ Estos términos “aspiraciones de conquista” recogen la idea con la que Paul Lambert destaca un rasgo principal de la Alianza Cooperativa Internacional en cuanto que considera que el cooperativismo “tiende a conquistar y transformar la organización económica y social del mundo”, en sintonía con el último de los principios de Rochdale en su interpretación de los mismos, a los que nos hemos referido anteriormente. Paul Lambert, *o.c.* (1970), p. 272.

¹⁰ Puede verse Alejandro Martínez Charterina, *Introducción a la Economía*, (2011), p. 35.

¹¹ Alejandro Martínez Charterina, “Cooperativas y responsabilidad social empresarial”, (2014), p. 56.

En la cooperativa, por el contrario, y con independencia de que el capital lo aporte también el empresario, socio cooperativista, éste puede ser alguno de los sujetos económicos que se relacionan con la empresa, ya sea el cliente, como sucede en las cooperativas de consumidores, el proveedor, como en las cooperativas agrícolas en las que entregan su producto para que la cooperativa lo comercialice o realice un proceso de transformación previo a la comercialización¹², los trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado, los ahorradores, en las de crédito, etc.

En las cooperativas no es esencial, en ningún caso, que el capital lo aporten los empresarios. Lo que sucede es que, a falta de capitalistas externos, deben ser los socios empresarios los que pongan el capital sin el que el proceso de producción no sería posible. Pero, en todo caso, la retribución del capital, es decir, el interés, es fija¹³, y separada del beneficio empresarial: en la cooperativa *“las decisiones se toman de forma democrática, cada persona tiene un voto con independencia de su aportación al capital, y el beneficio se reparte, en su caso, de forma distinta a la proporcional en función del capital aportado”*¹⁴. El reparto del beneficio se realizará en función de las acciones desarrolladas por cada persona para llevar a cabo la actividad económica cooperativizada.

La *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la Identidad Cooperativa* define la cooperativa como *“una asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y gestión democrática”*¹⁵.

La Alianza viene a recoger, a través de esta definición, la coincidencia inseparable entre asociación y empresa que tiempo atrás había proclamado Georges Fauquet¹⁶.

Lo característico de la cooperativa es que un grupo de personas comparte una o varias necesidades y decide satisfacerlas directamente por ellas mismas, al margen de las diversas oportunidades que les pueda prestar el entorno en el que viven, a través de una empresa económica. Las mismas personas que se asocian son las que conforman la empresa.

José M^a Arizmendiarieta, fundador e inspirador de las cooperativas de Mondragón, recogía esta idea aplicándola a lo que denominaba la experiencia cooperativa: en ella *“lo social se acredita por lo económico no menos que lo económico se autentifica por lo social”*¹⁷.

5. IDENTIDAD COOPERATIVA: VALORES Y PRINCIPIOS.

En el Informe que presentó Alex Laidlaw al Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional celebrado en Moscú en 1980, titulado “Las cooperativas en el año 2000”, se refería en su comienzo a las crisis internas que el cooperativismo había tenido que enfrentar desde sus orígenes. Una crisis de credibilidad y de confianza, en primer lugar, porque pocas personas creían que las cooperativas pudieran llevar a cabo una actividad empresarial, reservada a los hombres de negocios pero no al común de las personas. Sólo

¹² Así los viticultores entregan la uva a la cooperativa para que haga el vino y lo comercialice.

¹³ Tradicionalmente se ha definido el principio de interés “limitado” al capital.

¹⁴ Alejandro Martínez Charterina, *o.c.*, (2014), p. 57.

¹⁵ I.C.A.: *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la Identidad Cooperativa. Los principios cooperativos* (1996), p. 17.

¹⁶ Georges Fauquet, “Le secteur coopératif”, en *Oeuvres*, (1965), ps. 39-40.

¹⁷ José M^a Arizmendiarieta: “La experiencia cooperativa de Mondragón”, en *Homenaje a Del Arco: Del Arco treinta años de vida cooperativa*, (1973), p. 68.

con el tiempo y el esfuerzo se pudo superar esta primera crisis, lo que supuso la aceptación de las mismas como instituciones buenas y convenientes, muchos países fueron dotándose de una legislación especial para las cooperativas, y hoy forman parte de las economías de todo el mundo.

Una segunda crisis administrativa vino a acompañar la dificultad de no disponer de administradores competentes y afrontar en malas condiciones los problemas que acompañan la vida económica, que, como es conocido, cursa en ciclos y cuando la crisis económica se presenta las administraciones mediocres pagan las consecuencias. También salieron con tiempo y esfuerzo las cooperativas de esta crisis en la medida en que fueron capaces de atraer a jóvenes capacitados y de formar a sus dirigentes para poder resultar tan eficientes como cualquier empresa de su entorno.

La tercera crisis, la crisis ideológica, era, en cambio, la merecedora de atención en el momento en que se presentaba el informe. No es suficiente para las cooperativas con ser aceptadas como empresas y ser tan eficientes como las demás. ¿Cuál debe ser el papel de las cooperativas? *“... si el mundo está cambiando de manera tan extraña que no pocas veces produce perplejidad, ¿deberían las cooperativas cambiar al mismo ritmo o, tal vez, tendrán que lanzarse en dirección diferente y tratar de crear otra clase de orden económico y social?”*¹⁸. Y vuelve más adelante con el mismo tema: *“En época tan crucial como esta, las cooperativas deben tratar de mantenerse como islas de cordura en un mundo que se está volviendo loco”*¹⁹.

Lo cierto fue que este Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional impulsó el porvenir hasta que se llegó al Congreso Centenario de la Alianza en 1995, que se celebró en Manchester, y en el cual se aprobó la “Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa”²⁰.

Esta Declaración vendría a poner fin a la crisis ideológica. Las cooperativas adquieren con ella una identidad que les define, les caracteriza y les diferencia de las demás empresas.

La Declaración recoge la definición de cooperativa, a la que nos hemos referido en un epígrafe anterior, los valores y los principios cooperativos.

*“Las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, la autoresponsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad. Siguiendo la tradición de sus fundadores, los socios cooperativistas hacen suyos los valores éticos de la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y la vocación sociales”*²¹.

¹⁸ A.F. Laidlaw, “Las cooperativas en el año 2000”, (1981), p. 17.

¹⁹ A.F. Laidlaw, *o.c.* (1981), p. 25.

²⁰ A partir del Congreso de Moscú, que hacía el número XXVII de los Congresos de la Alianza, tuvieron lugar el de Hamburgo, en 1884, en el que Michael Trunov presentó el Informe titulado “Las cooperativas y los problemas mundiales de nuestro tiempo”, que pretendía constituir una actualización del Informe Laidlaw de cuatro años antes (puede verse en *XXVIII Congreso. Programa e Informes. Hamburgo, 15-18 octubre 1984*). Basándose en los informes de Moscú y de Hamburgo, el Presidente de la Alianza, Lars Marcus, presentó al Congreso de Estocolmo, en 1988, el Informe titulado “Cooperativas y valores básicos” (en *ICA, XXIX Congress, Stockholm, July 1988*), con la intención de crear un clima de interés y participación, de forma que el Congreso aprobó se estudiaran en profundidad los valores cooperativos para proceder a la reforma de los principios desde la consideración explícita de los valores. A estos efectos se encargó a un equipo liderado por Sven Ake Böök el estudio que se presentó al XXX Congreso de la ACI de Tokio, en 1992, con el título “Valores cooperativos para un mundo en cambio” (*Co-operative Values in a Changing World*, 1992), en el que se realizan las primeras recomendaciones sobre la reforma de los principios cooperativos conectada con los valores. Finalmente fue un equipo internacional, al frente del cual se situó a Ian MacPherson, de Canadá, el encargado de elaborar la Declaración sobre la Identidad Cooperativa que se presentó al Congreso Centenario, tras un proceso de consultas y elaboración de diversos borradores, en las que participaron miles de cooperativistas y expertos de todo el mundo.

²¹ I.C.A.: *Declaración... o.c.* (1986), p.17.

Por vez primera la Alianza Cooperativa Internacional introduce de forma oficial este tema de los valores cooperativos. Desde su fundación en 1895, la Alianza tardó unos años en llevar a cabo un reconocimiento de los principios de Rochdale, lo que hizo en el X Congreso, que tuvo lugar en Basilea en 1921, en el que se pidió a las cooperativas afiliadas a las federaciones y confederaciones que formaban parte de la Alianza el reconocimiento y adecuación de sus conductas a los mismos²², y se adoptó la misión de administrar y custodiar estos principios cooperativos.

Al paso del tiempo la Alianza Cooperativa Internacional ha modificado los principios cooperativos para actualizarlos en tres ocasiones, en los Congresos XV, de París, en 1937, XXIII, de Viena, en 1966, y en el XXXI, conmemorativo del Centenario, en Manchester, en 1995²³.

En cambio no había vinculado oficialmente los principios a unos valores hasta la declaración del 95. Naturalmente eso no significa, en modo alguno, que no se pensara en valores, porque realmente los valores constituyen aspiraciones a las que se encaminan los principios. Por ello los principios, dice la Declaración, "son pautas mediante las cuales las cooperativas ponen en práctica sus valores"²⁴.

A partir de esta afirmación propone la Declaración los siete principios cooperativos, a los que las cooperativas conforman su actividad y que constituyen las características identificadoras y diferenciadoras de las cooperativas, guías de acción para caminar hacia la consecución de esos valores que constituyen meta e inspiración para las mismas²⁵.

Los principios son los siguientes:

- 1º Adhesión voluntaria y abierta.
- 2º Gestión democrática por parte de los socios.
- 3º Participación económica de los socios.
- 4º Autonomía e independencia.
- 5º Educación, formación e información.
- 6º Cooperación entre cooperativas.
- 7º Interés por la comunidad.

El primero es el conocido como "principio de puerta abierta", y que, en consecuencia, permite entrar y salir, pero al mismo tiempo consagra la voluntariedad que acompaña necesariamente la presencia en la cooperativa, así como la prohibición de cualquier discriminación ya sea por razón de sexo, social, racial, política o religiosa.

El segundo, la gestión democrática, consagra la cooperativa como empresa participativa en la que cada persona tiene un voto con independencia de cualquier otra consideración, y desde luego de las aportaciones de capital que cada socio tenga que realizar.

El tercer principio recoge la idea de que los socios deben participar también contribuyendo de forma equitativa a la formación del capital de su cooperativa, bien entendido que al capital le corresponde una retribución fija, el interés limitado, y que el beneficio se reparte, en su caso, después de fortalecer la cooperativa con fondos de reserva y de atender actividades que determinen los socios, en función de la contribución de cada uno

²² José Odelso Schneider, *Democracia, participação e autonomia cooperativa*, (1991), p. 49.

²³ Sobre las modificaciones de los principios hasta el Congreso de Manchester puede verse en Alejandro Martínez Charterina, "La cooperativa como empresa y los principios cooperativos tras el congreso centenario de la ACI de Manchester" (1996), p. 215.

²⁴ I.C.A.: *Declaración... o.c.* (1986), p.17.

²⁵ Recogidos en ICA.: *Declaración... o.c.* (1986), ps.17-19.

de ellos a la realización de la actividad cooperativizada y en ningún caso de su contribución al capital.

El cuarto principio, que proclama la autonomía e independencia de la cooperativa, se fija en las relaciones de la misma con otras organizaciones, especialmente en este tiempo en el que muchas cooperativas necesitan reforzar su capacidad financiera, para advertir acerca del necesario control democrático y de la autonomía de la cooperativa.

El quinto es el tradicionalmente conocido como “la regla de oro de la cooperación” y determina la necesaria atención por parte de la cooperativa a la educación y formación de sus socios y de sus empleados, tanto para que puedan llevar a cabo una actividad competente como para su propio desarrollo personal, así como la información acerca de los beneficios de la cooperación dirigida al medio social, en especial a los jóvenes, que habrán de continuar en el futuro, y a los líderes de opinión.

El sexto principio, de cooperación entre cooperativas a todos los niveles, local, nacional e internacional, tiene en consideración el necesario reforzamiento económico de las mismas frente a las dificultades de crecimiento de su dimensión así como de su financiación en mercados altamente competitivos, toda vez que los intereses políticos y representativos quedan bien cubiertos a través de los movimientos federativos tradicionales.

Por fin, el séptimo principio, de interés por la comunidad, pone de manifiesto la vinculación de la cooperativa con la sociedad, y transmite exigencias de consideración del cuidado del medio ambiente, del desarrollo sostenible necesario, y, en última instancia, de responsabilidad social empresarial.

De los siete principios el cuarto y el séptimo se consagran como tales por vez primera. En realidad las modificaciones de los principios son acomodaciones necesarias a los tiempos que cambian. Y al final del siglo XX, en la preparación del XXI, se afronta la independencia de la cooperativa del capital, que resulta necesario por insuficiente, en muchos casos, así como el eventual compromiso de las ayudas públicas, en otros casos, en defensa de la gestión democrática por parte de los socios.

Y, del mismo modo, el séptimo principio resulta ser una llamada a la vinculación social de la cooperativa. En ella lo importante son las personas las cuáles están vinculadas a su entorno social, de ahí que deban esforzarse en el desarrollo sostenible de sus comunidades, como pide el principio.

En consecuencia de todo ello, las cooperativas lo son, es decir, se identifican, cuando ajustan su conducta a los principios en cada momento, a todos ellos, sin que se pueda decir que unos son más importantes que otros, y al actuar de este modo persiguen los valores que juntamente con los principios conforman su identidad.

6. COOPERATIVISMO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL.

El proceso de industrialización en su evolución constante ha facilitado que junto a las empresas familiares de los primeros tiempos se sitúen empresas de mayor dimensión, que traspasan las fronteras nacionales para hacerse internacionales, multinacionales y transnacionales.

En ese contexto se manifiestan con facilidad conductas que, buscando el éxito económico empresarial, provocan el deterioro del medio ambiente, el descontento por las condiciones de trabajo en países en vías de desarrollo, los movimientos internacionales para obtener un trato fiscal más favorable, la aparición de los paraísos fiscales, y otras, por lo

que en la segunda mitad del siglo XX la doctrina comienza a interesarse por las teorías del balance social y los códigos de conducta, que son antecedentes de lo que hoy denominamos responsabilidad social empresarial²⁶.

Aunque muchas de estas acciones no pudieron progresar, los códigos de conducta no tenían ninguna capacidad coercitiva, crearon un ambiente propicio al debate de las teorías defensoras del *Shareholder* y del *Stakeholder*.

Las primeras, defensoras del accionista, arrancan de la afirmación de Milton Friedman en 1970 que decía “La responsabilidad social de las empresas es aumentar sus beneficios”²⁷. Basa su afirmación en el hecho de que las empresas ayudan a la mayor eficiencia del sistema económico cuando maximizan sus beneficios.

Las segundas, entienden que las empresas no están aisladas sino que, enclavadas en la sociedad, pueden realizar su actividad gracias a la participación de agentes plurales, internos y externos, considerando, además de a los accionistas, a los clientes, proveedores, trabajadores, financiadores, en suma, la sociedad entera a través de los “interesados” o “involucrados”, sin los que la empresa no podría llevar a cabo su función.

Estas teorías del *Stakeholder* que inició R. Edward Freeman²⁸, sin rechazar la eficiencia, único elemento que tiene en cuenta la teoría defensora del *Shareholder*, consideran otros valores como la justicia, la confianza y la cooperación²⁹, o se fundamentan en el concepto de bien común³⁰.

En nuestro mundo globalizado, en el que las conductas irresponsables son abundantes, como la crisis actual se ha encargado de poner de manifiesto, el concepto de sostenibilidad económica, social y medioambiental se convierte en un filtro esencial a la actividad empresarial.

Así lo ha venido considerando la Unión Europea desde el comienzo del siglo XXI³¹, que llega a definir la responsabilidad social de las empresas como “*la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad*”³².

La cooperativa, que actúa guiada por unos principios que la conducen a unos valores, que conforman su identidad, y que realiza el balance económico unido a otro balance cooperativo, el que revisa el cumplimiento de los principios cooperativos, asume por su naturaleza el compromiso de la responsabilidad social empresarial.

Teniendo en consideración el carácter voluntario de la responsabilidad social empresarial, la aproximación a la misma por parte de las sociedades capitalistas puede quedar mediatizada por la expectativa de consecución de un mejor resultado económico, con independencia de la contribución a la sostenibilidad del sistema, a los resultados sociales y a la conservación del medio³³.

²⁶ Trato este tema en Alejandro Martínez Charterina, *o.c.* (2014), ps. 50 ss.

²⁷ Milton Friedman, “The Social Responsibility of Bussiness is to Increase its Profits”, en *The New York Times Magazine*, el 13 de septiembre de 1970.

²⁸ R. Edward Freeman, *Strategic Management: a Stakeholder Approach* (1984).

²⁹ Puede verse Iñigo Zabala Ortiz de la Torre, “La pugna entre el *shareholder primacy model* y la *stakeholder theory* en la doctrina y práctica anglosajona. Estado de la cuestión”, en *Deusto Estudios Cooperativos* (2013), p. 118.

³⁰ Vease Antonio Argandoña, *La teoría de los stakeholders y el bien común* (1998)

³¹ Puede verse documentación sobre la materia de la Comisión y el Parlamento Europeo en Alejandro Martínez Charterina, *o.c.*, (2014), ps. 53 ss.

³² Comunicación de la Comisión Europea, *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas* (2011), p. 4.

³³ En este sentido se ha afirmado que “*la tentación de vender imagen no debe seducir a las cooperativas*”. Dante Cracogna, “La eficiencia social de las cooperativas y su evolución” (1981), p. 125.

La cooperativa, que conceptualmente es un grupo social y económico al mismo tiempo, sitúa la persona en el centro. Ahora bien, se trata de la persona en el grupo de personas, en el grupo social. Y desde los valores de responsabilidad y vocación social, así como desde el principio séptimo de interés por la comunidad, la responsabilidad económica, social y medioambiental se convierte en parte de su propia identidad.

7. CONCLUSIÓN.

A pesar de que una séptima parte de la población del mundo está relacionada con las organizaciones cooperativas, la cooperativa es poco conocida con carácter general.

La cooperativa es una empresa que sitúa en el centro a la persona, que, junto a los demás socios, gestiona la sociedad de forma democrática, constituyendo un ejemplo de empresa participativa.

En su identidad, ésta asociación-empresa, desea alcanzar unos valores de solidaridad, ética y compromiso social, y para ello, acomoda su actividad al cumplimiento de unos principios de voluntariedad, democracia y participación, independencia, educación, cooperación e interés por la comunidad, de manera que en ella lo global que caracteriza nuestro tiempo convive con lo local que es inseparable de la genética cooperativa.

En ella la responsabilidad social empresarial queda asociada a su propia esencia democrática y social.

BIBLIOGRAFÍA.

- ARGANDOÑA, Antonio: *La teoría de los stakeholders y el bien común*. Documento de investigación nº 355, IESE – Universidad de Navarra, Barcelona, 1998. www.iese.edu/research/pdfs/DI-0355.pdf
- ARIZMENDIARRIETA, José M^a: “La experiencia cooperativa de Mondragón”, en *Homenaje a Del Arco: Del Arco treinta años de vida cooperativa*, CENEC, Zaragoza, 1973, ps. 65-73.
- BAYON, Denis: *Le commerce véridique et socialde Michel-Marie Derrion. Lyon 1835-1838*, Atelier de création libertaire, Lyon, 2002.
- BÖÖK, Sven Ake: *Co-operative Values in a Chancing World*, ICA, Geneva, 1992.
- Comisión Europea. *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, 25.10.2011, en www.observatorio.org/images/stories/audio/publicaciones/con2011_RSC.pdf
- CRACOGNA, Dante: “La eficiencia social de las cooperativas y su evolución”, en Masón, Rubén et al., *La eficiencia de las cooperativas*, Intercoop, Buenos Aires, 1981, pp. 103-125.
- FAUQUET, Georges: “Le secteur coopératif”, en *Oeuvres*, Publications de l’Institut des Etudes Coopératives, Paris, 1965, ps. 21-127.
- FREEMAN, R. Edward: *Strategic Management: a Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984.
- HOLYOAKE, Georges Jacob: *Historia de los Pioneros de Rochdale*, Intercoop, Buenos Aires, 1989.
- I.C.A.: *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la Identidad Cooperativa*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 1996.
- KAPLAN DE DRIMER, Alicia y DRIMER, Bernardo: *Las cooperativas: Fundamentos, Historia, Doctrina*, 3^a ed., Intercoop, Buenos Aires, 1981.
- LAIDLAW, A.F.: “Las cooperativas en el año 2000”, en *Tribuna Cooperativa*, nº 44-45, Centro Nacional de Educación Cooperativa, Zaragoza, 2001, ps. 11-125.

- LAMBERT, Paul: *La doctrina cooperativa*, 3ª ed., Intercoop, Buenos Aires, 1970.
- Laws and objects of the Rochdale Society of Equitables Pioneers*. Printed by Jesse Hall, Rochdale, 1844.
- MARCUS, Lars: “Cooperatives and basic values”, en *ICA, XXIX Congress, Stockholm, July 1988, Agenda & Reports*, ICA, Geneva, 1988, ps. 98 ss.
- MARTÍNEZ CHARTERINA, Alejandro: “Cooperativas y responsabilidad social empresarial”, en *Deusto Estudios Cooperativos*, nº 4, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014, ps. 49-62.
- MARTÍNEZ CHARTERINA, Alejandro: “Evolución del cooperativismo de consumo”, en *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 45, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, ps. 133-160.
- MARTÍNEZ CHARTERINA, Alejandro: *Introducción a la Economía*, Dykinson, Madrid, 2011.
- MARTÍNEZ CHARTERINA, Alejandro: “La cooperativa como empresa y los principios cooperativos tras el congreso centenario de la ACI de Manchester”, en *Evolución del escenario económico*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, ps. 207-226.
- MLADENATZ, Gromoslav: *Historia de las doctrinas cooperativas*, Intercoop, Buenos Aires, 1969.
- SCHNEIDER, Jose Odelso: *Democracia, participação e autonomia cooperativa*, UNISINOS, Sao Leopoldo, 1991.
- TRUNOV, Michael P.: “Las cooperativas y los problemas mundiales de nuestro tiempo”, en *XXVIII Congreso. Programa e Informes. Hamburgo, 15-18 octubre 1984*, ACI, Ginebra, s.f., ps. 155-220.
- ZABALA ORTIZ DE LA TORRE, Iñigo: “La pugna entre el *shareholder primacy model* y la *stakeholder theory* en la doctrina y práctica anglosajona. Estado de la cuestión”, en *Deusto Estudios Cooperativos*, nº 2, Facultad de Derecho – Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, ps. 103-132.

PROBLEMA ENERGÉTICO Y CALENTAMIENTO GLOBAL

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: 18 de septiembre de 2015

Fecha de aceptación: 5 de octubre de 2015

RESUMEN.- La estrategia diseñada por la UE para luchar contra el cambio climático puede estar muy equivocada porque, en primer lugar, no está probado que el calentamiento global se deba a la acción de los seres humanos, puede que se trate de efectos naturales en una atmósfera sometida a cambios constantes naturales desde la formación del planeta Tierra.

Suponiendo que el vertido a la atmósfera de gases de efecto invernadero sea la causa de ese calentamiento global, la mejor solución no sería la de legislar prohibiciones sino la de reforestar todos los países para restaurar su capa vegetal que se encargaría de almacenar el carbono y verter a la atmósfera el suficiente oxígeno para evitar los vertidos a la atmósfera del CO₂ y mejorar el clima y el régimen pluviométrico mejorando así nuestra vida sin necesidad de reducir nuestro desarrollo técnico, científico y económico.

La reforestación, en definitiva es una solución elegante y extremadamente ecológica y un mantenimiento y explotación adecuada crearía un importante número de puestos de trabajo, dulcificando nuestro estilo de vida sin necesidad de complejos desarrollos tecnológicos y artificiales de dudosa capacidad de éxito.

ABSTRACT: The strategy designed by the European Union to fight against the climate change may be wrong because, firstly, it is not proven that the global warming is due to the human activity, it might be the consequence of natural disasters in an atmosphere subjected to natural constant changes since the Earth formation.

Assuming that the spill of greenhouse gas to the atmosphere may be the cause of this global warming, the best solution would not be to legislate prohibitions but to reforest all nations in order to restore the vegetative cover which would be in charge of collecting carbon and pouring into the atmosphere the enough oxygen to avoid the spills of carbon dioxide and improve the climate and levels of rainfall, thus improving our life without the necessity of reducing our technical, scientific and economic development.

All in all, reforestation is an elegant and extremely ecological solution. Furthermore, a suitable maintenance and exploitation would produce an important number of jobs, making easier our life style without the need of complex and artificial technological developments of uncertain successful capacity.

PALABRAS CLAVE: Cambio climático, calentamiento global, reforestación, gases de efecto invernadero.

KEY WORDS: Climate change, global warming, reforestation, greenhouse gas.

SUMARIO: ANTECEDENTES Y PRELIMINARES SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO Y CALENTAMIENTO GLOBAL. 1.- LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE EL CALENTAMIENTO GLOBAL. 2.- PROBLEMA ENERGÉTICO Y CALENTAMIENTO GLOBAL. 3.- LA UTILIZACIÓN DE COMBUSTIBLES ARTIFICIALES. 4.- LA ECOLOGÍA Y LA MODA. LA IMPARABLE TRIVIALIZACIÓN DE LOS PROCESOS IMPORTANTES 6. CONCLUSIONES.

Traducción de Elena García Cuenca, Lda. En Filología Inglesa

Antecedentes y preliminares sobre Cambio Climático y Calentamiento Global.

El Calentamiento Global, del que tanto se habla últimamente, no está fundamentado en ningún hallazgo científico, sino que se trata de un asunto político, más exactamente, de un fraude político, como se comprueba leyendo a Naomi Klein¹, esta profeta del Calentamiento Global, culpa al Capitalismo del apocalíptico cambio climático y, como solución del mismo, propone una subida de impuestos.

Teóricamente, o así lo definen sus preconizadores, el término Calentamiento Global se refiere al aumento gradual de las temperaturas de la atmósfera y océanos de la Tierra que se ha detectado en la actualidad, además de su continuo aumento que se proyecta a futuro.

Nadie pone en duda el *aumento de la temperatura global*, lo que todavía genera controversia es *la fuente y razón de este aumento de la temperatura*. Aún así, la mayor parte de la comunidad científica asegura que hay más que un 90% de certeza que el aumento se debe al *aumento de las concentraciones de gases de efecto invernadero por las actividades humanas* que incluyen deforestación y la quema de combustibles fósiles como el petróleo y el carbón.

El Calentamiento Global que todo el mundo cree que está ocurriendo ahora es pura propaganda. Es un fraude auténtico con el que algunos quieren seguir ganando mucho dinero², está avalado por los estudios científicos realizados por infinidad de climatólogos y Profesores universitarios, entre los que se encuentran:

El Profesor Tim Ball, del Departamento de Climatología, de la Universidad de Winnipeg; Profesor Niv Sheviv, del Instituto de física, de la Universidad de Jerusalén; el Profesor Ian Clarck, Departamento de Ciencias de la Tierra, Universidad de Ottawa; el Dr. Piers Corbyn, Climate Forecaster, Weather Action; el Profesor John Christy, Lead Autor IPCC; el Dr. Roy Spencer, Weather Satellite Team Leader, NASA; el Profesor Patrick Michael, Dept. de Ciencias Medioambientales, Universidad de Virginia; Nigel Calder, Former Editor; Lord Lawson de Blaby, Canciller del Tesoro durante los años 80, Leader de la Comisión de la Cámara de los Lores para comprobar la certeza del cambio climático, primer político que destinó dinero público para la investigación del calentamiento global; Profesor Philip Stott, del Dept. de Biogeografía, Universidad de Londres; el Profesor Richard Lindzen, del Dept. Meteorología, del Massachusetts Institute of Tegnology (MIT); Profesor Frederick Singer, Former Director, US National Weather Sevice; el Dr. Piers

¹ KLEIN, N., *"This Changes Everything: Capitalism vs. The Climate"*, sept-16-2014. *"Esto lo cambia todo: Capitalismo contra el Clima"*, Barcelona 2015. Edit. Paidós Ibérica (Grupo Planeta). ISBN: 9788449331022.

² Ver en Youtube el video del documental emitido en 2007 por el Canal 4 en Inglaterra cuya dirección se puede encontrar en la página <https://www.youtube.com/watch?v=NWmMOoyCNYs>

Corbyn, Climate Forecaster, Weather Action; el Profesor Eigil Friis-Chrtensen, Director Danish National Space Center.

Resumiendo mucho, lo que ha probado este grupo de estudiosos (y muchos otros) es que el Calentamiento Global se encuentra relacionado con la actividad solar y nunca con el aumento del anhídrido carbónico. Durante toda la Historia de la humanidad ha habido periodos en los que la temperatura ha subido más que ahora y esos calentamientos están relacionados con el aumento de las manchas solares. Primero se produce el calentamiento y, años después, se percibe un aumento de la cantidad de CO², por lo que el calentamiento no se ha producido por el aumento de los niveles de CO² en la atmósfera, sino que ha sucedido al contrario y no ha ocurrido nada desastroso. El clima es cambiante por naturaleza y los humanos no podemos hacer nada por modificar su variabilidad.

Lo del calentamiento global por la acción humana es sencillamente falso.

1. LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE EL CALENTAMIENTO GLOBAL.

Para comenzar, debemos tener claro que no quiere decir lo mismo cambio climático que calentamiento global, ya que el clima puede cambiar sin que se produzca necesariamente un calentamiento de nuestra atmósfera. Puede producirse un enfriamiento general, como ocurrió en los periodos de las glaciaciones que, durante la historia de la Tierra, ha sufrido nuestro planeta. También las glaciaciones supusieron un cambio climático, sin embargo hoy día se suele equiparar el *cambio climático* al *calentamiento global*.

El informe científico de febrero de 2007, elaborado por el Panel Intergubernamental para el Cambio Climático (IPCC) creado por la ONU, señala que la temperatura del planeta Tierra ha aumentado 0'76 grados centígrados de media desde los tiempos preindustriales y que ese aumento se está acelerando. Además, el nivel del mar se ha elevado dos veces más rápido entre 1993 y 2003 que en las tres décadas anteriores. Según *los expertos* del IPCC, el origen de estos cambios son las emisiones de gases de efecto invernadero generadas por el ser humano.

En realidad, esta solo es la opinión de ese grupo de *expertos*, pero, a pesar de sus conocimientos, los estudios realizados no logran demostrar esta última aseveración, no obstante lo cual, nadie ha dudado en abrazar esta idea para establecer una estrategia global que imponga un límite máximo de 2°C de elevación de la temperatura media global en el año 2030.

No cabe la más mínima duda de que se está produciendo un cambio climático, aunque el motivo de este cambio es más que dudoso, puede ser que este cambio se deba a motivos naturales que, dados los desconocimientos que aún tenemos sobre el funcionamiento del clima del planeta Tierra, se esté produciendo por causas que aún no comprendemos, porque en modo alguno es seguro que, aunque seamos unos siete mil millones de habitantes sobre el planeta, seamos capaces de modificar el clima global de la Tierra. Puede que nuestras humanas acciones puedan ejercer una influencia significativa a nivel local pero, en mi opinión, somos demasiado insignificantes para modificar la dinámica de toda la atmósfera del planeta Tierra.

Durante cientos de millones de años la acción ininterrumpida de miles de millones de algas verdi-azules consiguieron introducir ese veneno para los seres vivos que es el oxígeno en la atmósfera terrestre, con la consecuencia paradójica de permitir el desarrollo de la vida tal como hoy la conocemos, pero para la modificación del clima actual somos demasiado pocos y es demasiado poco el tiempo empleado en actuar modificando la proporción de los distintos gases atmosféricos del tercer planeta de nuestro sistema solar. Por eso es poco probable que seamos nosotros los únicos causantes del cambio climático y los errores en el diagnóstico a lo único que nos pueden llevar es a errores en las soluciones adoptadas.

La modificación de la educación, las actitudes y los planteamientos de los seres humanos, son mucho más difíciles de conseguir que algunas de las acciones que pueden promover los Gobiernos de las distintas naciones que, racionalmente hablando, no perjudican el desarrollo económico de los mismos y conseguirían resultados espectaculares.

2. PROBLEMA ENERGÉTICO Y CALENTAMIENTO GLOBAL.

Una de las grandes cargas que soportamos y que está lastrando nuestra recuperación económica, es la dependencia energética que sufrimos en España³, así como en otros muchos países. No hemos sido nunca productores de combustibles fósiles y tenemos que importar el petróleo y el gas natural de otros países productores y, para poder convertirlo en energía eléctrica, tenemos que hacer unos gastos ingentes. La inanidad de algunos de nuestros políticos, incapaces de realizar un planteamiento general de nuestro sector energético, ha provocado que algún Gobierno Autónomo ponga como finalidad a alcanzar para disminuir la dependencia energética, la utilización de las llamadas energías renovables: *eólica, solar y fotovoltaica*. El estado actual de la tecnología hace inviable, por ahora, esta encomiable finalidad porque, simplemente, la obtención de estas energías aún no es suficientemente eficaz ni eficiente. Con la tecnología actual, las llamadas energías renovables son excesivamente caras. Imposibles de mantener en un país pobre como el nuestro. No son una solución aceptable, hoy por hoy, mientras su rendimiento –y por consiguiente el precio de obtención de la electricidad– no sea competitivo con los costos de la generación de energía eléctrica a partir de los combustibles fósiles o la utilización de la potencia hidráulica de nuestros ríos y, en la actualidad, estamos aún lejos de alcanzarlo.

Los mismos apóstoles del *calentamiento global* no llegan a darse cuenta de que cuando ahora claman al cielo y ponen como ejemplo las relativamente altas temperaturas que se han alcanzando la primavera de 2014, que, según los datos históricos, no se alcanzaban desde hace 70 años, entonces no existía el desarrollo tecnológico que tenemos hoy y, sin embargo, llegaron a alcanzarse temperaturas en primavera similares a las que el año 2013 hemos sufrido. Esta simple circunstancia trasluce que ese calentamiento no se debe a la acción humana ya que hace setenta años hubo al menos otro episodio de primavera especialmente calurosa sin que los automóviles, las calefacciones y otros inventos humanos hubiesen vertido el volumen de gases de efecto invernadero que hoy dicen que demuestra el famoso *calentamiento global* que padecemos.

Otro ejemplo significativo de que no somos los humanos los que provocamos el calentamiento global es el caso del planeta Venus, de tamaño aproximado al de nuestra Tierra. Ese planeta sufrió un proceso de calentamiento global provocado por los gases de efecto invernadero, que elevaron la temperatura de su superficie y se encuentra hoy entre 425° C y 482° C. La diferencia de las distancias respectivas al Sol no supondría más de 1° C. Pero Venus es un planeta que tiene una rotación muy lenta (*el día venusiano es equivalente a 221 días de la tierra*) y esta lentitud provoca que Venus no tenga un campo magnético potente que lo libre del viento solar, como ocurre en la tierra. Las partículas solares descompusieron las moléculas del agua primigenia de Venus y provocaron que el hidrógeno se dispersara por el firmamento quedando el oxígeno que formó con el carbono moléculas de CO₂ y el vulcanismo vertió en la atmósfera venusina ingentes cantidades de azufre que combinándose con hidrógeno y oxígeno generaron una gran cantidad de ácido sulfúrico. La lentitud de la rotación del planeta, además de no producir un campo magnético en el planeta, consiguió que tampoco tuviera una tectónica de placas, como ocurre en la Tierra, lo que provocó que el vulcanismo fuera generalizado sobre la superficie de Venus y ello ocasionó un vulcanismo distinto y mucho más letal que el que ocurre en la Tierra y que, junto a la falta de agua que, por las altas temperaturas, se evaporó y no produjo la

³ En mi opinión, ahora, con la autosuficiencia energética de los EE UU y el acuerdo suscrito por La Federación Rusa y China, nuestra suficiencia energética es mucho más importante que en ningún momento tras la Segunda Guerra Mundial.

lubricación de las emisiones de los volcanes, ha conseguido aumentar la temperatura de la superficie del planeta Venus hasta por encima del punto de fusión del plomo y del estaño, haciendo inviable la vida en ese planeta.

Como puede apreciarse, este proceso de calentamiento es algo más complejo que verter a la atmósfera los gases de los escapes de unos cuantos millones de automóviles. La contaminación que producen los vehículos automóviles que tanto preocupa a los que sostienen que somos los humanos quienes estamos provocando el *calentamiento global* del planeta —en mi opinión, creer que los humanos tenemos capacidad para influir tan importantemente sobre el clima no es más que una muestra de nuestra soberbia y arrogancia— aún no se puede solucionar con la utilización de automóviles y vehículos de comunicación movidos por electricidad, porque solamente conseguiríamos trasladar el problema al lugar donde estuvieran las plantas de producción de energía eléctrica que utilizarían esos combustibles fósiles. Esto es lo que han estudiado tres investigadores norteamericanos, que han tenido en cuenta los efectos medioambientales de los vehículos eléctricos a lo largo de todo su ciclo de vida, incluida su fabricación y, en partículas, la de sus baterías, y sobre todo el origen de la electricidad con la que se recargan, ya que en la generación de esta última puede producirse una contaminación atmosférica importante que es capaz, en algunos casos, de superar con creces la falta de emisiones del automóvil durante su funcionamiento. Los resultados de la investigación han sido publicados el día 30 de diciembre en la revista norteamericana *Proceedings of the National Academy of Sciences* (PNAS) y divulgado a través del número de 20 de diciembre de *The Economist*. Uno de los resultados más significativos es que, en el caso de que la energía eléctrica de recarga de las baterías proviniese de la producida a partir del carbón, los vehículos eléctricos serían más contaminantes que los de motor de explosión que utilizaran como combustible el gas, la gasolina o el gasóleo.

Además, mientras no solucionemos el problema de la acumulación de la energía eléctrica, los automóviles eléctricos tienen un mal futuro por su escasa capacidad de carga y porque se requieren periodos relativamente largos para recargarlos, al menos si los comparamos con el tiempo que necesitamos hoy para repostar el combustible tradicional y la cantidad de kilómetros que podemos recorrer con un depósito lleno. Es posible que la investigación tecnológica que se está llevando a cabo, a medio o a largo plazo consiga resultados satisfactorios y se puedan resolver los problemas de producción, acumulación y limpieza de los procesos de generación de energía eléctrica. Mientras tanto, los métodos negativos (prohibiciones, restricciones de tránsito, etc.) no conseguirán, por mucho que lo intentemos, resolver los problemas derivados del empleo de combustibles fósiles.

Existen soluciones mucho más eficaces, satisfactorias, positivas y estéticas para solucionar el problema del vertido a la atmósfera de los gases de efecto invernadero que unidas a la sustitución de la megalomanía que demuestra la construcción de edificios demasiado altos (rascacielos) por una edificación más acorde con la escala humana, darían unos resultados muchísimo más satisfactorios y menos problemáticos.

Para comenzar deberíamos copiar a la propia Naturaleza que, sobre el aprovechamiento de la energía solar, desde el mismo momento de la generación de la vida en nuestro planeta, viene desarrollando el sistema más eficiente que pueda existir que conocemos como el *CICLO DEL CARBONO*, a través de las plantas verdes con la función clorofílica: En efecto, las células de las plantas verdes tienen unos orgánulos llamados cloroplastos que contienen una molécula *prodigiosa* de una sustancia llamada clorofila que, captan la luz solar en las longitudes de onda visibles (entre el rojo y el azul) y rompe la molécula de CO₂ (anhídrido carbónico, uno de los gases de efecto invernadero) y el agua atmosférica, que las plantas ingieren a través de los estomas de sus hojas, descomponiéndolo de la siguiente forma:



De acuerdo con los datos contenidos en las Fichas Internacionales de Seguridad Química, publicadas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), el peso molecular del O₂ es de 32 gr/mol y el del CO₂ 44'01 gr/mol, cada seis moléculas de CO₂, mediante la función clorofílica producen seis moléculas de O₂, o lo que equivale a decir por cada 1000 Kg de CO₂ procesada por los árboles, se producen 727'11 Kg de O₂, lo que es una proporción muy significativa obtenida con un proceso natural que no necesita más que luz solar y ningún otro consumo de energía.

Es decir, por cada seis moléculas de CO₂ la función clorofílica consigue convertirlas en seis moléculas de oxígeno, vertiendo la planta a la atmósfera el oxígeno y el agua como material de desecho. Los azúcares generados servirán como combustible para su oxidación en las células vegetales, que crearán tejidos vegetales [celulosa (madera), almidón, etc.], y permitir crecer al árbol, y utilizar otros elementos absorbidos por las raíces para generar vitaminas, proteínas y otros elementos indispensables para el desarrollo de la planta. A nosotros nos benefician como reserva de carbono como madera útil para construir todo lo que nos pueda ser necesario y el oxígeno vertido purifica la atmósfera. Esta creativa función clorofílica, además de ser una eficaz forma de aprovechamiento de la energía solar, resulta el medio más eficaz para reciclar el CO₂ vertido a la atmósfera durante la combustión. Es la única forma eficaz de combatir los vertidos de CO₂ y es muy simple y barata: ¡Plantar árboles, muchos, muchos árboles!

Mi formación técnica primigenia y mi experiencia profesional durante los últimos cuarenta años, me permiten abordar soluciones y procedimientos tecnológicos, más o menos complejos, sin demasiada dificultad y sin temor a equivocarme demasiado, dentro de los conocimientos científicos actuales. Por eso me puedo permitir decir que para poder acometer un plan de reforestación verdaderamente ambicioso y operativo, deberíamos comenzar por construir una auténtica red de embalses interconectados que cubran la totalidad del territorio español de una forma regular sin que, en ningún caso, algún embalse tenga que desembalsar agua hacia el mar, desaprovechándola, sino que, como si de un sistema de vasos comunicantes se tratara, el exceso de agua en algún embalse de la red serviría para llenar aquellos embalses que, por su situación geográfica, fueran deficitarios. No es un procedimiento imposible, los Judíos, por ejemplo, han conseguido irrigar gran parte de su árido territorio para ponerlo en producción agrícola.

Además de mejorar nuestra capacidad hídrica y maderera, la función clorofílica hará el resto: mejorará nuestro clima y conseguiremos que tengan más agua zonas que hoy son deficitarias; mejoraremos nuestros paisajes, conseguiríamos mantener aquella cualidad histórica de la Península Ibérica que consistía en que una ardilla pudiera atravesarla desde el cabo San Vicente hasta el golfo de Rosas, por las copas de los árboles, sin tener que pisar el suelo en ningún momento; mantendríamos con más fijeza nuestros suelos, se controlarían mejor las crecidas de los ríos y combatiríamos mucho más eficazmente la desertización galopante que hoy sufren algunos lugares del sur de España.

No todos los combustibles renovables están bien empleados ya que algunos, como la biomasa, la única ventaja que tienen es su renovabilidad ya que su combustión produce anhídrido carbónico como cuando se quema la madera o el carbón. La empresa ENCE destaca que ella produce la energía eléctrica y el calor que necesita a partir de biomasa, de forma que en su combustión emplea una cantidad de Carbono en CO₂ igual al que consume acumulado en los restos vegetales que emplea, lo que significa que, a lo máximo que es capaz de llegar, es a igualar el CO₂ que produce con el que consume en la producción de su energía de producción. Es decir, no disminuye el vertido a la atmósfera de CO₂.

Otra de las ventajas de dejarnos de utopías sin sentido con respecto a las energías renovables, es la de conseguir autoabastecernos como ha ocurrido recientemente con Estados Unidos con la utilización de la extracción de gas y petróleo con la técnica llamada *fracking* que, básicamente, consiste en conseguir extraer los hidrocarburos de los esquistos bituminosos utilizando agua a presión. El día siete de abril de 2014 vino a Madrid un

representante de la Cámara de Comercio de Estados Unidos a contarnos la revolución que ha representado para USA el conseguir, con la utilización de esta técnica, su suficiencia energética.

Ya estamos comprobando algunas de las consecuencias de este hecho que en España parece estar pasando desapercibido: los intereses geoestratégicos de los Estados Unidos han cambiado últimamente –se ha comprobado con la guerra civil en Libia y se está mostrando con la anexión de la península de Crimea a la Federación Rusa y la inestabilidad que se ha instalado en toda Ucrania– a USA ya no le interesa tanto la estabilidad del mediterráneo y de Oriente Medio, donde se encontraban una buena parte de los combustibles fósiles que necesitaban para abastecerse; ellos ya son autosuficientes y no van a exponer sus tropas – su gente– y su dinero para que la poco relevante Europa pueda abastecerse cómodamente con hidrocarburos, respaldada por los EE UU de América. El panorama que se nos presenta a los países europeos es muy peligroso y trascendente y, como siempre, la *trivialidad posmoderna* que atenaza a Europa, hará que, hasta que no sea demasiado tarde, no reaccionemos de forma conveniente. La consecuencia la estamos viendo desde los últimos meses de 2014: el precio del barril de petróleo ha bajado más de un 50% solamente con el autoabastecimiento de los EE. UU. De América y la contención del consumo de petróleo en China, causando una gran inestabilidad en países como La Federación Rusa, Venezuela y otros.

En efecto, los avances en la investigación sobre energía eléctrica producida por células fotovoltaicas basadas en el *grafeno*⁴ y la *perovskita*⁵, en lugar de las actuales basadas en el silicio se encuentran muy avanzadas. Como es sabido, dos son los principales problemas que ha presentado hasta ahora la energía eléctrica de origen fotovoltaico: el primero es el bajo rendimiento de las células fotovoltaicas que mientras que la energía fotovoltaica producida con células basadas en el silicio tiene un costo de unos 75 centavos de dólar por wat., la energía eléctrica generada a partir de los combustibles fósiles tradicionales viene a tener un coste de menos de 50 centavos de dólar por wat.

El primer avance consiste en que las células fotovoltaicas basadas en la *perovskita* que ahora están investigándose, parece que son suficientemente eficientes como para que el costo de la energía eléctrica que consiguen sea de unos 10 centavos de dólar por wat.

El segundo avance que se consigue es que son de fabricación fácil y barata, a bajas temperaturas, mediante procesos no más dificultosos que la imprenta. Además pueden ser extremadamente delgadas, pudiéndose situar sobre láminas plásticas flexibles y sobre los vidrios normales utilizados en construcción, al ser semitransparentes, por lo que, colocadas en ventanas y antepechos, conseguirían limitar el soleamiento además de producir

⁴ Grafeno: El **grafeno** es una sustancia formada por carbono puro, con átomos dispuestos en un patrón regular hexagonal similar al grafito, pero en una hoja de un átomo de espesor. Es muy ligero, una lámina de 1 metro cuadrado pesa tan sólo 0,77 miligramos. Es un alótropo del carbono, un teselado hexagonal plano (como panal de abeja) formado por átomos de carbono y enlaces covalentes que se generan a partir de la superposición de los híbridos sp^2 de los carbonos enlazados. El Premio Nobel de Física de 2010 se le otorgó a Andréy Gueim y a Konstantín Novosiólov por sus revolucionarios descubrimientos acerca de este material.

⁵ Perovskita: La **perovskita** es un mineral del grupo IV (óxidos) según la clasificación de Strunz; es un trióxido de titanio y de calcio ($CaTiO_3$). Es un mineral relativamente raro en la corteza terrestre. La perovskita se cristaliza en el sistema cristalino ortorrómbico (pseudocúbico). Se encuentra en contacto con rocas metamórficas y asociada a máficas intrusivas, sienitas nefelinas, y raras carbonatitas. Fue descubierta en los Montes Urales de Rusia por Gustav Rose en 1839 y nombrada por el mineralogista ruso, L. A. Perovski (1792-1856). La perovskita es también el nombre de un grupo más general de cristales que toman la misma estructura. La fórmula química básica sigue el patrón ABO_3 , donde A y B son cationes de diferentes tamaños (por ejemplo, $LaMnO_3$). A es un catión grande y puede ser un alcalino, alcalinotérreo o lantánido, y B es un catión de tamaño medio con preferencia por la coordinación octaédrica, normalmente un metal de transición. La estructura perovskita se puede considerar relacionada con la del trióxido de renio, ReO_3 , donde las vacantes ordenadas -25%- del empaquetamiento compacto de oxígenos son ocupadas por el catión más voluminoso, A. La estructura perovskita es adoptada por muchos sólidos inorgánicos con estequiometría ABX_3 . No siempre son óxidos metálicos mixtos; en la elpasolita (K_2NaAlF_6) tenemos el ejemplo de una familia de fluoruros importantes; la criolita (Na_3AlF_6) está relacionada con ella. Formada bajo las condiciones de alta presión del manto de la Tierra, la estatita piroxeno ($MgSiO_3$) es un polimorfismo que puede ser el mineral más común de la Tierra.

electricidad, con lo que se podría conseguir construir edificios eléctricamente autosuficientes.

El segundo problema energético es el de que, hasta hoy día, es imposible el almacenamiento relevante de la energía eléctrica, problema en vías de solución gracias a baterías y pilas de *grafeno* de alto rendimiento. De conseguir la solución del almacenamiento de la energía eléctrica depende el que pudiéramos dejar de estar sometidos a la tiranía de los combustibles fósiles, con los consiguientes beneficios económicos y medioambientales. En la actualidad existen varios grupos de investigadores nacionales e internacionales que están investigando esta tecnología: 1) El Grupo de Dispositivos Fotovoltaicos y Optoeléctricos (DFO) de la Universidad Jaime I de Castellón, dirigido por el catedrático de Física Aplicada Juan Bisquet, junto con investigadores de la Universidad de Oxford⁶. 2) Grupo de científicos dirigido por el investigador Hendrik Bolink del Institut de Ciència Molecular (ICMol) del parc Científic de la Universitat de València⁷. Publicado por MIT Technology Review⁸.

En resumen, si el calentamiento global está causado por los vertidos a la atmósfera de los gases de efecto invernadero, la reforestación global detendría el aumento de este calentamiento utilizando procedimientos naturales que apenas requieren consumo de energía y ello utilizando una elegante y ecológica estrategia global bastante barata.

3. LA UTILIZACIÓN DE COMBUSTIBLES ARTIFICIALES.

Para el desarrollo de las naciones, hoy día es necesaria la utilización de combustibles fósiles ya que, de lo contrario, la falta de eficiencia de la energía obtenida por medios renovables sería antieconómica y condenaría a las naciones en desarrollo a no alcanzar al primer mundo nunca y a aquellas desarrolladas a una recesión económica perpetua e intolerable. Hoy día algunas compañías están investigando la obtención de combustibles artificiales que, según nos dicen, emiten muchos menos residuos a la atmósfera. En concreto, la Compañía que produce los automóviles de marca BMW y la Casa Audi.

Por lo tanto, lo que deberíamos de investigar es la forma en que podemos contrarrestar los efectos del vertido a la atmósfera de los gases de efecto invernadero, confinándolos adecuadamente hasta poder deshacernos de ellos sin que produjeran en nuestra atmósfera el calentamiento que creemos que se produciría, al menos hasta que supiéramos qué hacer con ellos.

Como los humanos siempre que tenemos un problema buscamos las soluciones más complicadas, aunque, ante nuestras propias narices tengamos soluciones naturales y elegantes, que cuestan poco y no tienen efectos secundarios, en el diario Las Provincias de Valencia, el día 15 de marzo de 2009, se publicaba la siguiente noticia: “*Árboles artificiales contra el CO₂*” en el que se explicaba que “*Un científico norteamericano, Klaus Lackner, está desarrollando unos dispositivos metálicos para atrapar CO₂ de la atmósfera. Los han bautizado como “árboles artificiales” y al parecer el concepto se ha engendrado con fortuna en tales palabras, ha tomado cuerpo y comienza su andadura como algo ilustre y llamativo en la selva de la modernidad*”. Ante nuestros ojos tenemos, sin embargo, la solución de los

⁶ Referencia bibliográfica: «*Low-temperature processed electron collection layers of Graphene/TiO₂ nanocomposites in thin film perovskite solar cells*» (December 16, 2013. DOI 10.1021/nl403997a) <http://pubs.acs.org/doi/abs/10.1021/nl403997a>.

⁷ Referencia Bibliográfica: «*Perovskite solar cells employing organic charge transport layers*». O. Malinkiewicz, Y. Aswani, Y. H. Lee, M. Minguez Espallargas, M. Graetzel, M. K. Nazeeruddin and H. J. Bolink. Nature Photonics DOI 10.1038/nphoton.2013.341.

⁸ MIT Technology Review: «*Un material para generar energía solar a precio casi regalado*» http://www.technologyreview.es/printer_friendly_article.aspx?id=43661.

árboles naturales que acumulan el carbono del CO₂ que, mediante la función clorofílica, lo convierten en madera expulsando a la atmósfera oxígeno (O₂) y vapor de agua (H₂O), a un coste bajísimo y solo con la energía que recibimos de nuestro Sol.

Como los datos de producción anteriores los hemos deducido directamente de la ecuación de la función clorofílica y no somos químicos o biólogos, pasaremos a referir datos obtenidos de libros, informes y ensayos redactados por especialistas que, además, contienen sus opiniones sobre la viabilidad de las medidas propuestas para evitar la acción sobre nuestra atmósfera del vertido de CO₂ por la combustión de combustibles convencionales, fósiles o no.

Del párrafo anterior, el lector de este escrito puede deducir que no somos los únicos que han pensado en plantar árboles y bosques para convertirlos en sumideros de carbono con el fin de evitar que pueda producirse el temido efecto invernadero que convierta a la Tierra en un planeta inhabitable.

Los profesores Jonathan M. Harris, Maliheh Birjandi Feriz y Agustín García, de Global de Development And Enviroment Institute, de la Tufts University, Medford, MA 02115, (<http://ase.tufts.edu/gdae>) han escrito un Módulo de Enseñanza del GDAE, sobre temas Sociales y Medioambientales de la Economía en el que se reflejan muchos de los datos que, junto a multitud de gráficos, pasaremos a continuación a comentar, todos ellos se refieren al calentamiento global y la influencia que los árboles y, en general las plantas verdes tienen en la contención del efecto invernadero. El problema que presenta este trabajo es que se refiere casi siempre a la pérdida de zonas boscosas en el mundo y el coste que requiere su repoblación.

En este artículo tratamos sobre ese problema y mucho más, es decir, en nuestra opinión, no es suficiente repoblar las áreas deforestadas, sino que hay que repoblar con las especies idóneas para cada zona del planeta mucho más terreno del que estrictamente existía baldío o degradado por la acción humana al final del siglo XIX o principios del siglo XX; y se haga como se haga, siempre terminaremos pagando los ciudadanos de todos los países –ya sea con nuestros impuestos o mediante otra fórmula–, los Gobiernos deberían adelantarse y comenzar a repoblar todos los terrenos baldíos que existiesen sobre su territorio, ya fuesen públicos, como privados utilizando las fórmulas que consideraran convenientes y obligando de alguna manera a que los propietarios se tuvieran que ocupar de su mantenimiento durante un plazo prudente, pudiendo explotar esas zonas repobladas, a costa de todos, de una manera verdaderamente sostenible.

No solo se trataría de recuperar zonas arboladas que hayan desaparecido en los últimos años, sino además, comprometerse a aumentar las zonas arboladas un 50% más de las que existían, antes del año 2050. Además habría que reducir los estándares urbanísticos para reducir el número de viviendas por Hectárea que puedan construirse en zonas urbanas y aumentando las superficies de zonas verde verdaderas en las ciudades, siendo obligatorio que los nuevos viales que se proyecten se encuentren totalmente arbolados antes de dar licencias para poder construir. Incluso podría llegarse a introducir en el Código Penal de todos los países un artículo que convirtiera en delito grave la tala de un árbol sin el previo estudio y autorización de las Administraciones Públicas involucradas.

Si el calentamiento global, con los problemas que conlleva, es real, tal como dicen los expertos y ha aceptado la ONU, las políticas públicas sobre la conversión de todas las áreas de sus territorios que estén baldías y sin vegetación, deben ser radicalmente tratadas para su efectiva repoblación con las especies arbóreas que se adapten a los distintos climas de todos los países que conforman el planeta Tierra.

Será esta la mejor manera de conseguir detener el vertido de gases de efecto invernadero y conseguir que todos los habitantes del planeta se comprometan con estas políticas ya que el método de imponer restricciones a todo el mundo, solo terminará por obligar a los que menos tengan a sufrir los sacrificios, mientras que aquellos que pueden

pagarlo, gozarán de todos los privilegios y aumentará las diferencias entre pobres y ricos, lo que supone una verdadera injusticia social.

4.- ECOLOGÍA Y MODA -

Una de las características de las sociedades culturalmente deficientes, como es hoy día la española, es su *falta de sentido crítico* y su consiguiente falta de capacidad para juzgar el grado de veracidad que tiene lo que se publica en los medios de comunicación de masas o la que tienen los políticos cuando explican sus proyectos de gobierno. Esta incapacidad crítica da lugar a verdaderos monumentos a *la estupidez humana* (aquella que, de forma genial, denunciaba Einstein) que causan un sentimiento de vergüenza ajena cuando el que los lee es un ciudadano con un nivel cultural, al menos, homologable con el de los ciudadanos de los países más importantes de la UE.

La vergüenza ajena se convierte en bochorno cuando se leen ciertas afirmaciones, sobre todo si se piensa que personas que nos representa son capaces de decir algunas tonterías que pueden ser leídas por extranjeros que crean que si dicen eso las autoridades, el resto de los ciudadanos seremos, al menos, como ellos. El ejemplo que voy a tratar de explicar es muy representativo de la falta de respeto que tienen a los ciudadanos las personas que nos representa. Ese ejemplo es el del repentino interés por construir tranvías en todas las ciudades, sea necesario o no. Desconozco el por qué de ese interés repentino, aunque, por desgracia, me lo imagino.

En este caso me voy a referir al Metropolitano de Granada, por tenerlo más cerca y haber sufrido muchas de sus consecuencias. La información que voy a referir se puede comprobar en la web www.metropolitanogranada.com/

Tratando de justificar la inversión ruinosa en que nos han metido, señala literalmente:

“La Junta de Andalucía está firmemente comprometida con el desarrollo del transporte público en las áreas metropolitanas andaluzas. Por ello, está dotándolas de infraestructuras y servicios de transporte de calidad, es decir, eficaces, seguros y sostenibles.

El avance hacia un modelo sostenible de movilidad contribuirá a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, reduciendo el tiempo de viaje empleado; favoreciendo una conexión fluida entre las ciudades y las poblaciones en cada área metropolitana; optimizando los recursos energéticos, y reduciendo su efecto sobre el medio ambiente⁹.”

...

Datos generales del Metropolitano de Granada	
Inversión global (previsto)	460 millones de € (incluyendo el material móvil)
Viajeros durante el 1º año de funcionamiento	8.938.000 viajeros
Viajeros estimados en el futuro (Viaje. / Año)	12.868.000 viajeros
Inicio de obras	Abril 2007
Longitud total Metropolitano Granada (m.)	15.923,30 m.

⁹ El subrayado es mío.

Longitud tramos en superficie	13.186,01 m. (83%)
Longitud tramos soterrados	2.737,29 m. (17%)
Empleo generado en la fase de construcción	1.000 puestos de trabajo

Hay que decir que el proyecto comenzó en el año 2002 y aún no se ha terminado, por lo que los datos generales transpuesto supra no pueden ser completamente ciertos, estoy seguro que ni se han creado los 1.000 puestos de trabajo que aún mantienen, ni su presupuesto total será el que señalan.

Pero siendo esto importante, lo que causa estupefacción a cualquier persona medianamente informada es la “*optimización de recursos energéticos y la reducción de su efecto sobre el medio ambiente*” y ello por los siguientes motivos:

1. La única línea que se ha proyectado comienza en Albolote¹⁰ y une las localidades de Albolote, Maracena, Granada y Armilla.

2. Albolote tiene una población de 18.306 hab.

Su evolución demográfica parece que se ralentiza a partir de 2011, según la gráfica que se incluye a continuación, cuya fuente es el INE.

En su término municipal Albolote cuenta con el Polígono Industrial *Juncaril*.

El municipio alboloteño es una de las treinta y cuatro entidades que componen el Área Metropolitana de Granada, y comprende los núcleos de población de Albolote —capital municipal—, El Aire, El Chaparral, Parque del Cubillas y Pretel. Además, hay algunas urbanizaciones dispersas a lo largo del término municipal, como Loma Verde, Villas Blancas, El Torreón, Monte Elvira, Sierra Elvra y Buenavista.

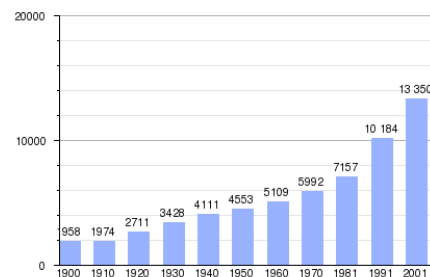
Como dato a señalar, dentro del municipio se encuentra el *Centro Penitenciario de Granada*, popularmente conocido como la *Cárcel de Albolote*, único en la provincia y que cuenta con una población reclusa de unos 1.530 presos (2013).

Hay que preguntarse sobre cuantos de los 18.306 habitantes de Albolote necesitarían venir a Granada diariamente para enlazar con un AVE que para ir a Madrid, primero te lleva a Antequera, en la provincia de Málaga, el día que se termine la obra y se construya la estación terminal (cuyo proyecto, por de pronto, ha rechazado el Ayuntamiento de Granada, por localización y por obra multimillonaria que estaba previsto que proyectara el arquitecto Rafael Moneo).

La siguiente población por la que pasa el tranvía es Maracena que, aunque oficialmente se encuentra situada a 3 Km. de Granada, la realidad es que a día de hoy se une a la ciudad de Granada sin solución de continuidad, de tal suerte que la ciudad de Maracena linda directamente con un barrio de la capital que se llama Cerrillo de Maracena.

Su población es de 21.633 habitantes y, en este caso hay que preguntarse lo mismo que en el caso de Albolote, ¿Cuántos de sus habitantes necesitan ir a diario a la estación del AVE para ir a Madrid pasando por Antequera?

Gráfica de evolución demográfica de Albolote entre 1900 y 2013



Datos según el nomenclátor publicado por el INE.

Gráfico nº 1

¹⁰ Albolote es una localidad perteneciente al área metropolitana de Granada

La siguiente población es Granada y permítaseme que la trate en último lugar por ser la capital de la provincia y el tranvía la atraviesa de Norte a Sur haciendo coincidir su trayecto más largo por la ciudad de Granada.

Desde Granada el tranvía sigue hasta Armilla a cuya población le ocurre como a Maracena que, aunque su distancia al centro de Granada es de 4 Km., la realidad es que hoy se encuentra unida al casco urbano de la capital. Su población actual es de 23.633 Hab. Y su población ha tenido en los últimos años un espectacular crecimiento debido a un desarrollo urbanístico descomunal y no exento de casos irregulares.

Evolución demográfica de Armilla

También nos hacemos en este caso la misma pregunta que en los casos anteriores, porque entre los tres municipios señalados reúnen unos 53.114 habitantes y creemos que no son suficientes para justificar las obras de 460 millones de €, por ahora, para construcción o instalación de un tranvía como el que se está construyendo.

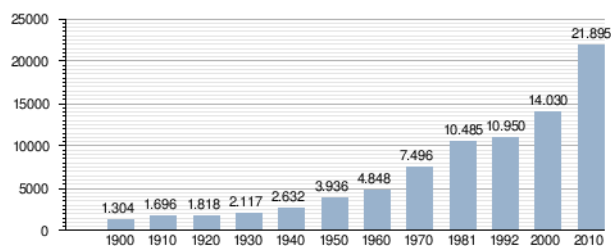


Gráfico nº 2

He dejado para el final para describir el paso del tranvía por Granada capital porque se han lucido, especialmente en un asunto como la ecología, tal y como, a continuación expondré.

Como señalé al principio del epígrafe, en la web de la Junta de Andalucía donde se explica el modelo de ferrocarril metropolitano que se está construyendo en Granada, se justifica esta infraestructura de transporte como muy favorable al medio ambiente. En el epígrafe correspondiente a medio ambiente y sostenibilidad se dice literalmente:

“Medioambiente y sostenibilidad

La política de fomento del transporte público es una de las principales contribuciones que realiza la Junta de Andalucía para la reducción de emisiones contaminantes a la atmósfera, en cumplimiento de los objetivos de la Cumbre de Kioto, y en la lucha contra el cambio climático.

Destaca el papel protagonista dado al metro ligero como opción de transporte público limpio y no agresivo con el medio ambiente. Es un medio impulsado eléctricamente, por lo que no consume combustibles fósiles. Esta característica, unida a la disminución del tráfico rodado privado por la zona urbana gracias a su uso por la ciudadanía, contribuirá a una reducción de la emisión de CO2 a la atmósfera.

Las vibraciones y las emisiones acústicas se minimizan, gracias a los sistemas de amortiguación físicos, basados en las últimas innovaciones, y a los sistemas de amortiguación de ruido aplicados a la losa de la plataforma viaria y al carril.

El resultado final es un espacio más amable para la ciudadanía ya que, unido a la mejora medioambiental, la puesta en marcha del Metropolitano de Granada conllevará la reurbanización de las zonas colindantes, donde el aumento de los espacios peatonales y las zonas verdes tendrán un peso específico.”

Lo que se sostiene en el párrafo transcrito podemos refutarlo, sin temor a equivocarnos porque no tiene relación alguna con la verdad, sino que se trata de una serie de aseveraciones con ocultación de parte de sus características negativas que se ocultan para que los ciudadanos que lo lean creen que sus autoridades están siempre pendientes del interés general y de su bienestar individual y por eso gastan el dinero que proviene de sus impuestos con prodigalidad:

1. *“...una de las principales contribuciones que realiza la Junta de Andalucía para la reducción de emisiones contaminantes a la atmósfera, en cumplimiento de los objetivos de la Cumbre de Kioto, y en la lucha contra el cambio climático...”*

Sin embargo, se oculta que, en realidad, no se reducen las emisiones contaminantes a la atmósfera ya que la energía eléctrica que consume el tranvía ha tenido que ser producida en las centrales eléctricas españolas y sólo una parte muy pequeña de su producción se realiza con medios renovables, como la eólica y la fotovoltaica o la hidráulica; la cantidad que se obtiene por plantas solares –como la de heliostatos de Tabernas u otras, es testimonial–, y la nuclear se encuentra ahora paralizada en España. Para producir la mayor parte de esa energía que consumirá el tranvía, se han utilizado combustibles fósiles como el petróleo y el carbón, por lo que lo que se ha hecho es trasladar la localización de las emisiones que no se emiten a la atmósfera en el área metropolitana de Granada, pero si se emiten a la atmósfera en donde estén las plantas que la generaron.

Hay que recordar que, en el caso de que la mayoría de la energía eléctrica consumida proviniera de una planta que emplee carbón como combustible, dicha energía sería la más contaminante de todas las posibles.

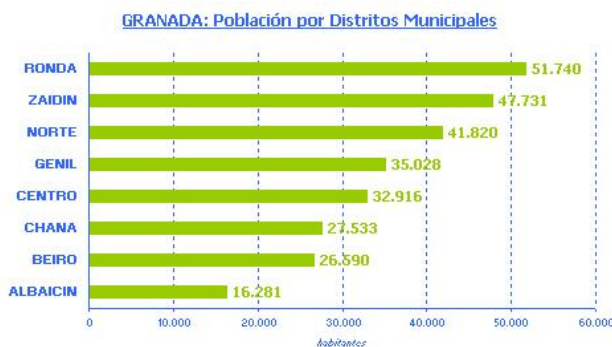
Por tanto debemos denunciar que NO *“...Destaca el papel protagonista dado al metro ligero como opción de transporte público limpio y no agresivo con el medio ambiente...”*

Tampoco es cierto que *“...Es un medio impulsado eléctricamente, por lo que no consume combustibles fósiles...”*, como dice su propaganda.

2. Está por ver que sea cierto que *“(...)la disminución del tráfico rodado privado por la zona urbana gracias a su uso por la ciudadanía, contribuirá a una reducción de la emisión de CO2 a la atmósfera(...)”*, porque ni la Junta de Andalucía, ni el Ayuntamiento de Granada tienen demasiado respeto hacia los ciudadanos cuando utilizan los espacios públicos peatonales para construir paradas de tranvía y autobús estrechando los pasos peatonales hasta el punto de que constituyan zonas estrechas y con innumerables barreras arquitectónicas, difíciles de transitar por personas con movilidad reducida.

En Jaén ya se terminó la construcción de su Metro ligero y después de varios años su Excmo. Ayuntamiento, tras estudiarlo intensamente, decidió no ponerlo en funcionamiento porque era absolutamente ruinoso y, si no recuerdo mal, ha vendido o cedido temporalmente sus unidades a otra ciudad. Hace muchos meses, tuve la oportunidad de escuchar un debate entre el Alcalde de Jaén y un representante de la formación política opositora mayoritaria y aquel se mantuvo inflexible en la decisión de que en Jaén no se pondría el tranvía en funcionamiento mientras él estuviera en la Alcaldía, porque Jaén carecía de los fondos necesarios para mantener en funcionamiento un medio de transporte tan caro y poco rentable.

En Vélez Málaga se ha construido otro tranvía para unir la localidad con su anejo marítimo llamado Torre del Mar y comenzó poniéndose en marcha y poco tiempo después dejó de prestar servicio porque los costes de funcionamiento eran ruinosos para el Ayuntamiento.



En Granada puede tener interés para los municipios de Albolote (18.306 hab.), Maracena (21.633 hab.), Armilla (23.175 hab.) los distritos municipales Beiro (26.690 hab.) y Ronda (51.740 hab.), que es por donde discurre el tranvía. En total una población de 131.044 hab. Al no ser especialista en transporte urbano de pasajeros, no me atrevo a decir si será

población suficiente para la inversión que se está realizando y mucho menos teniendo en cuenta la serie de problemas que está generando la obra del tranvía en Granada que, a continuación expondré.

3. La urbanización de las zonas colindantes al trazado de las vías del tranvía, en lugar de vanagloriarse de ella, convendría hacer que reflexionáramos sobre lo que no debe hacerse.

Lo de llamarlo Metro ligero no deja de ser una entelequia ya que solamente un 17 % de los 15'9 Km., que tiene el total de la línea, es subterráneo, el resto (el 83 %) se ha construido en superficie y, en lugar de hacerlo como se hace en todo el mundo sobre el nivel del viario, compatibilizando el uso por el tranvía con su uso por otros medios de transporte y ciudadanos de a pié, de modo que resulte discreto y poco invasivo, como una de sus finalidades es la propaganda a mayor gloria del grupo político en cuyo mandato ha sido construido, se ha realizado sobre una plataforma elevada sobre el nivel de las calles, sumamente invasiva, cuya construcción ha requerido *la tala de un gran número de los pocos árboles que engalanaban* las calles de la ciudad de



Granada y con la gran idea del proyectista y de las autoridades que lo hayan aprobado de que, como no paran de vanagloriarse de que es *una obra verde*, en las superficies entre sus vía y en ambos laterales (es un tranvía de doble vía) se han dispuesto sendas bandas de césped artificial, de color verde, claro, pegadas sobre el pavimento y que simulan que se ha plantado césped. Podría llamarse Atila al tranvía: a su paso no vuelve a crecer ni la hierba.

No creo que ni el césped artificial, que está fabricado con un plástico (producido a partir del petróleo), ni la tala de árboles muestren, precisamente, actitudes ecológicas. En la fotografía que se inserta, teniendo en cuenta que lo verde solamente se refiere al color de la moqueta, puede apreciarse lo inhóspita que ha quedado la zona. Además de constituir una barrera de separación entre las dos aceras de la calle por lo elevado de la plataforma por la que discurren las vías. La anchura de dicha plataforma ha reducido al mínimo los carriles de las calles, dificultando el tráfico de otros vehículos e impidiendo que por cualquier causa, aunque sea de urgencia, pueda parar cualquier otro vehículo sin interrumpir el tráfico porque tenga que pararse todo el carril detrás de él, lo que constituye un problema grave en caso de que se produzca una urgencia.



¿Sostenible?

Por otro lado, podemos asegurar que el enorme plazo que se ha empleado para construir el tramo del paso del tranvía por el Camino de Ronda, junto con la crisis económica ha producido la ruina del pequeño comercio que existía en ambas aceras de la calle.



Sin árboles pero con moqueta

Por todo lo anterior, podemos afirmar que el tranvía de Granada no es un medio de transporte ecológico ni con él se fomenta tal circunstancia, las

calles por las que transcurre se han convertido en erial y muy poco agradables y con árboles para que puedan constituir una zona amable para los ciudadanos, en una ciudad que, por su clima extremo continental, sería preciso que la tala de árboles de hoja caduca se tipificara como atentado a la salud la tala de árboles para evitar que los ciudadanos tuvieran que sufrir las altísimas temperaturas en verano a pleno sol y las bajísimas temperaturas durante el invierno. Por eso se puede colegir que el tranvía de Granada constituye un grave erro muy desagradable para los ciudadanos.

Con esta larga explicación sobre las obras de lo que llaman el *Metropolitano* de Granada, he tratado de ilustrar la forma en que la Administración se engaña y engaña a los ciudadanos sobre las medidas que adopta para luchar contra lo que eufemísticamente llaman el Calentamiento Global. En este caso (como en todos los otros) ponen un velo para ocultar los beneficios económicos que obtienen de la decisión de realizar obras innecesarias, justificándolas como ecológicas. Para los responsables políticos los problemas ecológicos suponen una oportunidad perfecta para obtener beneficios a costa de los impuestos de los ciudadanos que, en muchas ocasiones, por su falta de visión crítica de los asuntos que les conciernen, hace que no muestren ninguna reticencia a las decisiones que toman para *mejorar* los medios que ponen a disposición de los ciudadanos.

5. LA IMPARABLE TRIVIALIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS IMPORTANTES.

Salvo lo que se refiere a la *«industria de la moda»*, la trivialización que se produce en todos aquellos entornos que *«se ponen de moda»* es tal que hacen peligrar las cosas más serias sobre las que deberíamos de concienciarnos y exigir que se ocuparan de ellas. Ante esta circunstancia habría que abrir un debate sobre si la titularidad pública es más oportuna para la conservación de la naturaleza o si la titularidad privada conserva mejor los espacios que son dignos de conservar, teniendo en cuenta que algunas especies animales se encuentran en vías de extinción a pesar de que su preservación es obligación de las Administraciones Públicas que tampoco han preservado adecuadamente *«el dominio público hidráulico»* en los márgenes de los ríos españoles ni en nuestras costas, por ejemplo; tanto más cuando la designación de espacio protegido depende en la mayoría de las veces de que ciertos funcionarios lo señalen o no en un mapa o plano, sin demasiados estudios fiables.

Con todos los asuntos relativos a la ecología, hoy día, hay que tener mucho cuidado, porque la trivialización a que los publicitarios los han sometido, en multitud de ocasiones suenan como los anuncios de *yogurt*: todos son naturales, producidos con *leche ecológica de vacas que solamente comen hierba ecológica, alimentadas en prados que no han sido tratados con pesticidas y abonados con abonos orgánicos, sin tratamientos artificiales, etc.* Lo peor es que no es solamente este el producto que así se anuncia, hoy día se ha puesto de moda que cualquier cosa sea ecológica (u orgánica como otros la llaman), según la publicidad al uso, y eso provoca que, cuando hablamos de cosas más serias como la contaminación ambiental o el supuesto calentamiento global, la gente lo oiga como cuando oye un anuncio de los productos lácteos supra referidos.

Dos de las cosas más dañinas para la humanidad son la publicidad poco escrupulosa y el turismo masivo. Los beneficios que generan estas industrias hacen decir a los publicistas cualquier cosa con tal de aumentar las ventas y los beneficios económicos. No hay más que ver las imágenes que se incluyen en los folletos donde se anuncian los destinos turísticos, en los que cualquier parecido con la realidad, es pura coincidencia. Por último, la facilidad con que en España se promulgan Leyes de todo jaez y la falta de cuidado para que sean cumplidas adecuadamente, con unos procesos burocráticos insufferibles que provocan el más absoluto aburrimento de los administrados y las ganas insuperables de saltárselos *a la torera*.

Lo ecológico se ha puesto de moda y, junto con la publicidad, la trivialización a que lleva este concepto y la falta de escrúpulos para emplear el rigor necesario, es uno de los más grandes problemas que tiene el hacer llegar a la conciencia de las personas los

llamamientos urgentes para que tengan presente el dramático problema al que nos dicen que nos estamos enfrentando con el cambio climático, si los famosos expertos de la ONU llevan razón. Aunque yo puedo considerarme entre los detractores de esa teoría que, en modo alguno, está demostrada –creo que la humanidad no tiene capacidad suficiente para modificar globalmente el clima del planeta Tierra–, los que mantienen que las acciones humanas son las que provocan el calentamiento global son demasiado pretensivos. Una de las características más significativas del clima del planeta es su variabilidad a lo largo de la historia. Siempre ha sido de esa manera y, además no nos dicen que si el Ártico aumenta de temperatura, la Antártida disminuye, como si el clima de la Tierra buscara el equilibrio.

Por eso es malo que la industria de la moda se apropie de conceptos que son muy serios y no pueden tomarse de modo poco riguroso, con lo que conseguiremos aumentar nuestro gasto en pro de soluciones innecesarias, muy costosas y poco eficaces, mientras el clima seguirá su camino y no nos permitirá aumentar nuestro bienestar y nivel de vida, tanto más si se trata de un país con un bajo nivel cultural y ninguna conciencia crítica.

6. CONCLUSIONES.

Realmente parecen muy poco serios los fundamentos científicos del ICPP en que se funda la idea de que ese supuesto Calentamiento Global lo estamos provocando los habitantes de este planeta. Engañar y asustar a la ciudadanía con los problemas que se reducen a decir que estamos inmersos en un cambio climático de consecuencias irreparables, no es una acción inocua. Muchos científicos, no incluidos entre los que la ONU considera «*expertos*», opinan que lo del calentamiento global (aún no demostrado inequívocamente) es, en realidad, un gran negocio, no obedece a una necesidad de la humanidad, sino que obedece a la avaricia de unos pocos a costa de todos.

Que el clima es constantemente cambiante no es un descubrimiento, viene ocurriendo desde la creación del planeta Tierra. Es esa una de las características del clima y en su evolución intervienen tantos parámetros que es imposible (al menos hasta ahora) diseñar una ecuación matemática que permita prevenir con absoluta exactitud el comportamiento futuro del clima. Se han conseguido aproximaciones cada vez más importantes, pero aún estamos muy lejos de la exactitud del comportamiento climático del planeta. Ni siquiera podemos compararlo con lo que ocurre con otros planetas del Sistema Solar ya que todos los planetas son distintos: su distancia al Sol, su masa, su volumen, la composición interna de su núcleo y corteza, su campo magnético o su falta de campo magnético, la consistencia de los distintos planetas: rocosos, gaseosos, líquidos, la dinámica de placas o si no existe en ellos esa dinámica, si contienen o no agua, los satélites que tienen, el efecto que estos satélites tienen respecto a la masa del planeta, etc. etc....

Estando básicamente de acuerdo con lo dicho en los párrafos anteriores, hemos puesto un ejemplo de la frivolidad con que se tratan estos asuntos por parte de los poderes políticos en España, como es el tranvía que se está construyendo en Granada.

En Granada, lo que debería de pasar es que estuviera tipificado en el Código Penal como «delito contra la salud» la tala de árboles o proyectar calles sin el imprescindible arbolado de gran porte y hoja caduca que permitieran en verano las sombras necesarias para circular por las calles con temperaturas que, en muchas ocasiones pasan de los 40°C provocando golpes de calor e insolaciones y, cuando llega el invierno, que la caída de sus hojas permitan un buen soleamiento de las calles que ayude a sobrellevar las temperaturas por debajo de 0°C que llegan a congelar los miembros que no se protejan adecuadamente.

En la segunda década del siglo XXI no es de recibo que se utilicen con tanta frivolidad y tanta mentira, conceptos importantes para venderle a la ciudadanía la construcción de una línea de tranvía de presupuesto millonario e innecesaria por razones que desconocemos, aunque por desgracia nos las imaginamos, sin pararse en

consideraciones tan lamentables como las molestias inducidas a la ciudadanía durante tantos años, incluso provocando la ruina de muchos propietarios de comercios, complicando la circulación en la ciudad de Granada y sin conocer la opinión de los ciudadanos.

Los Poderes Públicos tienen que tomarse mucho más en serio el bienestar de sus ciudadanos sin aprovecharse de ellos para enriquecerse y mantener su poltrona durante más de otro cuarto de siglo. Mientras esto no cambie, habría que cambiar la Constitución española para limitar el número de mandatos de los políticos, de forma que nunca puedan llegar a tener ese sentido patrimonial de sus cargos.

Con las soluciones que proponen los profesionales de las ONG que conforman el ICPP, el desarrollo conseguido por los países desarrollados disminuiría en muy poco tiempo y el desarrollo de los países del tercer mundo y de aquellos que se encuentran en vías de desarrollo, jamás podría alcanzarse.

Luis Javier Cuenca López

REFLEXIONES SOBRE LOS CONDICIONANTES Y EXIGENCIAS DE LA OPINIÓN PÚBLICA EN EL MODELO LIBERAL

CRISTINA HERMIDA DEL LLANO.
Prof. Titular de Filosofía del Derecho.
Universidad Rey Juan Carlos

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2015
Fecha de aceptación: 5 de octubre de 2015

RESUMEN: En el trasvase de la sociedad al Derecho podemos identificar el ingrediente de la opinión pública como uno de los componentes que conforman las demandas sociales, naturalmente, en sociedades que responden –podría decirse– a un modelo liberal o democrático. Ello es así hasta el punto de que se puede hablar de una relación de homogeneización entre la opinión pública y el Derecho. Aquí se analizan los condicionantes que posibilitan la existencia de la opinión pública dentro de la sociedad: libertad de expresión tanto en el ámbito público como privado de los sujetos que están en pie de igualdad de tal modo que las opiniones de todos cuentan lo mismo. La opinión pública para estar bien constituida necesita de una educación en valores y el intelectual tiene aquí una importante función moral que cumplir en aras de que aquella no sea manipulada y se construya desde el acceso a una información veraz.

ABSTRACT: In the process of society's adherence to the Law, we can identify public opinion as one of the components of the expression of society's demands, naturally only in those societies that correspond to the liberal or democratic model, as one might call them. This goes so far as to make it possible to refer to a relationship of homogenization between public opinion and Law. Here we analyze the preconditions for the existence of public opinion within society: freedom of expression in the public as well as private arena of subjects who are on equal footing, so that their opinions all are equally valid. For public opinion to be well formed, an education in values is required; it is here that the intellectuals have an important moral function to fulfill, so that public opinion is not manipulated and is built based on access to true information.

PALABRAS CLAVE: - sociedad - derecho - opinión pública – prejuicios - educación - intelectuales- información pública.

KEYWORDS: - society- law- public opinion- prejudices - education - intellectuals - public information.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA OPINIÓN PÚBLICA COMO TRAMPOLÍN DEL CAMBIO REGULATIVO EN LA SOCIEDAD. 3. LA OPINIÓN PÚBLICA COMO INSTANCIA LEGITIMADORA DEL PODER. 4. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN VERAZ: UNA BASE PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA.

1. INTRODUCCIÓN

<<*Ex facto oritur ius*>>, el Derecho nace del hecho social, del grupo social¹: “cada esfera social tiende a reconstruir la posición que ha alcanzado en sus confrontaciones con otras bajo la forma de Derecho”². Existe un trasvase desde la sociedad al Derecho. La interrelación se produce de forma permanente y continua, generándose una relación de homogeneización mayor o menor entre sociedad y Derecho. Y es que, como no podía ser de otro modo, “el cambio es inherente a la sociedad y el derecho tiene que cambiar con ella”³.

Me gustaría resaltar aquí un doble proceso de cambios de diferente signo y con consecuencias muy distintas: por un lado, el cambio de las normas producido desde la sociedad, que pone de manifiesto el importante papel de homogeneización que el Derecho cumple respecto de la sociedad. Por otro lado, el cambio de la sociedad desde las normas jurídicas. En este caso el Derecho estaría cumpliendo un decisivo papel como factor innovador de cambios y transformaciones sociales⁴. En la medida en que el Derecho es homogeneización social acompañará en sus determinaciones normativas las exigencias del grupo social. Por tanto, el Derecho puede cumplir una función de cambio siempre que sepa adecuarse a los cambios de la sociedad.

En el trasvase de la sociedad al Derecho podemos identificar el ingrediente de la opinión pública como uno de los componentes que conforman las demandas sociales, naturalmente, en sociedades que responden –podría decirse– a un modelo liberal o democrático de opinión pública. Ello es así hasta el punto de que se puede hablar de la relación de homogeneización entre la opinión pública y el Derecho.

2. LA OPINIÓN PÚBLICA COMO TRAMPOLÍN DEL CAMBIO REGULATIVO EN LA SOCIEDAD

La opinión pública es fáctica y se convierte en principio o fundamento regulativo del comportamiento social; con lo cual algo que comienza siendo meramente descriptivo se convierte en principio normativo de lo que se debe hacer. Es aquí donde la opinión conecta con el Derecho desde el momento en que éste reacciona frente a las demandas sociales poniendo en marcha el proceso de positivación que tendrá importantes consecuencias en términos no sólo cualitativos sino también cuantitativos⁵.

Interesa por ello comenzar preguntándose por los condicionantes que posibilitan la existencia de la opinión pública dentro de la sociedad. Coincidiría con RODRÍGUEZ URIBES en dos de los componentes que él señala y que ya habían resaltado mucho antes, entre otros, BENJAMIN CONSTANT⁶: libertad de expresión en sentido amplio y publicidad⁷.

¹ Sobre ello ha insistido E. DÍAZ en su artículo “De las funciones del Derecho: organización y cambio social”, publicado en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1996, p. 5443.

² L. GUMLOWICZ, *Grundriss der Soziologie* (1885), trad. it., V. Pocar, Unicopli, Milano, 1981, pp.156-157.

³ P. LABARCA, A. DOMINGO, “Derecho y cambio social”, *Cuaderno de trabajo*, n° 22, Instituto de Filosofía del Derecho Luz. Facultad de Derecho, Maracaibo, 1979, p.25.

⁴ Vid. E. DÍAZ, “De las funciones del Derecho: Organización y Cambio social”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, op. cit., p. 5452.

⁵ Vid. C. HERMIDA DEL LLANO, “¿Es el derecho un factor de cambio social?”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n°10, abril de 1999, México D.F., pp. 173-189.

⁶ H. B. CONSTANT.: “Principios de política”, *Escritos políticos*. Traducción de María Luisa Sánchez Mejía, CEC, Madrid, 1989, Prefacio y capítulo I, op. cit.

⁷ J. M. RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Marcial Pons/ Instituto de Derechos Humanos <<Bartolomé de las Casas>>, Barcelona, 1999, p. 95.

Es evidente que se necesita, antes que nada, que esté garantizada la libre expresión de ideas y opiniones, “que permita consecuentemente la posibilidad de elegir entre distintas alternativas o posibilidades (la autonomía y autorrealización de la que habla, entre otros Jürgen Habermas)”⁸. En segundo lugar, la libre expresión de ideas y opiniones ha de desarrollarse no en el ámbito de la intimidad o de lo privado sino “en un marco de publicidad, o de “espacio público” o de “esfera pública política”. Por tanto, no basta con que se pueda opinar y discutir libremente. Es necesario, además, que la discusión se produzca en un contexto de transparencia o visibilidad (o en su formulación negativa, de ausencia de secreto, de la práctica arcana de opinar y decidir mediante acuerdos secretos), no sólo de la acción del poder, sino (lo que es más importante a nuestros efectos, dado que la opinión pública suele situarse, aunque no exclusivamente, en el ámbito de la sociedad civil), del proceso jurídico-político en general”⁹.

A estos dos requisitos para la existencia de la opinión pública añadiría yo un tercero: y es que los sujetos que expresan libre y públicamente sus ideas lo hagan en un marco de igualdad en el que las opiniones de todos cuenten lo mismo, aun representando éstos a grupos minoritarios dentro de la sociedad. Es aquí donde estaría en claro desacuerdo con autores como B. CONSTANT, quien se preocupó de diferenciar entre una opinión pública institucional¹⁰ y no institucional. Es este segundo ámbito de la opinión pública el que estaría formado, a su modo de ver, por los intelectuales y por los periodistas¹¹, que participan en la configuración de la opinión, y a los que se añadirán posteriormente, en el modelo de CONSTANT, los ciudadanos-propietarios en calidad de sujetos receptores de esa opinión, que se espera la reciban desde una perspectiva crítica. Es sin duda loable que en su modelo liberal resaltase que existe una opinión pública no institucional aunque resulta fácilmente criticable que carezca de un carácter universal desde el momento en que excluía literalmente “a los menores, estúpidos, mujeres, extranjeros y los nacionales asalariados”¹².

Cuando la opinión pública se construye a partir de la opinión de unos pocos o refleja la opinión de sólo algunos, a mi juicio, no podemos en propiedad hablar de una opinión pública legitimada –por no tener el respaldo social mayoritario– ni tampoco de una opinión pública legítima –por no haberse construido conforme a un criterio de legitimidad–. En sentido rousseauniano, se podría decir que la opinión que vale o la voluntad que ha de configurar o determinar lo jurídico, esto es, el orden jurídico vinculante no debería ser la voluntad de uno o de algunos, sino de la mayoría desde la participación de todos en pie de igualdad¹³.

Esta es la fórmula que permite entender la opinión pública como una realidad supraindividual que, a mi juicio, siguiendo al filósofo ginebrino, en ningún caso debería entenderse como el agregado o la suma de las opiniones o juicios individuales de los individuos con el fin de no caer en una versión excesivamente asociacionista de la opinión pública¹⁴.

⁸ Vid. *Ibidem*, p. 96.

⁹ Vid. *Ibidem*, p. 106.

¹⁰ Según explica J. M. RODRÍGUEZ URIBES en *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, op. cit., pp. 268-273, el sujeto de la opinión pública institucional lo formarían los representantes propietarios independientes económicamente y con talento.

¹¹ Como explica J.M. RODRÍGUEZ URIBES en *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, *ibidem*: “en el momento inicial de auténtica creación de la opinión, por quienes están capacitados para ello, es decir, por los intelectuales y filósofos, y por los hombres de letras, además de por los profesionales liberales, en particular, por los profesionales del Derecho. Es decir, por la “clase intelectual” del país. De otro lado, están los periodistas, titulares efectivos de la libertad de prensa, a través de la cual contribuyen también y de manera determinante (la prensa es ya el canal más importante de transmisión de información y opiniones) en la configuración del contenido concreto de la opinión”, p. 255.

¹² *Ibidem*, pp. 255-262.

¹³ J. J. ROUSSEAU, “Du Contrat social ou principes du droit politique”, cap. II. Libro III, en *Oeuvres Complètes*, vol. III, *Du Contrat social. Écrits politiques*, Introductions et notices bibliographiques par B. Gagnebin, éd. De B. Gagnebin et M. Raymond, Gallimard, Paris, 1964, pp. 395 y ss.

¹⁴ Como explica H. CARPINTERO en “Opinión pública y educación”, en la Revista *Cuenta y Razón del pensamiento*

Me parece por ello un tanto peligroso la apreciación de CONSTANT de que no sólo especialmente el poder político, y de modo concreto el gobierno, debe actuar respetando y favoreciendo los contenidos del interés general, sino que también los creadores de opinión, esto es, los periodistas, están limitados en su libre expresión a salvaguardar contenidos¹⁵. Ante lo que yo preguntaría ¿para preservar los intereses de quién?

JULIÁN MARÍAS hizo en *La estructura social* un acertado análisis sobre el concepto de opinión pública que creo que merece la pena recordar¹⁶. La opinión pública –decía el distinguido filósofo español– es algo que el individuo encuentra que no es únicamente suyo, sino que es del público, de la gente. Es la opinión donde muchos, y no especialmente cualificados, convergen. Es algo en donde yo coincido con los otros, es algo <<consabido>>. La opinión en la medida en que es opinión pública es siempre un *topos*, un lugar, un tópico. Con otras palabras: es un lugar donde convergen una pluralidad de individuos indiferenciadamente. MARÍAS señalaba además que la opinión <<ha de constar>>, no basta –escribió– con que yo sepa, con que los demás sepan o que yo sepa que los demás saben. Es esencial para el hecho de la opinión pública que podamos fundarnos en esa opinión, es decir, que la podamos tomar como algo sobre lo cual apoyarnos porque tiene existencia pública y social. En el marco de la opinión pública, la opinión sería la opinión que cada hombre tiene no como experto políticamente, sino como miembro que forma parte de la colectividad. Dicho de otra manera: la dimensión en la que uno acepta que no es especialmente cualificado para juzgar pero al hacerlo se funda en un cierto argumento de autoridad por el mero hecho de formar parte de la colectividad¹⁷.

Lo que aquí verdaderamente interesaría plantear es si se ha de considerar la “ausencia de prejuicios” como un elemento configurador de la opinión pública, es decir, si es necesario que las ideas y opiniones pública y libremente expresadas, sin secreto o simulación, concurren en régimen de igualdad y sin *apriorismos*, o lo que viene a ser lo mismo, que no se vean limitadas o impedidas por *certezas evidentes* o preconcebidas, <<falsas hipótesis recibidas>>, como las llamó LOCKE, o <<principios precarios>>¹⁸, que no han pasado por la criba de la razón y de la libre y pública discusión. De acuerdo con esta posición, todas las ideas y opiniones deberían concurrir en pie de igualdad sin que ninguna pudiera arrogarse una mayor racionalidad o justificación previamente a la discusión. La libre discusión terminaría en tal caso donde empezasen los apriorismos, los cotos vedados o las verdades objetivas o evidentes, que sin discusión racional no pasarían de ser más que meros prejuicios en sentido literal, aunque pudieran ser fruto de una razón solipsista¹⁹.

A este respecto, si entendemos, siguiendo a BOBBIO, que el prejuicio no es otra cosa que “una opinión o (...) un conjunto de opiniones, a veces también una doctrina, que es aceptada acrítica y pasivamente por la tradición, por la costumbre o bien por una autoridad

actual, n° 92, mayo-junio de 1995, Fundes, Madrid, p.144, no se puede ignorar que la sociedad no es la suma de los hombres, sino que es una estructura de una índole distinta y superior a cada una de las partes o individuos: una realidad supraindividual.

¹⁵ H. B. CONSTANT, “De la libertad de folletos, panfletos y periódicos considerada en relación con el interés del gobierno”, en *Escritos políticos*, op. cit., pp. 207 y ss. Vid también H.B. CONSTANT, “Principios de política”, cap. XVI, *Escritos políticos*, pp. 155 y ss.

¹⁶ J. MARÍAS, *La estructura social: Teoría y método*, Alianza, Madrid, 1993 (1955).

¹⁷ No se debe olvidar que toda opinión “es un estado dinámico de tensión entre los distintos miembros que forman una colectividad, entre las minorías que proponen y organizan la vida colectiva y entre unas mayorías que aceptan las líneas que son trazadas”. Vid. H. CARPINTERO, “Opinión pública y educación”, en la Revista *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, n° 92, op. cit., p. 146.

¹⁸ J. LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, pp. 644 y 650.

¹⁹ Esta es, por ejemplo, entre otros la posición de J. M. RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, op. cit., pp. 113-114.

cuyo dictamen aceptamos sin discutirlo”²⁰, a mi modo de ver, la opinión pública se genera, se quiera o no, dentro de una sociedad en la que los prejuicios conviven con los juicios reflexivos, autónomos y racionales. Como ha llamado la atención OLLERO²¹, recordando a GADAMER, qué levante la mano quién esté libre de prejuicios.

LOCKE insistió con agudeza en que no hay que confundir los prejuicios o ideas preconcebidas, de las que hay que liberarse, siguiendo a ORTEGA²², con las opiniones erróneas²³, pero –insisto–, a mi modo de ver, es inevitable que ambas convivan dentro de un mismo escenario.

Es evidente que se puede construir una opinión pública equivocada aun siendo inmejorables las condiciones de libertad, racionalidad y publicidad; por ello, lo que la caracteriza como opinión pública no es, a mi modo de ver, su grado de infalibilidad y certeza²⁴ sino que haya sido elaborada a partir de una discusión libre, transparente y racional en la que los sujetos participantes estén en pie de igualdad. De hecho, conforme a nuestro Tribunal Constitucional español²⁵, la opinión pública, o es opinión pública libre, por estar vinculada a ciertas condiciones de libertad y de pluralismo político, o, sencillamente, no es opinión pública²⁶.

Lo deseable sería que los ciudadanos fuéramos conscientes de los condicionantes que, queramos o no, nos acompañan desde nuestro nacimiento y ejercen una influencia decisiva en nuestra manera de acercarnos a la realidad y crear juicios de valor. Con palabras de ORTEGA Y GASSET, se trataría de saber diferenciar entre creencias (prejuicios) e ideas: “las creencias constituyen el estrato básico, el más profundo de la arquitectura de nuestra vida. Vivimos de ellas y, por lo mismo, no solemos pensar en ellas. Pensamos en lo que nos es más o menos cuestión. Por eso decimos que *tenemos* estas o las otras ideas, pero nuestras creencias, más que tenerlas, las somos”²⁷. En segundo lugar, es importante conocer los mecanismos que nos permitirán transformar esas creencias, prejuicios, en juicios verdaderamente reflexivos y racionales.

Y es aquí donde entra el tema de la “educación”, fundamental cuando nos acercamos al término de opinión pública. Como ha precisado CARPINTERO: “Si nosotros queremos una sociedad democrática habrá de estar fundada en una opinión pública bien constituida y una

²⁰ N. BOBBIO, “La naturaleza del prejuicio”, en *Elogio de la templanza y otros escritos*, Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y José Manuel Rodríguez Uribes, Temas de Hoy: Ensayo, Madrid, 1997, p. 157.

²¹ A. OLLERO – J. A. GARCÍA AMADO – C. HERMIDA DEL LLANO, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.

²² J. ORTEGA Y GASSET, “Investigación psicológica”, cap. III, en *Obras Completas*, volumen 12, Revista de Occidente-Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 361-364.

²³ J. LOCKE, “Epístola al lector” del *Ensayo sobre el entendimiento humano*, op. cit., p. 7.

²⁴ Ya se ocupó de resaltar A. KAUFMANN, *La filosofía del Derecho en la postmodernidad*, Temis, Bogotá, 1992, que “el principio del consenso es incapaz de asegurar un <<último fundamento>> de verdad, y puede únicamente ofrecer plausibilidad, verosimilitud y, en consecuencia, opción de riesgo”, p. 47.

²⁵ Vid. STC 127/1982, de 31 de marzo, FJ 3º, *BJC*, 1981 (12), p. 278. Vid. STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 5º, *BJC*, 1986 (64/65), p. 1054. Vid. STC 15/1993, de 18 de enero, *BJC*, 1993 (142), p. 100.

²⁶ En este contexto vale la pena recordar el artículo 1.1 de la Constitución española ya que este precepto contempla, entre los valores superiores del ordenamiento jurídico español, la libertad y el pluralismo político, junto a otros dos: la igualdad y la seguridad jurídica.

²⁷ J. ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*, Revista de Occidente en Alianza Editorial, Madrid, 1994, VI, p. 18. Como J. HIERRO S.-PESCADOR ha observado en su obra *El Derecho en Ortega*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid: Estudios Orteguianos, 1965: “Razonar y motivar es algo que se hace con pensamientos, ocurrencias, ideas –bien sean originales o recibidas–, y por eso estas las tenemos, mientras que las creencias, por modo opuesto, no las tenemos propiamente, sino que <<las somos>>, pues ellas son la realidad desde la que nosotros motivamos, sostenemos, afirmamos o imponemos nuestras ideas; con las creencias no hacemos nada de esto, más todavía: no hacemos nada en absoluto; ahora bien, todo cuanto hacemos lo hacemos desde ellas, porque en ellas estamos”, p. 55. En esta misma línea J. FERRATER MORA en *Ortega y Gasset. Etapas de una filosofía* precisa: “Las creencias se hallan tan profundamente arraigadas en nosotros que nos resulta difícil si no imposible, distinguir entre nuestras creencias acerca de la realidad y la misma realidad para la cual y en vista de la cual estas creencias existen”, p. 88.

opinión pública bien constituida no se conseguirá si los miembros de esa sociedad no han sido preparados *educativamente* para hacer frente a los problemas de la convivencia”²⁸. En definitiva, se trata de educar al pueblo para que éste desarrolle un sentido crítico, para que los individuos aprendan a justificar sus propias decisiones, para que tengan flexibilidad y estén dispuestos a aceptar la opinión del contrario y para que se valore el juego limpio y se aprecie la libertad de optar entre distintas opciones; lo cual exige difundir desde los cauces educativos, por una parte, el valor de la tolerancia, a sabiendas de que no vale cualquier tolerancia sino lo que yo denomino <<tolerancia en sentido fuerte>> -frente a la <<tolerancia en sentido débil>> - y, por otra parte, inculcando el respeto, en particular, a las minorías²⁹.

Cuando la educación falta o está deliberadamente llena de prejuicios pueden producirse dos efectos adversos: que se genere un efecto demoleedor sobre la sociedad que termine convirtiendo a ésta en una sociedad carente de ideas, de opiniones; que por ser la opinión pública fluctuante, cambiante, las transformaciones en ella obedezcan a una manipulación interesada e ilegítima³⁰.

²⁸ H. CARPINTERO en <<Opinión pública y educación>>, en la Revista *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, n° 92, op. cit., p. 146.

²⁹ La tolerancia que se apoya en la idea negativa de no interferencia y mera preservación de las minorías es a lo que yo llamo “tolerancia en sentido débil”. Las derivaciones lógicas de esta versión débil de tolerancia son las de una raquítica interferencia estatal en materia religiosa, cultural, étnica, etc. Un buen ejemplo de la noción de tolerancia débil la encontramos en la situación político-legislativa en España por parte de quienes en la última legislatura defendieron la concepción de igualdad de trato como exclusión. Dentro de este contexto, valdría la pena recordar la resolución del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 2011, sobre el Informe de 2010 relativo a los progresos realizados por Turquía hacia la Unión Europea en el que la institución europea instaba a que el Gobierno turco prestara una atención particular al material educativo empleado en las escuelas que reflejara el pluralismo religioso de la sociedad turca y estuviera “libre de prejuicios”. Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 2011, sobre el Informe de 2010 relativo a los progresos realizados por Turquía. Concretamente el apartado 25 precisa: “25. Pide por ello al Gobierno que se ocupe sistemáticamente de estos asuntos reformando al efecto la legislación y asegurando su aplicación adecuada en todos los niveles de gobierno, incluidos los municipios; recuerda asimismo en este contexto las recomendaciones adoptadas por la Comisión de Venecia en la primavera de 2010 respecto a la personalidad jurídica de las comunidades religiosas y al título eclesiástico de ‘ecuménico’ del patriarcado ortodoxo; celebra la reciente decisión de la ‘Asamblea de Fundaciones’ de traspasar el orfanato griego para chicos de Büyükkada al Patriarcado Ecuménico, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de conceder la ciudadanía turca a varios clérigos ortodoxos griegos para facilitar el Patriarcado y el Santo Sínodo; se felicita de la ceremonia religiosa celebrada en el monasterio-museo de Sümela, en Trabzon, así como de la ceremonia celebrada en la iglesia de la isla de Akdamar, en la provincia de Van; lamenta la decisión del Tribunal Supremo turco contra el monasterio de Mor Gabriel en relación con un conflicto territorial con los pueblos y el Ministerio turco de Hacienda; reitera su expectativa de que, tras los anuncios del Gobierno en relación con la reapertura del seminario ortodoxo griego de Heybeliada (Halki), se adopten pronto medidas concretas y se adopten disposiciones para la formación sin impedimentos del clero de las comunidades cristianas; insta al Gobierno a que preste una atención particular al material educativo empleado en las escuelas, que debe reflejar la pluralidad religiosa de la sociedad turca, así como a la necesidad de un material didáctico libre de prejuicios>>. A propósito del progreso de Turquía en relación con la entrada en la Unión Europea, vid. M. OREJA AGUIRRE, “A dónde va Turquía”, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, Sesión del 20-03-2012. J. GOTTSCHLICH, J., *Die Türkei auf dem Weg nach Europa. Ein Land im Aufbruch*, Ch. Links, Berlín, 2004. G. ÇAGLAR, *Die Türkei zwischen Orient und Okzident. Eine polistische Analyse ihrer Geschichte und Gegenwart*, Unrast, Münster, 2003. L. HAUSTEIN; J. SARTORIUS; C. BERTRAMS, *Modell Türkei? Ein Land im Spannungsfeld zwischen Religion, Militär und Demokratie*, Wallstein, Göttingen, 2006. F. VEIGA, *El turco. Diez siglos a las puertas de Europa*, Debate, Barcelona, 2006. C. HERMIDA DEL LLANO, “La Alianza de Laicidades”, Revista *Persona y Derecho*, vol. 65, 2011/2, Navarra, pp. 117- 138.

³⁰ Un buen ejemplo de este signo es que en los últimos tiempos la opinión pública ha venido responsabilizando de la situación de crisis en España a los inmigrantes, ignorando que una buena parte del crecimiento del empleo en años anteriores tuvo como causa principal el fenómeno migratorio. El poder de la opinión pública en este terreno es de tal envergadura que nos encontramos ante un caso paradigmático que refleja cómo el Derecho más que ser un factor de cambio social en muchas ocasiones, como el que se refleja en materia migratoria en España, se encuentra a remolque de la sociedad dominada por una tan poderosa como “perversa” opinión pública.

Al analizar el tratamiento jurídico que se ha dado en los últimos tiempos al fenómeno migratorio en España salta a la vista que el derecho español no está operando como factor de cambio social en el ámbito migratorio sino que más bien se muestra sumiso frente a la implacable opinión pública. La opinión publicada que no pública es la que ha influido demagógicamente en el Derecho, si tenemos en cuenta que nuestra escasa productividad no respondió a la llegada de inmigrantes de <<mala calidad>>, es decir, poco productivos y con escaso capital humano. Debería tenerse presente que el efecto más notorio de la inmigración es el de una mejora de la tesorería de la Seguridad Social, que no habría que confundir con una mejora estructural del equilibrio financiero de la misma. Sobre ello vid. M.

Es aquí donde, a mi modo de ver, el intelectual tiene una importante función – diría más bien “obligación moral”- que cumplir. Ya lo dijo, con contundencia, ARANGUREN: “la función moral del intelectual consiste, justamente, en tras haberse liberado él mismo de esos presupuestos, denunciar su falsedad y desenmascarar -incluso, a veces, ante ellos mismos- a los mendaces, individuos o colectividades”³¹. En el fondo, lo que late tras este pasaje del profesor abulense es la obligación del intelectual de desenmascarar los prejuicios sociales. Como dice en otro lugar ARANGUREN: “En todo esto se puede suponer el importante papel que desempeña el intelectual, cuya tarea principal estriba en la autocrítica de la sociedad, de la cultura a que pertenece y, en suma, del lenguaje que habla”³². Dicho de otra manera, desenmascarar los prejuicios reinantes en la sociedad.

Es interesante que reflexionemos sobre esta visión del intelectual como un *outsider* o incluso como “un portavoz” de los enajenados, de los manipulados de los que no pueden alzar su propia voz³³, frente a otras posturas como la de, con anterioridad, por ejemplo, BENJAMIN CONSTANT³⁴, quien insiste en que el verdadero intelectual es antes que nada “hombre económico o político”³⁵.

Resulta obvia la diferencia de CONSTANT con otros filósofos españoles como ARANGUREN, quienes defenderán a ultranza que el intelectual auténtico ha de ser independiente respecto a todo, incluidos los condicionamientos socio-económicos, y por supuesto, políticos, para no terminar convirtiéndose en lo que él define despectivamente como un <<pseudointelectual>> o <<<ideólogo>>. Y ello obedece a que el intelectual “en tanto que representante de la actitud ética, afirma rotundamente la indivisibilidad moral medios-fines y, por emplear la distinción de MAX WEBER, es mucho más propenso a la ética de la convicción que a la de la responsabilidad: se atiene al *fiat iustitia* y repara menos en sus consecuencias, aunque éstas se produzcan en la línea del *pereat mundus*”³⁶.

3. LA OPINIÓN PÚBLICA COMO INSTANCIA LEGITIMADORA DEL PODER.

La opinión pública se desnaturaliza cuando los titulares de la misma olvidan una de sus más importantes funciones: y es que la sociedad, a través de ella, respalda a aquellas personas que tienen la misión de ejercer el poder dentro de una sociedad: la opinión pública como voluntad general, además de ser la instancia legitimadora del poder, dotada de potestad legislativa, puede servir también a otro fin, siguiendo a ROUSSEAU, como un instrumento de control, freno o límite de aquél, entendido en un sentido amplio o difuso. “Es decir, la opinión pública-voluntad general no va a limitar sólo la actuación del legislativo, lo que hace básicamente a través de su función legisladora, sino también la del ejecutivo, la del gobierno, así como la de los jueces y la de cualquier otro poder fáctico, incluyendo a todos los ciudadanos,

BOLDRIN, “Interpretando la llegada de los inmigrantes a España”, *Los efectos económicos de la inmigración en España*, Fedea-Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 17 y 21. En todo caso, es razonable sostener que aunque la inmigración no resuelve el problema de la sostenibilidad del sistema de pensiones a largo plazo, el problema se agravaría todavía más en ausencia de inmigración. Sobre ello, vid. Z. JIMÉNEZ-RIDRUEJO, “El efecto de la inmigración en la sostenibilidad a medio y largo plazo del sistema de pensiones en España”. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006. Disponible en <http://www.mtas.es>

³¹ J. L. ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, Taurus, Madrid, 1973, p. 135. Sobre ello remito también C. HERMIDA DEL LLANO, *J.L.L. Aranguren. Estudio sobre su vida, obra y pensamiento*, capítulo III “La misión del intelectual dentro de la sociedad”, Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 323-363.

³² J. L. ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, op. cit., p. 109.

³³ J.L. ARANGUREN, *Memorias y esperanzas españolas*, Taurus, Madrid, 1969, Col. Ensayistas 64, p. 115.

³⁴ H. B. CONSTANT, “Principios de política” en *Escritos políticos*, op. cit.

³⁵ A. CORTINA, *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 2ª ed. 1997, p. 95. Con palabras de H. B. CONSTANT en <<Principios de política>>, cap. VI, en *Escritos políticos*, ibídem: “Cualquier trabajo intelectual es, sin duda, honorable, (y) todos deben ser respetados. (...) resulta peligroso en los asuntos políticos, a menos que sea contrapesado. (...) Contrapeso que sólo puede encontrarse en la propiedad”, p. 75.

³⁶ C. HERMIDA DEL LLANO, *J.L.L. Aranguren. Estudio sobre su vida, obra y pensamiento*, op. cit., p. 361.

individualmente considerados o en grupo, que comienzan siendo soberanos de la opinión pública-voluntad general, y terminan siendo, por coherencia democrática, sus súbditos³⁷. En este sentido, es imprescindible que el gobierno no controle a la opinión pública (entendida ésta como opinión pública soberana o pueblo en el modelo rousseauiano) sino que, más bien al contrario, sea la opinión pública la que dirija a aquél, condicionándolo y limitándolo.

Es cierto que “la opinión pública juega, por tanto, un papel fundamental a la hora de crear la autoridad”³⁸, esto es, de legitimar al poder establecido, pero -añado yo- no sólo puede contribuir a respaldar a los que individualmente detentan el mando sino lo que es más importante otorgar autoridad a determinados pensamientos o ideas. ORTEGA Y GASSET en *La rebelión de las masas* ya se ocupó de señalar que el mando es el “ejercicio normal de la autoridad”, es “el ejercicio del poder público” y que el mando actúa siempre en función de la opinión pública³⁹. Esta tesis, en buena parte, deriva de una concepción del poder y de la autoridad eminentemente positiva, desde el momento en que el ejercicio de ambos “conduce a moralizar la sociedad, a realizar una tarea educativa y cultural importante”⁴⁰. Y es que ORTEGA tuvo claro que contra la opinión pública no se puede mandar, debido a que aquélla representa el orden de los usos, de las vigencias sociales, el ser más íntimo de una sociedad. El problema que nos asalta es qué ocurre cuando la opinión pública ha sido manipulada y no se ha construido desde el acceso una información veraz.

4. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN VERAZ: UNA BASE PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA.

Es obvio que la opinión pública se construye sobre una base de información. La información que la gente recibe es decisiva para la posterior opinión⁴¹. En muchos casos la información, los hechos, aparecen deliberadamente o no, teñidos de opiniones, las cuales son siempre particulares, aunque se presenten como *hechos puros* sobre los que deberá iniciarse la posterior reflexión y discusión⁴².

Resulta sumamente peligroso el hecho de que la opinión pública general se construya desde las opiniones particulares y singulares de unos cuantos dentro de la sociedad que se erigen en portavoces de toda la sociedad, a sabiendas de que a muchos ciudadanos no se les ha dado la oportunidad de opinar y no sólo eso se les ha ocultado información. Quizás por ello ROBERT DAHL insistió en que “la posibilidad de democracia en las organizaciones estatales contemporáneas está íntimamente asociada a la posibilidad de que el demos ejerza el control último sobre el programa de acción que, por delegación, llevan a cabo sus élites [Y ello] supone una “masa crítica” de ciudadanos bien informados, bastante numerosa y activa [...] Cuando el pueblo (o la ciudadanía) no tiene los elementos necesarios para cumplir con este rol que el sistema le exige, la democracia se desliza hacia el tutelaje”⁴³.

³⁷ J. M. RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, op. cit., pp. 243-244.

³⁸ H. CARPINTERO, en “Opinión pública y educación”, en la Revista *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº 92, op. cit., p. 143.

³⁹ J. HIERRO S.-PESCADOR, *El Derecho en Ortega*, op. cit., p. 63.

⁴⁰ C. HERMIDA DEL LLANO, “El poder y la autoridad en el pensamiento filosófico de José Ortega y Gasset”, *Revista de Estudios Orteguianos*, 8/9 Centro de Estudios Orteguianos. Fundación José Ortega y Gasset, mayo-noviembre de 2004, Madrid, pp. 139-140.

⁴¹ La libertad de expresión está estrechamente relacionada con el derecho a la información, recogidos ambos en nuestra Constitución española (art. 20). El derecho a informar debe ajustarse a dos premisas: el requisito de veracidad (SSTC, entre otras, 6/1988 de 21 de enero; 240/1992, de 21 de diciembre; 47/2002, de 25 de febrero; 75/2002, de 8 de abril) y el de la satisfacción del interés general (STC 185/2002).

⁴² H. B. CONSTANT, “De la libertad de folletos, panfletos y periódicos considerada en relación con el interés del gobierno”, en *Escritos políticos*, op. cit., p. 225.

⁴³ S. CALETTI, “¿Ciudadanía global o ciudadanía precarizada?”, en M. C. REIGADAS y C. A. CULLEN (Compiladores): *Globalización y nuevas ciudadanía*s, Ediciones Suárez-Instituto de Investigaciones Gino Germani, Mar del Plata, Argentina, 2003, pp. 94-95.

Más cercano a nuestro entorno filosófico-cultural, en su obra *Ética y Política*⁴⁴, ARANGUREN insistiría en que la democracia constituye un sistema de comunicaciones entre el poder funcionalmente especializado y la masa, un juego mutuo de <<llamadas>> y de <<respuestas>>, puesto que en caso contrario nos hallamos ante un régimen político de manipulación pura de la opinión, no de la democracia⁴⁵. En otra de sus obras que abarca esta problemática, *Moralidades de hoy y de mañana* (1973), aparece recogido un texto enormemente importante para el tema que nos ocupa bajo el título <<Problemas éticos y morales en la comunicación humana>>⁴⁶. La democracia, desde el punto de vista de la teoría de la información y de la decisión, no consiste sino en que quienes han de tomar las decisiones - que son siempre individuos, los que desempeñan la función ejecutiva- lo hagan después y no a espaldas del *feedback* informativo de lo que la comunidad piensa y desea; y que la decisión tomada sea convalidada y revalidada por el consenso de la comunidad. Pero la comunidad tampoco es sujeto activo de información, comunicación y consenso: lo son individuos y pequeños grupos que encarnan posiciones plurales en el seno de la comunidad y mueven a esta. La dinámica de grupo puede y debe ser considerada como dialéctica de cambiantes configuraciones de consenso y disenso, elaboradas a través de nuevos canales de comunicación y de la transmisión de nuevos contenidos de información⁴⁷.

El problema ético no estriba en que la propaganda influencie o se proponga influenciar sino en el procedimiento al que recurre para ello: “no en el razonamiento, la convicción mediante argumentos, sino el fomento de los prejuicios, la suscitación de estados de ánimo puramente emocionales, la licencia para que la conducta sea dirigida por los impulsos elementales. En suma, y para condenar la contraposición en dos palabras, del lenguaje ético actual: persuasión versus razonamiento”⁴⁸. En el lenguaje como propaganda (sea propaganda que se hace al nivel publicitario comercial, e igualmente al nivel publicitario político), lo que importa exclusivamente es la eficacia de la comunicación para la acción, el poder de persuasión del modo de comunicar, su fuerza retórica; en definitiva, la manipulación⁴⁹.

Vivimos entre dos extremos. Por una parte, recibimos información más aparente que real; se nos transmite una información excesiva, confundente, incesante, inconsistente y mezclada de cosas irrelevantes; mientras que, por otra parte, recibimos una información superdigerida, cuyo significado es impuesto rígidamente mucho antes de que llegue al público.

En *Lo que sabemos de Moral* (1967) y posteriormente en *Propuestas morales* (1983) Aranguren observaba que el discurso moral requiere ser siempre puro razonamiento, aunque puede contener una dimensión emotiva. Lo que ocurre es que la dimensión emotiva no puede prevalecer sobre la cognitiva, porque en tal caso salimos del ámbito del razonamiento, para

⁴⁴ *Ética y Política*, Guadarrama, Madrid, 1963. Citado por ed. Orbis, Barcelona, 1985.

⁴⁵ De ahí que el problema científico de la democracia se convierta en hacer este sistema de comunicaciones lo más directo y sensible y también lo más generalizado posible. Se trata de que las preguntas y respuestas lleguen rápida y fielmente al destinatario; y que el pueblo entero esté incorporado al poder por esa red de comunicaciones. Por consiguiente, la democratización del poder exigiría, aparte de que la red de comunicaciones alcance a todos, que los <<aparatos>> de comunicación no interfieran o deformen ésta, no constituyan una <<interposición>>, sino que faciliten una fiel y sensible transmisión del sistema mutuo de llamadas y respuestas: “El ciudadano es tan libre, o tan poco libre -según se consideren las cosas-, como el consumidor. Enteramente libre de coacción violenta, pero heterocondicionado -al menos mayoritariamente- por la presión social ejercida mediante los medios de comunicación de masas a los que, como no tenga una mente extremadamente crítica e independiente, es muy difícil que pueda resistir. Los *leaders* se imponen publicitariamente, igual que las vedettes, y los programas políticos como los artículos comerciales”. *Ética y Política*, op. cit., pp.245-246.

⁴⁶ ARANGUREN en su obra *Memorias y esperanzas españolas*, Taurus, Madrid, 1969, ya se ocupó de señalar que el peligro capital en el manejo de los “medios” es la manipulación de su público, a modo de masa en el sentido peyorativo de la palabra (“medios de comunicación de masas”). La preocupación por el tema de los medios de comunicación en Aranguren se ve reiterada en diferentes textos e intervenciones de la década de los sesenta. Ya en un Curso de Verano de la Fundación Giorgio Cini, de Venecia, en 1966 se ocupó del tema. Y, por supuesto, desde una perspectiva más amplia, en su libro *La comunicación humana*.

⁴⁷ *Moralidades de hoy y de mañana*, Taurus, Madrid, 1973, p.112.

⁴⁸ Vid. *Ibidem*, p.121.

⁴⁹ Vid. *Ibidem*, p.136.

entrar en el de la persuasión. Aranguren escribe: "El lenguaje que no se propone convencer, sino persuadir disparando los impulsos, las tendencias, los oscuros sentimientos o las violentas emociones es ya inmoral, cualquiera que sea el fin que se proponga conseguir, e incluso si ese fin fuese bueno. El hombre es acreedor a que se le trate como fin en sí mismo, no como medio manipulable tocando sus resortes emocionales y, a veces, ni siquiera eso, accionando lo que su psiquismo tiene de inertemente mecánico (persuasión por mera repetición)"⁵⁰.

Es evidente, siguiendo a Aranguren, que la democracia política debe ser promovida, es decir, organizada socialmente. Lo que conlleva el fomento, a la vez teórico y práctico, de una auténtica educación política, y la socialización, sin estatificación centralizadora, de la enseñanza y de los medios de comunicación de masas. En definitiva, el dilema entre democracia formal o democracia real está en estrecha relación con el de la comunicación por la propaganda o comunicación por la educación libre y creadora, moral y cultural⁵¹. En *La comunicación humana* (1965)⁵² Aranguren escribe: "La democracia auténtica, progresiva, viva, resulta de una dialéctica de socialización (= comunicación en sentido amplio) e individualismo, <<marginalidad>> o inconformismo.

Mas, de otra parte, democracia, en un sentido más extenso que el político, es lucha por mantener -frente al privilegio, el monopolio y el secreto- la integridad de la red de los canales de información y la plena libertad de comunicación, en ambas direcciones, a través de todos ellos"⁵³. Como con acierto apuntase CONSTANT, los secretos de Estado "no son tantos como les gusta afirmar a los charlatanes y creer a los ignorantes: el secreto sólo es indispensable en determinadas circunstancias extraordinarias y pasajeras, para alguna expedición militar, por ejemplo, o para alguna alianza decisiva, en época de crisis. En los demás casos, la autoridad sólo quiere el secreto para actuar sin oposición"⁵⁴ - o lo que es lo mismo, para actuar sin control, que es, a su vez, equivalente a afirmar con posibilidad de hacerlo arbitraria por impunemente. Esto supondría, no sólo el fin de la opinión pública, sino sobre todo, el fin del Estado de Derecho⁵⁵. En esta misma línea DE LUCAS añade, "En todo aquello que no cae bajo la protección de la excepcional y reglada de conocimiento que es el régimen jurídico del secreto, el poder debe estar desnudo, porque ése es el sentido del Estado de Derecho"⁵⁶.

El derecho de acceso a la información pública se convierte así en condición imprescindible para la correcta construcción de la opinión pública⁵⁷ y además constituye un

⁵⁰ *Lo que sabemos de Moral*, Gregorio del Toro, Madrid, 1967, p.48 y *Propuestas morales*, Tecnos, Madrid, 1983, pp.89-90.

⁵¹ Como señala el profesor abulense en *Memorias y esperanzas españolas*, op. cit.: "nos encontramos con que la cuestión central, de la que todo pende, quiero decir, de la que pende el enajenamiento del hombre contemporáneo o su liberación, es la del modo cómo se conciba y organice la educación: bien, siguiendo el modelo de la comunicación de masas, como educación de masas; o bien reaccionando frente a la masificación, como educación libre y creadora, y en sus más altos niveles, como "educación permanente" y como Universidad libre y crítica", p.199.

⁵² Libro que, como el propio Aranguren señaló en su "autocrítica" publicada en la Revista de Occidente, deliberadamente deja por completo a un lado los planteamientos metafísico-místicos de la "inefable comunicación a lo Jaspers y otros filósofos de la existencia". El libro se divide en cuatro partes. Si en la primera parte es un análisis de la estructura de la comunicación, la segunda y la tercera intentan una sociología de la comunicación - Esta es la razón por la que el libro, en algunos idiomas, se titula Sociología de la comunicación, que fue el título del curso universitario del que procede-, mientras que la parte final constituye un muy sobrio ensayo de previsión del futuro de la comunicación y de las consecuencias que ese futuro puede acarrear al hombre y a la sociedad.

⁵³ *La comunicación humana*, citado por la edición Tecnos, Madrid, 1986, p.135.

⁵⁴ B. H. CONSTANT, "Principios de Política", en *Escritos Políticos*, op. cit. Cap. IX., p. 93.

⁵⁵ J. M. RODRÍGUEZ URIBES, "*Opinión Pública. Concepto y modelos históricos*", op. cit., p. 326

⁵⁶ J. DE LUCAS, "De secretos, mentiras y razones de Estado", en *revista Claves de razón práctica*, nº 52, Madrid, mayo de 1995, p. 28.

⁵⁷ El derecho de acceso a la información pública exige:

Que se garantice el derecho a buscar y recibir información, teniendo en cuenta la correspondencia entre el deber de informar de la Administración y el derecho a la información de los ciudadanos.

1) Que rija el principio de transparencia administrativa, de gestión y de los actos de gobierno.

mecanismo que contribuye a la participación y coadyuva a la construcción de un Estado transparente: “su existencia constituye uno de los pilares trascendentales del funcionamiento de la democracia, dado que ésta mal podría reputarse tal si no expresara la plena vigencia del principio republicano de publicidad de los actos de gobierno”⁵⁸.

- 2) Que se fomente y garantice la participación de un modo responsable en los asuntos públicos.
- 3) Que se trate a los sujetos en sus relaciones con la Administración Pública en pie de igualdad y no como meros “administrados” sino como “ciudadanos”.
- 4) Que se abstenga el Estado de interferir en el acceso a la información así como de facilitarla con políticas activas.

La Constitución Española de 1978, específicamente en el Artículo 105. b), remite a la regulación de la ley el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos “excepto en aquello que afecte la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

La Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el Artículo 35 h) atribuye a los ciudadanos el derecho al acceso a los registros y archivo de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución Española y en otras leyes específicas.

El Artículo 37 de la Ley 30/92 regula el derecho de acceso a la documentación de los archivos administrativos. Este derecho podrá ejercerse cuando los expedientes correspondan a procedimientos acabados en la fecha de solicitud del acceso.

Esta disposición ha sido motivo de críticas puesto que la exigencia de que se trate de procedimientos terminados obstaculizaría el principio general de acceso a la información pública establecido por la Constitución Española.

Además del requisito mencionado, la referida Ley establece que el derecho de acceso a los documentos públicos podrá ejercerse: cuando no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos; cuando no contengan datos referentes a la intimidad de las personas, puesto que en este caso estos datos sólo podrán ser conocidos por los propios interesados. La misma limitación se aplicará a los procedimientos sancionadores y disciplinarios respecto de las personas sancionadas administrativamente.

El acceso deberá solicitarse mediante petición individualizada de los documentos concretos que se deseen consultar. Cuando se formule solicitud genérica sobre una materia, será potestativo conceder el acceso por parte de la Administración, precepto que hace dudar de la licitud de aplicar rigurosamente la norma ya que es difícil que un ciudadano tenga información exacta (número de expediente, nombres completos, etc.) de la documentación contenida en los archivos. De hecho, estos condicionamientos y requerimientos formales obstaculizan el mismo ejercicio del derecho de acceso a la información.

La Administración sólo podrá denegar el acceso a los archivos públicos por resolución motivada en tres casos: por razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección, y cuando lo disponga una ley. La denegación es recurrible por vía administrativa y, en su caso, por vía contencioso-administrativa.

Las limitaciones al derecho de acceso establecidas en la Constitución (la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos, la intimidad de las personas) se amplían en la Ley 30/92 a tres casos más: 1) los expedientes que contengan información sobre el ejercicio de las competencias constitucionales –no administrativas– de los Gobiernos estatal y autonómicos; 2) los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial; 3) las actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

La disposición remite a leyes específicas, la regulación de la consulta de documentos respecto a determinados asuntos, como el de materias clasificadas, datos personales sanitarios, régimen electoral, estadística pública, el Registro Civil, el Registro Central de Penados y Rebeldes y los Archivos Históricos. En los casos de materias clasificadas, datos sanitarios personales y estadística pública, las leyes que han regulado estas materias –Ley de Secretos Oficiales, Ley General de Sanidad, Ley de la Función Estadística Pública– han excluido prácticamente al ciudadano español de la consulta de estos archivos.

El Artículo 37, apartado 7 de la Ley 30/92, después de considerar discrecional por parte de la Administración el conceder el derecho de acceso cuando el ciudadano haga la solicitud de consulta en términos genéricos, establece: “No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada la intimidad de las personas”. Esta norma también ha sido objeto de críticas en la medida que el permitir el acceso a la información sigue siendo una decisión discrecional de la Administración. Pero a su vez, el apartado parece estar creando una situación privilegiada para un determinado grupo social, los que genéricamente la ley llama “investigadores”, respecto de los demás ciudadanos, rompiendo el principio de igualdad. Se ha sostenido por la doctrina que en el grupo de investigadores podemos incluir también a los periodistas, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional Español sobre el carácter preferente de la libertad de información como conformadora de la opinión pública libre, y la protección constitucional máxima cuando esta libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través de la prensa.

En coexistencia con la Ley 30/92, España ha regulado el acceso a los datos personales obrantes en los registros sistematizados en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, llamada LORTAD).

⁵⁸ J. L. BASTONS Y A. ELIADES, “El derecho de acceso a la información pública en el ámbito iberoamericano”, *Noticias Jurídicas*, marzo 2007.

<http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/2007035102003278491354578.html>

EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS: DESDE LA NORMATIVA EUROPEA HASTA LA SOLUCIÓN ADOPTADA EN ITALIA

SARA SCOLA

Assegnista di ricerca in Diritto Privato – Università degli Studi di Verona
Dottore di ricerca in Diritto Privato Europeo e Avvocato in Verona

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2015

Fecha de aceptación: 18 de noviembre de 2015

RESUMEN: La normativa europea en materia de protección de datos personales hoy se constituye todavía por la directiva 95/46/CE, la cual se pone el objetivo de aprestar una disciplina completa y adecuada en materia sino, al mismo tiempo, deja a los Estados miembros amplios márgenes de maniobra. En particular, el problema del resarcimiento del daño por tratamiento ilícito de los datos personales, indicado en términos generales en la directiva, está disciplinado por el legislador italiano haciendo referencia al art. 2050 del código civil italiano relativo al ejercicio de las actividades peligrosas. Eso crea numerosas cuestiones en orden al significado de la referencia normativa. Además, posteriores problemas se plantean relativamente a la prueba y a la cuantificación de este tipo de daño y se abordan por la doctrina y por la jurisprudencia italianas basándose en los principios hasta hoy recogidos en materia de responsabilidad civil (sobretudo por la resarcibilidad del daño no patrimonial), los cuales tienen que encontrar aplicación también en este ámbito.

ABSTRACT: EU legislation concerning personal data protection is still based on directive n. 95/46/EC, whose objective is to provide a complete and appropriate set of regulations on the subject but also grant each member state some freedom of action. In particular, the issue of reparation for unlawful processing of personal data, discussed in general terms in the directive, is regulated in Italian law by reference to article 2050 of the Italian Civil Code, concerning the exercise of dangerous activities. This reference raises several questions. Moreover, demonstrating and quantifying this type of loss presents further problems that are also informed by Italian legal doctrine and jurisprudence based on principles that are still expressed in the area of civil responsibility (especially concerning the reparation of non-pecuniary loss), which must also now be applied to this field.

PALABRAS CLAVE: tratamiento de datos personales, privacidad, directiva 95/46/CE, Carta de Niza, responsabilidad civil, reparación daños, daño no patrimonial, actividades peligrosas, prueba del daño, carga de la prueba, cuantificación del daño.

KEYWORDS: processing of personal data, privacy, directive 95/46/EC, Charter of Nice, civil responsibility, reparation damages, non-pecuniary loss, dangerous activities, proof of loss, burden of proof, quantification of loss.

SUMARIO: I. LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE TRATAMIENTO ILÍCITO DE DATOS PERSONALES. II-LA TRANSPOSICIÓN DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN ITALIA. 1. LA LEY N. 675/1996 Y EL DECRETO LEGISLATIVO N. 196/2003. 2. EL PROBLEMA DEL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS: LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR EUROPEO Y LAS SOLUCIONES DEL LEGISLADOR ITALIANO. III-LA REFERENCIA AL ARTÍCULO 2050 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO SOBRE EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS. IV- EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

NO PATRIMONIAL PARA TRATAMIENTO ILÍCITO DE DATOS PERSONALES. V- LA PRUEBA DEL DAÑO POR ILÍCITO TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y SU CUANTIFICACIÓN: LAS SOLUCIONES ADOPTADAS POR LOS TRIBUNALES ITALIANOS. VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE TRATAMIENTO ILÍCITO DE DATOS PERSONALES

Antes de abordar el complicado tema de la reparación de los daños por ilícito tratamiento de datos personales, parece oportuno hacer una breve referencia al "nacimiento" del derecho a la privacidad en Europa.

De hecho, el tema de la privacidad (en general, y salvo que las especificaciones más amplias y distinciones que se discutirán en breve¹), aunque se basa en la legislación relativamente reciente, tiene su origen en tiempos más antiguos.

Como se ha señalado por autores distinguidos, al menos desde el final del siglo XIX se habla de derecho a la privacidad como un derecho de cada persona a la libertad de la interferencia en sus hechos personales, en sus propios pensamientos, etc.².

A nivel europeo, podemos encontrar un primer importante reconocimiento de este derecho dentro de la Convención Europea de Derechos Humanos³, donde el art. 8 se refiere explícitamente al derecho al respeto a la vida privada y familiar.

Fue precisamente a partir de esta norma que el Consejo de Europa en 1968 subrayó la necesidad de introducir una legislación específica para combatir los abusos en las técnicas de recolección de informaciones y, con ese impulso, en los años setenta, varios países, entre ellos Alemania, Francia y Austria, han tomado medidas para introducir una legislación para la protección de la privacidad con respecto a las bases de datos⁴.

En Italia, tendrá que esperarse hasta el año 1996 para una legislación específica sobre la *privacy*⁵, aunque si mucho antes de esa fecha, la doctrina ha abordado la cuestión desarrollando ampliamente el concepto de privacidad⁶.

¹ V. *Infra* en el texto.

² V. C.M.BIANCA en C.M.BIANCA-F.BUSNELLI (ed.), *Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n.196*, Cedam, Padova, 2007, XX que menciona, por ejemplo, la contribución de WARREN e BRANDEIS, *The Right to Privacy*, publicado en la Harvard L.R., 1890.

³ Estamos hablando del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

⁴ Para una profundización sobre las fuentes normativas del derecho a la *privacy* véase N.LUPO, "Le fonti normative della privacy, tra esigenze di aggiornamento e ricerca di stabilità", en V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V.RICCIUTO (ed.), *Il Codice del trattamento dei dati personali*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 777 – 785 (para una análisis de las normativas actuales de algunos Países, v., en el mismo volumen, las contribuciones de MATHIAS, GRAMUNT FOMBUENA, SCHURR e WALDEN, pp. 923-1020).

⁵ V. parr. II.

⁶ V, *ex multis*, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, I, Giuffrè, Milano, 1959, pp.256-257, según el cual "la riservatezza può definirsi come quel modo di essere della persona il quale consiste nella esclusione dalla altrui conoscenza di quanto ha riferimento alla persona medesima" y también T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Giuffrè, Milano, 1978, pp.1-7, que profundiza sobretodo el concepto de privacidad como "interesse al riserbo" relativamente a los hechos de la persona. Para la distinción entre la privacidad y la protección de los datos personales v., *infra*, en el texto.

Un elemento importante para el nacimiento del derecho a la privacidad se hace también en el Convenio de Estrasburgo de 28 de enero de 1981⁷, cuyo objetivo es garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales y concretamente el derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de cada individuo ("protección de datos").

Sin embargo, esta convención sólo se aplica a ciertos estados y todavía no aborda temas específicos tales como la reparación de los daños en caso de tratamiento ilícito de los datos personales, aparte de la referencia general a la posibilidad por los Estados miembros de prever sanciones y recursos⁸.

Esto se hace, finalmente gracias a la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995, "relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos", que es un elemento importante, pero no la sola intervención legislativa⁹, dedicado específicamente al problema de la privacidad.

En esta manera, las instituciones europeas tienen como objetivo garantizar una protección elevada y uniforme en todos los Estados miembros con respecto al tratamiento y circulación de datos, conciliando las necesidades de aquellos que deben realizar el tratamiento de datos y los que exigen que dichos datos sean efectivamente protegidos¹⁰; al mismo tiempo, con la directiva se pretende superar la inercia de algunos países (como Italia) que todavía no lo hayan hecho, a adoptar una legislación nacional sobre el tema¹¹.

La Directiva menciona específicamente el resarcimiento de los daños como remedio contra un tratamiento ilícito de datos personales.

En particular, ya el considerando n. 55 de la Directiva obliga los Estados miembros a adoptar medidas para garantizar el derecho al resarcimiento de los daños y los criterios para determinar los casos en los que el responsable del tratamiento puede considerarse eximido de responsabilidad¹².

⁷ Es el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el 27 de enero de 1984. La España fue, junto a Suecia, Francia, Noruega y Alemania, uno de los Estados firmantes. Por lo contrario, en Italia este convenio fue ratificado por la ley n.98 del 21 de febrero de 1989).

⁸ Así en el art. 10 que habla de sanciones y recursos "contra las infracciones de las disposiciones de derecho interno que hagan efectivos los principios básicos para la protección de datos enunciados en el presente capítulo".

⁹ De hecho, merece una mención también la Directiva 2002/58/CE de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (profundizada, *ex multis*, da C. FILIPPI, en "Le nuove regole per i servizi di comunicazione elettronica: l'attuazione della direttiva 2002/58. La tutela della riservatezza su internet e reti telematiche" en G. SANTANIELLO (ed.), *La protezione dei dati personali-Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2005, pp.615-659) y la Directiva 2006/24/CE de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

¹⁰ Este aspecto fue remarcado, en épocas más recientes, también por la Corte de Justicia (6.11.2003, C-101/01). Sobre la *ratio* y la finalidad de la directiva 95/46/CE v. D. CALDIROLA, *Il diritto alla riservatezza*, Cedam, Padova, 2006, pp.242-245.

¹¹ Profundiza esta cuestión N. LUPO, cit., 779-780.

¹² Mas precisamente, en el 55° *considerando* se lee "que las legislaciones nacionales deben prever un recurso judicial para los casos en los que el responsable del tratamiento de datos no respete los derechos de los interesados; que los daños que pueden sufrir las personas a raíz de un tratamiento ilícito han de ser reparados por el responsable del tratamiento de datos, el cual sólo podrá ser eximido de responsabilidad si demuestra que no le es imputable el hecho perjudicial, principalmente si

Este principio está reafirmado por el artículo 23 de la Directiva, que establece que el responsable del tratamiento está obligado a reparar el perjuicio sufrido, a menos que haya pruebas de que el hecho dañoso no es atribuible a él. Se afirma, entre otras cosas, que el resarcimiento se debe también por los daños relativos a acciones diferentes del tratamiento ilícito de datos personales, si incompatibles con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva¹³.

Después de la Directiva 95/46/CE, un paso importante para la afirmación del derecho a la privacidad como un derecho "europeo" fue establecido por la Carta de Niza en 2000¹⁴, que introduce entre los derechos fundamentales de la Unión Europea, el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7) y el derecho a la protección de datos personales (art. 8).

Aunque sólo se trata de principios y no de una legislación integral sobre el tema, la Carta de Niza es muy importante por lo menos por dos razones.

En primer lugar, la Carta de Niza no es un "mero" acuerdo entre algunos países (es decir, aquellos que deciden ratificarlo), sino es, en todos los sentidos (y junto con los principios fundamentales de la CEDU), "Derecho de la Unión Europea".

Esto, como consecuencia del Tratado de Lisboa¹⁵, que ha "absorbido" la Carta de Niza a través de un reconocimiento expreso de todos los derechos y principios allí establecidos, y también ha "comunitarizado" la CEDU, cuyas reglas son, en efecto, derecho de la Unión europea¹⁶.

En segundo lugar, la Carta de Niza distingue claramente, colocándolos en dos artículos separados, el derecho a la privacidad (art. 7) y el derecho a la protección de los

demuestra la responsabilidad del interesado o un caso de fuerza mayor; que deben imponerse sanciones a toda persona, tanto de derecho privado como de derecho público, que no respete las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva".

¹³ Así el art. 23 intitulado "responsabilidad" establece:

"1 Los Estados miembros dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido.

2. El responsable del tratamiento podrá ser eximido parcial o totalmente de dicha responsabilidad si demuestra que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño".

¹⁴ La referencia es a la "Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea", nota, como Carta de Niza, en cuanto proclamada en Niza el 7 diciembre 2000, in *G.U.C.E.* del 18 diciembre 2000, n. C 364/10.

¹⁵ El Tratado di Lisboa, que ha modificado los tratados de la Unión europea, hoy renombrados "Tratado de la Unión Europea" y "Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea", aportando significativos cambios, fue firmado el 13 diciembre 2007 y ha entrado en vigor el 1° diciembre 2009, al termino de un largo *iter* empezado en el 2004 con el proyecto de Tratado – Constitución para l'UE.

¹⁶ En el art. 6 TUE se lee: "1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados (...).

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...). 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales".

datos personales (art. 8) acentuando la distinción entre los dos conceptos¹⁷ (esa distinción, de hecho, también surgirá en la legislación italiana sucesiva a la Carta de Niza¹⁸).

En consideración de esto, se puede asumir que la privacidad es el concepto más "antiguo" y tradicional, elaborado por la doctrina para indicar el derecho de cada persona a la protección de la propia intimidad de la interferencia ilegítima de los demás.

En resumen, es el "*right to be let alone*" de la doctrina anglosajona, posteriormente ampliado y profundizado con el fin de englobar cada forma de protección de los pensamientos, de la imagen, del nombre, de la reputación, etc.¹⁹.

Sin embargo, la continua e incesante evolución del concepto de privacidad²⁰ ha llevado a identificar en su interior una serie de derechos que, por sus características y medidas de protección específicas, adquieren hoy una autonomía conceptual y normativa de la que no se puede no dar cuenta.

Estos incluyen, por supuesto, el derecho a la protección de datos personales, cuya "independencia" no quita sentido al concepto de privacidad, pero redefine su contenido²¹.

Aparece razonable, de hecho, la opinión de los que creen que la privacidad debe entenderse hoy como el derecho de la persona a proteger la intimidad de la propia vida privada y no a estar expuesta a la curiosidad de los demás. Sin embargo, en su interior, hay el derecho a la protección de los datos personales, lo que constituye una especificación de la privacidad (porque la protección de datos personales es una manera a través de la cual se realiza el respeto de la vida privada)²².

Nuevas perspectivas se abren hoy con la propuesta de reglamento europeo de 25 de enero de 2012, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos²³, que todavía está siendo considerada por las instituciones a causa de un *iter* bastante difícil.

¹⁷ Remarca este aspecto también M.MURGO, en "Diritti di libertà", en P.GIANNITI (ed.), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, Zanichelli, Bologna, p. 776. V. también, en el mismo volumen, M.PAVONI, *Informazione e stampa*, p. 851, según la cual con la Carta di Niza se hace "*una fondamentale distinzione tra il tradizionale "rispetto della vita privata e della vita familiare" che costituisce l'essenza della privacy intesa come diritto all'intimità della vita privata (art.7) e il diritto alla protezione dei dati personali (art.8) che rappresenta il profilo più innovativo, quello della privacy informativa*". V., todavía, F.TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p.114, lo cual evidencia que "trovano cittadinanza nella Carta di Nizza anche diritti fondamentali c.d. "nuovi" e quelli fortemente connotati da un carattere sociale ed economico quali (...) il diritto alla privacy ed dalla protezione dei dati personali".

¹⁸ V. par.II-1.

¹⁹ C.M. BIANCA, cit., XX.

²⁰ Sobre el pasaje desde el derecho a la Privacy hasta el derecho a la protección de los datos personales, v. R.MONTINARO, *Tutela della riservatezza e risarcimento del danno nel nuovo «codice in materia di protezione dei dati personali»*, en *Giustizia Civile*, 2004, f.5, pp. 247 ss.

²¹ V., por ejemplo, A. GARIBOTTI, *La quantificazione del danno da lesione della privacy di un calciatore*, en *Danno e responsabilità*, 2013, f.3, p. 310, según la cual el concepto de Privacy ahora se identifica en el derecho a la protección de los datos personales, mientras la privacidad conserva su importancia como "*right to be let alone*" entendido como derecho a no ser molestados, ecc. Para la relación entre los dos conceptos v., también, G.P.CIRILLO, "Il nuovo codice in materia di trattamento dei dati personali. Il diritto alla protezione dei dati e gli schemi di riferimento relativi alla tutela dei diritti fondamentali della persona e dei cd. diritti dell'interessato", en G. SANTANIELLO (ed.), cit., pp. 21-29, y G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 4-5.

²² V., para todos, C.M.BIANCA, cit., XX-XXIV.

²³ Da señalar, por exhaustividad, también la propuesta de directiva relativa a la Protección de los datos personales tratados a efectos policiales y judiciales (siempre del 25 de enero 2012). Dicha

En cuanto al reglamento, sin poder profundizar las disposiciones establecidas en el mismo²⁴, parece interesante señalar que el derecho al resarcimiento del daño va a ser aclarado y ampliado.

Aunque manteniendo la misma "estructura" de la Directiva 95/46/CE (que, como se mencionó, establece el derecho al resarcimiento, a menos que el hecho dañoso no sea imputable a la persona responsable del tratamiento de los datos), el nuevo reglamento (si va a ser aprobado) iría aumentar significativamente la protección aquiliana contra el tratamiento ilícito de datos personales.

Por las normas relativas a ese aspecto²⁵ es evidente que hay el derecho al resarcimiento también por los daños causados por los encargados del tratamiento de los datos y no solamente por aquellos causados por los responsables del tratamiento²⁶; también aclara que, si el tratamiento implica más responsables o encargados, todos los responsables o encargados serán responsables solidarios del importe total de los daños. En esta manera, se extiende la responsabilidad a todos los corresponsables y coencargados del tratamiento²⁷.

No hace falta decir, que el inconveniente de esta regla es que la ley prevé que una persona puede ser llamada a rendir cuentas del trabajo de otra persona, como consecuencia de la responsabilidad solidaria. Esto podría generar muchos problemas de aplicación, tanto para la asignación y coordinación de responsabilidades entre las personas implicadas, tanto para el posible problema de identificar las responsabilidades de cada uno, aunque sólo sea para determinar el derecho de regreso por lo que tuvo que pagar en su totalidad, el importe del resarcimiento.

II. LA TRANSPOSICIÓN DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN ITALIA

1. La ley n. 675/1996 y el decreto legislativo n. 196/2003.

Como se ha mencionado, en Italia hay la primera legislación nacional sobre la privacidad en 1996, a través de la Ley n. 675.

Así, Italia va a concretar los muchos proyectos legislativos desarrollados desde los años ochenta y que no tenían éxito, en razón de numerosas resistencias.

La l. 675/1996, de hecho, no es acogida con mucho entusiasmo en Italia, como que la privacidad todavía era vista simplemente como un "derecho a ser dejados solos" y por esta razón se consideraba una cuestión de *elite*, que pertenece a la gente famosa y no es necesaria para la gente común.

directiva se refiere a un sector actualmente excluido de la directiva 95/46/CE y, si aprobada, va a remplazar la decisión-marco en materia (n. 2008/977/GAI).

²⁴ Por una panorámica de los principales objetivos del reglamento y de las críticas planteadas al respecto véase A.H.ORTIZ, *Nuevos tiempos para la protección de datos personales y su repercusión en los despachos de abogados. Breves notas al esperado reglamento europeo de protección de datos*, en esta Revista, num.4, 2014, pp.154-157.

²⁵ La norma dedicada al resarcimiento del daño es al art. 77 (para algunos aspectos imprecisa), sino algunas importantes indicaciones y aclaraciones se encuentran en el 118° *considerando* (aunque análogo al 55° considerando de la directiva 95/46 CE) y sobretodo en la relación que precede el reglamento *sub par. 3.4.8* (v. *infra* en el texto y en la nota siguiente).

²⁶ En realidad la normativa italiana ya ha ampliado la tutela para los daños cometidos por "*chiunque*" (por cualquiera persona). V. par.II.2.

²⁷ Eso emerge expresamente de la relación que precede el texto del reglamento (*sub par.3.4.8*).

Sin embargo, fue un paso necesario, ya que sólo por medio de la legislación sobre el tratamiento de datos personales Italia podía aplicar el Acuerdo de Schengen para la eliminación progresiva de los controles fronterizos²⁸.

Esta ley es sin duda un paso de crucial importancia, ya que recoge las exigencias improrrogables de realizar una legislación integral dedicada al tratamiento de datos personales (mediante el establecimiento, entre otras cosas, de una figura para la protección de esos intereses como el “*Garante per la protezione dei dati personali*”) y, en otros aspectos, representa sin duda una primera transposición resumida de la Directiva 95/46/CE.

Así Italia, que antes estaba en retraso en comparación con otros países, (que desde mucho tiempo tenían una normativa sobre el tema), hoy está paradójicamente a la vanguardia en la adaptación de la legislación nacional al derecho europeo²⁹.

Sin embargo, la l. 675/96 muestra desde su creación varias limitaciones y carencias, a la cuales se intenta remediar a través de una serie de actos complementarios y correctivos.

Esto crea una confusa estratificación normativa que conducirá a la elaboración del decreto legislativo n. 196 / 2003 (es el actual “*Codice della privacy*” italiano), que tiene como objetivo no sólo incorporar en un texto único la normativa (leyes, reglamentos, etc.) sobre el tratamiento de los datos personales (a través de la abrogación de la l. 675/96), sino, al mismo tiempo, completar la transposición de la Directiva 95/46/CE con el fin de ofrecer un instrumento de rápida y fácil consulta y aplicación³⁰.

Así, el actual Código de la *privacy* italiano marca el abandono definitivo de la concepción tradicional de la privacidad, en favor de la afirmación del concepto autónomo y distinto de la protección de los datos personales, basándose en la distinción ya resaltada en la Carta de Niza, proporcionando una normativa unitaria y, lo más detallada posible en la materia³¹.

2. El problema del resarcimiento de los daños: la intención del legislador europeo y las soluciones del legislador italiano.

Como ya se mencionó, la Directiva 95/46/CE prevé el derecho a la reparación del perjuicio sufrido por el tratamiento ilícito de datos personales, tanto en el *considerando* n.55, como en el art. 23³².

Con estas reglas, el legislador europeo tiene la intención de establecer una protección facilitada para el interesado, indicando que él tiene derecho, en todo caso (es decir independientemente de una prueba específica sobre la culpabilidad), a la reparación

²⁸ Remarca este aspecto M. MURGO, cit., 778.

²⁹ V. N.LUPO, cit., 781.

³⁰ L'*iter* legislativo que llevó a la emanación del D.lgs. n.196 del 2003 esta analizado, *ex multis*, por D.CALDIROLA, cit., pp. 92-97.

³¹ V. a este respecto, A. FINESSI, “Il danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali”, en S. DALLE MONACHE (ed.), *Responsabilità civile-danno non patrimoniale*, Utet giur., Torino, 2010, p. 482. De hecho, hay que considerar que la l. 975/96, aunque ocupándose del tratamiento de los datos personales, no contemplaba el derecho a la protección de los datos, como en cambio hay en el actual Código de la *privacy* (l'art.2 del D.lgs. 196/2003 establece que el Código “*garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali*”); v. a este respecto, C.M. BIANCA, cit., XX. Para la distinción entre la privacidad y la protección de los datos personales, v. *sub par. I.*

³² V. *sub par. I.*

de los daños por parte del responsable del tratamiento, salvo prueba contraria (que está a cargo de este último), adecuada para excluir su imputación del hecho dañoso.

Sin embargo, las normas europeas se someten a la voluntad de los Estados miembros por las modalidades con las cuales introduzca este tipo de responsabilidad y el principio de la inversión de *l'onus probandi* en favor del interesado.

La solución adoptada en Italia con la l. 675/1996, y sustancialmente confirmada en el Código de la privacidad de 2003, es, en cierto modo, única.

El artículo 18 de la Ley 675/1996 establece la regla general, mientras el art. 29.9 trata específicamente el daño no patrimonial. Estas reglas están ahora reproducidas en el art.15 del D. Lgs. 196/2003, donde la cuestión de la reparación de los daños está contenida en un artículo único³³.

En relación con la normativa europea, en primer lugar hay que señalar que la legislación italiana no se refiere únicamente a los daños cometidos por el responsable del tratamiento, sino también a los daños cometidos por "*chiunque*", (es decir cualquier persona), por lo tanto quitando las limitaciones relativas al sujeto pasivo que puede ser destinatario de la demanda resarcitoria.

En cuanto a la disciplina, los aspectos más relevantes son dos: a) por un lado, el legislador italiano decidió aplicar el precepto de la Directiva a través de una (simple) referencia al artículo 2050 del Código Civil italiano; b) por otro lado, hay explícitamente, en el Código de la privacidad italiano, el derecho a la reparación del daño no patrimonial, aunque las normas europeas no establecen distinciones en tal sentido.

Estos dos aspectos van a ser examinados en los párrafos siguientes.

III. LA REFERENCIA AL ARTÍCULO 2050 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO SOBRE EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS.

Como se anticipó, en el sistema italiano, la regla sobre el resarcimiento del daño por tratamiento ilícito de datos personales está ahora recogida dentro del artículo 15 del Código de la *privacy*, donde, en la primera fracción, se establece que el resarcimiento se debe "*ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile*".

De esta manera, se evita la introducción de una normativa específica en materia, se prefiere hacer referencia a otra disciplina, es decir aquella relativa a los daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas³⁴.

³³ El art. 15 del D.Lgs. 196/2003 intitulado "*Danni cagionati per effetto del trattamento*" establece:
"1. *Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile.*
2. *Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 1°.*

En realidad, la reunión de la normativa sobre el resarcimiento del daño en un único artículo resolvió dudas de interpretación de no poca importancia (v. G.COMANDÈ, *sub* art.15, en C.M.BIANCA-F.BUSNELLI (ed.), cit., pp. 363-364).

³⁴ El art. 2050 c.c.it., intitulado "Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose" es el siguiente: "*chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*".

El artículo 2050 c.c. it. identifica una hipótesis especial de responsabilidad³⁵ que, a diferencia de la regla general³⁶, exime al afectado de la carga de probar el elemento subjetivo del *fato ilícito*, es decir, la culpabilidad del autor del daño.

La *ratio* de esta disposición se puede encontrar en la necesidad de facilitar la posición del afectado frente a casos en los que la previsibilidad y la probabilidad del daño se consideran intrínsecas.

En cambio, basándose en el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba, el autor del hecho tiene que demostrar "*di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*".

El contenido de esta prueba contraria ha sido objeto de interpretación y aclaración por parte de los tribunales italianos. Por un lado, se afirmó que la prueba liberatoria también puede consistir en la demostración que un hecho de un tercero o del mismo afectado, o un caso fortuito, ha dado lugar a la interrupción de la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el evento. Del otro lado, ha aclarado el carácter "positivo" de la prueba indicada en el art. 2050 c.c.it.: el autor, de hecho, no puede limitarse a demostrar que no ha violado ninguna ley o norma de prudencia común³⁷, sino tiene que demostrar que ha tomado toda la atención y medidas adecuadas para evitar el hecho dañoso³⁸.

En relación a las actividades peligrosas, no existe una lista taxativa: en algunos casos es el legislador que considera expresamente el peligro de la actividad (en estos casos no surjan dudas acerca de la posibilidad de aplicar el art. 2050 c.c.it.)³⁹.

Fuera de estas hipótesis es el intérprete que tiene que determinar si una actividad puede ser considerada peligrosa, sobre la base de una apreciación concreta, caso por caso⁴⁰.

³⁵ Se discute si, en el presente caso, puede hablarse de responsabilidad "*oggettiva*" (independiente de la culpabilidad) o de una presunción de responsabilidad (que considera la culpabilidad ya probada). La cuestión está profundizada in P.ZIVIZ, "Le attività pericolose", en P.CENDON (ed.), *La colpa nella responsabilità civile*, III, Torino, 2006, pp. 153-156 y C.PERFUMI, *Art. 2050 c.c.: ai limiti estremi della colpa*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 2, pp.181-185. V. altresì F. AZZARRI, *Responsabilità presunta, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 5, 1078 ss., que parece no adherir ni a una, ni a otra hipótesis, teniendo en cuenta que también en este caso el elemento subjetivo asume relevancia, aunque bajo un ángulo diferente y anómalo.

³⁶ Se acuerda que la regla general de la responsabilidad civil se encuentra en el art. 2043 c.c.it., según el cual: "*qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*". Entonces, la norma impone al afectado de probar todos los elementos del hecho dañoso, también el dolo y la culpa del autor.

³⁷ Cfr. M.FRANZONI, *Dati personali e responsabilità civile*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, 4-5, pp. 901 ss., y también A. FUSARO, *Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell'art. 2050 c.c.*, en *Rivista di diritto civile*, 2013, 6, p.1360.

³⁸ Por todos estos aspectos, se permite reenviar a S.SCOLA, *Tuffo dove l'acqua è troppo bassa: la posizione del gestore della piscina e l'obbligo di segnaletica*, in *Studium Iuris*, 2013, 6, p. 691.

³⁹ Es el caso de la legislación sobre los accidentes de trabajo o las normas especiales a protección de la incolumidad pública, como el "*Testo Unico di pubblica sicurezza*" (r.d. 18 junio 1931, n. 773) y relativo reglamento.

⁴⁰ V. por ej., Cass. Civ., 26.4.2004 n. 7916, en *Giustizia Civile*, 2005, 12, p.3123 ss. que aclara los criterios por los que una actividad puede ser calificada como peligrosa (en el caso concreto se considera peligrosa, pero solo según algunas condiciones da verificar caso por caso, la gestión de estaciones de esquí). Por cierto, como confirmado también por la jurisprudencia, es peligrosa la producción de fármacos (v. *ex multis*, App. Roma Sez. III Sent., 02/12/2008), como también la eliminación de residuos tóxicos (v. por es, Cass. 1.9.1995, n.9211) o la producción de cilindros de gas (v., *ex multis*, Cass. Civ. 26.7.2012, n.13214). Largo de los años, la jurisprudencia italiana ha extendido mucho la aplicación del artículo 2050 c.c. (entre las decisiones más recientes v., por ejemplo, Cass. Civ., 10.10.2014, n. 21426, en *Corriere Giuridico*, 2015, 7, 923-931, con nota de A.ORIANI (*Gli incerti confini dell'art. 2050 c.c.: l'attività di polizia*), donde se establece que, en determinadas

Entonces, el artículo 15 del Código de la *privacy* italiano presenta una referencia expresa al artículo 2050 c.c. it.

Esto plantea el problema relativo al significado de esta referencia.

Según algunos, esta sería una referencia completa a la normativa sobre las actividades peligrosas en virtud de la cual el tratamiento de datos personales se considera también una actividad peligrosa⁴¹.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina ahora se inclina a la opinión de que la referencia de las reglas sólo se aplica al régimen de prueba indicado⁴².

Esta última solución es compartible.

No hay duda de que el tratamiento ilícito de datos personales, es capaz de poner en peligro el derecho a la privacidad, como derecho de la personalidad.

Y tampoco hay duda de que el derecho a la privacidad adquiere una importancia máxima, encontrando seguramente un reconocimiento en la Constitución italiana⁴³.

Sin embargo, parece difícil equiparar las actividades del productor de pólvora, de fármacos o de cilindros de gas a la actividad de quien trata los datos personales de los demás⁴⁴.

En particular, el concepto de "*attività pericolose*" considerado en el art. 2050 c.c.it. parece referirse a todas aquellas actividades que pueden afectar directamente a la salud de la persona, entendida como la integridad física y psicológica del individuo.

Extender este concepto a todas las actividades que pueden perjudicar cualquier derecho de la persona, aunque constitucionalmente garantizado, puede correr el riesgo de dejar la norma sin un verdadero contenido.

En el presente caso, donde seguramente habría sido oportuno establecer una norma *ad hoc* en lugar de una mera referencia legislativa al art. 2050 c.c., la *ratio* y la intención

circunstancias, también las actividades de policía podrían ser consideradas peligrosas, debido a la naturaleza de los medios utilizados, tales como armas o otros medios de coerción, de igual peligro).

⁴¹ Considera el tratamiento de datos personales como actividad peligrosa, F.BRAVO, "Le condizioni di liceità del trattamento dei dati", en J.MONDUCCI-G.SARTOR (ed.), *Il codice in materia di protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2004, p.65.

⁴² En este sentido, *ex multis*, G.COMANDÉ, cit., pp.380-381; A. FUSARO, cit., pp. 1360 e 1363; M.FRANZONI, cit., 901ss.; P.ZIVIZ, "Patrimonialità vs. non patrimonialità del danno, en R.PANETTA (ed.), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2098-2099; A.FINESSI, cit., pp.491-492.

⁴³ Aunque no expresamente contemplado, el derecho a la privacidad resulta seguramente protegido por la regla general de l'art. 2 Cost. (según la cual: "*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*") como afirmado claramente por la *Corte di Cassazione* (cfr. Cass. Civ. SS.UU., 11.11.2008, n. 26972). Profundiza este aspecto A. BENIGNI en "La lesione all'onore e alla riservatezza come illecito civile" en D. BELLANTONI-A.BENIGNI, *Lesione dei diritti della persona*, Cedam, Padova, 2007, pp. 212-216. Además, otras normas de la Constitución protegen intereses específicos dentro de la privacidad (en particular, los arts 3,13,14,15 y 21).

⁴⁴ V. M.FRANZONI, cit., 901 ss.

del legislador son de dar efecto a la protección de afectados por el tratamiento ilícito de datos personales.

En estos casos, de hecho, la protección aquiliana tiene el riesgo de ser carente de ámbito de aplicación ya que, en la mayoría de los casos, sería muy costoso y difícil para el afectado demostrar la culpabilidad del autor del tratamiento ilícito de datos⁴⁵.

Por lo tanto, el legislador italiano no quiso ampliar la lista de actividades peligrosas, sino solamente indicar, a nivel práctico, el criterio que tiene que ser utilizado para determinar los derechos y cargas de las partes y el contenido de la prueba liberatoria, según la interpretación del art. 2050 c.c. en este sector.

En particular, el autor del hecho dañoso tendrá que demostrar no sólo que se han tomado todas las medidas previstas por el Código de la *privacy*, sino también las impuestas por el Garante o incluidos en los códigos de deontología y buena conducta, así como las otras normas de diligencia que sean impuestas en cada caso⁴⁶.

Ahora falta aclarar cual es el daño resarcible en caso de tratamiento ilícito de datos personales.

IV. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO NO PATRIMONIAL PARA TRATAMIENTO ILÍCITO DE DATOS PERSONALES.

La legislación europea sobre el tratamiento de datos personales establece el derecho al resarcimiento, pero no distingue entre los tipos de daños que son resarcibles.

Sin embargo, la ley italiana, con el art. 15 del Código de la privacidad, señala expresamente que se puede reparar también el daño no patrimonial.

Este aspecto es de gran importancia, ya que, por el tratamiento ilícito de los datos personales, será planteado más frecuentemente el daño no patrimonial (en lugar del daño meramente patrimonial).

Además, esta afirmación no es por nada superflua, habida cuenta de las normas establecidas en el sistema italiano.

Sin poder profundizar el sistema de la responsabilidad civil en el ordenamiento italiano, hay que señalar que el artículo 2043 c.c.it. establece la regla general por la cual “*qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”.

La norma se aplica a cualquier tipo de daño, sin distinciones.

En cambio, el artículo 2059 c.c.it., establece que “*il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*”.

De esto, emerge que el daño patrimonial, es decir el perjuicio económico que legitima el sujeto a obtener una reintegración de su patrimonio, siempre es resarcible, si hay todos los requisitos señalados por el art. 2043 (excepto en los casos especiales que facilitan los afectados, como el art. 2050 c.c., o los casos donde se excluye la responsabilidad del autor del daño por estado de necesidad, legítima defensa, etc.).

⁴⁵ V. también a este respecto G.COMANDÈ, cit., pp.384-386 y A.FINESSI, cit., 495.

⁴⁶ V. A.FINESSI, cit., 496.

Al contrario, el daño no patrimonial es resarcible sólo cuando hay un marco normativo que justifica dicho resarcimiento.

A lo largo de los años, el art. 2059 c.c.it. fue objeto de una progresiva interpretación encaminada a ampliar el alcance de la norma y definir las características de este tipo de resarcimiento.

Aparte del complicado y complejo debate doctrinal y jurisprudencial que se ha determinado, hay que recordar que un punto de referencia determinante, en este sector, consiste en las sentencias "*di San Martino*" de las Secciones Unidas de la *Corte di Cassazione* italiana⁴⁷.

De hecho, la *Cassazione* italiana, a raíz de las sugerencias de la doctrina y de la jurisprudencia, ha confirmado que el daño no patrimonial es resarcible no sólo en los casos en que existe una disposición expresa de la ley que lo prevé (como es el caso del artículo 15 del Código de la privacidad italiano), sino también en todos los casos en los que hay la lesión de un derecho inviolable de la persona reconocidos en la Constitución.

De esta manera fue posible reconocer la existencia de un daño no patrimonial resarcible también en la ausencia de una disposición explícita sobre él.

Además, en relación con el contenido del resarcimiento del daño no patrimonial, la Corte Suprema ha afirmado que se trata de una sola "categoría general", dentro de la cual, sin embargo, podemos distinguir, con fines puramente descriptivos y sin que ello suponga injustificadas duplicaciones resarcitorias, diferentes tipos de daños, tales como daño moral (el cd. *pretium doloris*), o daño "biológico" (daño a la integridad física y psíquica del sujeto) o daño "existencial" (relativo a otros perjuicios a la vida social, pero siempre relacionados a la violación de los derechos inviolables de la persona garantizados por la Constitución).

Se aclaró, también, que el resarcimiento del daño no patrimonial no está exento de límites y, en particular, no se puede otorgar en presencia de un daño "*bagatellare*" (de bajo valor o pequeña importancia).

De hecho, poner como base jurídica del resarcimiento también los derechos inviolables de la persona protegidos en la Constitución, no significa dar importancia a cualquiera (aunque pequeña) violación de los derechos constitucionales inviolables.

En primer lugar se efectuará una evaluación concreta (analizando las maneras específicas en que la lesión de la ley se produjo) y no en abstracto (sobre la base de un "mero" conflicto con los datos normativos).

Por otra parte, con referencia específica a los daños sufridos, cuya demostración pertenece al afectado, debe ser considerada la lesión determinada en concreto por el afectado y los daños causados como resultado de esa lesión.

Se niega, por lo tanto, el concepto de daño *in re ipsa*, a favor de la evaluación del cd. *danno-conseguenza*, que debe ser indicado y probado como consecuencia del hecho dañoso.

Es precisamente sobre este punto que la doctrina y la jurisprudencia italianas han identificado los criterios para el reconocimiento del derecho a la reparación de los daños, ya que el daño resarcible no siempre coincide con el daño sufrido por el afectado.

⁴⁷ Se hace referencia a las cuatros decisiones Cass. Civ. SS.UU. nn. 26972/3/4/5 de 11.11.2008.

El daño resarcible, de hecho, es solamente el daño que supera un cierto límite, que no se indique expresamente por la ley, ni se puede determinar de antemano, sino que se basa en el balance entre los principios de la solidaridad y de la tolerancia.

Por un lado, la solidaridad entre los ciudadanos obliga a reparar los perjuicios causados a los demás, de acuerdo con las normas establecidas por la responsabilidad civil.

Por otro lado, la tolerancia requiere de negar el resarcimiento en frente a las infracciones mínimas e insignificantes que no afectan el núcleo inviolable del derecho infringido, sino simplemente ofenden la sensibilidad de los individuos o representan meras molestias e inconvenientes que todo el mundo está obligado a soportar en virtud de la convivencia civil dentro de la sociedad⁴⁸.

Entonces, estas condiciones permiten encuadrar el resarcimiento del daño establecido en el artículo 15 del Código de la privacidad (y, en particular, la previsión de la segunda fracción del art. 15) con el fin de entender la solución del legislador italiano y las consecuencias en el ámbito de aplicación.

Seguramente, la disposición expresa no crea ninguna duda de que el daño no patrimonial puede ser reparado.

Sin embargo, es cuestionable si esta previsión no es inútil ya que, como se mencionó anteriormente⁴⁹, la privacidad es protegida por la Constitución y no parece necesaria una disposición expresa por la ley.

De hecho, muchos factores demuestran cómo la norma es necesaria y por nada inútil.

De esta forma, no sólo se evitan las incertidumbres asociadas a la interpretación del artículo 2059 c.c. it. en relación con los valores constitucionales, sino que se identifica una hipótesis de resarcibilidad del daño no patrimonial mucho más fácil para la parte perjudicada, gracias a la referencia al art. 2050 c.c.it.⁵⁰

Ahora, de hecho, no hay duda de que el artículo 2050 c.c. it. puede ser aplicado junto con el artículo 2059 c.c.it., así como también por el resarcimiento de daño no patrimonial se puede evitar la prueba del elemento subjetivo, si es la ley que lo prevé (como en este caso)⁵¹.

Entre otras cosas, el artículo 15 del Código de la *privacy* establece expresamente que el resarcimiento del daño no patrimonial se debe "*anche*" (es decir también) por las infracciones del artículo 11; en esta manera se extiende expresamente el alcance de esta norma a todos los modos de tratamiento de datos personales y no sólo a las hipótesis de delitos previstos en el Código de la privacidad⁵².

⁴⁸ Estas cuestiones se abordan por muchos autores. Entre la mas importante doctrina italiana, v., por todos, E.NAVARRETTA, "Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale", en E. NAVARRETTA (ed.), *Il danno non patrimoniale-Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 36-40.

⁴⁹ V. par.III.

⁵⁰ V. A. FINESSI, cit., pp. 511-512.

⁵¹ Esto fue afirmado claramente por la *Cassazione* italiana, la cual especificó que el sistema de la responsabilidad civil, a diferencia de aquello penal, prevé la posibilidad de probar un elemento del hecho dañoso mediante presunciones, tan que resulta injustificado no aplicar este criterio también al resarcimiento del daño no patrimonial (así, Cass. Civ. 27.2.2003, n.7283).

⁵² Esto fu aclarado por la jurisprudencia: v., por. ej., Cass. Civ. 15.7.2014, n.16133, según la cual el resarcimiento del daño no patrimonial no puede referirse solamente a las hipótesis de delito (artt.167 ss.cod.privacy). En el mismo sentido también C. BALDASSARRE, *Protezione dei dati personali ed art. 2050 c.c.*, en *Danno e responsabilità*, 2013, 4, p.405.

La disposición legal expresa, por lo tanto, favorece al afectado que puede valer más fácilmente su derecho al resarcimiento.

Sin embargo, también por el daño no patrimonial para el tratamiento ilícito de los datos personales hay que aplicar los principios generales de los que hemos dicho antes.

En primer lugar, aunque si el resarcimiento de los daños (tanto patrimonial, como no patrimonial) está expresamente previsto por el artículo 15, no puede faltar una evaluación del alcance de la lesión y los intereses afectados en el caso concreto.

Así, aunque en presencia de una norma clara sobre el punto (como aquí), se considera todavía necesario comprobar, cada vez, la lesión de uno de los derechos inviolables de la persona previstos en la Constitución y protegidos por el Código de la Privacidad, ya que está en función de estos derechos que también se prevé la tutela resarcitoria⁵³.

En segundo lugar, se debe establecer y probar que el daño ha superado una cierta "*soglia*".

En este sentido, se habla ahora de "*soglia di risarcibilità*" para significar el límite de la lesión que debe superarse para que el daño sea relevante y resarcible⁵⁴. De lo contrario, el afectado tendrá que soportar de hecho el perjuicio sufrido, en el marco del balance entre los principios de la solidaridad y de la tolerancia (que se ha mencionado más arriba)⁵⁵.

Estas opiniones son ampliamente compartibles: la aplicación acrítica e incondicional de la norma correría el riesgo de desnaturalizar su función y contradecir su *ratio*, haciendo de esta forma de protección una cláusula general a través de la cual poder reparar fácilmente cualquier mínima irrelevante violación de la privacidad⁵⁶.

Por último, hay que señalar que la disposición expresa del artículo 15 del Código de la *privacy* no significa que fuera de los casos contemplados en esta norma el daño no patrimonial no sea resarcible recurriendo a los principios constitucionales que protegen la privacidad, *in primis* el art. 2 de la Constitución.

Sin embargo, en este último caso, el afectado, obviamente, no podrá aprovechar de la facilitación probatoria aportada por el art 2050 c.c.it. sino tendrá que demostrar también la culpabilidad del autor del hecho dañoso⁵⁷.

V. LA PRUEBA DEL DAÑO POR ILÍCITO TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y SU CUANTIFICACIÓN: LAS SOLUCIONES ADOPTADAS POR LOS TRIBUNALES ITALIANOS.

Desde la entrada en vigor de la normativa sobre la privacidad, los tribunales italianos han tenido varias oportunidades para abordar la cuestión de la reparación de los daños por tratamiento ilícito de datos personales, con resultados para ciertos aspectos discordantes⁵⁸.

⁵³ V. A. FUSARO, cit., p. 1361.

⁵⁴ V. por ej. R.MONTINARO, cit., pp. 247 ss.

⁵⁵ Para la aplicación de este principio, v. *infra*, al par. siguiente.

⁵⁶ A ese respecto v., también, E. PELLECCCHIA, *Indagini sulla solvibilità e violazione delle regole sul trattamento delle informazioni personali*, en *Danno e responsabilità*, 2003, p.288.

⁵⁷ V., por ej. A.FUSARO, cit., p. 1362, y también M. FRANZONI, cit., 901 ss.

⁵⁸ Además de las decisiones que se mencionarán a continuación, se señalan: Trib. Mantova, 24.11.2009, donde se concede el resarcimiento *ex art.* 15 Cod. Privacy para la divulgación por un

Un primer perfil importante se refiere a la prueba del daño sufrido⁵⁹.

Entonces, en el pasado muchas de los pronunciamientos identificaron el daño sufrido con el hecho perjudicial, independientemente de una prueba específica sobre las consecuencias dañosas del tratamiento ilícito de datos personales.

De esta manera, por lo tanto, la jurisprudencia consideraba este daño casi como un daño *in re ipsa*⁶⁰, sin la necesidad de una prueba específica sobre él.

Estas sentencias, ya fuertemente criticadas por la doctrina a causa de la falta en términos de pruebas⁶¹, deben considerarse hoy superadas.

De hecho, la jurisprudencia más reciente, a partir de las Secciones Unidas del 2008⁶², es muy clara en afirmar que el daño causado por el tratamiento ilícito de datos personales no es *in re ipsa*, sino que es un daño-consecuencia que debe ser indicado y probado por el afectado.

En este sentido, de hecho, son las sentencias más recientes⁶³.

operador sanitario de datos sensibles relativos a la salud de un paciente; Trib. Milano, 19.5.2005, en *Danno e responsabilità*, 2006, f.12, pp. 1247-1253, con nota de M.BARONI (*Funzione, prova e quantum della riparazione del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*) que considera legítimo el resarcimiento del daño no patrimonial cuando sea probado el estado de ansiedad y preocupación causados por la publicación de datos que permite la reaparición de sujetos que, en el pasado, habían amenazado y atacado los afectados; Trib. Bologna, 18.3.2005, n. 2061, en *Famiglia, Persone e Successioni*, 2005, f.6, p.467, con nota de I.AMBROSI, donde se excluye el resarcimiento del daño por la divulgación de datos “*provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque*”, porque en este caso no es necesario el consentimiento del interesado para sus divulgación. Cuanto a las modalidades con las cuales puede manifestarse el daño, la *Corte di Cassazione*, en una reciente sentencia, ha aclarado que puede haber un tratamiento ilícito de los datos personales, también cuando no se especifica el nombre de la persona en cuestión, siendo suficiente que la misma se pueda identificar fácilmente entre una categoría de personas (Cass. Civ., 27.1.2014, n.1608 en www.altalex.com con nota de M. IASELLI (*Privacy violata: casi in cui sono configurabili danno morale ed esistenziale*)).

⁵⁹ Profundiza el problema, *ex multis*, G.FINOCCHIARO, cit., pp. 108-110.

⁶⁰ Algunos pronunciamientos de los tribunales italianos, hoy superados, parecen prescindir del accertamiento del daño sufrido: v. a este respecto, Trib. Orvieto, 22.11.2002 en *Danno e responsabilità*, 2003, pp.281-290, con nota de E. PELLECCIA, cit., donde se evidencia la falta de prueba y el riesgo de duplicaciones resarcitorias que están en contra del concepto de resarcimiento como reparación. Parecen seguir la concepción de daño *in re ipsa* también las siguientes decisiones: Trib. Torino, 9.2.2004, comentada por A.SIROTTI GAUDENZI, *Il trattamento illecito dei dati personali può determinare uno sviamento degli utenti*, en *Guida al Diritto*, 2004, 17, 57 ss.; G.d.P. Napoli, 10.6.2004, en *Danno e responsabilità*, 2005, 659-675, con nota de E.O.POLICELLA; G.d.P. Napoli, 26.6.2004, en *La Responsabilità Civile*, 2004, pp. 82-83, con nota de G.FACCI; Trib. Milano, 13.4.2000, en *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2000, f.3, pp. 469 ss. con nota de S.SICA (*Danno morale per lesione della privacy: domicilio ed essenzialità della notizia*), donde se analiza la relación entre derecho a informar, el delito de *diffamazione* y el tratamiento ilícito de datos personales. El Tribunal de Milán, condena un conocido periódico nacional tanto al resarcimiento del daño no patrimonial como consecuencia del delito de *diffamazione*, como al resarcimiento del daño no patrimonial por ilícito tratamiento de datos personales (en el caso concreto, por la divulgación, sin justificado motivo, del domicilio privado del afectado).

⁶¹ Analiza estas decisiones, remarcando la falta de prueba del daño, G. FINOCCHIARO en *La tutela cautelare e reintegratoria nel nuovo Codice per la protezione dei dati personali e nella giurisprudenza*, en *Diritto dell'Internet*, 2005, f.1, pp.88-90.

⁶² Se hace referencia, todavía, a Cass. Civ. SS.UU., 11.11.2008, n. 26972.

⁶³ Por las decisiones de la S.C., v. por todas, Cass. Civ., 5.9.2014, n.18812. Entre las pronunciamientos de los tribunales, v., ad es., Trib. Bari, 23.7.2010, donde se condena una Banca para haber indicado en la *centrale dei rischi* des sujetos, aunque si la posición deudora estaba cerrada desde mucho tiempo. Este tribunal, aclarando que la prueba liberatoria *ex art. 2050* por la banca es muy rigurosa porque

Sin embargo, cuanto a la necesidad de la prueba, esto no significa que el daño no puede ser probado por presunciones y, en particular, a través de la prueba testimonial.

Esto fue aclarado por el Tribunal de Milán, en una célebre decisión relativa al daño sufrido por un famoso jugador de fútbol italiano como resultado de ilegítimas escuchas telefónicas⁶⁴, y confirmado por la Corte Suprema, también recientemente⁶⁵.

Otro problema se refiere a la determinación de los daños resarcibles.

Interesantes en este sentido son dos sentencias relativas a la "*privacy condominiale*", donde se encontró que la evaluación del daño debe realizar un juicio de proporcionalidad para balancear el interés perseguido por el de tratamiento de datos y el derecho del sujeto a la protección de estos datos, ya que sólo cuando el modo de tratamiento de dichos datos es desproporcionado en relación con el fin perseguido, será legítima la demanda de resarcimiento⁶⁶. Por lo tanto, basándose sobre este criterio, se concedió el resarcimiento por una ilegítima publicación de los nombres de condóminos morosos en la entrada del condominio (visibles para todos), ya que el propósito fijado (es decir, dar la información a los otros condóminos) podría hacerse de manera menos agresiva⁶⁷.

El problema de equilibrar los diferentes intereses en juego se plantea en otros pronunciamientos⁶⁸.

“non è sufficiente la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge o di comune prudenza, ma è necessaria la dimostrazione di aver impiegato ogni cura o misura atta a impedire l'evento dannoso e quindi il pregiudizio per il danneggiato che può essere tanto patrimoniale, tanto non patrimoniale” (v. par. III), precisa que el daño no es *in re ipsa*, sino tiene que ser probado, también a través presunciones (como en este caso). V., también, Trib. Perugia, 24.2.2015, che niega el resarcimiento tan del daño patrimonial, tan del daño no patrimonial por “*spamming*” (envío de comunicaciones à carácter comercial, no demandadas ni solicitadas) por la falta de prueba. V., todavía, Trib. Mantova, 5.8.2009, donde se recuerda que el daño no es *in re ipsa* y, al mismo tiempo, se aclara que el resarcimiento del daño es un remedio subsidiario que tiene que ser otorgado solo cuando los otros remedios (como la rectificación o la cancelación de los datos) son insuficientes. En cuanto a la repartición del *onus probandi*, interesante Cass. Civ., 26.6.2012, n.10646, en *Danno e responsabilità*, 2013, 4, pp. 399-408 con nota de C. BALDASSARRE (cit.), donde se afirma que, en caso de custodia de datos personales, la carga de probar la falta de custodia es del autor del daño. Sin embargo, si los datos fueron ya divulgados en una época anterior, es el afectado que tiene que probar que la divulgación sea imputable al custodio de dichos datos.

⁶⁴ Trib. Milano, 3.9.2012, n.9749, en *Danno e responsabilità*, 2013, 51-61 con nota de R.FOFFA (*Il caso Vieri: quanto vale la lesione della privacy*), y también, en la misma revista, 2013, 309-317, con nota de A.GARIBOTTI, cit. La sentencia evidencia que el daño fue probado por testigos, los cuales han probado el indudable sufrimiento del afectado por la violación de su privacidad, como resultado de ilícitas escuchas telefónicas.

⁶⁵ V. Cass. Civ., 14.8.2014, n.17974, en *Diritto & Giustizia*, 2014, f.1, p.32 con nota de R.VILLANI, donde se confirma que la prueba del daño puede ser también por presunciones, con prueba testimonial (en este caso fue probado por testigos que el afectado había sufrido un relevante daño no patrimonial consistente en la alteración de su equilibrio psicológico por efecto de la divulgación de propios datos personales). En el mismo sentido, también Cass. Civ., 26.9.2013, n.22100.

⁶⁶ Así, Cass. Civ., 4.1.2011, n. 186 e Trib. Potenza, 27.1.2010, en *Danno e responsabilità*, 2011, 131-145 con notas de R.FOFFA (*L'illiceità dell'esposizione in bacheca degli elenchi di condòmini morosi*) y de F. SALVATORE (*Responsabilità per illecito trattamento dei dati personali*).

⁶⁷ Sin embargo, de verdad, en la decisión del Tribunal de Potenza, el aspecto inherente a la prueba del daño parece un poco subestimado (así, R.FOFFA, *L'illiceità dell'esposizione in bacheca degli elenchi di condòmini morosi*, cit., 138).

⁶⁸ V., por ej., Cass. Civ., 26.6.2012, n.10646, en *Danno e responsabilità*, 2013, 4, pp. 399-408 con nota de C. BALDASSARRE (cit.), donde se remarca que la tutela de la privacidad tiene que ser balanceada con el interés público, el derecho de la colectividad a la información, etc.

Particularmente interesante en este sentido es una sentencia reciente respecto al uso, dentro de un proceso, de los datos personales de una tercera persona (que no es parte en la controversia)⁶⁹.

En esa ocasión, de hecho, la S.C., en aplicación del artículo 24 del Código de la Privacidad (donde se indican los casos en los que el tratamiento de datos se puede realizar sin el consentimiento del interesado), establece que el uso en juicio de los datos de un tercero puede ser legítimo si es relevante para la tesis de la defensa y si no supera su finalidad, es decir, si se utiliza solamente como medida necesaria para el ejercicio legítimo y equilibrado del derecho de defensa. De toda forma, es el juez del caso concreto quien tiene que evaluar el equilibrio de los intereses en juego, sobre la base de su apreciación serena y equilibrada.

También en este contexto, se encaja el problema, antes mencionado, de la cd. "*soglia di risarcibilità*".

En este sentido, la S.C. italiana, con una pronunciación muy articulada del año pasado⁷⁰, ha afirmado claramente que es resarcible solamente el daño que supera un cierto límite, que se determina cada vez, en función del caso concreto.

Así, la *Cassazione*, retomando la cuestión del balance entre los principios conocidos de la solidaridad y de la tolerancia, considera necesaria una doble comprobación: la primera se refiere a la "*gravità della lesione*" (gravedad de la lesión), es decir el hecho dañoso en sí mismo considerado; la segunda se refiere a la "*serietà del danno*" (importancia del daño) y considera las consecuencias producidas por esa lesión⁷¹.

Si después este doble "*vaglio di risarcibilità*" se considera superado el "umbral" de tolerancia prescrito para la vida armoniosa de la sociedad, se podrá conceder un resarcimiento. En caso contrario, tendrá que negar el resarcimiento, pero se podrá, sin embargo, contrarrestar el perjuicio sufrido a través de otros remedios preventivos e inhibidores establecidos por la ley⁷².

Por último, no menos importante, la cuestión de la cuantificación de los daños.

En este sentido se ha indicado en este ámbito que hay un alto riesgo, no considerado por algunos tribunales ⁷³, de incurrir en "*duplicazioni risarcitorie*" (duplicaciones de resarcimientos).

⁶⁹ Así Cass. Civ., 3.4.2014, n.7783 en *Famiglia e diritto*, 2015, 1, pp.31-37 con nota de A. CARRATTA (*Diritto di difesa e privacy del terzo: un difficile (ma necessario) bilanciamento*).

⁷⁰ Cass. Civ., 15.7.2014, n.16133, en *Danno e responsabilità*, 2015, f.4, pp. 339-356, con nota de V. CECCARELLI (*La soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*) y M. NITTI (*La valutazione della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" nel risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della privacy*).

⁷¹ V., a este respecto, V. CECCARELLI, cit., 344-347, la cual aclara que la gravedad de la lesión es un "*metro di selezione*" de los daños no patrimoniales (relevantes por el resarcimiento), mientras la importancia del daño se refiere a su cuantificación.

⁷² De hecho, la S.C. aclara que, aunque si se niega el resarcimiento, es todavía posible conceder otros remedios, como la prohibición del uso de los datos personales tratados en violación del Código de la *privacy* (cfr., también, Mantova, 5.8.2009, cit.).

⁷³ V. Trib. Latina, sez. dist. Terracina, 19.6.2006, n.252 en *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, f.4-5, pp.798 ss. con nota de F.BRAVO (*Invio di sms commerciali e risarcimento del danno da illecito trattamento di dati*). En esta ocasión se liquida de manera desproporcionada (€ 9.000 para nueve mensajes-sms) el daño sufrido por un usuario con la recepción de mensajes indeseados por parte de una compañía telefónica. La decisión es criticada por la doctrina por al menos dos razones: en primer lugar la excesiva liquidación del daño lleva a creer que su función sea no solo reparadora, sino también disuasoria; en segundo lugar, no hay prueba del daño, sino parece que hay una

A veces, un solo hecho puede ser una fuente de muchas lesiones, relevantes en términos de protección de datos personales, de protección de la imagen, de protección del derecho a un nombre, etc.

Sin embargo, también es este caso, la cuantificación tiene que ser unificada para evitar la fragmentación de los daños y la ilegítima duplicación de los resarcimientos⁷⁴, teniendo en cuenta que el resarcimiento debe reparar una lesión y nunca puede enriquecer injustamente al afectado.

Además, las sentencias que son carentes de una evaluación específica del daño llevan el riesgo de tomar una función sancionadora y punitiva⁷⁵ y, obviamente, esto contrasta con el sistema de la responsabilidad civil y con la función del resarcimiento del daño, que, incluso en el presente caso, siempre es reparadora y nunca puede ser punitiva.

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Las breves observaciones anteriores muestran cómo el problema de la protección de la privacidad, y en particular la protección de los datos personales es verdadero y actual.

Ciertamente, las indicaciones de la Directiva 95/46/CE dejan un considerable margen de maniobra a los Estados miembros en la elección de las medidas para reparar el daño.

La decisión del legislador italiano de referirse al art. 2050 c.c. sobre el ejercicio de actividades peligrosas, parece sin duda convincente y eficaz en términos de aplicación (ya que determina la inversión de la carga de la prueba), pero parece también criticable en el plan sistemático, ya que, como hemos visto, el tratamiento de datos no parece configurarse como una actividad peligrosa y habría sido (quizás) mejor introducir una norma específica sobre este punto, en lugar de hacer una mera referencia al artículo 2050 c.c.it.

De toda forma, la relevancia del tema es conocida también por el legislador europeo, que ha ideado la propuesta de un reglamento único para todos los Estados miembros, lo que (si es aprobado) conduciría a la abrogación de la Directiva 95/46/CE, considerada hasta hoy "la piedra angular de la legislación vigente de la UE en materia de protección de datos"⁷⁶, así como todas las normativas nacionales incompatibles con ello, y daría lugar a una uniformidad completa y casi definitiva (teniendo en cuenta la aplicación inmediata del reglamento europeo, sin "filtro" de las autoridades nacionales), del derecho a la protección de datos personales en toda Europa⁷⁷.

confusión entre el perfil de la culpabilidad y aquello de la evaluación del daño (v. F.BRAVO, cit., pp.798 ss.). Remarca esto aspecto también V. CALDERAI, en *Il danno non patrimoniale da lesione dell'identità e della riservatezza e il trattamento illecito dei dati personali*, en E.NAVARRETTA (ed.), cit., p.287, la cual señala que la pronuncia no efectúa un balance entre los principios de solidaridad y tolerancia, sino concede un resarcimiento que parece carente de una válida motivación sobre la prueba del daño. V., también, Trib. Brescia, 4.3.2013, según la cual el envío reiterado y no autorizado de material publicitario a un profesional, configura un ilícito tratamiento de datos personales que determina el resarcimiento del daño, también moral, sufrido por el titular de los datos (sin embargo, también esta decisión parece un poco carente relativamente a la prueba del daño).

⁷⁴ V. CALDERAI, cit., p.285.

⁷⁵ Dichos aspectos son remarcados por B. MASTROPIETRO, en *Il danno da illecito trattamento dei dati personali nel quadro dei recenti orientamenti in materia di danno non patrimoniale*, en *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, p.684, p.689.

⁷⁶ Esto se lee en la relación que precede la propuesta de reglamento.

⁷⁷ Por la cuestión del resarcimiento del daño v. *supra*, par I.

No faltan, sin embargo, los críticos de esta solución, ya que el presente reglamento establece excepciones amplias que permiten a los estados introducir leyes que pueden limitar los derechos y obligaciones indicados en el mismo.

Además, el reglamento, aunque exhaustivo y detallado, nunca puede encontrar una aplicación directa y completa para ciertos sectores, como las sanciones penales, por la falta de competencia de la Unión Europea. Por lo tanto, al menos en este aspecto, seguiremos teniendo diferentes normativas⁷⁸.

En cualquier caso, a la espera de conocer las decisiones que se harán a nivel europeo, corresponde a las normas nacionales comprender plenamente la *ratio* y los objetivos fijados por la Directiva 95/46 CE para establecer un sistema adecuado de protección que sea eficaz y satisfactorio para el afectado en caso de tratamiento ilícito de los propios datos personales.

⁷⁸ V., a este respecto, O.POLLICINO-G.TROIANO, *Regolamento Europeo sulla Privacy, ancora in discussione*, en www.diritto24.ilsole24ore.com.

CONTRIBUTION OF THE ECTHR CASE LAW WITH REGARD TO ENVIRONMENTAL PROTECTION ISSUES

DR. HARICLIA ATHANASSOPOULOU
Lawyer
Senior Investigator at the Greek Ombudsman

Fecha de recepción: 21 de julio de 2015

Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2015

ABSTRACT: The ECHR is used as a tool for indirect protection of the rights enshrined in the environment, through Article 8, which guarantees respect for private and family life of the individual. To offer effective protection, this article is combined with article 2 for the right to life and Article 10 on freedom of expression. Additionally, article 1 par. 1 of the First Additional Protocol to the ECHR is taken into account for the protection of individual property along with environmental protection.

Indirect protection of the environment entails two categories of provisions: on the one hand, provisions aimed at protecting the individual and, in particular, its physical integrity, its personality and its living space; on the other hand, provisions that team up protection of property of individuals with environmental protection.

According to the relevant judgments of the EctHR, public authorities are obliged to take measures in order to avoid accidents arising from either dangerous activities or natural disasters; in addition, the legal system should provide a mechanism of accountability for perpetrators who fail to act immediately or do very little to address environmental risks. In some cases, the authorities also have to adopt positive measures aimed at respecting environmental rights.

Protection of property of individuals is of particular importance in the context of the ECHR; limitations to the right of ownership or complete deprivation thereof, in the form of forced expropriation, on the grounds of protection of the natural environment or public interest, should always be done according to the legal provisions and prior payment of compensation, taking into account the general principles of international law, such as the principle of proportionality. The EctHR has also pointed out, in environmental cases, the need to achieve a fair balance between the requirements of public interest and the requirements for the protection of fundamental rights of the individual.

KEY WORDS: Compensation, environmental accident, Environmental information, environmental protection, European Convention of Human Rights (ECHR), European Court of Human Rights (EctHR), EctHR environmental protection, Expropriation, neighbouring nuisances, noise pollution, natural disasters, property (the right to)

SUMARIO: 1. ENVIRONMENTAL PROTECTION WITH THE INDIVIDUAL AS STARTING POINT- INDIVIDUALISTIC APPROACH. *1.1 THE PROTECTION OF LIFE – PRESERVATION OF PHYSICAL INTEGRITY. 1.2. THE PROTECTION OF PRIVATE AND FAMILY LIFE AND THE HOME. 1.3. PROTECTION OF URBAN AND NATURAL ENVIRONMENT - KYRTATOS V GREECE. 1.4. ACCESS TO ENVIRONMENTAL INFORMATION.* 2. ENVIRONMENTAL PROTECTION WITH THE PROPERTY AS STARTING POINT - APPROACH THROUGH THE GENERAL INTEREST AND THE LIMITATIONS ON THE PROPERTY. *2. 1. THE PROTECTION OF THE NATURAL ENVIRONMENT AND BUILDING LIMITATIONS. 2.2. DEPRIVATION OF PROPERTY DUE TO PUBLIC INTEREST – EXPROPRIATION. 2.3. THE PRESUMPTION OF “AUTO-COMPENSATION”.* ADDENDUM. ABBREVIATIONS.

The right to a healthy environment is not an explicit provision in the European Convention on Human Rights; despite efforts to integrate in an additional protocol the rights of individuals to a healthy and sustainable environment, no such provision has been established. For that reason, Article 8 of the ECHR, which guarantees respect for private and family life of the individual, is used to institute an indirect protection of the rights enshrined in the environment. To offer effective protection, this article is combined with article 2 for the right to life and Article 10 on freedom of expression.

Additionally, article 1 par. 1 of the First Additional Protocol to the ECHR is taken into account for the protection of individual property¹ along with environmental protection. Consequently, the indirect protection of the environment originates from the provisions of four articles.

Finally, an important aspect is access to justice for environmental protection issues through violation of Article, par. 1, right to a fair trial, in conjunction with Article 13 of the ECHR concerning the right to an effective remedy, without limiting itself to merely jurisdictional and procedural requirements.

1. ENVIRONMENTAL PROTECTION WITH THE INDIVIDUAL AS STARTING POINT- INDIVIDUALISTIC APPROACH.

In the field of ECHR, we notice indirect protection of the environment through two categories of provisions: on the one hand the provisions aimed at protecting the individual and, in particular, its physical integrity, its personality and its living space, also taking into account its mental health as affected by a healthy high quality environment; on the other hand the provisions that bring together the protection of property of individuals with environmental protection.

1.1 THE PROTECTION OF LIFE – PRESERVATION OF PHYSICAL INTEGRITY.

Article 2 of the ECHR safeguards the right to life. The ECtHR ruled that public authorities have an obligation to take measures to ensure the rights protected by the Convention. This positive obligation of the Member States may be applied in cases of dangerous activities such as nuclear testing, chemical manufacturing facilities, polluting with toxic gases, or activities related to depositing toxic waste, whether these activities are undertaken by the state or by private companies¹. The extent of obligations of public authorities depends on different factors such as the degree of risk of the activities and whether they can cause damage to the health or life of people².

In *Makaratzis v Greece*, the ECtHR held that certain activities which pollute the environment have a level of risk high enough to lead to loss of life; however, for violation of Article 2, life loss is not required, just the fact that the activities of public authorities could lead to loss of life³.

In another case, 39 people died after an explosion at a landfill near the municipality where they resided and had illegally built their dwellings. Despite the fact that, two years before the accident, qualified experts had filed a report on methane explosion hazard and the local municipal authorities were aware of it, they had not taken any security measures for neighbouring residents⁴. The ECtHR held that the authorities were obliged to take preventive measures to protect people living near the landfill. Accordingly, there has been a violation of Article 2 of the ECHR, and also the court found that local authorities should

¹ ECtHR *Oneryildiz v Turkey* judgment of 30/11/2004, par. 71.

² ECtHR *Oneryildiz v Turkey* judgment of 30/11/2004, par. 73.

³ ECtHR *Makaratzis v Greece*, judgment of 20/12/2004, par. 49.

⁴ ECtHR *Oneryildiz v Turkey* judgment of 30/11/2004, par. 18,19,20,21,29.

have informed residents about the risks involved if they installed their shanties near the landfill (dump)⁵.

Subsequently, the ECtHR has ruled that States are obliged to take preventive measures even in the event of natural disasters, although they cannot always predict the size of such a disaster. Such predictions can be more accurate in the case of hazardous facilities, where the State must set risk warning and defence mechanisms. Especially in *Boudaieva v Russia*, the authorities should have warned the citizens and activated an evacuation strategy and emergency assistance for the affected region, as the persistent rain and mud resulted in the death of several residents in the area⁶.

In a similar case, the applicant complained that the State failed to take preventive measures to protect the life of excursionists who were camping on a campsite, which flooded following bad weather and heavy rainfall. The ECtHR held that there was no violation of Article 2 of the Convention, not because this Article does not apply to natural disasters, but because one applicant had already received compensation from the national courts and the other applicants had not exhausted domestic remedies before resorting to the ECtHR⁷.

It follows, therefore, that public authorities must take measures, by specific provisions and a clear legislative framework, in order to avoid accidents arising from either dangerous activities⁸ or natural disasters resulting in loss of life of the inhabitants of a region. This legal framework should establish the security and control of such activities, taking into account the degree of risk of such a facility, the public's right to know and access to information and, in case of extreme weather events, the immediate activation of Civil Protection Mechanism⁹. Finally, the legal system should, in case of damage, provide a mechanism of accountability for perpetrators who failed to act immediately or did very little to address the risk¹⁰.

1.2. THE PROTECTION OF PRIVATE AND FAMILY LIFE AND THE HOME.

Article 8 of the ECHR concerns the respect for private and family life and safeguards the quality of life along with the enjoyment of a healthy environment within the vital space of the individual, his/her family life and home. Violation of Article 8 of the ECHR concerns environmental damage, which directly affects the sphere of private and family life or the home of the individual. The ECtHR has to assess whether there is a causal link between the activity and the harmful impact on the individual, and if the harmful impact has resulted in injury. The injury and its size depend on the circumstances of each case, such as the intensity and duration of pollution and environmental damage, taking into account the impact on the physical and mental health of the individual in the scope of a general environmental degradation.

The case law of the ECtHR is remarkable in matters of neighbouring nuisances and contributes to the strengthening of the protected right under Article 8 of the European Convention on Human Rights.

In the judgment *Arrondelle v United Kingdom*, 15.07.1980, the Commission concluded that noise and in general pollution affecting the human personality and jeopardizing the enjoyment of the right of the home ... could be construed as interventions in conflict with the respect for the right to private and family life under Article 8 of the Convention¹¹.

⁵ ECtHR *Oneryildiz v Turkey* judgment of 30/11/2004, par. 69-74.

⁶ ECtHR *Boudaieva and others v Russia*, judgment of 20/03/2008, par. 135.

⁷ ECtHR *Murillo Saldias v Spain*, judgment of 28/11/2006.

⁸ ECtHR *Oneryildiz v Turkey* judgment of 30/11/2004, par. 129-132.

⁹ ECtHR *Oneryildiz v Turkey* judgment of 30/11/2004, par. 129-132.

¹⁰ ECtHR *Oneryildiz v Turkey* judgment of 30/11/2004, par. 129-132.

¹¹ Judgment of 25/07/1980, Commission on Human Rights (case no. 7889/1977), which ultimately ended amicably. *Arrondelle* was about noise pollution and nuisances coming from Gatwick airport. See. Also J.-F. FLAUSS, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Actualité Juridique de droit administratif* (AJDA)

Also, the judgment *Powell Rayner v United Kingdom*, on 02.21.1990, concerned the application of two British citizens, whose properties were located very close to Heathrow Airport and had been suffering from aircraft noise, especially after airport expansion works. This judgment, despite the reservations expressed as to the violation of Articles 13 in part, 6 par. 1 and 8 par. 1 and 2, establishes protection of the rights to the home of those living close to airports, contributing essentially to the arguments concerning the applicability or not of the provision of Article 8 of the Convention¹².

In a significant number of cases, the ECtHR held that serious and harmful pollution of the environment could affect the quality of life of the individual and prevent the enjoyment of the home to the extent of violating rights enshrined in Article 8 of the ECHR. As is clear from the relevant case law, the right to the home includes not only living in this area peacefully and calmly, but also enjoying it within reasonable limits. In these cases we refer not only to direct damage but also to problems such as noise pollution, fumes and odours from neighbouring facilities. Article 8 involves the issue of neighbouring nuisances¹³.

In cases involving environmental disasters or environmental pollution, the ECtHR tends to interpret the terms "private and family life" and "home" as closely related. In one judgment, the ECtHR refer to the concept of "private sphere"¹⁴, in another judgment to "vital space" («espace de vie»)¹⁵. Therefore, the "home" in the broad sense includes a zone in which the private life of the individual grows and evolves.

In particular, the ECtHR, in its judgment in *Branduse v Romania* on 07/04/2009, ruled as violation of Article 8 of the ECHR air pollution, odours and microbe infection deriving from cumulation of large numbers of insects from a trash dump, which, while it had been shut off, continued to operate illegally and decisively undermined the quality of life of a prisoner whose cell was near this area. The Court held that there was a breach of the prisoner's right to life and protection of his living space, linking environmental protection to the protection of personality and the right to private life¹⁶.

Environmental pollution, noise pollution and pestilential smells from waste disposal do not need to constitute a grave health risk for the individual, as long as his/her quality of life is impaired and protection of his/her vital space is affected by the nuisances caused by the polluting plant's vicinity¹⁷.

The judgment *Lopez Ostra v Spain* concerning nuisances and noise arising from waste disposal station near the property of the applicant, signalled a new development in the case law, as the Court expressly ruled on the violation of Article 8 and found that neighbouring nuisances and noise exceed a certain high level of tolerance, beyond which, the interference with the right to protection of the home may be illegal and unfair, if not justified by a fair balance between the interests of all parties¹⁸. This judgment first raised the issue of compensation of the neighbouring owner of a facility, which affects and pollutes the environment, invoking not only material damage but also moral damage¹⁹.

1993, p. 113. See also ECHR *Hatton and others v UK*, judgment of 08/07/2003, where residents protested against noise pollution from Heathrow Airport and the ECtHR ruled that there was violation of article 8 ECHR.

¹² ECtHR *Powell Rayner v United Kingdom*, 21/02/1990, in www.echr.coe.int, p.11-12. Also, in another case, in the case of *X v France*, on 17/05/1990, the Commission, notwithstanding the finding that the applicant had been suffering from noise pollution and nuisances emanating from a nuclear plant in France, did not, however, find violation of Article 8 because the complainant received compensation from the French Electricity Company, following a French court judgment, see. on J.-F. FLAUSS, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA 1993, p. 113.

¹³ ECtHR *Moreno Gomez v Spain*, judgment of 16/11/2004, par. 53.

¹⁴ ECtHR *Fadeieva v Russia*, judgment of 09/06/2005, par. 70,80 and 86.

¹⁵ ECtHR *Branduse v Romania*, judgment of 07/04/2009, par. 64.

¹⁶ ECtHR *Branduse v Romania*, judgment of 07/04/2009, par. 67.

¹⁷ ECtHR *Lopez Ostra v Spain*, judgment of 09/12/1994, par. 50-51 and 55.

¹⁸ J.-F. FLAUSS, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA 1994, p. 518.

¹⁹ *Lopez Ostra v Spain*, *Revue Universelle des droits de l'Homme (RUDH)* 1995, p. 126.

The judgment *Moreno Gómez* 2004 also belongs in an evolutionary trend in case law. The judgment concerned the noise disturbance to local residents, coming from bars and other similar generally disturbing stores or other sources of pollution²⁰. The ECtHR held that this case is not related to protection of the right to home by the public authorities, but to the failure of the authorities to take measures to prevent and reduce noise. The Court, taking into consideration the very high noise levels in the region, due to the nightclubs, the intensity of noise at night and the duration of the phenomenon of a long period of time, ruled that there was violation of the rights protected by Article 8 of the ECHR²¹.

In the same direction, in *Fadeieva v Russia*, the ECtHR held that the environmental pollution caused by a steel factory near the applicant's house is a violation of Article 8 ECHR, as the nuisances and emissions deriving from the factory had exceeded the threshold of tolerable levels and already constituted interference in the private sphere of the individual²². In particular, the ECtHR held that, for a considerable period of time, the concentration of toxic substances and emissions in the atmosphere near the applicant's house, exceeded tolerable limits and that her health had deteriorated gradually from her exposure to industrial pollution coming from the steel factory²³.

Likewise, pollution from a coalmine belonging to the State, which had harmful effects on the health of the applicants in a rural area, where until that time the living standards had been better, and the individuals had maintained a high level of quality of life, led the ECtHR to rule on the violation of Article 8 ECHR. The court took into account that public authorities had not tried to stop pollution and failed to implement domestic court rulings on safety measures and relocation of the disturbing facility over a period of about twelve years without any effective solution to the problem of the complainants²⁴.

In addition, in *Tatar v Romania*, the applicants lived in the vicinity of a gold mine and had complained to the authorities several times about the hazards created by the equipment and machinery used in this unit involving sodium cyanide²⁵. The authorities assured the applicants that they had taken the necessary security measures since the accident in 2000 and that there was no risk for them, despite the fact that a large amount of contaminated water had spilled into rivers and have caused incalculable ecological damage at home and abroad. However, there was no text, judgment or administrative act of the internal legal order, documenting the adverse and harmful environmental effects of the disturbing unit. So, the court found that the authorities had not issued a single document to the applicants indicating the hazard of the establishment, so they had not been able to prove causal link between the harmful emissions and the worsening of symptoms²⁶; however, the environmental impact assessment study included in the arguments of the state showed the grave substantial risk to the health and quality of life of applicants²⁷. The Court made specific reference to the precautionary principle, by reference to the Rio de Janeiro Declaration of 1992, which aims to ensure a high level of health and environmental protection²⁸. The ECtHR found that the authorities should have taken measures to ensure respect private and family life for the time after the accident in 2000. The Court concluded that the applicants lived in a state of anguish and uncertainty due to the inaction of the authorities to which the concern of a possible future accident was added and resulted in establishing violation of Article 8 of the Convention²⁹.

²⁰ ECtHR, *Moreno Gómez v Spain*, judgment of 16/11/2004, par. 10-19.

²¹ ECtHR, *Moreno Gómez v Spain*, judgment of 16/11/2004, par. 61.

²² ECtHR *Fadeieva v Russia*, judgment of 09/06/2005, par. 70.

²³ ECtHR *Fadeieva v Russia*, judgment of 09/06/2005, par. 80.

²⁴ ECtHR *Dubetska and others v Ukraine*, judgment of 10/02/2011, par. 105.

²⁵ ECtHR *Tatar v Romania*, judgment of 27/01/2009, par.8-9.

²⁶ ECtHR *Tatar v Romania*, judgment of 27/01/2009, par.93.

²⁷ ECtHR *Tatar v Romania*, judgment of 27/01/2009, par.97.

²⁸ ECtHR *Tatar v Romania*, judgment of 27/01/2009, par.111 & 120.

²⁹ ECtHR *Tatar v Romania*, judgment of 27/01/2009, par.122.

It is implied, therefore, that Article 8 is intended to safeguard the individual against arbitrary interference by public authorities and specifies that in some cases the authorities have to adopt positive measures aimed at respecting the rights enshrined in the article³⁰. This obligation does not exist only for cases where environmental damage is directly caused by State activities, but also when it comes from private sector activities³¹: public authorities should ensure the implementation of the measures safeguarding the rights protected by Article 8³².

The Court concludes that although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective respect for private or family life³³.

The authorities should take into account the technical and social aspects of environmental issues, as well as weigh up and strike a fair balance between the competing interests of the individuals and the community as a whole³⁴. The Court may also assess if public authorities have approached the problem with due care and taken into account the conflicting interests³⁵.

In the judgment *Di Sarno v Italy*, the ECtHR stressed that the community *Somma Vesuviana* in which the applicants resided, was affected by waste collection, treatment and disposal services; in fact the Campania Region was dealing with an emergency situation from 1994 till 2009 and the applicants were forced to live in an environment polluted by refuse left in the streets at least from the end of 2007 until May 2008³⁶. The ECtHR held that this situation led to the deterioration of living conditions and quality of life of the applicants to an extent compromising the right to private and family life and the home and therefore decided on the violation of Article 8 of the ECHR in the substantive aspect of the provision and not in the procedural aspect of it³⁷. The Court noted that the applicants had not alleged that they were affected by any pathologies linked to exposure to waste, but, for establishing violation of Article 8, health damage of every applicant is not necessary; the deterioration or worsening of the level and quality of life of residents affected by pollution or the disturbing installation is sufficient³⁸.

The Court considered that this was not a case of arbitrary state interference in the right to respect for private and family life but for inaction of the public authorities and failure to take appropriate measures to guarantee the proper operation of the service of waste collection, treatment and disposal services in the Community *Somma Vesuviana*, so as to protect the rights arising from Article 8 in order³⁹.

1.3. PROTECTION OF URBAN AND NATURAL ENVIRONMENT - KYRTATOS V GREECE.

As regards the violation of Article 8 of the ECHR, the contribution of the ECtHR case law has been most important with regard to problems of constructions in areas under special protection. A typical example is the case regarding the construction problems in the habitats of the area of *Ayios Yiannis - Porto Tinos*.

³⁰ ECtHR *Anna Maria Guerra v Italy*, judgment of 19/02/1998, par.60.

³¹ ECtHR *Tatar v Romania*, judgment of 27/01/2009, par.98 & 113.

³² ECtHR *Moreno Gomez v Spain*, judgment of 16/11/2004, par.55.

³³ ECtHR *Anna Maria Guerra v Italy*, judgment of 19/02/1998, par.58.

³⁴ ECtHR *Hutton and others v United Kingdom*, judgment of 08/07/2003, par.98 & 118.

³⁵ ECtHR *Fadeieva v Russia*, judgment of 09/06/2005, par.93 & 134.

³⁶ ECtHR *Di Sarno and others v Italy*, judgment of 10/01/2012, par. 108.

³⁷ ECtHR *Di Sarno and others v Italy*, judgment of 10/01/2012, par. 108.

³⁸ ECtHR *Di Sarno and others v Italy*, judgment of 10/01/2012, par. 108.

³⁹ ECtHR *Di Sarno and others v Italy*, judgment of 10/01/2012, par. 109.

In the case *Kyrtatos v Greece*, the applicants raised the issue of environmental deterioration by constructions in areas protected as rare habitats in the area of Ayios Yiannis- Porto Tinos and invoked violation of Article 8 ECHR. In that case the Court held that there was no violation of Article 8 since the applicants had not brought forward any convincing arguments showing that the alleged damage to the birds and other protected species living in the swamp was of such a nature as to directly affect their own rights under Article 8 § 1 of the Convention. The Court pointed out that it is vital whether an environmental damage affects the rights of Article 8 and to what extent there is damage to the sphere of private and family life of the person. It also added that neither Article 8 nor any other article of the ECHR is drafted so as to provide general protection for the environment. The aim of the Convention is to protect individual rights such as the right to home and not in the general context of collective environmental protection. In particular, the ECtHR points out that " Neither Article 8 nor any of the other Articles of the Convention are specifically designed to provide general protection of the environment as such ..." and on those grounds it concluded that there was no violation of Article 8 ECHR⁴⁰.

1.4. ACCESS TO ENVIRONMENTAL INFORMATION

A fourth reference to the environment can indirectly arise from Article 10 of the ECHR, which concerns the collection and promotion of information and information dissemination. The right of access to environmental information may, however, also be inferred from Article 2 and Article 8 of the ECHR. The public's participation in decision-making and access to information can help clearer assessment of the environmental risk to which citizens are exposed.

Articles 2 and 8 of the ECHR may impose on public authorities a specific positive obligation to guarantee the right of access to information on environmental issues⁴¹. This obligation to guarantee access to information is supplemented by the positive obligations of public authorities to communicate information to persons whose life under Article 2 or respect for private and family life under Article 8 are threatened⁴².

The ECtHR held that especially in the field of dangerous activities related to the civil liability of the State, a particular aspect is the public's right to information. It also found, based on Article 2, that states have the obligation "to adequately inform the public about any life-threatening emergency"⁴³ including natural disasters.

The ECtHR has also recognized that public authorities are required to inform the public about environmental risks⁴⁴.

In the case *Guerra v Italy*, the ECtHR held that there was violation of Article 8 due to the fact that the authorities failed to provide the applicants with essential information that would have enabled them to assess the risks they and their families might run if they continued to live near the dangerous facility⁴⁵.

2. ENVIRONMENTAL PROTECTION WITH THE PROPERTY AS STARTING POINT - APPROACH THROUGH THE GENERAL INTEREST AND THE LIMITATIONS ON THE PROPERTY

Protection of property of individuals is of particular importance in the context of the ECHR; limitations to the right of ownership or complete deprivation in the form of forced expropriation, on the grounds of protection of the natural environment or public interest,

⁴⁰ ECtHR *Kyrtatos v Greece*, judgment of 22/05/2003, par. 52.

⁴¹ ECtHR *Anna Maria Guerra v Italy*, judgment of 19/02/1998, par.60.

⁴² ECtHR judgment *Oneryildiz v Turkey* 30/11/2004, par.90.

⁴³ ECtHR *Boudaieva v Russia*, judgment of 20/03/2008, par. 131.

⁴⁴ ECtHR *Anna Maria Guerra v Italy*, judgment of 19/02/1998 and ECtHR *Tatar v Romania*, judgment of 27/01/2009.

⁴⁵ ECtHR *Anna Maria Guerra v Italy*, judgment of 19/02/1998, par.60.

should always be done according to the legal provisions and prior payment of compensation, taking into account the general principles of international law, according to article 1, par. 1 of the First Additional Protocol to ECHR.

2. 1. THE PROTECTION OF THE NATURAL ENVIRONMENT AND BUILDING LIMITATIONS

Article 1 paragraph 1 of the Protocol establishes the protection of property, which includes safeguarding it against any unlawful deprivation. However, this article is not a guarantee for the maintenance and preservation of the property of the person within a healthy environment. Said article also recognizes that the administrative authorities of the Contracting States have the right to regulate the use of property in accordance with public interest. In this context, the ECtHR recognized that the environment becomes a very important factor. Public interest also includes environmental protection, which is why public authorities can impose restrictions on ownership and the right to enjoyment of one's property. Such restrictions/limitations must be legitimate, provided by law and serve a legitimate aim in accordance with the principle of proportionality⁴⁶. Therefore, there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued in public measures restricting private ownership. In these circumstances the preservation of the environment becomes of major significance⁴⁷.

The ECtHR has emphasized in its judgments that, in the implementation of strategy and policies in the fields of regional planning and protection of the environment, the general interest of the community holds a primary position, and it gives the state greater room for assessment where exclusively urban rights are at stake⁴⁸.

The ECtHR has recognized that the preservation of the environment, especially within the context of urban planning, can be a legitimate aim capable of justifying certain restrictions by public authorities of the right to private and family life and the home⁴⁹.

Moreover, the protection of individual possessions should not necessarily be combined so that the authorities guarantee certain rules on the environment. The real and effective exercise of this right could not depend only on the obligation of public authorities to refrain from any interference and require them to take positive steps to protect the right, especially when there is a direct link between the measures legitimately expected by the applicant from the public authorities and the effective enjoyment of property⁵⁰. The ECtHR held that such an obligation could exist when it comes to hazardous activities and not so often in cases of natural disasters⁵¹.

The ECtHR's judgment of 6/12/2007 for the protection of the *Caretta caretta* turtle in Zakynthos (Zante) overturned the judgment of the Council of State and held that there was violation of article 1 par. 1 of the ECHR Protocol. The Court held violation of Article 1 because there was no possibility of economic exploitation and utilization of the island through the building restrictions for the protection of the natural environment, particularly because of the protection of *caretta – caretta* turtle nesting⁵².

The case law of domestic courts and in particular the Council of State is inconsistent with the case law of the ECHR for property use issues, which are outside

⁴⁶ ECtHR *Marathonisi v Greece*, judgment of 06/12/2007, par.54-See. Also ECtHR *Depalle v France*, judgment of 29/03/2010, par.81-82 and ECtHR *Brosset-Triboulet and others v France*, judgment of 29/03/2010, par. 84-85.

⁴⁷ ECtHR *Depalle v France*, judgment of 29/03/2010, par.81-82 and ECtHR *Brosset-Triboulet and others v France*, judgment of 29/03/2010, par.84-85.

⁴⁸ ECtHR *Depalle v France*, judgment of 29/03/2010, par.62-68 and ECtHR *Brosset-Triboulet and others v France*, judgment of 29/03/2010, par.65-71.

⁴⁹ ECtHR *Chapman v United Kingdom*, judgment of 18/01/2001, par.78.

⁵⁰ ECtHR judgment *Oneryildiz in Turkey* 30/11/2004 par. 134. ECtHR *Boudaieva and others v Russia*, judgment of 20/03/2008, par. 172.

⁵¹ ECtHR judgment *Oneryildiz in Turkey* 30/11/2004 par. 134-135, ECtHR *Boudaieva and others v Russia*, judgment of 20/03/2008, par. 172-182.

⁵² ECtHR *ZANTE Marathonisi SA v Greece*, judgment of 06-12-2007, par.48 et seq. and par.54.

urban planning zones. The intended use of such real property is not for building or tourist development but only for farming, animal breeding or recreation of the public. According to the relevant national case law there is no obligation of the State to compensate the owners of the properties off plan to which they have imposed building restrictions for reasons of protection of the natural environment or the protection of the cultural environment and the antiquities⁵³.

It is therefore concluded that the specific reference to the purpose of the property does not allow the domestic court to take into consideration the specific circumstances of each case and the data relating to restrictions on the economic development and effective commitment to the use of the property, and the equilibrium between the need for environmental protection and the effective protection of the right to property⁵⁴.

According to Article 1 para. 1 of the ECHR First Additional Protocol, deprivation of property should be done if there is an explicit provision in domestic law of the State and where the expropriation takes place for the public interest, taking into account the general principles of international law .

* The infringement of Article 8 could be combined with the protection afforded by Article 1 para. 1 of the First Additional Protocol of the ECHR, as regards the protection of the right to property. In particular, in *Photopoulou v Greece*, on 18/02/2005, the ECtHR held that the refusal of the competent authorities to proceed with the demolition of the wall (which not only deprived the applicant of the sea view and reduced the value of the property but also altered the traditional character of the area in Folegandros) violated the enjoyment of the right to property and, therefore, constituted a violation of article 1 par. 1 of the First Additional Protocol⁵⁵. Therefore, the neighbour may suffer damage and decrease in property value due to the deterioration of the traditional character of the settlement.

2.2. DEPRIVATION OF PROPERTY DUE TO PUBLIC INTEREST – EXPROPRIATION

The property is the subject of expropriation and its protection is a structural element of the justification of such practice, as it is made clear by the case law of the ECtHR.

The ECtHR has also pointed the need to achieve a fair balance between the requirements of public interest and the requirements for the protection of fundamental rights of the individual. The issue of proportionality between the means employed and the aim pursued is at the discretion of States, that can decide which measures are intended for the public benefit in their legal system, without implying that the ECtHR divests itself of its authority for the relevant control, as appropriate, in accordance with Article 1 of Protocol⁵⁶.

A fair balance is achieved by paying compensation equivalent to the value of the property taken from the aggrieved owner, while without the notion of compensation it becomes an excessive burden, disruption of balance and disproportionate interference with the removal of property⁵⁷.

⁵³ ECtHR *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v Greece* judgment of 21-02-2008, par. 42.

⁵⁴ ECtHR *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v Greece* judgment of 21-02-2008, par. 42, ECtHR *Varfis v Greece* judgment of 19-07-2011.

⁵⁵ ECtHR *Photopoulou v Greece* judgment of 18/02/2005, par.33.

⁵⁶ M.A. Kostopoulos, *Interpretation of Article 1 of the ECHR Protocol to the European Convention on Human Rights*, Interpretation per Article, Linos-Alexandros Sicilianos (ed.), Editions Nomiki Vivliothiki 2013, p. 676.

⁵⁷ M.A. Kostopoulos, *Interpretation of Article 1 of the ECHR Protocol to the European Convention on Human Rights*, Interpretation per Article, *ibid*, p. 677.

The proceedings against Greece before the Strasbourg Court relate to two main issues: firstly, the long term property binding without payment of proper compensation and secondly the presumption of “auto-compensation” applicable to city plan expropriations.

A sufficient number of judgments of the ECtHR against Greece concern long-term ownership binding for urban planning purposes. A significant judgment is "Pialopoulos and others v Greece." In that case, the persons concerned had been deprived of the enjoyment of the right to property and could not exploit their property financially since 1987, when they had applied to the competent authorities for a building permit, which, incidentally, had not been granted then due to a decision temporarily suspending construction works. Subsequently, the relevant property was designated as green space and the affected owners began the litigation, which led to no 9779/91 judgment of the Athens Court, which recognized the automatic lapse of expropriation because compensation had not been paid eighteen months after determination of unit price. In the following years, the owners were unable to make use of their property, as the competent authorities neither ended the expropriation procedure nor paid the relevant compensation.

The co-owners appealed to the ECHR, which found that the applicants had been deprived of the right of enjoyment of their property since 1987 without receiving compensation. There has accordingly been a violation of Article 1 of Protocol⁵⁸ and the Greek State was sentenced to pay to the owners compensation due to the acts and omissions of the relevant administrative bodies, amounting to 3.92 million euros for the material damage suffered due to deprivation of the use of their property, and for non-pecuniary damage⁵⁹. It should be noted that this amount was paid to the applicants in due course by the Greek government, but the binding on their property has been maintained to this day and the status of that property has not been finally regulated.

Similarly, violation of Article 1 paragraph 1 of Protocol was the issue in the case 'Asimomitis in Greece', 2005⁶⁰. The Court ordered the Greek government to pay compensation due to the acts and omissions of relevant administrative bodies and awarded compensation to affected owners in the amount of EUR 140 986, including the costs, which, incidentally, has already been paid by the Greek state.

The longstanding binding of real estate for seventy-five (75) consecutive years, without the prior compensation payments has also led to a violation of article 1 par. 1 of the First Additional Protocol to the case of Malama v Greece⁶¹.

Finally, in Papamichalopoulos and others v Greece, an area belonging to private farmers had been allotted since the year 1967 to the Fleet Fund. The Navy kept this area and began to build a naval base and summer residences for officers. The owners appealed to the courts, which recognized the right of ownership to part of the area, but despite their efforts either to have the area returned to them or be given comparable land in another area, the owners failed to get satisfaction. The latter appealed to the ECtHR, which decided that there was a continuing violation and interference with the right of property of the applicants, who were deprived of all enjoyment possibility of the right of ownership, use and overall economic development of their property since the year 1967, and awarded large amounts of compensation⁶².

2.3. THE PRESUMPTION OF “AUTO-COMPENSATION”

An important development was the overturn of the irrebuttable presumption of “auto-compensation” created by Law no. 653/1977 when, due to expropriation, properties

⁵⁸ *Pialopoulos and Others v Greece*, judgment of May 15, 2001, par.54-62 in www.echr.coe.int

⁵⁹ *Pialopoulos and others Mr. Greece* (judgment of compensation), Judgment of June 27, 2002, par.18-23.

⁶⁰ ECtHR *Asimomitis v Greece* judgment of 15/01/2005.

⁶¹ ECtHR *Malama v Greece* judgment of 01/03/2001, par.52.

⁶² ECtHR *Papamichalopoulos and others v Greece* judgment of 24/06/1993, par. 7 and et seq. See. Also the ECHR *Karagiannis and others v Greece* judgment of 16/01/2003.

were found bordering a major road built in an area not covered by a town development plan. The law stated that adjoining owners who derive a benefit shall be required to pay for an area fifteen metres wide, thus contributing to the cost of expropriating the properties bordering the road. The ECtHR ruled that there was violation of Article 1 of the Protocol, and finally Article 33 of Law. 2971/2001 ensured compliance of our country⁶³.

The judgment *Papachelas v Greece* moved in the same direction of abolishing the irrebuttable presumption of Article 6 par. 3 of Law. 5269/1931 and Law. 2344/1940⁶⁴.

It should also be mentioned that, in another judgment against our country, beyond the rejection of the presumption of “auto-compensation”, the ECtHR ruled that proceedings for compensation must be uniform, that the dispute be judged and terminated consistently, and condemned our country’s system of splitting ruling on compensation by requiring one judgment for setting unit value and another on the recognition of beneficiaries⁶⁵.

ADDENDUM

The case law of the ECtHR has been influential in strengthening the protection of the legitimate interests of the affected citizens, especially towards reinforcing the individual right to the environment through the violation of Article 8 ECHR. Worth mentioning is the case law on city plan expropriations and violation of the right to property, since there is a sufficient number of convictions for the Greek state.

In addition, the interaction between the decisions of the ECtHR and the decisions of domestic courts has led to an avant-garde tendency in theory and practice of the law of human rights, with particular emphasis on the rule of law.

ABBREVIATIONS

ECHR = European Convention on Human Rights
(http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)
EctHR= European Court of Human Rights
(<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>)

⁶³ Judgment of the ECtHR *Katikaridis v Greece*, par. 49 and *Tsomsos v Greece* judgment of 24/10/1996, par.40.

⁶⁴ ECtHR *Papachelas v Greece* judgment of 25.03.1999, par.54-55 and the ECtHR *Savvidou v Greece* judgment of 01/08/2000, par.22-24.

⁶⁵ ECtHR *Konstantopoulos v Greece* judgment of 10-10-2003, par.30.

DEMOCRATIC INSTITUTIONS, GOVERNANCE AND E-PARTICIPATION: STRENGTHENING THE RELATIONSHIP BETWEEN CITIZENS AND PUBLIC ADMINISTRATION¹

NELIANA RODEAN

Research Associate and Adjunct Professor of Italian and European Constitutional Law,
Department of Legal Studies, University of Verona

Fecha de recepción: 7 de septiembre de 2015

Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2015

ABSTRACT: The field of policies for the promotion of citizen participation in public life has gone increasingly becoming a new area and specific public policies in relation to the profound social changes of the last fifteen years, of which the technological revolution, driven by the development of information communications technology (hereinafter ICT), is an important component.

KEY WORDS: Citizen participation, public policies, technology

SUMARIO: 1. INTRODUCTION. 2. CITIZEN PARTICIPATION: AN EMERGING TARGET FOR DEMOCRATIC GOVERNANCE IN THE INFORMATION SOCIETY. 3. ICT AND PARTICIPATION IN THE EUROPEAN DIMENSION. 4. IMPLEMENTING PARTICIPATORY GOVERNANCE IN ITALIAN LEGAL ORDER.

1. INTRODUCTION

The field of policies for the promotion of citizen participation in public life has gone increasingly becoming a new area and specific public policies in relation to the profound social changes of the last fifteen years, of which the technological revolution, driven by the development of information communications technology (hereinafter ICT), is an important component.

On the one hand the development of ICT has been accompanied by a drive toward deep and, among them, diversified cultural changes, organizational and production processes, and on the other hand, these technologies have facilitated the construction of a more complex context of communication and extensive, increasing both the horizontal and vertical information flows.

The opportunities offered by the ICT to enhance and promote new forms of citizen participation has thus become increasingly the focus of attention, not only from associations and citizens, but also for political institutions, both national and local. This interest is linked to the process of modernization of the public administration and political processes of government, and an emerging focus on the ways in which the new communicative context takes shape the public sphere, strongly anchored to the media system.

¹ Paper presented (and updated) at the IXth World Congress "Constitutional Challenges: Global and Local", Oslo, Norway, 16 - 20 June 2014, Workshop 8 - "The Citizens and the State in the Digital Age" (June 18).

The current technological advances have made possible the availability of information and communication technologies increasingly powerful and has allowed the private and public organizations to be profoundly transformed. These technologies have become powerful tools in the hands of national governments to improve the quality, speed and reliability of services provided by government to private citizens and businesses (*e-government*) and to improve at the same time, the active participation of citizens in decisions and actions taken by the public authorities (*e-democracy*), with the long-term goal of achieving the information society.

The theme of the promotion of citizen participation in democratic processes through ICT is placed in the broader framework of policies for e-democracy, which mainly include three types of interventions:

a) firstly, a more targeted electoral participation (e.g. promotion of electronic voting, promoting the use of new media by political staff and representative organizations, promotion of arenas of political debate, promoting new models of personnel selection policy, innovation typical of the formal procedures of representative democracy);

b) secondly, a strengthening citizens' participation through traditional forms favoring transparency and publicity policies of public action, institutional dissemination of information, or increasing the presence and communication capabilities of the associations, ultimately strengthening the capacity of citizens to control the public action, and therefore, make conscious electoral choices (e.g. strengthening of elements/substantive protection);

c) finally, one last direction of intervention aims to enhance some institutions of participation (e.g. public hearings or the revitalization of decentralized structures at the sub-municipal level) and to promote new forms of citizens' participation to the framing of public policies, as a supplement to the classical model of representative democracy. This last area of intervention seems to be the most innovative, but also the most problematic; it is undoubtedly a decisive front of intervention for the implementation of a new model of democratic governance.

The development of the information society as a set of processes that in every social domain are managed through ICT, brings out a question: how can be declined the concepts of democracy and participation within a scenario that sees new technologies such as central tools to provide new opportunities for knowledge? And what are the changes to be introduced within the public administrations to ensure that the potential of the Internet and ICTs become key factors in setting up paths sharing and interoperability between institutions, as a consequence of the simplification and transparency of administrative processes? In this sense, this paper aims to identify and analyze those technological solutions and the methodologies offered by cyberspace that can support the processes of democracy and participation.

The analysis presented starts from a few considerations on innovation, in particular, into the relationship between public institutions and citizens. In fact, the recent legislation and the growing sensibility towards the citizen as an active element of public decision-making process seem to have engaged a process of cultural change in all areas of Public Administration (hereinafter PA).

ICT can now allow us to speed up democratic processes, make them more transparent and more widespread, but the e-participation, as a form of participation in the government of the *res publica* through the use of ICT tools, implies the willingness to facilitate the development of such experiences among citizens that today, however, demonstrate a real distrust towards politic mechanisms and public bureaucracies.

The implementation of a model of public participation is, therefore, intrinsically linked to the observance of certain principles, which become essential prerequisites to activate and promote participation. These prerequisites are related primarily to the possibility for citizens to benefit from a certain informatics heritage provide by the public institution, so as to be able to acquire an adequate knowledge about how they may express opinions or exercise the right of participation.

There is no doubt that to comply this requirement it is necessary to use the Internet, a tool increasingly prevalent in society; thus, it is natural that the new model of relations between the State and citizens must find its own dimension. The first applications involved in this perspective are definitely the institutional websites, important places of innovation, in some ways mirrors of the new potential of administrative culture introduced in the 90s, but still waiting to be applied like to prove squandering in the actual administration.

Considering this, it is necessary to face up the use of ICT by all those social actors who need to deal with the PA. In order to exercise the *e-participation* is necessary to defeat the scourge of society constituted by the digital divide. The ongoing battle against this abnormality requires massive efforts on several fronts and with multiple means.

2. CITIZEN PARTICIPATION: AN EMERGING TARGET FOR DEMOCRATIC GOVERNANCE IN THE INFORMATION SOCIETY

In many countries the citizens' participation in public life is considered an important goal, although for different reasons. In countries where democracy is historically consolidated the problem of participation is evidenced by the decline in voter participation; in countries where democracy is a most recent acquisition, there is often necessary to encourage citizens to take a more active role in civic and political decisions.

However, it should be considered that where a growing gap between citizens and consolidated democratic institutions, there is is also a strong increase of alternative and spontaneous forms of participation (associations, civic groups, and social movements of opinion, etc). More than just a generic problem of participation, it seems to emerge a specific problem of reconstruction of the relationship between the participation of citizens and democratic institutions.

The political demand of the citizens seems, in fact, to reach institutions with increasing difficulty where exist a democracy based on the traditional mediation of the system of representation; where democracy is rather more recent experience, it seems that the difficulties of the same structuring process of the political representation.

The crisis of voter participation and the parallel growth of alternative forms of participation represented by the revived of many social, local and global movements, partnerships in the third sector, highlight the difficulties of widespread availability of resources for civic engagement in the context of the forms of participation made available by the public institutions and more traditional structures of representation.

The substantial financial and social transformations in progress seem to be at the root of this difficulty faced by the democratic institutions, requiring an adaptation to the new environment in order to strengthen the institutional basis and update functions in the broader context of affirmation of democratic governance. In fact, it is changed the nature of the problems that communities are facing: the problems appear to be more complex and the solutions are interdependent; the variables to consider for each decision are more numerous and more rapidly changed; new social needs are emerged, for example, related to the

quality of life and the environment, to the affirmation of cultural identity which implies most varied new needs that come into conflict with other important goals; minor public financial resources and greater difficulty in reconciling the wellbeing of individuals and specific groups with the collective interests.

A framework of more increasingly sectoral and territorial interdependencies, of scarcity of public resources, of acceleration of the processes of innovation, and higher expectations from citizens and companies with respect to public performances, has prompted a growing expansion of cooperation between the public and the private sector in the provision and delivery of public services. This important new area of public relations, legitimized through democratic procedures and organized private parties (representatives of interests, companies and institutions with particular socio-economic relevance), together with the urgent need for greater coordination of the actions of institutional actors, placed at different levels of government (so-called *multi-level governance*) represent an important innovation in the "standard" processes of democratic government, which implies, as a functional complement, a greater emphasis on transparency of decision-making process about its implementation and greater openness to the proactive citizens and their collective expressions.

Governance is characterized as a process of government most appropriate to the scale and characteristics of the problems that public institutions must face today and the strong participation of the citizens is an essential element of democracy. At a time of profound social transformation, through the emerging participation of citizens and in the presence of weaker forms of representation, the number, variety and type of actors involved in governance processes has widened, making these processes more transparent and strengthening its basis of consensus. This aspect assumes a crucial importance for all those democratic institutions, supranational, national, regional and local authorities, which for various reasons have now to rebuild or strengthen the basis of consent.

At all levels of government is, therefore, more urgent to create the conditions for greater involvement in public life of citizens, individuals and collective actors, in the framing of policies and services in support of difficult tasks that governments and public administrations have to face.

ICT can offer an important contribution, both in terms of organizational innovation and administrative services (*e-government*), both in terms of political processes in the proper sense, because of formation processes of representation and political decisions (*e-democracy*).

The opportunities of *e-participation* in the context of the possible answers to the growing challenges faced by specific local governments must be assessed according to three main aspects:

a) weakening of the functions carried out by the intermediary stage between a political question in the election and the other deficit and consequent contact with citizens;

b) the context of increasing scarcity of resources and the consequent need to plan flexible policies/services, targeted, sustainable and adequate to reach a balance "acceptable" among different priorities;

c) opportunities to strengthen both components of the representation (government and opposition): the growth of the opening of the decision-making process, its transparency from the earliest stages of formation of policies helps to create a political environment of confrontation and most efficient competition.

Another important feature of the new context is the growing importance of a field of choices (production facilities, infrastructure, environment, employment, social, etc), with an incisive impact at the local level, as they affect the conditions for the immediate and medium period of the communities. The problem of activating the dialogue between citizens and institutions, then, is connected to the more general problem of policy choices that support the common public asset.

In recent years, considerable progress has been made in this field, but it is clear that there is only the beginning of a long and difficult path of innovation, especially since it requires a broad and deep change of organizational cultures.

The problem, typical of this stage of development of new services, linked not only to the spread access to Internet (still not satisfactory), but also to the citizens' opinions, hardly to change whether the services do not always express significant added value respect to traditional modes of delivery/performance.

Overall, within the framework of *e-government* policies, promoting the use of ICT for the active participation of citizens in public life is, undoubtedly, the target less developed. In most cases, it is limited to intervene on the pre-conditions for the active participation of citizens favoring electronic access to transparent information, relevance, timeliness, or combating the digital divide.

However, which are the specific institutions' models to facilitate the participation of citizens? To the more traditional and variously institutionalized formulas (the public hearings, the referendum petitions, the institutions for civic participation at the local level) are added other new forms: the jury of citizens (individuals selected on the basis of competence, selection, statistical representativeness, etc, which for a predetermined period discuss an issue, produce a final report, with value consultative); panel of citizens (numerically consistent and representative, which direct regular opinion polls, written consultations of citizens on projects of public initiative, citizens' forums which encourage dialogue); focus groups; opinion polls on public initiatives; deliberative polling, which provide discussions within the group of selected subjects to answer the survey with various criteria, and debate with industry experts; petitions; interests action promoted by citizens towards institutions or vice versa². To these basic types are added mixed models, including the DELPHI method³, which combines several tools (qualitative and quantitative, on-line and off-line methodologies) to involve citizens and experts in the definition of public policies. The common feature of these methods is the attempt to bring out proposals and decisions through a process of common "deliberative" processing of problems.

3. ICT AND PARTICIPATION IN THE EUROPEAN DIMENSION

It is the European Union which, with its policies and programs, for many years, supports the development of the information society and knowledge. The Commission has launched up in December 1999 the target of a "Society for all"⁴, a program that promote the use of ICT to raise the level of quality of life of European citizens.

In recent years the European sensibility was due to his conviction that access to the network should be placed definitely in the field of new opportunities offered by technological progress, but that the most interesting - and very innovative aspect - should be caught within the sphere of the new rights which, as such, must be protected and

² See Hansard Society Commission Report, *The Challeng for Parliament: Making Government Accountable*, 2001, available at www.hansardsociety.org.uk.

³ See M. BOLOGNINI, *Democrazia elettronica. Metodo Delphi e politiche pubbliche*, Carocci, Roma, 2001.

⁴ For a complete overview of the activities in the field of information society in the European Union see europa.eu/pol/info/index_en.htm. For the policies promoted by the European Commission see ec.europa.eu/information_society/index_en.htm.

guaranteed by public institutions, in order to permit the full unfolding of the factors of the development of a democratic civil society.

In the broaden world of PA, the development of the information society follows (at least should follow) precise directions: on the one hand, the guarantee of the right to information as a basis for the development of citizenship rights and, on the other, the increasing use of ICT and various informatics applications for computerization and data management of public sector.

The assumptions underlying the development of policies and programs in the field of information society and knowledge for the public governance are thus anchored, either to a growing awareness that information is a fundamental need to ensure, and to the fact that the technology is increasingly the means to create, share, and store information.

Policies aimed to support the use of ICT have become part of the European agenda in the 90s, when the European Commission presented at Helsinki the *eEurope initiative*; since then it became clear that the EU institutions should invest in the development of the information society, not only to develop the knowledge economy, seen as a possible new engine of the old continent, but also to facilitate the participation of citizens in democratic processes.

The first official document of the Commission to address the Information Society was the White Paper on Growth, Competitiveness and Employment: The Challenges and the road to the twenty-first century, drawn up in 1993 and better known as the “Delors Report”⁵. Successively, in 1996, the Green Paper entitled “Living and Working in the Information Society: People First”⁶, the European Commission recognizes the importance for the development of the democratic model community of citizen participation in the policy making process and access to information.

The following year, the Commission submitted “The Social and Labour Market Dimension of the Information Society: People First - the next steps”⁷, in which, for the first time, ICT is recognized as a fundamental tool to guarantee European citizens equal opportunities to public interest information and support the democratic process, by ensuring effectiveness of the *de facto* concept of *e-democracy*.

A turning point was made by the European Council in Lisbon on 23 - 24 March 2000, when the European Council has reaffirmed the strategic importance of leading Europe towards the Information Society, entrusting the task to the Member States to implement by 2010 the necessary measures to transform the society in this sense.

All European initiatives for the dissemination of new technologies and the expansion of popular participation in public decision making are included in the *eEurope initiative* program.

The first phase of this program, called *eEurope 2002*⁸ aimed mainly to three outcomes: a cheaper, faster and safer internet for citizens and businesses; new network infrastructure to extend the use of the internet, and investments in human resources and training.

⁵ See http://aei.pitt.edu/1007/1/monetary_delors.pdf

⁶ COM (96) 389 final, 24 July 1996, available at <http://aei.pitt.edu/1227/>

⁷ COM (97) 390 final, 23 July 1997, available at <http://aei.pitt.edu/1228/>

⁸ See http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/124226a_it.htm

The “White Paper on governance (EC 2001)”⁹ underlined the strengthening of citizen participation, including consultation during the process of policy-making, one of the fundamental pillars of the European model of participation, stimulating not only to level of relations between the EU and the Member States, but also, necessarily, at the level of the internal relationships between the political institutions of each national legal system. The concept of active participation of citizens in the policy making process emerged, occupying a key role in the construction of European identity, stimulated also by the use of computers and networks, which must bring together the peoples of Europe.

These goals were then redefined according to new strategic priorities in the second phase of the *eEurope initiative*, launched in Seville in 2002, called *eEurope 2005*¹⁰, in which it appears for the first time an European dimension of *e-government*¹¹. The concept was further elaborated in the Communication “The role of e-Government for Europe's Future”, when the Commission has focused primarily on the role of ICT in the development of public administration, in the evolution of the services provided to the citizens. The successful introduction of computer technology in the PA must be supported by organizational changes in internal processes of the administration (*back office*) and the acquisition of new skills by the public officials.

On June 1, 2005 was approved by the European Commission the third and final phase of the European program, called *i2010 - A European Information Society for growth and employment*¹², which sets out the objectives for the 2006-2010 period and mainly oriented to the creation of an information and media society, thanks to the creation of a single European information space.

The third phase of the *eEurope initiative* focuses once again on the development of network, infrastructure and ICT, but does not enter into the merits of their possible use as part of the process of democratic participation; however, nowadays, there are several community programs that expressly require the forms of citizen involvement in the planning and implementation of public interventions.

One of the most famous supranational agreements binding on the Member States of the EU, in terms of popular involvement, is the UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, better known as Aarhus Convention¹³, signed June 25, 1998, ratified by Italy in 2001 and adopted by the European Union on 17 February 2005¹⁴, a large part of which promoted the public participation in decisions environmental matters.

The EU interest for promoting digital citizenship is relatively recent, and in any case it is not always considered a priority, as on contrary is made for the *e-government* services for citizens and businesses; the investment in ICT and network infrastructure are mainly linked to their potential in terms of economic development.

⁹ See http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/110109_en.htm

¹⁰ See http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/124226_it.htm

¹¹ The seven strategic priorities of the new action plan are: safe navigation, broadband, use of information technology to support economic activities (e-business), the action of the government (e-government), health (e-health), training (e-learning) and the reduction of the digital divide (e-inclusion). As with the previous eEurope 2002 program, the participation of citizens in democratic processes is never mentioned, is not part of the strategic priorities.

¹² See <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0229:FIN:EN:PDF>

¹³ See www.unece.org/env/pp/treatytext.html

¹⁴ Decision 2005/370/EC, available at europa.eu/legislation_summaries/environment/general_provisions/128056_en.htm

The Digital Agenda for Europe (DAE)¹⁵, launched in May 2010, aims to reboot Europe's economy and to help Europe's citizens and businesses to get the most out of digital technologies. It is the first of seven flagships initiatives under *Europe 2020 initiative*, the EU's strategy to deliver smart sustainable and inclusive growth.

After the EP election of 2014, the Italian Presidency of the European Union began with the Round Table, *Digital Venice*, in which the President of the Italian Council Matteo Renzi and the Vice President of the European Commission Neelie Kroes met with the representatives of the leading ICT companies presenting resolutions and recommendations to reorganize the digital market and telecommunications in Europe. In that occasion were presented two legislative proposals that will represent the backbone of the next six months: one, linked to policies to strengthen the security of the network, the second related to the construction of the digital single market.

4. IMPLEMENTING PARTICIPATORY GOVERNANCE IN ITALIAN LEGAL ORDER

The consent and cooperation of the Member States is an essential factor for the success of the EU lines of action, particularly in an area such as *e-government*, linked to the organizational structure of the PA, and directly involvement of the administrative apparatus of central and local public authorities. In this sense, it explain the main steps that have fostered the modernization of the PA in Italian system through the introduction of ICT and the reorganization of the administrative and institutional forms of communication necessary for an effective participatory governance.

Laws nos.241/90, 150/2000 and Legislative Decree no. 82/2005, as amended by Legislative Decree no.159/2006 and better known as the Digital Administration Code (hereinafter DAC), have established new criteria for the organization of work in PA and then track the path that is moving towards the future, towards forms of digital administration, with the goal of moving from paper to digital in the shortest possible time.

The introduction of ICT and web 2.0 applications in PA in recent times produced not only changes in the relationship between citizens and government, but most innovate back-office of the PA on the basis of the criteria for advertising and transparency, typical of the public sector, and the principles as efficiency, effectiveness, costs, quality and customer satisfaction.

One of the main recurring efforts in these laws concerns the transparency of administrative action at any stage of the proceedings be ascertained by paper or via Internet, every concerned citizen should also be able to access through traditional media or computer, the documents to which it can demonstrate a legitimate interest in this case and must be able to take part in the administrative procedure.

This new *modus operandi* of the PA goes through promoting the use of new tools such as the electronic identity card, card services, electronic documents, digital signature, certified mail for the transmission and computer storage of documents with the respect for privacy.

The use of the Internet as a tool of participation and fruition of services is guaranteed by law: all citizens, as mentions by DAC, have the right to use technologies (Article 3), to access and sending of digital documents (Article 4), to make any payment in

¹⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Digital Agenda for Europe, COM(2010)245, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010DC0245R%2801%29>

digital form (Article 5), to receive any public communication by e-mail (Article 6), to quality of service and measure of satisfaction (Article 7), to participation (Article 8), to find online forms and all modules up to date and valid (Article 58). But we must not forget that the Digital Administration Code applies only to the central government: lack of resources in organizational and technological standards of the Code shall not apply to local authorities.

Article 8 of DAC, in particular, quotes directly: state initiatives aimed at promoting computer literacy of citizens with particular attention to those at risk of exclusion, thus calling for national efforts to overcome the cultural divide. This new way of understanding the relationship between citizens and government in terms of a new digital citizenship, must find its full computer literacy as social law to which the Republic must ensure to all the enjoyment, and in particular the right to education and the right to cultural development computer, which is considered by the Constitutional Court "corresponding to objectives of general interest, which is the development of culture, in particular through the use of the computer tool, the pursuit of which is headed by the Republic in all its forms and aspects"¹⁶.

Transparency, public access to documents and citizen participation are also guaranteed by the provisions of the Law no. 142 of 8 June 1990. Article 7(3) states that all acts of the municipal and provincial levels are public, except for those reserved for explicit indication of the law or due to a temporary and reasoned statement of the mayor and the president of the province which prohibits the performance, in accordance with the regulation, because their disclosure could adversely affect the privacy rights of individuals, groups or companies. In addition, the paragraph 5 states that "in order to make effective citizen participation in the activities of the administration, local authorities ensure access to the services to institutions, organizations, voluntary associations".

The Law no.150/2000 has closed the loop instead of reforms of the 90s, during which time he began to take root, the idea of participatory management, open, transparent, customer oriented, however, firmly placing the principle of distinction between political decision and administration, thus formalizing a concept already widely shared, though often omitted: the drift "politics" of the PA, resulting from the fact that policies are the procedures by which they elect the heads of government (elections), political choices are also that are performed in them(arising from election programs) and policies remain the basic strategies of administrative action¹⁷.

This law addresses the issue of public communication: it is conceived as a tool primarily aimed at the effective implementation of the obligations of transparency already provided for by Law no.142/1990.

A turning point in the Italian panorama is dated June 16, 2000, when the Council of Ministers approved the first Action Plan for the Information Society, identifying e-government as a priority and intervening on four areas: human capital (training, education, research, development), the services provided by the public administration (*e-government*), the regulation of electronic commerce (*e-commerce*) and, finally, access to markets, competition and network infrastructure.

The first Action Plan for the national e-government was divided into two different implementation phases, the first of which was developed between October 2001 and April

¹⁶ This exclusive legislative power of the state covers only a technical coordination (see the judgments of the Constitutional Court no. 31 of 2005 and no. 17 of 2004), the exercise of which, however, cannot exclude a regional competence for regulate and manage their own information network (see the judgments of the Court itself nos. 271 and 50 of 2005).

¹⁷ See A. ROVINETTI, *Fare Comunicazione pubblica. Normative, tecniche, tecnologie*, Comunicazione Italiana, Roma, 2006.

2003 and has seen the government engaged in three lines of action. This phase involved the promotion of e-government projects at regional and local authorities, in order to develop infrastructure and retail services for citizens and businesses, the second established the definition of a framework of technical, organizational and methodological framework for the projects in e-government, and finally the third has established the creation of appropriate support structures to implement projects of e-government, *i.e.* the network of Regional Centers of Competence (RCC) which facilitate communication between the Ministry and the territory.

E-democracy has become one of the fundamental lines of action of the second phase of implementation of *e-government* in the regions and local authorities¹⁸. Specifically, the first line of action is expected to finance projects for the development of local infrastructure and services of the public system connectivity; the second line of action focuses on the geographical distribution of services to citizens and businesses and the sharing of practices and experiences of ICT use by the PA; the third course of action is committed to promoting inter-municipal cooperation of small towns (with less than 5,000 inhabitants) in order to ensure their inclusion in the process of implementing e-government; the fourth line of action concerns the initiation of projects for the development of digital citizenship (*e-democracy*); the fifth line of action concerns the promotion of the use of the new services at citizens and businesses in order to broaden the band of users.

The implementation of joint programs such as the National Portal of the citizen and the offices digital clashed with the reform of Title V of the Constitution which granted autonomy to the regions regulations and organizational autonomy was also recognized with the establishment of Regional Centers of Expertise on *e-government*.

Italy was the first country of the Union in 2004, to create a specific call for projects to promote digital citizenship (*e-democracy*), ensuring that as many as 57 local authorities among Italian regions, provinces, municipalities and mountain areas could coordinate *e-democracy* projects co-financed by the CNIPA¹⁹.

In 2007 the document "Towards a National System of e-government" setting out seven strategic goals that define the guidelines to go by the logic of the projects and experiments to a unified national vision of e-government and is approved in the Conference unified Agreement for the Implementation of the national system of e-government in the regions and local authorities, better known as Project "PAESE".

The Legislature XVI promoted the *E-Government Plan 2012*, a four-year plan that aims, taking into account the context of the current economic crisis, choices consistent with the Lisbon strategy and addresses the problem of the increased distance from the European countries of Italy most advanced in terms of the diffusion and use of ICT.

The *e-gov 2012* is composed of 80 projects clustered around four priority action areas, ranging from sectoral interventions (referring to the central government and the universities) to territorial interventions (based on regions and local authorities), through the operation system for the development of infrastructure and the reduction of the digital divide and to international interventions, demonstrating the Italian for the creation of the European network infrastructure, innovation and best practices.

¹⁸ November 27, 2003, with the approval of the document E-government in the regions and local authorities: the second phase of implementation by the Joint Conference, was launched the second phase of the national plan for the implementation of e-government, that develops second five lines of action, one of which is in fact directed e-democracy.

¹⁹ CNIPA, *Monitoraggio dei progetti cofinanziati a seguito dell'emissione dell'avviso per la selezione di progetti per lo sviluppo della cittadinanza digitale (e-democracy)*, Roma, 2009.

In order to make the scheme effective, *e-gov 2012* the Italian government is studying a parallel diffuse and widespread program to encourage the progressive use of ICT in the relationships promoted by the PA.

Efforts to digitize public administrations and facilitate the diffusion of ICT in this area are a constant target, but with specific regard to the adoption of policies in support of *e-democracy*, they have had a time of great momentum during the five years as Minister Stanca²⁰ and with the advent of the second phase of implementation of the national *e-government*, which has made possible the national notice for the selection of projects for the development of digital citizenship, and after this period of expansion there are faced with a period of stagnation.

4.1. EXPERIENCES OF E-PARTICIPATION AT THE CENTRAL LEVEL

In recent years, Italy has moved to encourage the path of innovation in the PA²¹ with significant results, enough to support the processes of democratic participation even in the wake of foreign companies more mature²². It should be noted, however, that these activities, although stimulated by the European Union and governments, and despite the attention paid to them in public, in the majority of cases are still classified as experimental initiatives, confirming the character quite uncertain and deconstructed that hovers around the paradigm of e-participation²³.

With a focus on the Italian case, it emerges as the initiatives to increase the participation of citizens in public decision-making, constitute a relevant basis for two different innovation incentives, that seem to move from one side of the emergence of the need for a functional /structural democratic institutions' adaptation to the new social context, and also from unprecedented opportunities for information, communication and participation offered by new technologies.

The number of online public participation's initiatives that took place at the central level during the last decade is wide. Two are particularly illustrative; the first is entitled "Burocrazia diamoci un taglio!" ("Let us cut the red tape"); the second has been called "Linea Amica" ("Friend Line").

Burocrazia diamoci un taglio! was started by the Ministry of Public Affairs in 2009 and the online consultation was closed in 2013. With this initiative, the Public Administration makes available to the citizen and associations a tool to communicate ideas that can simplify the daily relationship with the public institutions. Participants were

²⁰ Period in which it was approved the Law no. 4 of 9 January 2004, regarding "Provisions to support the access of disabled people to informatics tools", OJ No. 13 of 17 January 2004.

²¹ R. BORRUSO, R.M. DI GIORGI, L. MATTIOLI, M. RAGONA, *L'informatica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 251-288.

²² According to the 2012 UN E-Government Survey, Korea, Netherland and United Kingdom are most advanced in relation to testing and deployment of systems of e-participation. Available at unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan048065.pdf

²³ An innovative and unique case in this area is represented by the Region of Tuscany, which in 2006 embarked on a path of development and comparison with citizens, institutions and businesses that will bring Tuscany, in 2007, the presentation of a draft regional law on the issues of participation. The question we are interested in a particular way for two reasons: the first is that for the second time in Italy, but for the first time in the area of consultation for a law, use has been made, in this process of listening to a technological tool that is just the e-participation or the electronic town meeting (previous experience has been realized in Turin in September 2006). The electronic town meeting is to conduct a group discussion which, involving a large number of individuals organized in groups, resort to the use of communication technologies to collect and process the many opinions and to confirm the use of the individual voting decisions. It is an advanced form of public assembly, where the technology really becomes a tool for participation. The second reason is related to the fact that the law will contain regional role and forms of participation and, in all probability, will also regulate institutions related to e-participation, with legitimacy, then the use of this type of instrument. See www.regione.toscana.it/partecipazione/.

equally distributed on the territory: 40% from North-Italy, 29% from Center-Italy, and 34% from the South. The large part of them was public officers (35,6%), another 20,7% were workers from the business sectors, 17,6% professionals, and 7,8% entrepreneurs. Participants were entitled to post their opinions and critiques, but they could also make proposals. While the former focused on the taxation system, the construction industry and the welfare system(not by chance, all these topics are closely linked with the professional background of the participants), the latter were almost entirely dedicated to the excessive amount of red tape. The consultation had a specific goal: to translate the most noteworthy ideas into law(which actually happened with two decree-laws approved in 2012: “Semplifica Italia”and “Italia digitale”)²⁴.

Linea Amica, which describes itself as “the front office of the Italian public administrations”, was created in 2009 as a spin-off of Formez PA – The Centre for Services, Assistance, Studies and Training for the Modernization of the Public Administration²⁵.

During 4 years of activity almost 900,000 citizens addressed to *Linea Amica*. Similarly to the former case, the geographical distribution is overspread. Men(48,3%) and women (51,7%), mostly aged 30-60 (74,4%), have contacted *Linea Amica* from Central (30%), Northern (20%) and Southern (15%) regions. The large majority still uses the telephone (84%). Yet the number of citizens using the web is growing (12,8%).

According to a recent official press release, since 2009 more than 5 million citizens visited the *Linea Amica* website and, following the suggestions received from the citizens, 480.000 tickets were opened²⁶. Differently from *Burocrazia diamoci un taglio!*, the suggestions were not translated into norms. They were rather treated on a case-to-case basis. As already mentioned, *Linea Amica* was designed and implemented to be a multichannel contact center of the Italian public administration. The main goal is not to consult the public opinion on specific topics, but to provide information and assistance to citizens that deal with the PA.

4.2. EXPERIENCES OF E-PARTICIPATION AT THE LOCAL LEVEL

Also regional and municipal administrations increasingly rely on the web as a forceful tool to communicate and negotiate with local communities. The main difference from e-participation at the central level is that regional and municipal administration shave rarely replaced the traditional channels of consultation with new forms of online participation. They rather sided it. There are of course many possible explanations to this difference. The main reason, however, is that the large majority of Italian municipalities is not yet digitalized.

A recent survey from Confartigianato – a confederation that represents more than 700.000 businesses and entrepreneurs belonging to 870 sectors – has highlighted that only 928 out of 8000 Italian municipalities interacts with the public via the Internet. Not surprisingly, in the European ranking of public digital services Italy scores poorly, second to last. Wired magazine in 2013 released the results of a poll underlining that 62% of Italians have never interacted online with Public Administrations. Another 52% declared to ignore the meaning of “e-democracy” or “digital agenda”. This explains why mayors and municipal councils are not confident in replacing traditional channels of participation with new ones. They are rather in favor of the hybridization arising from the combination between new and old forms of participation.

²⁴ See Decree-Laws nos. 5/2012 and 179/2012

²⁵ Formez PA is a recognized association, with legal personality in private law and subject to the control, supervision and inspection powers of Italy’s Presidency of the Council of Ministers – Department for Public Administration.

²⁶ See www.formez.it/sites/default/files/monitor_2013.pdf

The most notable examples are provided by the participatory budgeting (widely known as processes of democratic decision-making in which citizens decide how to allocate parts of a municipal budget) and by the network of municipalities (local committees where public and private actors debate issues of solidarity and cooperation)²⁷.

While authors have already discussed the former cases to a great extent, only a few have shown interest in the growing experiences of the “Open Municipalities”. Appeared for the first time in 2011, the Open Municipalities follow the idea that *Openpolis* originally applied to the Italian Parliament²⁸. *Open Municipalities* is aimed at making the local governments and political-administrative activity more accountable to citizens. It draws on official political administrative data provided by the municipality itself. Data are disseminated in an open format. Citizens are entitled to check the activity of local councils, to track a decree or a law, and to monitor the activity of majors and local politicians. The goal is not only to increase the opportunities for dialogue between citizens and their representatives in central and local governments, but also to contribute to constantly and effectively pressure on local governments and individual politicians. It is for this reason that the municipalities that adhere to the initiative are invited to let citizens post their opinions and comments online.

5. CONCLUSIONS: PARTICIPATION WITHOUT ACCESSIBILITY?

Currently the Italian public administrations have the opportunity to use sophisticated and, at the same time, simple instruments which allow a relationship and a direct dialogue with its citizens.

The implementation of *e-government* programs are deeply intertwined with the development of a model of *e-governance*²⁹ based on the use of ICT for participation, as it encourages a shared governance of administrative processes which, in turn, can hopefully lead to emergence of a certain level of *e-democracy*³⁰.

Along the action which is taking place in Europe³¹, there is a goal in Italy to promote a more involved relationship with the citizens, who are recognized as active

²⁷ Other two noteworthy examples include the regions of Tuscany and Emilia-Romagna. In 2010 Tuscany has introduced a new legal framework for civil society's participation. The law, largely inspired by the French system of the *débat publique*, promotes the engagement of individuals, businesses, and non-governmental organizations within the decision-making processes concerned with environmentally or socially impacting subjects. While the consultations are held under the responsibility of an independent administrative body, the law heavily relies on the web to inform the citizens and get their feedbacks on the on-going consultations. Also, in 2010 Emilia-Romagna has opted for a model of consultation that builds upon the construction of a network of private and public actors to whom the administration asks to cooperate in order to increase the inclusiveness of decision-making processes. Again, Internet is crucial to the functioning of the whole system. Also a number of municipalities are experimenting the use of social networks to interact with citizens and provide them useful information on urban-planning, mobility, cultural happenings, and social activities.

²⁸ *Openpolis* is a non-profit association founded in 2006 that develops and implements projects to enable free access to public information on political candidates, elected representatives, and legislative activity. The data are extracted from Italian public administrations' websites, and then made available for free to citizens and the media. *Openpolis* has rapidly turned into a civic observatory on Italian politics, allowing experts and ordinary people to shape their own view. The project currently monitors more than 225.285 politicians, and it includes more than 17.348 official declarations. Almost 19.000 users access and share the information available on its website on a regular basis.

²⁹ “e-governance” means that the use of ICT is not only applied to the sole activity of the PA (e-government), but to the whole business of government (local and national).

³⁰ R.M. DI GIORGI, *Lo stato essenziale. Semplicità, cultura e democrazia al tempo della rete*, ESI, Napoli, 2006, p. 199

³¹ See different experiences of e-participation in CRC, CNIPA, FORMEZ (eds), *E- democracy: modelli e strumenti delle forme di partecipazione emergenti nel panorama italiano*, 2004.

guardians of the public interest³², including through the use of potential offered by ICT, and above all, from the web. Such legitimacy is enshrined in the reform of Title V of the Constitution. In fact, Article 118 promotes the role of active citizenship, which can be identified within a new system of governance which stimulates the intervention of society actors as decision-makers.

In order to realize the digital democracy is necessary to guarantee a conscious and informed participation and allow the opening of an access channel for dialogue between the representatives of the political-institutional and citizens³³. In this system, ICT would be decisive because, as we have seen, are considered irreplaceable tool for general access to the network³⁴.

Thanks to technological developments, the range of solutions offered can meet different requirements of *e-participation*³⁵. But the *e-participation* also means equal opportunities to network, so that, in a scenario that sees mostly the online dissemination of information, access to the digital world becomes a *conditio sine qua non* for reaching a digital democracy.

Access to the internet is plainly a far more complex issue, especially in the dimensions of *e-government* and *e-democracy*; the access in question is likely to acquire the feature of a subjective right. From the point of view of constitutional significance, this configures a communication tool aimed at contributing to the removal of "obstacles to economic and social nature which constrain the freedom and equality of citizens, prevent the full development of the human person and the effective participation of all workers in the political, economic and social development of the country" (Article 3(2) of the Constitution).

The transformation of the network from a information tool into a individual instrument that should be used into a new legal space, is justified by the reason based on the need to investigate the issue of access to internet in constitutional perspective. The "natural parameter" of the Internet, therefore, is provided for by the personalistic principle of the Article 2 of the Constitution and the principle of participation as an element stated by Article 3 of the Constitution.

The right to internet access³⁶ is considered the appropriate framework in which the subject interacts with the public authorities, and therefore, exercises its rights of participation in the decision-making policy. Today, in the information society, or, better, in the access era³⁷, denying internet access to individuals means be denied the exercise of most part of the citizenship rights.

³² L. AMBROSI, M.V. GIARDINA, *Amministrazione pubblica e partecipazione*, Roma, Carocci, 2006, p. 112

³³ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 178

³⁴ R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 1998, p. 518

³⁵ Ministero per l'innovazione e le tecnologie, CRC, FORMEZ, *Linee guida*, ibid.

³⁶ See on this topic V. FROSINI, "L'orizzonte giuridico dell'Internet", *Rivista AIC*, 1/2001; P. COSTANZO, voce "Internet", *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, UTET, 2000; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012; M. BETZU, *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2012; L. CUOCOLO, "La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale", *Politica del diritto*, n. 2-3, 2012, pp. 263-288; G. DE MINICO, *Internet Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012; T. E. FROSINI, "Il diritto costituzionale di accesso ad Internet", in M. PIETRANGELO (eds.), *Il diritto di accesso ad Internet*. Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia, Roma, 30 novembre 2010, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011; P. PASSAGLIA, "Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata", in M. PIETRANGELO (eds.), *Il diritto, cit.*, pp. 59-88; G. AZZARITI, "Internet e Costituzione", *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2011; S. RODOTÀ, "Una costituzione per internet?", in F. AMORETTI (eds.), *Diritti e sfera pubblica nell'era digitale*, Politica del diritto, n.3, September 2010, pp. 337 ss; L. GALLINO, *Tecnologia e democrazia. Conoscenze tecniche e scientifiche come beni pubblici*, Einaudi, Torino, 2007.

³⁷ See J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, trad. it. Paolo Canton, Mondadori, Milano, 2000

The position of the individual against the public authorities with regard to access to the network is focused, first of all, on the question of closing the digital divide. It is, as noted, the continuing distinction, due to cultural, economic and generational factors, between part of the population, able to take advantage, at least partially, the potential offered by the network, and another part, which remains without internet access, and therefore, the rights and freedoms laid down by the legal system. In this sense, the Italian statistics provide a critical overview³⁸, and underline the necessity to find the appropriate strategy capable to provide a solid legal basis for the public policy to develop in future.

³⁸ ISTAT Report - "Cittadini e nuove tecnologie", 19 December 2013.

HETEROLOGOUS FERTILIZATION BETWEEN SCIENCE AND LAW: WHAT FUTURE IS EXPECTED?¹

ARIANNA ALPINI

Arianna Alpini is Researcher of Private Law and Professor of Rights of the Personality at the University of Sannio

Fecha de recepción: 20 de octubre de 2015

Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2015

ABSTRACT: The legal system is not limited to the law itself but includes, as noted, a number of internal and external sources which reveal the central role of the case law, in particular the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. The Constitution lies at the top of the hierarchy that is the identity of our country in the Italo-European system. The Constitution has introduced principles and values directly applicable to relations among individuals who require adjustments in any rule to constitutional legality.

KEY WORDS: Law sources, case law, Italo – European System, fertilization.

1. The legal system is not limited to the law itself but includes, as noted, a number of internal and external sources which reveal the central role of the case law, in particular the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. The Constitution lies at the top of the hierarchy that is the identity of our country in the Italo-European system. The Constitution has introduced principles and values directly applicable to relations among individuals who require adjustments in any rule to constitutional legality. The system is more open than ever (arts. 11 and 117 cost.) and dynamic, a continuous process unstoppable where values change constantly to the changing society and culture. However the relationship between society and law is two-way: the law is not a mere photograph of the real since the judicial system affects society directing and promoting the aspects worth of protection, in accordance with the fundamental principles on top of which there is the person and his dignity (art. 2 cost.). Article 2 cost. foresees the protection and promotion of both the person as single individual and in social groups. The social group for excellence is the family. The philosophy of our system, therefore, is relational: personalist and solidaristic². Art. 2 cost. is an open clause, however, it should be noted that the person is not the result of a sum of rights but is not reducible entity, since to the person inviolable rights should be recognized linked to the values of the person and to the principle of solidarity that prevents a generic

¹ This report repeats, with the addition of some bibliographic notes, the paper presented at the interdisciplinary conference entitled "Heterologous fertilization between ethics and law: what future?", which was held November 21, 2015 in the Conference room of the Hospital of St. Mary of Terni.

² P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, in *Iustitia*, 1989, p. 93 ss., and now in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 169 ss. Research on the philosophical foundation of our legal system by comparing positive jurists and philosophers: ID., *Filosofi del diritto e civilisti a confronto*, in AA.VV., *Soggetti e norme, individuo e società*, Napoli, 1987, p. 173 ss.

reference to any self-determination of the individual. The rights of freedom are recognized according to the protection and development of the values of the person first of its dignity. So our system has an ethics³. If, therefore, ethics and law do not express a dichotomy, it is to relate science and law as it is in this perspective that the limits set by law 40 of 2004 have been dismantled by the juridical decisions of the Constitutional Court⁴.

2. Before law 40 of 2004⁵ would put the ban, heterologous fertilization in Italy was in practice. Already in the fifties in front of the case of a woman subjected to heterologous fertilization with donated sperm from an anonymous donor, the Court of Rome, admitting the action of disavowal of her husband, urged the legislature to regulate the matter in order to respond to the evolving medical technology⁶.

The progressive advance of medical science does not match the real appreciation of the balance of interests at stake. In the absence of law judges denounced the risk that regulatory models in use were inadequate and outdated compared to the developments in genetics with certain danger of conflicting decisions and serious injury to evolution and legal certainty⁷. In the nineties new rights were faced: reproductive rights, the right to a non-manipulated genetic inheritance, as well as the right to know their origins⁸.

At the end of the nineties, the long and painful parliamentary *iter* began leading to the enactment in 2004 of Law 40 which admitted and regulated fertilization homologous and expressly banned the heterologous one. It recognized the embryo a status worth of protection; according to legislative intent there was the awareness of the community's perspective that led to anticipate the moment when the human subject needed to be protected and then it was intended to anticipate the recognition legal value of the person.

The ban of heterologous fertilization determined the sense of legislative which is to serve the purposes procreative limiting them to those means to ensure couples not the procreation in the wider sense of the term but only, the procreation consistent with a biological heritage of some derivation, useful to ensure the child the certainty of biological origins to which the child has fully right.

With a series of decisions, the last of which dates back to last November 11, the Court has dismantled the principles on which the law was based to admit not only heterologous fertilization but also the cryopreservation of embryos and the selection of the same in order to implant only the healthy ones. Therefore the regulation is incomplete and throws the interpreter in the uncertainty that has always characterized the matter.

The judgment that initiated the new system was in 2009⁹. This removed the need for a unique, contemporary facility and created a number of embryos no more than three with

³ P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale*, cit., p. 169 ss.

⁴ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, p. 231 ss. The A. says that «bioethics can be addressed and discussed with both approaches and on different levels: as a moral issue and as a matter of law [...] at the base of the debate is a matter meta-theoretical, at the same contempt meta-moral and meta-juricial: if the two are really two questions and not just one, or whether they should be separate and distinct.»

⁵ Law 19 February 2004, n. 40, in G.U. 24 febbraio 2004, n. 45. V. G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 810. Cfr. M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, *ivi*, 2004, p. 1405.

⁶ Trib. Roma, 30 April 1956, in *Giur. it.*, I, 1957, c. 218, with comment of A., TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*.

⁷ Trib. Roma, ordinanza del 17 febbraio 2000, in *Dir. fam. e pers.*, 2, p. 706 ss., with comment of L. D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale di Roma da ignorare*.

⁸ S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, p. 139 ss.

⁹ Corte cost., 8 May 2009, n. 151, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 177; in *Foro it.*, 2009, I, c. 2301, in *Giur. cost.*, 2009, c. 1656.

the consequential exception to the prohibition of cryopreservation. The intervention of the Court remains subject to the principle that production techniques should not create a number of embryos that is absolutely necessary, according to investigations entrusted, in its factual context, to the doctor, but excludes the provision of the obligation of a unique, contemporary facility and the maximum number of embryos to be implanted, thereby eliminating both the unreasonableness of the same treatment of different situations under art. 3 cost., as well as the need for women to undergo possibly to another ovarian stimulation, with possible injury of her right to health in accordance with art. 32 cost.

The attention moves from the discretion of the legislator to the discretion of the physician's evaluation resulting in enhancement of informed consent according to art. 6 l. 40/2004¹⁰.

3. In 2010 the European Court of Human Rights ruled on Austrian federal law prohibited the use of techniques of medically assisted procreation of heterologous type using egg donation *in vivo* and *in vitro* and/or *in vitro* fertilization with donated male gametes, as it was contrary to articles 8 and 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights¹¹. A few months later, however, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights overturned the pronouncement of First Instance, considering not detrimental to the articles 8 and 14 of the Convention the provisions of the Austrian Federal Law n. 293/1992¹². According to the Grand Chamber of the prohibitions laid down by the Austrian law, whilst constituting an interference with the right to respect for private and family life of the intended parents, it is justified and proportionated not exceeding the margin of appreciation accorded to the Contracting States in regulatory issues and ethically sensitive controversials. In such matters the discretion displayed by the Member States will inevitably become wider in view of the lack of a consolidated European Consensus (common ground) on heterologous artificial insemination, it is therefore at the national's discretion the duty of carrying out a reasonable balance of interests involved.

On this track raises the well-known judgment of the Constitutional Court n. 162/2014¹³ which, without mentioning specifically the provisions of the CEDU, as interpreted by the Strasbourg Court, retains the central hub represented by the content of art. 8 CEDU. The ban on heterologous fertilization seems unreasonable since a major limitation on the freedom of self-determination with regard to reproductive choices under art. 2, 29, and 31 cost. with serious psychological injury under art. 32 cost. against the couple, not only it is not justified by the protection of interests equally relevant but would go against the spirit and purpose of the law which is to facilitate the resolution of issues arising from reproductive sterility or human infertility, harming the prohibition to the detriment of

¹⁰ G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti)*, in www.forumcostituzionale.it.

¹¹ CEDU, S.H. and another *c. Austria*, 1 April 2010, ric. N. 57813/00, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 977 with comment of di U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, p. 981; A. OSTI, *Austria in tema di procreazione medicalmente assistita*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 13 ss.; B. LIBERALI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 556 ss.

¹² CEDU, *Grande Chambre*, S.H. and another *c. Austria*, 3 November 2011, ric. n. 57813/00, in *Foro it.*, 2012, IV, c. 209 ss.

¹³ Corte cost., 10 June 2014, n. 162 in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, p. 1062, with comment of G. Ferrando. The regulations were due essentially to three regulatory models. France and Portugal are an example of a liberal model in which it is allowed to married or cohabiting heterosexual couples access to all forms of PMA, homologous and heterologous; extremely liberal tips can be recognized in Denmark, Holland, Belgium Spain and Britain, where it is permitted access even to single woman and homosexual couples, as well as Greece, Russia, Ukraine and even in Britain, where surrogacy is legal. In the countries of Germanic tradition, Austria, Germany and Switzerland, exists an intermediate model, characterized by a limited legitimacy by providing a ban on all forms of procreation that cause a divergence between maternal genetic and biological motherhood (egg donation and "rental of uterus"). Finally the repressive model, enforced in Italy before the consultation declared the illegality of the absolute prohibition of heterologous, currently shared by only Lithuania and Turkey, where it is prohibited all forms of heterologous fertilization in favor of full unity between parenting genetic, biological and legal.

couples affected by more serious diseases, in violation of the principle of equality under art. 3 cost.

The basic idea underlying the decision of the Constitutional Court is that parental responsibility even more by the fact that the biological one is inferred from the will of the adult to take charge of the care of the new born, so that it is in conformity with the basic principles of the system even the artificial dissociation between biological and social parenthood that with the necessary intervention of the law is bound to occur at least to one member of the parental couple in any case of use of the technique of heterologous artificial insemination. The Court noted that the protection of the embryo is not absolute but limited by the need to find the right balance with the protection of “demands of procreation”, while newborns of heterologous fertilization would have adequate protection that provides a quite stable assessment of the *status filiationis*. Those born from heterologous fertilization take on the status of children of the couple who has expressed a willingness to resort to heterologous fertilization (art. 8, l. 40/2004); it is not possible that the applications of the seed of a donor, the spouse of the mother or her partner, who have allowed the use of donor sperm, can then sue under articles 243 *bis* and 263 of the Civil Code citing the absence of any bond of blood with newborns (art. 9, l. cit.); the donor of gametes may not establish a legal relationship with this parental despite the blood ties with the newborn (art. 9, l. cit.). We therefore witness a procreation without filiation and a filiation without procreation.

With reference to the right to genetic identity, the Court refers to the law of adoption, that even after some pronouncements of Court, has governed the right of adoptive parents to information concerning the identity of the biological parents breaking the dogma of secrecy in favor of a dialectic evaluation of family relationships¹⁴.

4. The intervention of the Court would not produce, therefore, a normative emptiness. Nor with reference to the subjective requirements because both heterologous homologous fertilization can access couples of different sexes and older, married or cohabiting, of childbearing potential, both alive (art. 5, l. cit.), nor with reference to the ban on the marketing of gametes and embryos and surrogacy (art. 12, l. cit.) which continue to stand.

However, the doctrine expressed more than one concern with respect to both the right to parenthood as to the alleged absence of regulatory gaps¹⁵.

The right to parenthood is elevated to a fundamental human right, a right that would be unreasonable not to recognize infertile couples since scientific progress allows it. Although that it was duly noted that the safeguard of this new fundamental right is certainly conditioned to the possibilities offered by science and technology, in fact, the techniques of procreation must take place on the basis of the principles of gradualism and informed consent. It is true, however, that if science and medicine allow that, the guarantee of that right does may not be refused. From this viewpoint some contradictions rise with the theory of fundamental rights: a right is recognized as a fundamental right but it is subject to the acquisition of science and subjectively limited to certain pathological situations¹⁶.

¹⁴ About the identity of the donor: S. PATTI, *Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche*, in G. FERRANDO, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, p. 206; L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, p. 816 ss.

¹⁵ The legislature should regulate in detail the donation of gametes currently limited to the marketing ban. In Spain, for example, under the Law 26 May 2006, n. 14 (*Ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida*, in *Boletín Oficial del Estado*, 27 maggio 2006, n. 126), the donation of gametes occurs in the form of «*contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y al centro autorizado*».

¹⁶ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *www.forumcostituzionale.it*. Cfr. M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in *www.confrofronticostituzionali.eu*. L'A. notes that the Constitutional Court seems to actually access a reading of self-determination as an absolute principle and as an inexhaustible source of new rights of the individual and the couple. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, *passim*, states

Turning to the *status filiationis*, we know that when an unmarried couple accesses to heterologous fertilization it is always necessary a recognition of both parents or the judicial confirmation of fatherhood and/or motherhood. In the hypothesis of heterologous fertilization with egg donation, the woman can not give birth in anonymity (art. 9, l. cit.). However, the registrar has no way to know for sure if the birth is reported to have taken place from women who do not want to be identified, is the result of natural conception or heterologous fertilization. So even in the case of heterologous fertilization remains the possibility of giving birth in anonymity and circumvent the ban on surrogacy.

Moreover, if it is true that article 9 excludes the spouse or parent who consented can disown the authorship of the born and sue the recognition of lack of veracity, it is said that these rights are also subtracted to natural parents and the newborn.

The judge states that the consideration that the ban was censored in which prevents the use of the heterologous technique, if it is established that there is a disease, must exclude the possible use of the same technique in illegitimate eugenic purposes. However the questions raises serious doubts especially regarding the right to self-determination: it will be difficult to explain how this right can not be violated if a woman produces eggs but is not able to continue the pregnancy and would like to use another uterus always donated. Similarly it could pose a violation of the principle of equality, the not-extension of the procreative techniques to sex couples and singles¹⁷. Finally, in support of the irrationality of the ban on heterologous would adopt in the name of the faculty that the law requires by to enter a child into a family from different biological origins. Except that in the case of adoption it is the child who exists that the law gives the right to a family in the absence of the natural one that also must remain within the horizon of the identity of the child himself and adoptive parents.

5. The exception to the prohibition of cryopreservation and the most recent opportunities for access to pre-implantation diagnosis to prevent the transmission of genetic diseases¹⁸, and embryo selection, as well as the tendency of the system to recognize the transcript of the birth certificates of born out of the Italy with surrogacy according to the principle of favor *affectionis* and *stabilitatis*¹⁹, leads us to reflect to the fact that the system is greatly changed: to the principle of *favor veritatis*, for which the legal *status* must match the genetic one, overlaps the principle of self-responsibility, and procreation is no longer a legal fact but a process driven by intent²⁰.

It must be strongly emphasized the need for effective protection of the embryo and not a weakening of the embryo. Reality in progress is a stage of reality that can not be defined merely by reference to the final moment resulting art. 1 of the civil code²¹. Nor to justify a

that in relation to the right to self-determination, including the right to procreate is an expression, it is incorrect to speak of limitations for claiming to be entitled to this power to effect the legal position of others contradicts his own foundational reason and therefore it would be more appropriate to talk about the real lack of powers which fall within the scope of the right.

¹⁷ Cfr. G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014, p. 408.

¹⁸ Corte cost., 5 June 2015, n. 96 e Corte cost., 11 November 2015, n. 229, both in *www.consultaonline.it*.

¹⁹ CEDU 27 January 2015, *Campanelli c. Italia*. The Court condemned Italy for violation of article 8 of European Charter of Human Rights for not having copied the birth certificate of the child in Russia with surrogacy, saying that we should take account of family ties in fact between the applicants and the child. App. Torino, 4 December 2014, in *Nuova giur. comm.*, 2015, 5, p. 241 ss., allowed the transcription of the birth certificate of a child born in Spain by two women with heterologous fertilization saying that not doing so would restrict the right to personal identity of the child and his *status* in Italy; Trib. Min. Roma, 30 July 2014, in *Foro it.*, 2014, 10, 1, c. 2743, recognized the parental relationship actually exists between the stable partner of the biological mother and a child in Spain conceived through artificial insemination heterologous.

²⁰ E. DEL PRATO, *Intento e procreazione*, in *www.dimt.it/2014/06/10/intento-e-procreazione/*.

²¹ G. OPPO, *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, p. 10259 ss.

form of protection is essential from the positive point of view anchor ownership of rights. The man to whom the Republic guarantees inviolable rights calls for a protection, the extent of which can not stand but limits to the functioning of his personality²². In this regard the precautionary principle could help which informs our legislative system and which requires, in the presence of scientifically controversial issues, to take more respectful measures of life and human dignity²³.

6. It therefore seems all the more than ever necessary to reflect on the expectation of anonymity²⁴. The area of the countries likely to make identifiable donors widens because it is hard to keep secrets²⁵. The Convention on the Rights of the Child of November 20, 1989 article 7 affirms the right of the child from birth to know his parents and be brought up by them; so the invitation of the European Parliament to recognize the child the right to protection of his identity in which is included the right to be informed of certain circumstances relating to its biological origins²⁶. In the same vein the Report on Human Artificial Insemination in 1989 and the White Paper on principles concerning the establishment and legal consequences of the kinship of 2001, issued by the Committee of Experts of the Family Law of the Council of Europe (principle 29).

The identifiability of the donor responds to the need for transparency which should guide the family and social relationships. It is from this perspective, that Constitutional Court considered possible to reduce the protection of the anonymity of gamete donors by referring to the ruling on the adoption²⁷: the child's right of access to information about his origin and the identity of their biological parents at the age of twenty-five but even earlier being over-aged for serious mental reasons and physical health; power granted to the judge at the request of the child to question his mother who had decided not to be named in accordance with art. 30 of Presidential Decree 396 of 2000, for the purpose of a possible withdrawal of that will²⁸. With the result that the right to know their biological origins overrides the rights of the mother who wishes to give birth anonymously²⁹, since this right is one of the aspects of personality that can affect the inner attitude and the same social life of a person as such³⁰. Thus the Court has recognized that personal identity is also built from

²² F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 4, p. 10533 ss.; ID., *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, p. 459.

²³ G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 162.

²⁴ P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in G. FERRANDO (a cura di), *Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1989, p. 141 ss.; ID., *Riflessioni sull'inseminazione artificiale*, cit., p. 93 ss. e ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 177, considers anonymity negatively. ID., *La tutela dell'embrione*, in G. BISCONTINI e L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002, p. 32 ss. e ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 311 ss. In Britain, since in 2005 it was abolished anonymity for donors of gametes, ensuring by law to the newborn the right to know the identity of the biological parent to the age of eighteen, there has been a drastic reduction in the number of donations: M.A. IANNICELLI, *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta?*, in *Corr. giur.*, 1/2015, p. 76.

²⁵ Italy has violated the anonymity of gamete donors in the process of heterologous fertilization. The director of the National Transplant Center Nanni Costa is responsible for asking the Fertilization Centers and Regions sensitive personal data unencrypted fax donors and information about births from violating the heterologous fertilization's law. The Privacy Commissioner has found a violation of privacy between April and June 2015, and should communicate the sanction.

²⁶ Art. 8.10 of the European Charter on the Rights of the Child 1992.

²⁷ Corte cost., 10 June 2014, n. 162, cit.

²⁸ Corte cost., 18 November 2013, n. 278, in www.consultaonline.it

²⁹ Corte cost. n. 278 del 2013, cit. and CEDU, Godelli c. Italia, 25 September 2012, ric. n. 33783/09. For the Court of Strasbourg discovering details about his identity as a human being and the vital interest, protected by the Convention to obtain the information necessary to discover the truth about an important aspect of personal identity, for example. the identity of their parents contributes to the development of the person and part of the right to respect for private and family life. Birth and its circumstances are part of the private life of the child and the adult.

³⁰ M. CHISTOLINI, *Conoscere la propria storia assicura ai piccoli una crescita armonica*, in *Fam. e minori*, 2009, 3, p. 80 ss.

natural biological data, namely that the right to know who you are is nothing more than the right to be oneself but an essential component³¹.

Article 4 of the Swedish Law of 20 December 1984, n. 1140, provides for the right of the newborn to know the identity of his natural parents. Similarly to the Federal Republic of Germany: on the basis of the constitutional principle that protects human dignity, the prevailing attitude has always affirmed the right of the person to know their genetic origin.

In conclusion, the horizon that is looming is characterized not only by a dissociation between biological parents and social parents but even the link between childbirth and motherhood³², the ability to perform acts (contracts or not) of their own bodies in order to be able to use procreative techniques and new parental atypical relationships³³. Given the fact that all this can be developed in a regime of constitutional solidarity according to an evolved concept of family relationships and parent-child relationship depends on the level of sensitivity and culture of the society. I therefore think the law needs thorough studies on the subject by anthropologists, sociologists, psychologists and philosophers.

³¹ S. FAVALLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale tra CEDU e Corte costituzionale italiana*, in www.forumcostituzionale.it.

³² P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 3, p. 20142.

³³ E. DEL PRATO, *Intento e procreazione*, in www.dimt.it/2014/06/10/intento-e-procreazione/.

HUMAN RIGHTS: JUSTICE AND HUMAN DIGNITY SOURCE

LUCIANE TORRES SANTIAGO CARDOSO

Post graduated lawyer in civil law and civil procedure

Member of the oab woman

Brazil

Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2015

Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2015

ABSTRACT: In the globalized world, we still have a great need for Education. It is important to stress the need of culture and elucidation of everyone, about the basic constitutional principles of all nations, which support the Democratic Rule of Law, ensuring more applicability of Human Rights, which dignify the human person. It becomes a primary importance to discuss this matter, because of the diversity of cultures which do not prevent the clamor for Education, a strengthening tool of all nations.

KEY WORDS: Human Rights, Human Dignity, Education, Social Justice

SUMARIO: 1. INTRODUCTION. 2. HUMAN DIGNITY – CONCEPTS. 3. HUMAN RIGHTS – HISTORY. *3.1 POST-WAR REVOLUTION. 3.2 CHARACTERISTICS OF THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS. 3.3 REGULATORY SYSTEM.* 4. DEFENDERS OF FREEDOM AND HUMAN RIGHTS. *4.1 MAHATMA GANDHI. 4.2 MARTIN LUTHER KING. 4.3 NELSON MANDELA. 4.4 PAULO FREIRE (1921-1997) – BRAZIL. 4.4.1 PAULO FREIRE – PATRON OF BRAZILIAN EDUCATION – PEDAGOGY OF THE OPPRESSED.* 5. CULTURAL PLURALISM, HUMAN RIGHTS AND UNESCO. 6. CONCLUSION. 7. BIBLIOGRAPHY

1. INTRODUCTION

The primary objective of the present work is to emphasize the social needs and desires for a collective conscience, based on values of ethics and mainly respect for society, just like the commitment, talent and noble principles of Malada Yousafzaz, Nobel Peace Prize in 2014, who played a brilliant role with firmness and courage, being an instrument of social responsibility, and not corroborating impunity, fulfilling the mission with excellence as a citizen at the age of 17, defending the child's right to education, and who was also awarded the Liberty Medal in the USA. The Brazilian society needs to improve, to refine, so that it fits the demands of adjustment and use of human rights as well as the respect for the law, fulfilling the values of human dignity.

There are several ways to spread human rights. The consistency of each person is enough to seriously fulfill their work and perform their mission.

The true revolutions do not need to be noisy, bloody, aggressive or violent. The belief of exercising democracy with responsibility encourages actions that might clarify, elucidate, share knowledge and adds up the strengthening of the Brazilian society. This exercise is implicit in those ones who had the opportunity to immerse themselves in culture and to be a peace army and true representatives of an integration of citizenship, social inclusion, values for sustainable living.

The word that guides the whole idea of human dignity is respect without restriction, in which the person is the most valuable one. Therefore, we will have a fairer Brazilian society as well as more sustainable and peaceful, founded in democratic constitutional principles.

Those ones who are corrupt, incompetent and silent are accomplices of a social disease that spreads like cancer, weakening the democracy, freedom and social equalities.

The freedom that was achieved in a suffering way must be considered a prestige, enriching the principles of basic Brazilian constitutional rights.

Each Brazilian brings a commitment with them to ensure non-violence, consideration for others, and physical and moral integrity of the whole community. Only then we will be a fairer and stronger nation.

Therefore, the concern about the motivation of practicing human rights becomes urgent throughout actions carried out in the society.

It is not enough for a nation to have a consolidated Federal Constitution ruling the whole society, if the members of this very society do not know it, and collapse in the ignorance of their own fundamental rights as well as their duties. The Brazilian Federal Constitution of 1988 is a milestone in the country and it should be a booklet, not only a Magna Carta for some, but a booklet of each citizen. Although the citizens have different financial and cultural backgrounds, they are all the same because they are all human beings.

It is important to point out that the human being needs to be humanized and becomes human in order to honor their own fundamental Carta.

The word solidarity is treated as unimportant. The one who is sympathetic is seen as virtuous. However, the one who is sympathetic only fulfills their social obligation, because we are all connected. The devastation of the concepts of basic values puts the democratic society under a vicious risk. Only with the conscious practice of Democracy we will be able to preserve our achievements.

2. HUMAN DIGNITY – CONCEPTS

According to the Longman Dictionary of Contemporary English: Dignity: sense of value or importance; the fact of being respected or deserving respect.

The human dignity is supported in Article 5 of the Brazilian Federal Constitution. As Paulo Bonavides quotes:

“In fact, a brief reflection about the initial article of the text is sufficient to immediately deduct the major importance of the principle of the Constitutional Assembly of 1988. It was done in such a high rank as the principle of sovereignty, citizenship, pluralism, social recognition, working concerns and free enterprise, being classified as essential components of the institutions of our constitutional system of power.”

Therefore, human dignity is a concept that reflects the need for respect for human beings.

It does not matter how poor and humble a person is, even if completely deprived of cultural and material goods, this person will always hold a set of goods that makes part of their personality – a human characteristic – which is more precious than properties. The human dignity is not a privilege only for the rich, educated or powerful people: it must be respected by everyone. The values that are part of the personality are worth differently from the assets and when they are treated with hostility, it results in the so called moral damages. This finding, by itself, states that the moral damage should not be mixed with property damage, it has its own autonomous existence to require independent legal guardianship. (Cavalieri, 2003, p.95)

In his work, the author classifies human dignity as a constitutional subjective right to dignity.

The achievement of human dignity is a conquest of humanity. The recognition of fundamental rights and assurances establishes a movement of legal security.

According to Nestor Sampaio Penteado Filho (2012, p.18), who talks about human dignity, it is “supreme and inseparable spiritual value of the human being (inherent).”

This is what the Supreme Court decided about the matter:

The dignity of the human person is the most important principle of the legal system, with significant interpretative vector, true value – a source that is in accordance to and inspires the current constitutional order in our country – and also translates, in an expressive way, one of the grounds on which it is based, among us, the republican and democratic orders, devoted by the positive constitutional law system (Penteado Filho, 2012, p. 18)

Still about human dignity, we notice that there is a close relationship with freedom, because a man is free only when his dignity is respected. This is what Jorge Amado quotes about it:

“Rough and long, hard way of sacrifice, this is how the road of freedom looks like. There is no greater asset in the world, a right that was hard to achieve, a love that requires

great loyalty, than freedom. The fighters in a battle may fall, but freedom is a flag that must not be left behind, new hands must lift it and take it on the way. A hard and difficult achievement.” (Amado, 1945)

The Human Dignity walks along with democracy and with the Rule of Law. Without it, it would be the opposite of ethical and moral values, degrading the social existence. In reference to the 5th article of the Brazilian Federal Constitution, it states the fundamental rights of the individual. Tolerance is to respect the differences, to place them in the same level. Tolerance is not a pure and simple privilege, but the building block that sustains society. According to the Declaration of Principles on Tolerance supported by UNESCO General Conference:

Article 1 – 1.1 – Tolerance is respect, acceptance and appreciation of the rich diversity of our world’s cultures, our forms of expression and ways of being human. It is fostered by knowledge, openness, communication and freedom of thought, conscience and belief. Tolerance is harmony in difference. It is not only a moral duty, it is also a political and legal requirement. Tolerance, the virtue that makes peace possible, contributes to the replacement of the culture of war by a culture of peace.

1.4 – [...] The practice of tolerance means that one is free to adhere to one’s own convictions and accepts that others adhere to theirs. It means accepting the fact that human beings, naturally diverse in their appearance, situation, speech, behavior and values, have the right to live in peace and to be as they are. It also means that one’s views are not to be imposed on others.

Article 4 – 4.3 – Education for tolerance should aim at countering influences that lead to fear and exclusion of others, and should help young people to develop capacities for independent judgment, critical thinking and ethical reasoning [...] (UNESCO, 1995)

It is, consequently, the spread of the ethical values of respect for religion, belief, sexual posture, differences in ethnicity, races, freedom of expression, the need of a clear and free press, the elimination of violence, impunity, respect for the social and cultural conditions. In short, without human dignity, there is not a healthy and equal society.

3. HUMAN RIGHTS – HISTORY

Human Rights are natural rights; in the 18th Century, Montesquieu Jean and Jacques Rousseau stood out, both of them with great significance for the French Revolution. Montesquieu, in his book “The Spirit of the Laws”, examined the laws and the institutions of each people and justified them based on social circumstances. While Rousseau, in his book “The Social Contract”, understood it as a passage of a state of nature, natural freedom to a corporate phase. Marcus Claudio, in his “Brazilian Legal Dictionary”, lectures on excerpts from the book “The Social Contract”:

The man is a noble savage, his nature is wholesome, but the society corrupts him. Well, it is the freedom of the good times that makes him kind; therefore, the convenient political society is the one that ensures the widest individual autonomy. When the natural freedom is lost, the rebuilding of the man’s character is done with civil freedom, the State greatest ideal. Then freedom becomes an end in itself and the society itself is nothing more than the object of a contract, a will result rather than a natural attitude [...] The State is genuine when it protects the natural rights of man, especially freedom. The influence of

Rousseau is therefore great in the development of the Declaration of the Rights of Man and Citizen. (Acquaviva 1993, p. 475)

The school of Vienna, represented by Hans Kelsen, creator of the pure doctrine of law, claims that the right must be above any value judgment. In agreement with this statement, Marcus Claudio refers to Professor Godoffredo Telles Junior:

Natural law, he says, is the appropriate positive law with social ethics, a set of highest assets of a certain society. If the positive law corresponds to what the community wants, it is evident that it is an artificial law, imposed by brute force, but natural, spontaneously attacked because it is genuine. (Acquaviva, 1993, p. 475)

It is essential to mention the following documents, which are relevant milestones in the protection of human rights (PENTEADO FILHO, 2012, p. 16-17): Magna Carta (1215), Petition of Rights (1629), Habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights (England, 1689), Declaration of American Independence (1776), Constitution of the United States of America (1789). Based on these historical facts, we perceive that the concept of human rights is being built and consolidated for many decades.

3.1 Post-war Revolution

The internalization of human rights emerged as a clear post-war need, as the war was a stage of atrocities, inhuman and arbitrary common practices that mutilated the whole world. Tzvetan Todorov talks about this matter in an adapted text:

The enemy is the great excuse of terror, the totalitarian State cannot live without enemies. If they lack, they are created. Once they are identified, they deserve no mercy [...] The Nazi ideology is very different from the communist ideology, but the terror machine is also present here and there [...] In the totalitarian society, terror is the means that makes the fellow man suffer, it is available and what is worse, we are encouraged and praised for having used such means. To immerse in one's own distress, it is necessary to show it properly to the Party Organs or Security State (there is communication between both institutions). From then on, he will no longer progress, will be deprived from work, will be expelled from his home, will be deported from the province, will be locked up in a concentration camp, and possibly killed [...] (Pazzinato, 2006, p. 276)

The word Holocaust, of Greek origin, originally designated a type of sacrifice in which the victim was entirely consumed by fire. After the World War II it was associated with the Nazi death camps, where thousands of people were killed and cremated every day.

The main characteristics of the Hitler Era were the human degradation and horror that resulted in the killing of thousands of families.

An unreasonable persecution of Jews started in Russia at the beginning of the German occupation. Coldly calculated acts of cruelty disrespected several families, a legion of innocent people, at the hands of tyranny and madness of uncontrolled power.

In this State, the rights of the citizens are abruptly abolished and the will of the dictator becomes law. Angela Randolpho Paiva claims:

Rights are, in a way, the individual claims in which I can be sure that the general ones will be fulfilled, it is precisely “by the social granting of these rights it is possible to measure if the person can be considered a fully recognized member of their community” (Honneth 2003b:137). Dignity is precisely the effective allowance of rights in which the person is recognized as a member of society (Paiva, 2012, p.154)

In this state of world-wide instability, reconstruction rises from the ashes. On December 10th, 1948, the Universal Declaration of Human Rights is approved, and it is considered the largest watershed in the reconstruction process of human rights. The Vienna Conference that took place in 1993 supported the content of the UN Universal Declaration of Human Rights.

Definitely, only in a democracy, the person has the feeling of acting as an autonomous one, master of their own decisions, ie, express their will. The feeling of dignity can never be hurt. The conduct of the person should be free but always respecting the Democratic Rule of Law.

3.2 Characteristics of the Fundamental Human Rights

I. Historicity: the fundamental rights are of historical nature, and they come from Christianity, winning several battles up to the present time;

II. Universality: they reached every human being without distinction; there is much talk of Global System of Human Rights Protection;

III. Inexhaustibility: they never cease because they can be expanded, extended and new rights may arise at any time;

IV. Essentiality: they are inherent to the human being, based on supreme values of man and his dignity (material aspect) assuming a prominent normative position (formal aspect);

V. Imprescriptibility: they do not get lost as time goes by;

VI. Inalienability: under any circumstances, there is no possibility of transferring these rights;

VII. Non-waiver: they cannot be an intentional relinquishment, since no one can give up their own nature;

VIII. Unfeasibility: they cannot be violated neither by infra constitutional laws nor by administrative acts of Government agent, at the risk of civil, criminal and administrative liability;

IX. Effectiveness: Public Administration should create coercible procedures that are able to affect fundamental rights;

X. Limitableness: they are not absolute as they suffer restriction in constitutional times of crisis (state of siege) and also from interests or rights that, if confronted, are more important (pondering principles);

XI. Complementarity: they must not be seen in isolation, but in a combined and interactive way with the other rules, principles and goals determined by the constituent;

XII. Competition: they may be carried out in a cumulative way when, for example, a journalist spreads the news and also gives his opinion (freedom of information, communication and opinion);

XIII. Retrocession seal: they can never be decreased or reduced in aspect (the State cannot protect less than it is protecting) (Pentado Filho, 2012, p. 23)

In Brazil, human rights are constituted of immutable clauses that cannot be modified or have any kind of amendment or infra constitutional legal settlement.

3.3 Regulatory System

After the Yalta Conference, representatives of 50 countries met in San Francisco, USA, and created the United Nations (UN) on June 1945. Headquartered in New York, its main objectives are: the maintenance of world peace, the defense of human rights and the improvement of the quality of life on the planet. Currently, the UN congregates 188 countries.

The global regulatory system of human rights protection is formed in the UN scope of action. This regulatory system, in its turn, is connected by general application instruments (such as the International Pacts on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights, 1966) and by specific range of instruments, such as International Conventions that try to give an answer to specific violations of human rights such as torture, racial discrimination, discrimination against women, violations of children's rights, among other forms of violation (Piovesan, 2000, p.20)

There are currently three main regional systems that the UN supports: European, Inter-American and African.

The American system has, as its main instrument, the American Convention of Human Rights – 1969, that establishes the Inter-American Commission of Human Rights and the Inter-American Court.

The global system is made of the Universal Declaration of Human Rights (1948), International Pact on Civil and Political Rights (1966), International Pact on Economic, Social and Cultural Rights (1966).

Relevant international laws:

- The American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948)
- American Convention on Human Rights – Pact of San José of Costa Rica (1969)
- Statute of Inter-American Court of Human Rights
- Legislative Decree 89 (December 3rd, 1988)
- Additional Protocol to the American Convention on Human Rights and the Area of Economic, Social and Cultural Rights – Protocol of San Salvador (1988)
 - Inter-American Convention to prevent and punish torture (1985)
 - Inter-American Convention on the prevention punishment and eradication of violence against women – Convention of Belém do Pará (1994)
 - Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (UN, 1948) and the Rome Statute for the International criminal Court (1998)
 - International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination (UN, 1965)
 - Convention on Elimination of all forms of discrimination against women (UN, 1979)

- Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (UN, 1984)
- Convention on the Rights of the Child (UN, 1989)
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol (UN, 2007)
- Convention relating to the Status of Refugees (UN, 1951)
- Inter-American Democratic Charter
- European Convention on Human Rights (European System, 1950)
- African Charter on Human and People's Rights (African regional System, 1981)

3.4 Governing Principles of International relations in Brazil

There are governing principles of international relationships in the nation, which are described in Article 4 of the Brazilian Federal Constitution:

- I. National independence (sovereignty)
- II. Prevalence of human rights
- III. Self-determination of peoples
- IV. Non-intervention
- V. Equality among States
- VI. Defense of peace
- VII. Repudiation of terrorism and racism
- VIII. Cooperation among peoples for the progress of humanity
- IX. Granting of political asylum and economic integration

Our legislation considers as heinous crimes the crime of genocide, the practice of torture, the illicit traffic of narcotics and related drugs, and terrorism, as consolidated in Law No. 8072 of July 25th, 1990, confirming the Article 5, item XLIII of the Brazilian Federal Constitution.

Heinous crimes are those that are not susceptible of amnesty, grace, remission or bail. Therefore, our homeland Legislation is for Human Rights and the Democratic Rule of Law, which is considered a great historic breakthrough.

The 1988 Constituent established a Constitution to protect the constitutional rights and guarantees, that prioritized the protection of human dignity and human rights.

4. DEFENDERS OF FREEDOM AND HUMAN RIGHTS

4.1 Mahatma Gandhi

Mohandas Karama Hand Gandhi, Bachelor of Laws (LL.B.) in College London, was born on October 2nd, 1869, and died on January 30th, 1948. He was the creator and the founder of the modern Indian state and the greatest defender of Satyagraha (non-aggression principle, a non-violent protest) as a means of revolution. He was known for leading the Indian independence movement.

The principle of Satyagraha, often translated as “insistence on truth” or “truth force”, also inspired generations of democratic and anti-racism activists, including Martin Luther King and Nelson Mandela. He became a leader of the Brotherhood, aiming the person in first place. He claimed that anarchy that was ordered around him was worse than the real anarchy. He was a defender of Human Rights and Peace. There is a very

significant quote from Gandhi I which he says that “happiness is when what you think, what you say, and what you do are in harmony.”

4.2 Martin Luther King

Martin Luther King was born in Atlanta on January 15th, 1929, and died on April 4th, 1968. He was a Baptist Minister and an American political activist. He became one of the most important leaders of the African-American Civil Rights movement in the USA and in the world, with a non-violent campaign and love thy neighbor.

On October 14th, 1964, King was awarded the Nobel Prize for Peace for his non-violent resistance to racial prejudice in America. He organized and led marches in order to achieve the right to vote, the end of segregation, the end to discrimination as work and other basic civil rights. Most of them were aggregated to the US Law with the approval of the Civil Rights Act of 1964 and the Voting Rights Act of 1965.

The Nobel Prize for Peace was awarded to him in recognition to the nation and his leadership in the non-violent resistance and the end of racial prejudice in the United States of America (USA).

In 1967, King made serious criticisms of the role that the US played in the Vietnam War.

In 1968, Martin Luther King organized a campaign for social and economic justice (“Poor People’s Campaign”) which main objective was to ensure help for the poorest communities of the country.

According to Martin Luther King: “what worries me is not the strident clamor of the bad people, but the appalling silence of the good people.”

4.3 Nelson Mandela

Nelson Rolihlala Mandela was born in Mvezo on July 18th, 1918 and died on December 5th, 2013. He was a lawyer, rebel leader and president of South Africa from 1994 to 1999, and was considered the most important leader of Black Africa, winner of the Nobel Prize for Peace in 1993 and the father of the South African modern nation. He was also the leader of the non-violent resistance.

To honor him, the United Nations establishes the Nelson Mandela International Day on the day of his birth, July 18th, in order to consider the importance of the struggle for freedom, justice and democracy, all over the world. He fought against the Apartheid, which was a system of racial segregation. A true statesman that dedicated his life for the human rights of his people, equality and ideology of human freedom and respect.

According to Nelson Mandela: “I dream of a day when all people will stand up and realize that they were made to live as brothers” and “Education is the most powerful weapon which you can use to change the world.”

4.4 Paulo Freire (1921-1997) – Brazil

Paulo Freire developed a pedagogy directed to the field of popular education. He was recognized for raising awareness and enhancing the oppressed classes, being a reference to the movement called critical pedagogy.

His most noble concern was with young and adult workers in order to illiterate them as well as to bring political awareness. He influenced the Basic Ecclesial Communities.

However, his work reaches all kinds of education, always based on education as political nature. His methods innovated the adult literacy, and eliminated the primer repetition method, which did not work for the core learning objectives.

4.4.1 Paulo Freire – Patron of Brazilian Education – Pedagogy of the Oppressed

Paulo Freire, mentor of education for awareness and author of pedagogy of the oppressed, defended, as the goal of schools, teaching the student to “read the world” so that it can be changed.

Remarkable statements of Paulo Freire:

“Knowing is a subject’s task, and not an object’s one, and as a subject and only as a subject, man is really able to know.”

“Nobody frees anybody. People free themselves.”

“Changing things is difficult but it is possible.”

“It is not possible to remake this country, democratize it, humanize it, make it serious, with teenagers playing to kill people, offering life, destroying the dream, making love not viable. If the education itself does not change the society, without it neither can the society.”

“What is my neutrality but a comfortable way, or maybe hypocritical, to hide my option or my fear of blaming injustice? Wash the hands concerning oppression is to strengthen the power of the oppressor, is to opt for him.”

5. CULTURAL PLURALISM, HUMAN RIGHTS AND UNESCO

John Kennedy said that “each one of us can work to change a small portion of events [...] History is made of countless deeds of courage and belief.”

In addition, Baruch Spinoza claims: “a thing does not therefore cease to be true because it is not accepted by many.”

The potential each of Human Rights is questioned, as the diversity of cultures in several countries becomes evident. As a result, the clash of values of historically distinguished civilizations is noticed, as each culture must be respected, adjusting itself to the Human Rights in its context. Cultural, linguistic and religious factors are remarkable for this distinction.

Some non-globalized societies still have segregation, prejudice and authoritarianism. About this, the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) states in its Constitution:

Preamble: The Governments of the States Parties to this Constitution on behalf of their peoples declare: That since wars begin in the minds of men, it is in the minds of men that the defenders of peace must be constructed [...] That the great and terrible war which has now ended was a war made possible by the denial of the democratic principles of the dignity, equality and mutual respect of men, and by propagation, in their place, through ignorance and prejudice, of the doctrine of the inequality of men and races [...] That a peace based exclusively upon the political and economic arrangements of governments would not be a peace which could secure the unanimous, lasting and sincere support of the peoples of the world, and that the peace must therefore be founded, if it is not to fail, upon the intellectual and moral solidarity of mankind (UNESCO, 1945)

In her book about Fundamental Human Rights, Margareth Leister explains and debates:

In 1981, during the 36th Session of the General Assembly of the United Nations, the representative of Iran said that the Universal Declaration of Human Rights is a secular interpretation of the Judeo-Christian tradition, which could not be implemented by the Muslims. Consequently, there is the Universal Islamic Declaration of Human Rights, which states that, fourteen centuries ago, Islam gave to mankind an ideal code of human right through the Koran [...] In 2001, the United Nations considered the International Year of Dialogue among Civilizations and the International Year of Mobilization against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, but the facts led to the year of cultural shocks, due to September 11th and the intensification of intolerance, and beat the shock that Samuel Huntington indicated in his book “The Clash of Civilizations”, which returned to the list of the best-selling books on the days after the attacks in New York and Washington. [...] The sources of conflict among peoples will not be ideological or economical. They will be cultural.

Still on this matter, one of the greatest experts of the subject, Mahatma Gandhi said that the ability to achieve unity in diversity is the beauty and the test of our civilization.

Thus, in 2001, the Universal Declaration on Cultural Diversity arises in order to delineate the various respected cultures.

UNESCO must, therefore, contribute to peace and security in the world through education, science, culture and communications.

The priority is to protect the cultural heritage by the free flow of ideas, freedom of the press, and the pluralism and the diversity of the media, through the International Programme for the Development of Communication which was founded on November 16th, 1945, and is based in Paris, France.

For UNESCO, the main objective is to eradicate illiteracy in the world. For this purpose, UNESCO provides teacher’s training and highlights the building of schools in refugees’ sites. The area of science and technology promoted researches to guide the exploitation of natural resources.

UNESCO’s mission is to contribute to the peace building by reducing poverty and promoting sustainable development and intercultural dialogue through education, sciences, culture, communication and information. The organization focuses especially on two global priorities: Africa and gender equality.

6. CONCLUSION

Johnny Welch concluded: “I learnt that a man only has the right to look at another man top-down to help him up.”

We conclude, in this thorough work, that education has to prioritize the person so that, in Brazil, the democracy state is fully embraced.

Putting it into practice and turning our eyes to a society that is thirsty for solutions, education is its pillar. Without an educational programme aimed effectively to the Human Rights and not giving priority to the person (child, adolescent or adult), we will carry on being a country without opportunities, without information about our rights and weakening our people.

Without education, the crime rate increases, the poverty and the human misery levels grow in number, no one has dignity. Every society, without education for everyone, becomes sick.

It becomes an urgent matter to apply several legislations, to have technological development, to open educational institutions for all Brazilians.

Education: the person comes first; it aims at the eradication of illiteracy; the spread of more Brazilians in schools, including more vocational studies; opening of the culture to everyone; in short, the dignification of the person.

Human Rights are not only a concept, but also a practice, in which every Brazilian has to respect the rights of the other ones, to let people who are unaware know about their rights, not to turn a blind eye to impunity, to always renew the Brazilian society.

Education is not a privilege but a necessity. We refer to the good education that clarifies, explains and informs.

The practice of Human Rights and respect for human dignity is carried out by great deeds and human beliefs of day-to-day acts. It is not about kindness, but a duty. A humane treatment for humans has to be internalized in the collective uncounscious. Education, in which the person comes first, means to prioritize the person, dignify them, direct them to the importance of studying and growing as a person, have more professional horizons, and finally, always improve regardless of age.

Without education, a person does not fully exercise their citizenship and can be in vulnerable situation. Education fortifies and strengthens the society. Each one of us has our share of responsibility, either by sharing our knowledge with those in need or multiplying it.

7. BIBLIOGRAPHY

1) HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss Língua Portuguesa São Paulo: Editora Objetiva, 2001.

- 2) CAVALIERI FILHO, Sergio . Programa de Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2003.
- 3) PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012.
- 4) UNESCO.Declaração de princípios sobre a tolerância,Aprovada pela Conferência Geral da Unesco. Paris, 1995.
- 5) AMADO, Jorge.Bahia de todos os santos.Bahia: Editora América,1945.
- 6) ACQUAVIVA,Marcus Claudio.Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva.São Paulo: Editora Atlas, 1993.
- 7) PAZZINATO, L. Alceu.História Moderna e Contemporânea.São Paulo: Editora Ática, 2006.
- 8) PAIVA, Angela Radolpho. Direitos Humanos.Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio,2012.
- 9) PIOVESAN, Flavia.Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.São Paulo:Editora Revista dos Tribunais,2000.
- 10)Disponível em< http://pt.wikipedia.org/wiki/Mahatma_Gandhi>. Acesso em 19 de setembro de 2014.
- 11) Disponível em< http://pt.wikipedia.org/wiki/Martin_Luther_King_Jr.>. Acesso em 19 de setembro de 2014.
- 12) Disponível em < http://pt.wikipedia.org/wiki/Nelson_Mandela>. Acesso em 19 de setembro de 2014.
- 13)FREIRE, Paulo.**Pedagogia do oprimido**.São Paulo:Editora Paz e Terra,revisado em 2013.
- 14) FREIRE, Ana Maria. Educação para a paz segundo Paulo Freire. Revista Educação. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PUC/RS, ano XXIX, n.2 p.387-393, Maio/Agosto, 2006.)
- 15) UNESCO, 1945.Disponível em< <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001472/147273por.pdf>> .Acesso em 21 de setembro de 2014.
- 16) LEISTER, Margareth.**Direitos humanos Fundamentais**.Rio de Janeiro, 2013.

PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT UNDER ITALIAN LAW

LISA AMORIELLO
Attorney-at-Law, Higher Education Professional
PhD in International and Comparative
Labour Law and Industrial Relations

Fecha de recepción: 20 de noviembre de 2015

Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2015

ABSTRACT: Under Italian law, anti-discrimination provisions make up a regulatory system that now aims to fully represent an autonomous branch of law, specifically covering employment and working conditions. It is in the field of employment law that the matter under consideration is able to obtain, perhaps "unintentionally", the recognition it has sought for some time, especially since it was established as a system of guidance rules on substantially autonomous employers' powers (and therefore marked by an unavoidable underlying weakness) and the matter began to creep into areas no longer occupied by binding legislation, the latter increasingly confined and called into question with the advent of the 'era of flexibility'.

KEY WORDS: Anti-discrimination, employment, working conditions.

SUMARIO: 1. THE REGULATORY FRAMEWORK - 2. TIME PERIOD AND CONDUCT AT ISSUE 3. THE MANIFESTATION OF CONDUCT: DIRECT DISCRIMINATION, INDIRECT DISCRIMINATION, HARASSMENT AND SEXUAL HARASSMENT - 4. INTENDED RECIPIENTS - 5. THE BURDEN OF PROOF - 6. REMEDIES

1. THE REGULATORY FRAMEWORK

Under Italian law, anti-discrimination provisions make up a regulatory system that now aims to fully represent an autonomous branch of law, specifically covering employment and working conditions. It is in the field of employment law that the matter under consideration is able to obtain, perhaps "unintentionally", the recognition it has sought for some time, especially since it was established as a system of guidance rules on substantially autonomous employers' powers (and therefore marked by an unavoidable underlying weakness) and the matter began to creep into areas no longer occupied by binding legislation, the latter increasingly confined and called into question with the advent of the 'era of flexibility'.

The main reference of national legislation regarding discrimination in employment is Article 15 of the Workers' Statute (Italian Law 300/1970), which under the heading "Discriminatory Acts" stipulates, in the first paragraph, the invalidity of "any agreement or action purporting to: a) make the employment of a worker conditional on joining or refusing to join a trade union or to stop being a member; b) dismiss an employee, discriminate in the

allocation of titles or duties, in transfers, in disciplinary actions, or otherwise cause prejudice because of affiliation or trade union involvement or due to participation in a strike." The second paragraph completes the rule, indicating prohibited characteristics for discrimination to which¹, similarly to those set out in the first paragraph – membership or the lack of membership in a trade union, and participation in a strike - Article 15 applies: discrimination on grounds of political opinion, religion, racial or ethnic origin, language or gender, disability, age or based on sexual orientation or belief.

The characteristics of religion, personal beliefs, disability, age and sexual orientation were relatively recently included in this provision² as a result of the introduction of Italian Legislative Decree No 216/2003 (Art. 4(1)), implementing Council Directive 2000/78/EC on equal treatment in employment and occupation³.

There are other European directives that have been fundamental in constructing the "new anti-discrimination law", the outcome of a more refined sensitivity to the numerous aspects that contribute to building a personal identity and to devaluing conduct that bases negative treatment on such characteristics. Overall, Council Directive 2000/43/EC on equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin⁴, implemented nationally with Italian Legislative Decree No 215/2003, has a broad scope, as it is not restricted to the issue of working conditions and employment, but is also related to protection, social assistance and education. Yet, the latest directives on gender: Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council⁵, which concerns sexual discrimination with regard to access to employment, working conditions and vocational training, and Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council⁶, which is a reorganisation of the previous directives on equal pay, equal treatment by social security systems, labour, working conditions, reversing the burden of proof, access to and promotion of vocational training, actions that the Italian legal system has implemented with numerous transposition measures, were recently merged into Italian Legislative Decree No 198/2006 and subsequent amendments, known as the "Equal Opportunities Code."

2. TIME PERIOD AND CONDUCT AT ISSUE

With regard to the most distinctive features of anti-discriminatory protection, particularly broad protection is given to an employee in several respects, among which, first of all, all stages of employment are covered, including those that take place prior to the establishment of the business relationship and thus prior to such a contract being signed.

The date is no small matter, given the particular insidiousness of discrimination in recruitment and the variety of cases that are recorded. Such cases extend the safeguard to the recruitment stage, e.g. the rules on the principle of gender equality in job advertisements (see Article 27(1)(b) of Italian Legislative Decree No. 198/2006) and in notices of competition (Article 17(5) of Italian Legislative Decree No 198/2006) and, more generally, the provision in Article 8 of the Workers' Statute, which, at any stage in the relationship – thus including recruitment - forbids the employer to ascertain (even through a third party) the applicant's opinions on politics, religion, or trade unions. Certainly this question is one of the most difficult to protect, not just due to the burden of proof, but also in terms of the usefulness of the judgment, but there are important precedents in this subject matter, in both public⁷ and private⁸ employment.

Protection against discrimination is also guaranteed for access to vocational training, in relation to career advancement and assignment of tasks or transfers, in the probationary

period, and obviously during the termination stage.

With regard to the subject matter under which a discriminatory complaint might fall, contrary to what one might think, protection is not limited to acts (legal or material) that unilaterally originate from the employer, but goes so far as to also cover bilateral acts that hypothetically indicate the consent – direct, or through collective bargaining – of the employee.

It is not possible here to look at the various regulatory measures one-by-one, but with reference to the provisions for gender protection, and in particular Article 25(1) of Italian Legislative Decree No 196/2008, it can be seen that any "provision, criterion, practice, act, pact, behavior" is subject to being examined for its compatibility with anti-discrimination legislation: even if a detailed list was opted for, rather than a more general and open-ended wording, it can be argued that almost all management and legal actions of the employer could fall within the expression adopted, and that the reference is also clearly to contractual acts.

There have been significant legal precedents with regard to this issue, for example in relation to the effectiveness, in terms of anti-discrimination legislation, of the selection criteria for a collective agreement concluded pursuant to Italian Law No 223/1991⁹.

3. THE MANIFESTATION OF CONDUCT: DIRECT DISCRIMINATION, INDIRECT DISCRIMINATION, HARASSMENT AND SEXUAL HARASSMENT

The most obvious example of discrimination described by the rules is that of direct discrimination, which takes place whenever a person is treated, on the basis of protected characteristics, less favorably than another person is, has been or would be treated under similar circumstances, (see, e.g. Article 25(1) of Italian Legislative Decree 198/2006). It being understood that, according to the most recent developments, the comparator to adopt when examining the discriminatory nature of a situation - for facilitating evidence, which will be discussed a little further - can be identified in a subject that is not necessarily present, or also even purely hypothetical (in doctrine it is seen as the "dematerialisation" of the tertium comparationis¹⁰). Within the scope of gender protection, all disadvantageous treatment due to pregnancy, maternity and paternity (including parents who have adopted children), or fully exercising any related rights, e.g. those related to leave, is seen as direct discrimination.

An instruction to discriminate also falls within the concept of direct discrimination, which is understood as not being limited to direct orders, but also as covering any conduct that incites, encourages or expresses a preference to treat some individuals less favorably because they belong to one of the characteristics in question.

Then there is the protection against indirect discriminatory conduct, which applies when (there are various definitions; here we refer to Article 2(1)(b) of Italian Legislative Decree No 216/2003) a provision, criterion, practice, act, pact or behavior that is apparently neutral puts or may put a group of employees, which have a protected characteristic, at a particular disadvantage as compared to other persons, unless there are grounds to justify the conduct. These are applied when the different treatment concerns requirements that are essential for carrying out work activities, to pursue legitimate aims and provided that the means to achieve those aims are appropriate and necessary. As one may easily guess, in the case of indirect discrimination, the viewpoint necessarily shifts from unequal treatment to the unequal effects of the conduct.

For direct discrimination, there are exemptions, but not, according to authoritative legal theory¹¹, grounds for justification (except for age discrimination, for which the range of exceptions is particularly broad). In provisions for gender protection, the exceptions are expressly and strictly indicated (see Article 27(4) and (6) of Italian Legislative Decree No 198/06), while in provisions relating to other characteristics, there are general estimates (See Article 3(3) of Italian Legislative Decree No 215/03, Article 3(3) of Italian Legislative Decree No 216/03, Article 3(4) bis and (4) ter of Italian Legislative Decree No 216/03 and Article 3(5) of Italian Legislative Decree No 216/03).

The coverage also applies to provisions against harassment and sexual harassment, which although technically applying to situations that are different from discrimination, are equal as regards the consequences and the means of protection.

Regulatory policies regarding discrimination consistently define harassment as unwanted conduct that takes place for reasons related to the protected characteristic, with the purpose or effect of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment (See Article 2(2) of Italian Legislative Decree No 215/03 with regard to racial and ethnic origin, Article 2(2) of Italian Legislative Decree No 216/03 with regard to religion or beliefs, age, disability, sexual orientation, Article 26(1) of Italian Legislative Decree No 198/06 with regard to harassment on grounds of sex). For what is seen as illegal and with emphasis on the unwanted element, it is clear that the provision is intended to take the victim's perspective and to protect the applicability regardless of the degree of subjective sensitivity and that, as in discriminatory cases (see sub-section 5), the intent of the offender is irrelevant; the objective aspect is nevertheless found in the part of the provision in which it is required, to clarify this point, the dual effect of injury to personal dignity and the degeneration of the work environment, with all the consequences on the burden of proof. The rules do not mention a particular way that such conduct is demonstrated, nor do they include types of conduct; therefore they have a significantly broader scope.

Sexual harassment is defined in Article 26 of Italian Legislative Decree No 198/2006 as "unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature, with the purpose or effect of violating the dignity of a worker and creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment". In this case the legislation adopted contains a minimum explanation of the ways the harassment is demonstrated. It is noteworthy that while for "non-gender" harassment and harassment "based on sex", the characteristics represent the reason or motive for the harassment. For "sexual" harassment, the sexual connotation refers to the act itself, and in this case will result in a different burden of proof.

In harassment of any kind, in order to clarify the point there is no need to make a comparison with other individuals, whether actual or hypothetical¹². Finally, prejudicial treatment and retaliation that takes place due to rejecting (or submitting to) the harassment is considered discrimination.

4. INTENDED RECIPIENTS

The group of individuals that fall under the protective umbrella of anti-discrimination provisions is particularly broad; also able to invoke the safeguards are those who, while not directly discriminated against, complain of having suffered retaliation for taking action to protect the principle of equal opportunities (we think of a worker who testified in favour of a colleague in a discrimination case in which the company was defendant), or for any

"association" with a third person that has a vulnerable characteristic, and precisely due to that vulnerability¹³.

It should be noted that in a case of discrimination that applies to an entire group of people (which therefore has a collective nature), where it is not possible to immediately and directly identify all possible victims - which is not uncommon in cases of indirect discrimination- the legislation permits associations or public bodies that are promoters of the interest harmed (the offices of the Counsellor for Equal Opportunities, for gender discrimination) to have access to the protection. The issue has inevitable procedural impact, in terms of rights to bring an action, as in sub-section 6.

5. THE BURDEN OF PROOF

The burden of proof, while placed on a person claiming to be a victim of discrimination, is significantly facilitated by the possibility of the use of presumptions¹⁴. These can also be based on facts drawn from statistical data¹⁵: The application of presumption is sufficient to ascribe to the defendant the burden to prove the absence of discrimination. The usefulness of statistical data is primarily to enable the victim to overcome, in the burden of proof, the recognised imbalance of information that characterises the position of the employee in relation to the employer, and is particularly evident in the case of indirect discrimination.

In relation to the concept of "statistical data", relevant case law has had occasion to spell out with regard to facilitating evidence, that this must be understood in a less stringent manner. Strict observance of the rules of statistics, which is the science of large numbers, would not be required; it is enough to refer to a non-technical meaning that is translatable into a reasonable "likelihood of verification"¹⁶. It should be noted that discrimination is considered objectively, and therefore for the offense to have taken place, the employee does not need to demonstrate a specific intention of the individual concerned to engage in unequal treatment; it is sufficient that the conduct has produced a discriminatory result. The fact is clear from the wording of the various provisions, from the absence of reference in the definitions of direct discrimination to the the subjective element of the individual concerned, and for a positive reference, in the definition of indirect discrimination, to behaviour that evidently in the eyes of the person committing the offense is "apparently neutral", and, finally, in the definition of acts of harassment, for which it is required that the conduct must, alternately, have the purpose "or" effect of producing the specific deterioration in the work environment described in the legislation. Obviously the degree of psychological awareness and volition of the individual concerned, albeit irrelevant to proving an *debeatur*, can still affect the settlement of recovery of damages (see subsection 6).

6. REMEDIES

The importance of protection against discrimination develops, finally, on the procedural front, through the variety of remedies made available to the employee who is the victim of discrimination, and special rules with regard to the legal standing to initiate proceedings.

Starting with this last point, the significant extension regarding the types of individuals who, in the face of discrimination, may institute proceedings must be highlighted. Not only can the employee, as an individual, institute proceedings, but also authorities promoting the specific interest that was injured¹⁷. These authorities can act in name and on behalf of the individuals concerned, by interceding *ad adiuvandum* in an individual judgment,

but also by bringing an action in the case of collective direct discrimination and asking, in such a case for the court to award them compensation for damages *in iure proprio*, according to the most recent judicial findings¹⁸.

Turning to a more in-depth analysis of enforcement mechanisms, these include injunctive remedies, on the basis of which the court, recognising that discrimination is present, issues a judgement that requires the conduct to be terminated and any effects to be eliminated¹⁹, with the additional possibility, in the event of a collective cause of action, to set out a plan to remove the discrimination that was found, after which the failure to do so is met with criminal and administrative sanctions, including, in some cases²⁰, withdrawal of credit facilities or finance and any public administrative procurement. In addition to that, there is specific provision for claims of non-pecuniary damage, which result from the violation of constitutionally protected rights of an individual (first and foremost, that of personal dignity) and that, according to the EU legislator's express instruction²¹, must act as a deterrent and not merely as redress for an injury. Finally there is the option for the court to order, at the time of application, that the judgement be published in a national daily newspaper at the defendant's expense, which permits the judgement to also fulfil an educational and generally preventative function towards the general public.

UM DIÁLOGO ENTRE A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO*

“Se o homem amoldara as cousas a seu jeito,
não admira que amoldasse também o homem.”
– Machado de Assis

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES
Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Professora Adjunto do Programa de Pós-graduação
Professora Adjunto da Universidade Federal do Ceará

MARIA CELINA BODIN DE MORAES
Doutora em Direito Civil Università di Camerino (1986). Professora titular de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2015

SUMÁRIO. 1. INTRODUÇÃO. 2. O NOVO SIGNIFICADO DE *STATUS* E A TUTELA DA PESSOA. 3. A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O MODELO SOCIAL DE ABORDAGEM. 4. OS EFEITOS DA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE A SISTEMÁTICA TRADICIONAL DA CAPACIDADE CIVIL. 4.1. *CAPACIDADE DE AGIR RELATIVAMENTE ÀS QUESTÕES EXISTENCIAIS*. 4.2. *A TEORIA DA INCINDIBILIDADE DA CAPACIDADE CIVIL*. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

O sofrimento psíquico é um fato comum entre nós, pois já atinge cerca de 10% (dez por cento) da população adulta, em todo mundo. Dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) apontam que cerca de 25% (vinte e cinco por cento) da população mundial apresenta algum tipo de transtorno mental ou comportamental.¹ No Brasil, o Censo Demográfico de 2010² informou que um total de 45.606.048 milhões de pessoas (o equivalente a 23% da população brasileira) declarou apresentar alguma das deficiências indicadas no questionário.³ Desse universo, 1,4% (um vírgula quatro) se autodeclarou com deficiência psíquica ou intelectual. Estima-se, porém, que o número real de pessoas com esse tipo de

¹ OMS. The World Health Report: 2001: Mental health: New Understanding, New Hope. Disponível em http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf. Acesso em 07 de julho de 2013.

² BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico de 2010**. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em <http://loja.ibge.gov.br/censo-demografico-2010-caracteristicas-gerais-da-populac-o-religi-o-e-pessoas-com-deficiencia.html>. Acesso em em 07 de julho de 2013.

³ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico**. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em <http://loja.ibge.gov.br/censo-demografico-2010-caracteristicas-gerais-da-populac-o-religi-o-e-pessoas-com-deficiencia.html>. Acesso em em 07 de julho de 2013.

³ No Censo Demográfico 2010, as perguntas formuladas buscaram identificar as deficiências visual, auditiva e motora, com seus graus de severidade, através da percepção da população sobre sua dificuldade em enxergar, ouvir e locomover-se, mesmo com o uso de facilitadores como óculos ou lentes de contato, aparelhauditivo ou bengala, e a deficiência mental ou intelectual.

deficiência seja bem superior. Por temor do preconceito, é bem possível que alguns hajam ocultado eventuais limitações psíquicas e intelectuais.

Ao longo do tempo e nas diferentes culturas, a “loucura” teve explicações pautadas nas mais variadas causas, mas sempre foi objeto de repulsa e preconceito sociais. Por razões místicas ou religiosas, entendia-se que o estado de loucura era resultante de maldição ou de possessão demoníaca, justificando-se o alijamento dos loucos como se fazia com os leprosos e os criminosos. Somente no século XVIII, em razão do desenvolvimento da psiquiatria, parte do sofrimento psíquico passou a ser interpretado como um problema de doença mental. E muito mais tarde, com o avanço da neurociência, as pesquisas concluíram que a origem dos transtornos psíquicos e dos déficits intelectuais não estão relacionados apenas aos fatores genéticos, mas também a causas ambientais e sociais.⁴ E somente em nossa época, com os avanços da neurociência, pesquisas começam a concluir que os transtornos psíquicos e dos déficits intelectuais não têm origem somente em causas ambientais e sociais, nem se devem exclusivamente a fatores genéticos, mas decorrem de uma “inextricável interação de ambos”.

Em consequência do avanço científico, o enfrentamento dos problemas correlatos à deficiência psíquica e intelectual passou a demandar a articulação de saberes multidisciplinares que extrapolam o âmbito exclusivo da medicina. Igualmente, passaram a requerer mudanças comportamentais e estruturais na sociedade com o fim de se reduzirem os obstáculos sociais à capacidade do sujeito com deficiência, por ser consabido que as limitações físicas e psíquicas impostas pela deficiência são severamente agravadas pelas limitações sociais e institucionais.

Um cego, por exemplo, ainda que esteja na absoluta administração de seu juízo crítico, é impedido de testar nas modalidades de testamento particular e cerrado. Só poderá fazê-lo por meio de testamento público, em vista da limitação imposta pelo art.1867 do Código Civil brasileiro. Ora, se o estrangeiro pode testar na modalidade particular ou cerrada, usando o seu idioma *mater*, porque não poderia o cego fazê-lo em *braille*? Paulo Lôbo entende que essa restrição já não faz sentido, diante da possibilidade plena e escorreita de sua comunicação por meio da linguagem *em braille*.⁵ Em outro exemplo, destaca-se a Lei n.8.213/1991 que obriga empresas com um número de empregados superior a 100 (cem) contratar pessoas com deficiência física, psíquica ou intelectual, sob pena de multa.⁶ Na maioria dos casos, quando o deficiente psíquico ou intelectual é contratado, os empregadores desacreditam suas habilidades e competências. Quando cumprem a exigência legal é para se afastarem da multa, e não em virtude de um compromisso assumido com a inclusão ou o aproveitamento do potencial da pessoa com deficiência.

Torna-se necessário evoluir do chamado *modelo médico*, segundo o qual a deficiência psíquica e intelectual é qualificada como uma patologia essencialmente física que implica na incapacitação e exclusão do sujeito, para o chamado *modelo social*, no qual a

⁴ Do original, extrai-se o seguinte trecho: “*For years, scientists have argued over the relative importance of genetics versus environment in the development of mental and behavioral disorders. Modern scientific evidence indicates that mental and behavioral disorders are the result of genetics plus environment or, in other words, the interaction of biology with psychological and social factors. The brain does not simply reflect the deterministic unfolding of complex genetic programs, nor is human behavior the mere result of environmental determinism. Prenatally and throughout life, genes and environment are involved in a set of inextricable interactions. These interactions are crucial to the development and course of mental and behavioral disorders.*” (WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The World Health Report 2001**: Mental health, new understanding, new hope. Switzerland: WHO Library Cataloguing in Publication Data, 2001, p. 12 e ss. Disponível em: http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2013).

⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013, p.222.

⁶ Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante....	5%.

deficiência é compreendida como resultante da influência de um conjunto de fatores físicos, psicológicos, sociais e ambientais.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) segue o modelo social de abordagem da deficiência, definindo-a como o conjunto de limitações impostas pelas estruturas do corpo e/ou pela influência de fatores sociais e ambientais.⁷ Dada a complexidade dos fatores que atuam para a limitação da pessoa, impõe-se a utilização de recursos que vão além dos fármacos e da atenção multidisciplinar em matéria de saúde. Isso implica em uma reengenharia das estruturas sociais para a superação dos obstáculos institucionais e um esforço educacional severo para aniquilar o preconceito que desqualifica o deficiente psíquico ou intelectual como uma pessoa capaz de agir.

No plano jurídico, a remoção desses obstáculos sociais começa pelo reconhecimento de sua personalidade e de sua capacidade, assegurando-lhe uma tutela direta e específica, comum à segunda fase de proteção dos direitos humanos.⁸

Em vista desses objetivos é que a Organização das Nações Unidas propôs a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.⁹ Neste documento, a pessoa com deficiência é definida como aquela que “têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.” E a ela se reconhece a capacidade legal para todos os aspectos da vida, em igualdade de condição com as demais.¹⁰

Importa analisar os efeitos dessa Convenção sobre a ordem civil brasileira, especialmente, para avaliar o reconhecimento da capacidade de agir das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual em face dos artigos 3º. e 4º. do Código Civil Brasileiro, que estabelecem a classificação das incapacidades.

O desenvolvimento da análise perpassa, necessariamente, a ressignificação da noção de *status* em face da ampla tutela da pessoa que propõem os documentos internacionais e as normas constitucionais brasileiras. Por equivocada e insuficiente, abandona-se qualquer interpretação isolacionista dos institutos de Direito Civil, especialmente quando o objeto da análise é a pessoa natural, titular de direitos humanos na ordem internacional e de direitos fundamentais na ordem interna. A correlação entre Direitos Humanos e o Direito Civil é tão estreita que permite afirmar os primeiros como o gênero do qual o último é espécie.¹¹ Nesse contexto, será forçoso abandonar aquela noção de *status*, de matiz romanista, utilizada para limitar a titularidade, o gozo e o exercício dos direitos pelas pessoas. Ao final, serão analisados os efeitos da Convenção da ONU sobre regime das incapacidades no Brasil, considerando, especialmente, a influência do modelo social de abordagem da deficiência.

A hipótese central é a de que aquele documento sustenta a incidibilidade entre a capacidade civil de gozo e a capacidade de exercício no que toca às questões existenciais.¹² O

⁷ Considera a saúde mental como o bem-estar subjetivo que permite ao sujeito o exercício de suas habilidades e competências, autonomia, competências, mediante o auto-controle do seu desenvolvimento intelectual e emocional na vida de relação com os demais. (WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The World health report 2001**: Mental health, new understanding, new hope. Switzerland: WHO Library Cataloguing in Publication Data. 2001, p.05. Disponível em: http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2013).

⁸ PIOVESAN, Flávia, Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord). São Paulo: Saraiva, 2012, p.43.

⁹ No Brasil, a Convenção foi ratificada por meio do Decreto n.186/2008, com *quorum* qualificado de três quintos nas duas casas do parlamento federal, em dois turnos, conforme instrui o art.5º. §3º., da Constituição Federal, logrando com isso, obedecer a hierarquia de Emenda Constitucional. Por meio do Decreto Presidencial nº. 6949/2009, o Presidente da República sancionou aquele decreto legislativo.

¹⁰ “Art. 12. (...) 3. Os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.”

¹¹ OLIVEIRA, Almir de. Os direitos humanos e o direito civil brasileiro. **Estudos em homenagem ao professor Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.183.

¹² Nos termos do que, no Brasil, já afirma Paulo Lôbo (**Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010).

que permite à pessoa com deficiência decidir autonomamente sobre as coisas que lhes dizem respeito, especialmente àquelas questões de natureza existencial, situadas no plano do ser.

2. O NOVO SIGNIFICADO DE NOÇÃO DE *STATUS* E A TUTELA DA PESSOA

O reconhecimento dos direitos humanos na sociedade ocidental tem raízes muito anteriores às declarações do século XVIII. No período axial da história já se falava na igualdade essencial entre os homens, embora esta não fosse extensiva a todos os seres humanos. Destinava-se a uma classe restrita de sujeitos, identificada a partir do *status* que ocupava na comunidade organizada. Por muito tempo, o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae* condicionaram o efetivo acesso dos indivíduos a direitos de igualdade e de liberdade.¹³

Na Antiguidade, os escravos não eram titulares de direitos porque não eram *persona*, faltava-lhes o *status libertatis*. Até um passado recente, as mulheres e as crianças também não tinham o gozo pleno daqueles direitos, por lhes faltarem a cidadania e a capacidade civil. As pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, por seu turno, continuam sendo prejudicadas no exercício de seus direitos, na medida em que a incapacidade absoluta ou relativa praticamente lhes subtrai a condição de sujeito de direitos.

A igualdade universal entre os homens somente foi proclamada formalmente após vinte e cinco séculos da hominização na Terra, primeiro pela Declaração da Virgínia (1776), seguida da Declaração Universal de Direitos Humanos, na França de 1789. Não obstante, essas declarações não lograram suprimir o quadro de desigualdade, pois apenas os sujeitos masculinos, brancos, adultos, cidadãos, capazes e proprietários gozavam da condição de sujeitos *optimo iure*.¹⁴ Foi longo o percurso evolutivo que progressivamente quebrou a subordinação dos direitos humanos à ideia de *status* de ascendência romana.¹⁵

Até mesmo no século XX, quando se enalteceu o valor pessoa no Direito, a noção de *status* ainda condicionava o gozo das liberdades. Sem o *status civitatis*, os apátridas eram expulsos da humanidade e de pouco lhes valiam os direitos humanos, cuja eficácia ainda se operava apenas no âmbito das comunidades políticas e em consideração ao vínculo de cidadania.¹⁶ Quando os judeus foram perseguidos pelo regime nazista, privados do *status civitatis*, converteram-se em um nada jurídico, cuja conexão com o mundo se dava somente pelo fato natural de sua existência.

Foi refletindo sobre o holocausto e a dispersão dos judeus que Hannah Arendt identificou a importância do *direito a ter direitos*. Defendia que este deveria ser o primeiro direito humano a ser resguardado como forma de evitar a morte civil do indivíduo desvinculado de sua comunidade política.¹⁷

No pós-guerra, a ideia ganhou importância para o Direito Internacional Público e o homem passou a gozar da mais ampla proteção, independentemente de seu vínculo

¹³ A sistemática romanística já descrevia uma gama de posições jurídicas que o indivíduo poderia assumir em termos de *status libertatis*, *civitatis* e *familiae*, demarcando sua pertinência como sujeito jurídico no âmbito daquela comunidade social e política. (PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. **Civilistica.com**. a. 2., n. 1, 2013, p. 12. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013)

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p.23.

¹⁵ PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. **Civilistica.com**. a. 2., n. 1, 2013, p. 3. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013.

¹⁶ “Não é por acaso que os nazistas iniciaram a perseguição aos judeus privando-os do status civitatis, para poder convertê-los em “inimigos objetivos”. Não é também por acaso que o território mais usual dos apátridas, nos anos 30, tenha sido o campo de internamento – o limbo, como foi visto no capítulo III, no qual são recolhidos, mesmo em regimes não-totalitários, os “elementos indesejáveis”. (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.147-148).

¹⁷ LAFER, Celso. Op.cit., p.153-154.

nacional.¹⁸ Nesse compasso, a cidadania se desvinculou do *status civitatis*, passando a se consubstanciar como *um direito a ter direitos* até mesmo perante a ordem internacional.¹⁹

Restou esgarçada a compreensão romanística de *status* como pressuposto-fonte de direitos e deveres.²⁰ Atualmente o *status* corresponde a um aspecto singular da pessoa, ao complexo de suas qualidades juridicamente relevantes, independentemente de sua atividade social, de seu vínculo nacional ou de sua posição na estrutura familiar. O *status* está muito mais correlacionado ao catálogo dos direitos de personalidade a que o sujeito tem acesso pelos simples fato de existir.²¹

Sendo a personalidade um atributo inseparável do homem, é ela própria que lhe confere a condição de pessoa – sujeito de direitos e de obrigações.²² A nacionalidade, a condição familiar ou mesmo a capacidade civil não podem justificar a restrição ao exercício e ao gozo dos direitos existenciais, funcionando muito mais como fórmulas descritivas de situações jurídicas específicas.²³ A cidadania é condicionante para o exercício de muitos direitos políticos, como a elegibilidade e o direito de votar; a posição do sujeito na família, informa a sua condição de *pater* ou de *filius*; já a capacidade civil é determinante para a prática de atos jurídicos potestativos, a exemplo da compra e venda de bens imóveis, do casamento, do testamento etc. Nenhuma dessas posições, porém, poderá implicar na supressão ou restrição de direitos existenciais.

A noção de capacidade civil importa o acolhimento integral das dimensões física e psíquica da pessoa. Tradicionalmente, é bipartida em capacidade de gozo e capacidade de exercício, sendo a última reservada àqueles que têm aptidão ou idoneidade para a realização eficaz dos atos jurídicos, nos termos definidos por lei ou por sentença.²⁴ Eventuais restrições à capacidade de exercício estão, em geral, associadas à idade ou à falta de aptidão da pessoa para se autogovernar e/ou compreender o trânsito negocial da vida civil.

Atualmente, é comum o legislador graduar a restrição à capacidade, conforme a intensidade das limitações do sujeito para discernir os efeitos das suas escolhas ou manifestar escorreitamente a sua vontade. No exemplo do Código Civil brasileiro, o art.3º.²⁵

¹⁸ Na explicação de Flávia Piovesan, “essa concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do Pós-Guerra”. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.” Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”. (PIOVESAN, Flávia. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord). São Paulo: Saraiva, 2012, p.37-38).

¹⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 155.

²⁰ Em respeito à tradição romana, o estado civil serviria para informar a qualidade da pessoa que justifica sua posição em face do Direito, como titular de direitos e de deveres. São exemplos de estado civil: a nacionalidade, o matrimônio e a posição do sujeito na família, a idade e a incapacidade. (Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.131-132).

²¹ PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. *Civilistica.com*. a. 2., n. 1, 2013, p. 14. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013.

²² DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p.169.

²³ Na elaboração de Francesco Proserpi, “*Le considerazioni svolte consentono, dunque, di concludere che la nozione di status, fuori del significato tradizionale di commisurazione della stessa capacità giuridica dei soggetti in relazione alla loro appartenenza ad una determinata categoria sociale, inaccettabile nei moderni ordinamenti ispirati al principio dell'eguaglianza dei cittadini, assume un valore puramente convenzionale, di formula sinteticamente descrittiva di una serie di effetti o situazione piuttosto che altre.*” (Rilevanza della persona e nozione di status. *Civilistica.com*. a. 2., n. 1, 2013, p. 14. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013).

²⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.126.

²⁵ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

arrola os que são considerados absolutamente incapazes e o artigo 4º.²⁶ aponta aqueles que identifica como relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil.

A diminuição da capacidade civil para decidir sobre as próprias questões existenciais, sempre poderá trará prejuízos ao desenvolvimento da pessoa. Representa uma limitação à autodeterminação. Ademais, relativamente às questões existenciais, a titularidade do direito atrai a legitimidade para o seu exercício.²⁷ Por isso, ainda que o sujeito não tenha competência para praticar atos civis de natureza patrimonial, deve ter a possibilidade de decidir sobre as matérias de conteúdo existencial. Nessa perspectiva, Paulo Lobo assegura que a restrição da capacidade de exercício não se aplica aos direitos não patrimoniais.²⁸

Toda pessoa tem direito ao pleno desenvolvimento de sua vida privada, merecendo proteção quanto ao exercício da autonomia para realizar escolhas existenciais.²⁹ A pessoa e não mais aquele sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, constitui o valor central do ordenamento jurídico. Essa é a base axiológica que sustenta a Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência.

3. A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O MODELO SOCIAL DE ABORDAGEM

É fácil perceber a ética da alteridade permeando o texto dessa Convenção, característica comum aos direitos humanos da segunda fase,³⁰ voltados para a tutela de grupos vulneráveis, a exemplo das crianças, adolescentes, mulheres, idosos e portadores de deficiências físicas e mentais.³¹ Traduz uma ética que “vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolvimento as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena.”³²

Dentre os objetivos primordiais do documento, está o reconhecimento da capacidade civil da pessoa com deficiência e a proibição da discriminação em virtude da limitação funcional, mental ou intelectual que sofre. Define as pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

²⁶ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

²⁷ “Posto, infatti, che l’effettivo esercizio dei diritti personali non può comunque avvenire prima del conseguimento da parte del titolare della capacità di discernimento, l’affermata inscindibilità tra momento della titolarità e quello dell’esercizio condurrebbe necessariamente all’paradossale conclusione che i diritti essenziali si acquistano successivamente all’ nascita” (PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. **Civilistica.com**. a. 2., n. 1, 2013, p. 17-18. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013).

²⁸ Em transcrição *in verbis*, “A capacidade de exercício não abrange os direitos não patrimoniais, que emergem exclusivamente do estado da pessoa humana, como o direito à identidade pessoal ou ao nome, cujo exercício não depende da capacidade do titular”. (LÓBO, Paulo. **Direito civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p.120).

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.190).

³⁰ Nesta fase, verifica-se um processo de especificação do sujeito de direito, marcada pela proteção específica por meio de tratados internacionais que visam a eliminação de toda forma de discriminação. (PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord). São Paulo: Saraiva, 2012, p.43).

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.84.

³² PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord). São Paulo: Saraiva, 2012, p.34.

efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (art.1º). Propõe uma ruptura com o chamado modelo médico de abordagem que compreende a deficiência como uma limitação puramente individual, passível de tratamento e cura. Na atual perspectiva, o foco está na inclusão da pessoa na sociedade e não em sua adaptação às condições do entorno.

Em vista desses objetivos, a Convenção inscreve um conjunto de princípios que enfatiza a necessidade do respeito à dignidade e à autonomia da pessoa deficiente para realizar suas escolhas; a não discriminação; sua plena participação e inclusão social; o respeito à diferença como parte da diversidade humana; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade e a mobilidade; a igualdade entre homens e mulheres; o respeito ao livre desenvolvimento e à identidade das crianças (art. 3). Tudo em consonância com o chamado modelo social de abordagem, para o qual a deficiência não decorre apenas das limitações físicas e psíquicas inerentes ao indivíduo, mas também da interação dessas limitações com as barreiras sociais. Triparte essas barreiras em modalidades distintas: i) *as barreiras de atitude*, representadas pelo medo, pela ignorância e pelas baixas expectativas; ii) *as barreiras do meio*, resultantes da inacessibilidade física presentes no entorno e iii) *as barreiras institucionais* que são as discriminações dotadas de amparo legal, justificando a exclusão de alguns direitos às pessoas com deficiência.

A Convenção procura confrontar as *barreiras de atitude* pela promoção da educação (art. 24) e pela conscientização das pessoas em sociedade (art. 8), pelo repúdio à discriminação (art. 5); pelas garantias à vida (art. 10), pela proteção contra a violência, a exploração e o abuso (art.16), dentre outros. Em vista das *barreiras do meio*, impõe a garantia de acessibilidade (art. 9) e mobilidade pessoal (art. 20). Para vencer as *barreiras institucionais*, institui uma série de direitos envolvem a tutela da vida (art.10), da igualdade (art.12), da liberdade em suas diversas modalidades (arts.14, 18, 21), da saúde (art. 25), o direito à vida e à inclusão comunitária (art. 19), o direito à privacidade (art. 22), o direito de constituição de família (art.23), o direito ao trabalho e emprego (art. 27), e à assistência social.³³

Interessa ao presente estudo, especialmente, a estratégia prevista no art.12, ao impor o reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais. Por meio dessa disposição, intenta resgatar a autonomia do indivíduo e combater a desigualdade e a discriminação decorrente da deficiência (art.1º).

4. OS EFEITOS DA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE A SISTEMÁTICA TRADICIONAL DA CAPACIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O principal efeito da Convenção sobre a sistemática tradicional da capacidade civil, está em denunciar seu viés discriminatório e patrimonialista. A disciplina da capacidade civil na legislação civil é, atualmente, incompatível com a sistemática dos direitos humanos, vez que pode prejudicar o exercício correto dos direitos de personalidade por aqueles que sofrem uma limitação de ordem psíquica ou intelectual. É para assegurar os interesses da pessoa com deficiência que a Convenção enfatiza a necessidade de se respeitarem-lhe a dignidade e a personalidade, utilizando-se de várias estratégias, dentre elas, o reconhecimento de sua capacidade de agir.

Considerando que essa norma internacional foi ratificada pelo Congresso Nacional, mediante quórum qualificado, recebeu *status* de norma constitucional e, conseqüentemente, superioridade hierárquica em relação à legislação civil. Isso implica a necessária alteração

³³ A esse respeito, ver o artigo intitulado “A involução dos direitos previdenciários das crianças e adolescentes: uma leitura a partir dos direitos humanos” de Nívia Cardoso Guirra Santana e Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima, publicado pela Pensar, Revista de Ciências Jurídicas. V. 18, n. 1, p. 210-238, jan./abr. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2013.

de qualquer lei civil que lhe for contrária, seja por meio de outra lei³⁴ ou, quando suficiente, pela interpretação conforme os direitos consignados naquele documento ratificado, também considerados normas de caráter constitucional.

Reitera-se que a capacidade civil é o atributo da personalidade que confere à pessoa a habilidade para ser sujeito de direitos;³⁵ enquanto a autonomia, seu conteúdo substancial, é uma necessidade humana que suscita o surgimento de vários direitos.³⁶ É inalienável, indisponível e imprescritível. Não obstante a sua importância, o Código Civil brasileiro permite a restrição da capacidade de exercício para a prática dos atos da vida civil por aqueles que não têm o necessário discernimento, independentemente de tais causarem repercussão na esfera patrimonial ou existencial. Justifica essa restrição no fato da imaturidade ou da *anormalidade* da pessoa e, conseqüentemente, na premência de se lhes dispensar maior proteção.

Embora a personalidade seja considerada um valor jurídico fundamental,³⁷ o regime jurídico da capacidade civil e a sua articulação com os mecanismos de suprimento das incapacidades (a exemplo da tutela, da curatela e do poder familiar) não estão perfeitamente ajustados. Historicamente, a disciplina da capacidade civil tem ligações profundas com a lógica do direito patrimonial. E isso resulta em alguma dificuldade para o seu alinhamento às demandas decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana,³⁸ notadamente relacionadas às questões existenciais.³⁹

De toda sorte, sempre se reconheceu o prejuízo que a declaração de incapacidade pode trazer ao exercício da autonomia e à personalidade do indivíduo, razão pela qual a interdição é “encarada *stricti iuris*, e sob a iluminação do princípio segundo o qual *a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção*”.⁴⁰ Quanto a isso, a jurisprudência não vacila.⁴¹

³⁴ A Convenção orienta, no art. 4, item 1, alínea b, que os Estados Partes devem “adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência”.

³⁵ “Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade de relações jurídicas.” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.27).

³⁶ Na explicação de Gustin (1999, p.30) “Da mesma forma, o pensamento atual sobre a correlação necessidade/direito tem-se conduzido para a concepção das necessidades como tema de grande valor normativo e que facilita a compreensão de sua potencialidade argumentativa e da relação que é capaz de estabelecer entre ser e dever ser. Assim, as necessidades concedem ao indivíduo razões e argumentos sobre a justiça e justeza das coisas e dos fatos; portanto, sobre a sua legitimidade. E esse indivíduo deve ser preservado em sua dignidade e autonomia no sentido de que, frente ao direito, é dono de seus atos e de suas decisões. O campo identifica a pessoa como portadora de responsabilidade e, por conseguinte, de deveres. Essa atribuição de responsabilidade já supõe, portanto, autonomia”.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.48.

³⁸ Em vista do conjunto de direitos humanos que ingressam na ordem civil pátria, tantas vezes, com o *status* de norma constitucional, cumpre-se realizar os devidos ajustes no campo do direito civil para evitar prejuízos à unidade axiológica e organização sistemática da ordem jurídica. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes aduz que “Deve-se, no entanto, e isto é imprescindível, explorar mais detalhadamente a dimensão atribuída, no ordenamento jurídico vigente, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque tal parece ser o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática necessária à recriação dos institutos e das categorias do direito civil” (In **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.84).

³⁹ Ainda não foi incorporado que “a noção de autonomia privada sofre uma profunda e marcante transformação conforme a sua incidência ocorra no âmbito de uma relação patrimonial ou de uma relação pessoal, não patrimonial”. No plano de sua existência, a pessoa tem direito ao pleno desenvolvimento, merecendo proteção constitucional reforçada tudo aquilo que diz respeito às suas escolhas existenciais, por natureza, indispensáveis à exequibilidade da dignidade da pessoa (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.190).

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. Vol. 1. 24ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.226.

⁴¹ Apelação Cível - Ação de Interdição - Necessidade de prova robusta da incapacidade - Laudos conflitantes - Depoimento pessoal da interditanda - Conclusão da perita - Incapacidade não demonstrada. I - A interdição refere-se ao ato através do qual o juiz, declarando o interditando como pessoa civilmente incapaz, total ou parcialmente, para a prática dos atos da vida civil, retira-lhe a administração e a livre disposição de seus bens, consistindo numa medida eminentemente protetiva, com vistas a resguardar o patrimônio daquele que não possui mais o necessário discernimento para tanto. Entretanto, ante a drasticidade da medida, a sua adoção deve ser precedida de prova

Mas é necessário um cuidado maior. Já não se pode tratar o instituto sob o prisma exclusivo do direito privado nacional, pois a discussão sobre a capacidade ou a incapacidade do sujeito transborda a ordem jurídica interna para suscitar uma proteção internacional. Envolve uma discussão sobre a titularidade e o exercício de direitos humanos que é superior à discussão sobre o poder de agir na esfera patrimonial ou negocial.

Nesse esteio, a Convenção aposta na vontade jurígena das pessoas com deficiência. Preservando alguma competência mental para decidir, o indivíduo deve ter a sua capacidade de exercício respeitada, a fim de não se reproduzir o tratamento discriminatório que lhe nega a personalidade jurídica e autoriza a substituição da sua vontade pela do representante legal.⁴²

Enquanto uma necessidade humana, a autonomia⁴³ (substância da capacidade civil) é indispensável à construção da identidade. E para esse processo de autocriação, é importante assegurar a integridade daquele que tem capacidade de realizar escolhas e não apenas o seu bem-estar. É fundamental assegurar à pessoa “o controle de sua própria vida, mesmo quando se comportar de um modo que, para ela própria, não estaria de modo algum de acordo com seus interesses fundamentais”.⁴⁴

A concepção de autonomia centrada na integridade⁴⁵ não pressupõe que o sujeito mantenha sempre, uma irretocável coerência entre a sua conduta e os seus valores. Tampouco que realize sempre as melhores escolhas ou que invariavelmente conduza a sua vida de modo refletido e estruturado. No processo de autocriação, é admissível que se possa fazer escolhas proveitosas e acráticas.

Porém, na medida em que o sujeito perde a capacidade de auto percepção e passa a realizar, sistemática ou aleatoriamente, decisões contraditórias, incoerentes e sem objetivos discerníveis, é possível que sua autonomia esteja comprometida, ainda que em curto prazo.

⁴⁶.

robusta da incapacidade do interditando, pois a decisão implicará na privação da sua capacidade para exercer os atos da vida civil; II - No caso dos autos, diante da contradição entre os laudos periciais lavrados, e sobretudo diante do depoimento pessoal da interditanda e da conclusão da médica perita, verifica-se que o quadro patológico apresentado pela mesma não se enquadra na categoria de doença mental grave suscetível de processo de interdição, e que, mesmo diante das limitações impostas pela doença que possui, ainda possui capacidade de discernimento para exercer a sua capacidade civil, sem a necessidade de um curador para assisti-la, necessitando tão somente de acompanhamento médico e psicológico; III - Recurso conhecido e desprovido. (TJ-SE, 2ª. CÂMARA CÍVEL, Ap. Cível n. 2012211609 SE, Relator: DES. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, Julg.: 10.07.2012.).

⁴² “Art. 12 - 1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa. 5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.”

⁴³ GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**. Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 319.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais**. p. 315 e segs.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Ob. cit.**, p. 320

Nesses casos, se não estiver gozando de competência mental⁴⁷ para decidir, sua capacidade poderá sofrer alguma restrição, respeitado o devido processo legal. Mesmo para esses casos, a Convenção recomenda a utilização dos mecanismos de apoio e de salvaguarda⁴⁸ que, repita-se, devem ser manejados, sempre em seu favor e de acordo com o princípio da beneficência, cotejando dos interesses fundamentais da pessoa sujeita à proteção e não da vontade do seu representante legal.

Entenda-se por interesse fundamental⁴⁹ àquilo que se estima ser o ponto de vista da própria pessoa sobre os assuntos a ela pertinentes. Para a sua apuração, exige-se uma observância acurada do conjunto de valores que a pessoa cultivava e do modo de vida que mantinha antes do comprometimento integral de seu sistema volitivo. O interesse fundamental corresponde à memória do sujeito que perdeu a volição, em virtude do estado de coma, do estado vegetativo permanente ou dos distúrbios que comprometeram sua consciência, temporária ou permanentemente.⁵⁰ A solução pautada no respeito ao interesse fundamental da pessoa incapaz é estranha ao tradicional instituto da curatela, segundo o qual o representante legal decide, conforme sua própria vontade, os destinos do curatelado.⁵¹

Considerando a hipótese na qual o indivíduo não teve a oportunidade de construir uma identidade, a exemplo daqueles que vieram ao mundo sem qualquer potencial para se desenvolver e lograr discernimento, em virtude de completo déficit psíquico, não haverá como identificar o seu interesse fundamental nos termos descritos anteriormente. Não obstante, por ser considerado uma pessoa moral e titular de dignidade, defende-se a sua autonomia como um aspecto nominal da personalidade, ainda que não seja ela exercitável ou exteriorizável.⁵² Todas as decisões que lhes disserem respeito serão confiadas a um terceiro que sempre as exercerá em respeito aos seus direitos e em atenção à sua dignidade.

⁴⁷ Não se trata aqui de definir, por critérios abstratos e objetivos, o que seja um homem normal ou anormal. O conteúdo dessa análise envolve aspectos históricos e culturais. Para Pietro Perlingieri, “La nozione (di normalità), dunque, entra in crisi nello stesso momento in cui si tenta d’attuarela, perché non esiste una normalità o un uomo normale fuori della storia o comunque non esiste un uomo normale che può essere (non) definite tale da altri uomini: la storia ha insegnato che la normalità è stata tale o considerate tale in una certa epoca, quando si giudicava anormale chiunque si esprimesse in senso opposto a quella normalità: nell’epoca successiva, invece, la definizione magari s’invertiva, o meglio s’invertiva il valore della normalità, cioè il criterio in base al quale si voleva individuare il valore dell’uomo”. (**La personalità umana nell’ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, p. 24).

⁴⁸ Art. 12, item 4. “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.” Sobre o tema, ver Patrícia CUENCA GOMEZ. La incapacidad juridical de las personas con discapacidad: el art.12 de La Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español. **Derechos y libertades**. n. 24, Época II, enero 2011, p. 221 a 257. Disponível em: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/reduir/numero10/cuenca.pdf>. Acesso em 12 de abril de 2013.

⁴⁹ Sobre o assunto tem-se a análise de Ronald DWORKIN (in **Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.271 e segs.).

⁵⁰ “A preservação da memória de tais pacientes poderia ser exercida autonomamente, não por eles, mas através de outros indivíduos, com os quais mantiveram vínculos antes da perda da memória, com base em histórias contadas por tais pacientes no passado ou por escritos deixados por eles, em que revelaram seus valores e sua própria identidade, antes do acidente que ocasionou o coma permanente ou o avanço da demência.” (BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Algumas reflexões sobre os fundamentos dos discursos de direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou cognitiva severa ou extrema. **Direitos fundamentais & Justiça**. Ano 7, n. 22, 2013, jan./mar., PUCRS, 2013, p. 80-97, p.93).

⁵¹ Na explicação de Caio Mário da Silva PEREIRA, os absolutamente incapazes são afastados de qualquer atividade do mundo jurídico, “naqueles atos que se relacionam com seus direitos e interesses, procedem por via de representantes, que agem em seu nome, falam, pensam e querem por eles”. (Instituições de direito civil. vol. 1. 24ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 229).

⁵² Considerar a leitura de Johan Gottlieb Fichte, citado por Ana Paula Barbosa-Fohrmann (In Algumas reflexões sobre os fundamentos dos discursos de direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou cognitiva severa ou extrema. **Direitos fundamentais & Justiça**. Ano 7, n. 22, 2013, jan./mar., PUCRS, 2013, p. 94).

No Brasil, o art.3º, do Código Civil estabelece que são absolutamente incapazes para praticar pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

O dispositivo elenca três circunstâncias distintas para suprimir toda capacidade de exercício do sujeito: a idade inferior a dezesseis anos; a deficiência psíquica de nascença ou desenvolvida ao longo da vida, que afeta o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil e, por fim, a impossibilidade, ainda que temporária, de manifestação da vontade.

No inciso I, o legislador afasta a capacidade civil dos menores de dezesseis anos, ainda que eles estejam em dia com seu desenvolvimento intelectual e não apresentem qualquer déficit psíquico. Presume que nesta faixa etária, estabelecida arbitrariamente,⁵³ o menor ainda não alcançou a maturidade necessária para a prática dos atos da vida civil. Sua representação legal é feita pelos pais, titulares do poder familiar. Na falta destes, pelo tutor, nos termos do direito protetivo, caso não sejam incorporados a uma família substituta.

Inobstante a isso, sua vontade jurígena é admitida por diversos dispositivos: a Constituição Federal dispõe sobre o seu direito à convivência familiar, o que envolve a participação e o direito de ser ouvido (art. 227); reconhece-lhe o direito ao trabalho, como menor aprendiz (art.7º., XXXIII); o Estatuto da Criança e do Adolescente exige o consentimento do menor, com mais de doze anos, entre os pressupostos da adoção (art. 45, §2º, Lei n.8.069/1990); e, por fim, o Código Civil permite, em caráter excepcional, o casamento do menor impúbere, mediante autorização do juiz (art.1.520, CC).

O inciso II afasta a capacidade de exercício das pessoas que não tem discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil pelo fato de estarem acometidas por *enfermidade* ou *doença* mental. À revelia da linguagem utilizada nos documentos internacionais sobre direitos humanos e sem considerar os avanços do saber médico em matéria de saúde mental, o Código de 2002 repetiu expressões como *enfermidade* e *doença mental* empregadas pelo antigo diploma civil.

A Constituição Brasileira de 1988 adotou a terminologia “pessoa portadora de deficiência” em quinze dispositivos distintos. Enquanto a Convenção sob análise utilizou a expressão “pessoa com deficiência”, procurando salientar a deficiência como limitação e não um *status*.⁵⁴

Na explicação de Caio Mário, a etiologia da incapacidade absoluta está na ausência completa e permanente do discernimento. Para o art.3º., II do Código Civil, a incapacidade absoluta decorre da “deficiência mental congênita ou adquirida, qualquer que seja a razão: moléstia no anencefálico, lesão somática, traumatismo, desenvolvimento insuficiente etc. – atingindo os centros cerebrais e retirando ao paciente a perfeita avaliação dos atos que pratique.”⁵⁵ A depender do grau da deficiência e da intensidade das limitações que o sujeito

⁵³ No direito comparado é possível identificar soluções diversas. Na Argentina, a total abstenção para os atos da vida civil acaba aos quatorze anos (art.127, Código Civil Argentino). O Código Civil Francês não faz separação entre a incapacidade absoluta ou relative dos menores de 18 anos, confiando ao juiz a avaliação do discernimento do menor. Para o Código Civil Italiano, a cessação da incapacidade absoluta se dá aos dezoito anos, salvo os casos especiais descritos por lei, estabelecendo uma idade inferior (art.2).

⁵⁴ Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei (PLS 25/2013), propondo a alteração de quatro leis federais para que passem a adotar a mesma expressão utilizada na Convenção.

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 24ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.232.

sofre, ele poderá ser considerado absoluta ou relativamente incapaz para a prática de certos atos da vida civil. Por esta razão, a deficiência mental também é abordada no art.4º, do Código Civil.

No inciso III, incluem-se entre os absolutamente incapazes, aqueles que não podem expressar sua vontade, ainda que devido a causa transitória. Nesta hipótese há uma inaptidão para decidir, independentemente da existência de uma deficiência psíquica ou intelectual. Como exemplo citam-se aqueles que estão em coma, em estado vegetativo permanente, sob efeito de drogas etc. Ressalta-se, porém, que a interdição somente será aplicável nos casos em que o comprometimento da vontade tiver raiz em uma causa duradoura (art.1767, II, CC).

São considerados relativamente incapazes a certos atos ou a maneira de exercê-los, as pessoas descritas no art.4º, do Código Civil:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Neste dispositivo, a limitação do discernimento imposta pela idade, vício, deficiência psíquica ou intelectual justifica apenas uma parcial restrição à capacidade de exercício. Relativamente às áreas nas quais o sujeito sofre maior limitação intelectual ou psíquica para decidir, a sua capacidade de exercício poderá ser afetada com o fim de se lhe garantir especial proteção. Se, apesar da restrição à capacidade, o indivíduo relativamente incapaz lograr concluir um negócio jurídico, poderá apenas pleitear a sua anulação e não a nulidade.⁵⁶

Para o legislador, os menores entre 16 e 18, dada a imaturidade comum a essa faixa etária,⁵⁷ tem maturidade para a prática de certos atos civis,⁵⁸ mas ainda não gozam de capacidade plena, necessitando de assistência.

Outro fator que pode implicar na incapacitação relativa é a *redução do discernimento* pela drogadição, pelo alcoolismo ou deficiência psíquica. Provada a inabilidade ou incompetência para decidir, o negócio jurídico perpetrado por estes indivíduos também poderá ser anulado (art.171, I, CC), independentemente de uma prévia interdição. Em razão da incapacidade parcial, a sentença que decretar a interdição deverá estabelecer os limites claros da restrição à capacidade de exercício, a fim de evitar o malferimento do poder de agir do sujeito quanto às demais esferas de sua vida.

Sob essa argumentação, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolheu a alegação de vício de consentimento e anulou o ato reconhecimento de filiação por pessoa diagnosticada com transtorno bipolar, em crise de euforia.⁵⁹ O caso retratava a situação de um médico, atuante na cidade de Chapecó, que sob os efeitos de uma crise de euforia,

⁵⁶ Ressalta-se, porém, que se menor concluir um negócio jurídico, omitindo dolosamente a sua idade, não poderá pleitear a ulterior anulação, visando a se desobrigar de uma obrigação (Art. 180, CC).

⁵⁷ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO - PROCURAÇÃO POR INSTRUMENTO PÚBLICO - ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - NEGÓCIO REALIZADO POR MENOR, SEM ASSISTÊNCIA DE REPRESENTANTE LEGAL - MANDATÁRIA QUE TRANSFERE O DOMÍNIO PARA SI MESMA - DOLO CARACTERIZADO - NEGÓCIO JURÍDICO INVÁLIDO - RECURSO NÃO PROVIDO. O ato jurídico para ser válido necessita de três requisitos: a capacidade do agente, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei. "É anulável o ato jurídico: I - Por incapacidade relativa do agente (art. 6º). II - Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113)." (art. 147 do Código Civil de 1916) (TJSC, Apelação Cível n. 2002.013620-0, de Itajaí, rel. Des. Dionízio Jenczak, j. 03-06-2005).

⁵⁸ Já podem, contudo, ser testemunhas (art.228, I, CC); mandatários (art.666, CC); casar-se, sob a autorização dos responsáveis (art.1517, CC), administrar seus recursos profissionais (art. 1.693, II); e, celebrar testamentos (art.1.860, parágrafo único).

⁵⁹ O número do processo não foi divulgado, mas a notícia foi publicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=2717> Acesso em 20 de maio de 2013.

registrou como sua a filha da faxineira que prestava serviço em sua residência. Reestabelecido da crise, interpôs as medidas cabíveis tendentes à anulação daquele ato praticado quando estava sem a devida lucidez.

O Código Civil de 2002 manteve a prodigalidade como causa de incapacidade relativa, independentemente de sua configuração como uma deficiência psíquica ou não. Pródigos são aqueles que dilapidam o seu patrimônio. A decretação de sua incapacidade visa a proteger os interesses da família, daí justificar-se a legitimidade do cônjuge ou de qualquer parente para a interposição da ação de interdição. A interdição por prodigalidade somente privará o indivíduo de praticar, sem a assistência do curador, atos que possam trazer impacto ao seu patrimônio como a alienação, a doação, o empréstimo a fiança etc. (art.1782).

Essa figura tem origem remota no direito romano, onde o patrimônio individual era considerado uma copropriedade da família.⁶⁰ Nos dias atuais, a solução não tem cabimento se considerada a tutela especial dispensada à propriedade individual, direito fundamental por excelência. Seria um assistencialismo desarrazoado, interferir na autonomia financeira e patrimonial de uma pessoa livre para protegê-la de si mesma e garantir os dividendos aos seus familiares. Ainda que eventual intervenção tivesse por escopo a proteção do patrimônio mínimo,⁶¹ seria uma alternativa excessivamente extremada. Outros caminhos poderiam ser trilhados para garantir essa proteção de forma menos agressiva. A legislação brasileira elenca como exemplo a nulidade da doação universal (art. 549, CC), a proteção ao bem de família legal (Lei no.8.009/90), a impenhorabilidade da verba alimentar, dos instrumentos de trabalho (art. 823, “d”, CPC), do módulo rural (art. 649, X, CPC), dentre outros.

Na medida em que o comportamento do indivíduo resultar de uma vontade independente e orientada, sua conduta deve ser respeitada. É bem certo que as consequências jurídicas correspondentes devem lhe ser imputadas, pois não existe liberdade sem responsabilidade. Entretanto, se o comportamento perdulário resultar de um desequilíbrio psíquico que rouba o discernimento efetivo, a exemplo do que ocorre na euforia ou mesmo nos episódios de mania, comuns ao transtorno bipolar, é preciso reconsiderar a validade de suas decisões. Mesmo nessa hipótese, desconfia-se da eficácia protetiva da interdição. Para esse extremo, é necessário que o déficit no sistema volitivo corresponda a um estado duradouro. Talvez a anulação dos negócios jurídicos fosse a alternativa mais apropriada e adequada ao princípio da dignidade da pessoa humana, aos direitos de personalidade, ao catálogo dos direitos humanos e fundamentais.⁶²

4.1 CAPACIDADE DE AGIR RELATIVAMENTE ÀS QUESTÕES EXISTENCIAIS

Dito isto, cumprem-se destacar dois pressupostos igualmente válidos: a presunção de igual capacidade para todos os homens e a possibilidade de se fulminar, por meio da anulação ou nulidade, os efeitos do negócio jurídico praticado pela pessoa incapaz. Na explicação de Caio Mário, “a enfermidade mental é uma circunstância de fato a ser apreciada em cada caso, e, verificada a participação do alienado em um negócio jurídico,

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 24ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.238.

⁶¹ A respeito, veja-se a publicação de Luis Edson Fachin (**O estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

⁶² É necessário romper com aquela ânsia de qualificar as pessoas pela loucura a partir da peculiaridade de seus atos. Evitar a síndrome de Simão Bacamarte, personagem de Machado de Assis, na obra “O alienista” que trancafiava no manicomio “Casa verde” todas as pessoas que se comportavam de modo contrário aquilo que ele reputava por *razão*. Com esse afã, determinou a internação de Costa, um estimado cidadão da cidade de Itaguaí que, após receber uma herança, vinha dissipando-a por meio de empréstimos pessoais aos amigos, sem estipulação de juros e, muitas vezes, sem cobrança ulterior. Sentenciou, para justificar a medida perante uma prima do paciente que aquele digno homem: “não estava no perfeito equilíbrio das faculdades mentais, à vista de modo como dissipara os cabedais que...” (*In O alienista*. São Paulo: Ática, 2011, p.25).

poderá este ser declarado inválido”.⁶³ Se já houver a interdição, esta é uma pré-constituição da prova de insanidade. Não existindo prévia interdição, a incapacidade deve ser muito bem comprovada para justificar a invalidade do negócio.

Observa-se, contudo, que essa possibilidade de invalidação dos negócios jurídicos praticados pelos incapazes remonta o viés patrimonialista da restrição à capacidade (art.166, I, CC). Visa proteger o patrimônio daquele ato negocial mal elaborado, mal avaliado pela ausência de discernimento. Considerando a Convenção sob exame, até no aspecto patrimonial, tocante à administração de seus bens e de suas finanças, é possível reconhecer a capacidade legal da pessoa com deficiência.⁶⁴

Toda restrição à capacidade de agir pode trazer prejuízos graves aos direitos de personalidade e à dignidade da pessoa, na medida em que afeta a liberdade para a condução da vida e as escolhas de cunho existencial. Para estes casos, como já referido, entende-se que a sistemática tradicional da capacidade civil não foi sensível, ao contrário do que se vê na Convenção da ONU.

As questões de conteúdo existencial são aquelas que pertencem ao plano do *ser* e, por isso, são relacionadas aos direitos de personalidade.⁶⁵ e ⁶⁶ Sua tutela não se efetiva apenas por um punhado de direitos subjetivos, deveres jurídicos, direitos potestativos, sujeição, ônus, poder-dever etc. É necessária uma cláusula aberta apta a encampar uma proteção integral do sujeito em desenvolvimento.

Dada a sua importância para o desenvolvimento da pessoa, os direitos de personalidade são caracterizados por sua indisponibilidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade (art.11, Código Civil.). Nesta medida, o direito à honra, à integridade psicofísica, à constituição de família, à crença e ao culto, enfim, a autodeterminação são irrenunciáveis e intransmissíveis.

4.2 A TEORIA DA INCINDIBILIDADE DA CAPACIDADE CIVIL

É sob esse aspecto que a Convenção da ONU reconhece amplos direitos dos deficientes para a constituição de família pelo casamento, à privacidade, ao pleno emprego, à integridade e proteção contra violência e o abuso etc. Parece adotar a teoria da incindibilidade entre titularidade do direito e capacidade de exercício quando aborda as situações subjetivas existenciais, cujo desenvolvimento se credita aos autores italianos Pietro Perlingieri,⁶⁷ Pasquale Stanzione⁶⁸ e Gaspare Lisella⁶⁹. No Brasil, são seus seguidores: Rafael Garcia Rodrigues,⁷⁰ Ana Carolina Brochado Teixeira⁷¹, Rose Melo Vencelau Meireles⁷² e Paulo Lôbo.⁷³

⁶³ PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 24ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.233.

⁶⁴ Art.12, 5. “Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.”

⁶⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.115.

⁶⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.113.

⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972

⁶⁸ STANZIONE, Pasquale. Persona física. Diritto civile. *In* **Diritto civile e situazioni esistenziali**. AUTORINO, Gabriella; STANZIONE, Pasquale (Org.). Torino: Giappichelli, 1997.

⁶⁹ LISELLA, Gaspare. Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali. **Rassegna di diritto civile**, Napoli, n.3, 1982.

⁷⁰ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. *In* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p24.

⁷¹ TEIXEIRA, Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas de. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidade. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Rio de Janeiro, n.0, p.61-65, out/nov, 2007.

⁷² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁷³ LÓBO, Paulo. **Direito civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

Visa evitar que a lógica patrimonialista dotada de objetividade e operatividade seja transposta para as situações existenciais que se caracterizam pela subjetividade e especificidade. Defende a incindibilidade entre capacidade civil e capacidade de agir no plano das situações existenciais por entender que, nessas questões, o exercício do direito se confunde com a própria titularidade.

Mesmo sem citar essa teoria, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou a possibilidade de o curador autorizar a doação de um rim do curatelado absolutamente incapaz ao próprio irmão, reformulando a decisão do juízo de primeira instância que havia deferido tal possibilidade. O TJSP fundamentou sua decisão na impossibilidade extremada daquele incapaz de se manifestar sobre a doação de órgão, matéria de natureza personalíssima.⁷⁴ Negou ao curador o direito de substituir a vontade do curatelado em questão de natureza existencial como é aquela que toca à disposição das partes do corpo.

O Código Civil Suíço traduz essa incindibilidade no art.12,⁷⁵ quando dispõe que o titular dos direitos civis é também capaz de adquirir direitos e de contrair obrigações com atos próprios. Abandona critérios objetivos fundados na idade ou na saúde psicofísica, em si, para observar a aptidão subjetiva do sujeito em decidir sobre a questão específica.

No Brasil, o direito dos incapazes para decidir sobre questões existenciais tem sido mais reconhecido pela doutrina do que pela jurisprudência. No campo da bioética, a ideia parece ser ainda mais fluente como se pode observar nas razões que sustentam o parecer CREMEC-Ceará nº 5746/05.⁷⁶ No caso, o Conselho reconheceu a autonomia de uma jovem relativamente incapaz, portadora de *osteossarcoma de fêmur esquerdo* para recusar a intervenção médica eletiva de amputação do membro inferior, em oposição ao que autorizavam os seus pais e recomendava o médico.

Contrariamente, as decisões jurisprudenciais são muito mais tímidas. Para sustentar a validade do casamento de pessoa incapaz,⁷⁷ em vista de deficiência psíquica, que anteriormente já vivia união estável com aquele que veio a ser seu cônjuge, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal adotou como argumento principal a presença e a assistência do curador em todas as fases do ato. Somente de modo secundário, mencionou os princípios da dignidade da pessoa e da igualdade e a possibilidade de conversão da união estável em casamento. Tal entendimento permeia a maioria das decisões.

Em outra decisão, tratando sobre a pertinência do pedido de pensionamento por filha incapaz ante a morte da mãe, o Tribunal Regional da 2ª Região defendeu, incidentalmente, a validade do casamento daquela mulher relativamente incapaz,

⁷⁴ TJSP, Ap. 76.123-1, 5ª. Câmara Cível, julg. 24.08.1986.

⁷⁵Art. 12. II. Capacity to act. 1. Nature. A person who has capacity to act has the capacity to create rights and obligations through his actions. Disponível em <http://www.admin.ch/ch/e/rs/210/a12.html>. Acesso em 28/06/2012.

⁷⁶ BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. O direito do paciente de recusar tratamento. Parecer CREMEC nº 5746/05, de 26 de dez. de 2005. Relatores: Dalgimar Beserra de Meneses e Urico Gadelha de Oliveira Neto. Ceará.

⁷⁷ CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. ALVARÁ JUDICIAL. SUPRESSÃO DE CONSENTIMENTO. CASAMENTO. INCAPAZ. REPRESENTADO POR CURADOR. LEGALIDADE. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. I - O CASAMENTO CONSTITUI NA UNIÃO LEGAL, FORMAL E SOLENE, ENTRE HOMEM E MULHER, COM O PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA, A PARTIR DA COMUNHÃO PLENA DE VIDA, E COM BASE NA IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES DOS CÔNJUGES. II - ESTANDO O INTERESSADO INCAPAZ DEVIDAMENTE REPRESENTADO POR CURADOR LEGAL, NÃO HÁ RAZÕES PARA SE INDEFERIR PEDIDO DE SUPRESSÃO DE CONSENTIMENTO PARA CASAMENTO, MORMENTE SE JÁ CONVIVE MARITALMENTE COM A INTERESSADA POR APROXIMADAMENTE CINCO ANOS, POSSUINDO PROLE EM COMUM, ATÉ PORQUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL IMPÕEM A FACILITAÇÃO DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. ALÉM DISSO, ENTENDIMENTO CONTRÁRIO PODERIA IMPLICAR EM VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA E DE INVIOABILIDADE DA HONRA DAS PESSOAS, BEM COMO DOS FUNDAMENTOS REPUBLICANOS DA CIDADANIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. III - DEU-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (TJ-DF - APL: 237941420108070007 DF 0023794-14.2010.807.0007, Relator: José Divino de Oliveira, julg.: 23.03.2011, 6ª T. Cível, publ. em 31.03.2011, DJ-e p. 288).

interditada por deficiência psíquica. Embora a decisão tenha sustentado a validade do casamento da filha incapaz para lhe negar o direito à pensão, fez menção ao reconhecimento de sua capacidade de agir no plano das questões existenciais. *In verbis*, dispôs que “são válidos os casamentos de portadores de anomalias psíquicas que podem manifestar, *com um mínimo de discernimento e direção a sua própria vontade, máxime na concretização de situações existenciais*, ditadas pelo afeto em que consubstancia o vínculo conjugal.” (grifo intencional).⁷⁸ Esta foi a única decisão sobre a matéria que mencionou a capacidade de agir em questões existenciais.⁷⁹

Entende-se que é para essa direção que se deve conduzir a sistemática da capacidade civil, mormente com o advento da Convenção citada. É necessário reconhecer a todas as pessoas, mesmo com discernimento mínimo, a possibilidade de decisão sobre assuntos pertinentes exclusivamente a seus direitos de personalidade os quais, em última análise, correspondem a aspectos existenciais que somente podem ser adequadamente exercidos pessoalmente. A autonomia é uma necessidade sem a qual a pessoa não consegue tornar-se plena como sujeito de sua própria história. Enquanto não se creditar à pessoa com deficiência psíquica e intelectual o exercício desse poder de agir, não se romperão as barreiras institucionais que há muito se impõem, no plano jurídico, a partir dos artigos 3º e 4º do Código Civil.

CONCLUSÃO

A aproximação entre os Direitos Humanos e o Direito Civil promove uma significativa alteração na noção de *status*, demandando profundas modificações na sistemática da capacidade civil. Relativamente aos direitos de personalidade, em especial, à autodeterminação do sujeito em questões subjetivas existenciais, há uma incindibilidade entre capacidade de agir e titularidade do direito.

A Convenção da ONU, ratificada pelo Brasil por meio de *quorum* qualificado, como manda a Constituição, parece adotar essa incindibilidade, vez que determina o reconhecimento da capacidade legal da pessoa deficiente – seja por limitações físicas,

⁷⁸ ADMINISTRATIVO. CIVIL. ANOMALIA PSÍQUICA. CURATELA. CASAMENTO. NULIDADE. MORTE DA MÃE CURADORA. SERVIDORA CIVIL DA UNIÃO. PENSÃO POR MORTE. COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA. NECESSIDADE. 1. A autora interditada, por anomalia psíquica, apela da sentença que lhe negou pensão estatutária por morte da mãe, convencido de inexistir dependência econômica, afora o estado civil de casada, com filhos. 2. O art. 1548, I, do C.Civ/2002, com o mesmo sentido do art. 207 do C. Civ. /1916 somente é aplicável a casamentos de deficientes mentais absolutamente incapazes, nos termos do art. 3º, II. **Conseqüentemente, são válidos os casamentos de portadores de anomalias psíquicas que podem manifestar, com um mínimo de discernimento e direção, a sua própria vontade, máxime na concretização de situações existenciais, ditadas pelo afeto em que consubstancia o vínculo conjugal.** 3. Por outra abordagem, mas com esse mesmo sentido, no caso concreto, não é razoável supor que os pais da apelante, médicos de formação, pudessem consentir na jornada de um casamento ante um quadro patológico de completa insanidade, tal como sugere o laudo que lastrou a interdição, cujo valor apenas se credita à vista do estado clínico do tempo da sua elaboração, todavia sem correspondência direta e necessária com o estado anterior, da época do casamento, que perdurou por 7 (sete) anos, com a geração de três filhos normais, todos hoje maiores de 30 anos de idade, os quais, no contexto do processo, aparecem sublimados. 4. É verdade que a norma da Lei nº 8.212, art. 217, II, a-, apenas cogita da condição de invalidez do filho, mas aí, indubitavelmente, para cobrir as hipóteses de continuidade da relação de afeto e dependência, e nunca o elastério que se pretende de subsistir como ancorar em porto seguro a que os filhos possam permanentemente recorrer segundo a ordem de suas vicissitudes e/ou circunstâncias personalíssimas. Não se confunde a obrigação de prestar alimentos, que a lei impõe nas relações familiares parentais, com os fundamentos éticos legais que inspiram o pensionamento. 5. Não pode a autora optar pela via aparentemente mais cômoda e proveitosa do pensionamento materno, pois era curial que demonstrasse com provas positivas e convincentes a indigência do marido, que a desposou, que também é servidor público, e de quem não se divorciou, apesar do suposto abandono; dos filhos, e do pai se vivo for, como detentores primários da obrigação de prestar-lhe alimentos, nos termos da lei civil. Conclusão em sentido contrário, sensibiliza como filantropia, mas não como dado de justiça, pois a proteção eventualmente devida à autora não encontra amparo na Lei nº 8.212, mas sim na lei civil, que obriga os parentes a prestarem-se, entre si, alimentos. 6. Apelo improvido e agravo retido prejudicado. **[Grifo intencional.]** (TRF-2 - AC: 201051010133371, Relator: Desembargadora Federal Nizete Lobato Carmo, Data de Julgamento: 03/12/2012, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 11/12/2012).

⁷⁹ Resultado de pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos dos tribunais pátrios, cujas expressões de busca foram: capacidade de agir; situações subjetivas existenciais; questões existenciais; discernimento e capacidade.

psíquicas ou intelectuais. Seu fundamento filosófico está na afirmação da autonomia como uma necessidade humana.

Considerando a hierarquia de norma constitucional que essa regra internacional alcançou, é inegável a sua superioridade em face do Código Civil. Assim, a incidência das normas internacionais no ordenamento pátrio resulta na necessária emergência de um regime específico da capacidade civil para as situações subjetivas existenciais. Sendo a pessoa, um sujeito de direitos humanos, sua capacidade não poderá se restringir à uma possibilidade ou não de praticar negócios jurídicos. Muito mais que isso, deve justificar a condição da pessoa como de titular de direitos humanos, cujo exercício nem sempre poderá ser confiado a terceiros.

As decisões jurisprudenciais sobre o assunto já anunciam a recepção desta ideia, ainda que de modo tímido e pulverizado. A doutrina, por sua vez, especialmente aquela que orienta a metodologia do direito civil-constitucional é pacífica na defesa da capacidade de agir dos incapazes em questões subjetivas existenciais.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Machado de. **O alienista**. São Paulo: Ática, 2011.
- BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Algumas reflexões sobre os fundamentos dos discursos de direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou cognitiva severa ou extrema. **Revista de Direitos fundamentais & Justiça**. Ano 7, n.º 22, 2013, jan./mar., PUCRS, 2013, p. 80-97.
- BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. O direito do paciente de recusar tratamento. Parecer CREMEC nº 5746/05, de 26 de dez. de 2005. Relatores: Dalgimar Beserra de Meneses e Urico Gadelha de Oliveira Neto. Ceará.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Censo demográfico de 2010**. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em <http://loja.ibge.gov.br/censo-demografico-2010-caracteristicas-gerais-da-populac-o-religi-o-e-pessoas-com-deficiencia.html>. Acesso em 07 de julho de 2013.
- DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. **Instituciones de derecho civil**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FACHIN, Luís Edson. **O estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**. Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.147-148.
- LISELLA, Gaspare. **Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali**. **Rassegna di diritto civile**, Napoli, n. 3, 1982.
- LÓBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Direito Civil**. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- OLIVEIRA, Almir de. Os direitos humanos e o direito civil brasileiro. **Estudos em homenagem ao professor Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.179-206.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. 1. 24ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972.
- _____. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.115.
- PIOVESAN, Flávia, Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, p.33-51.
- PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. **Civilistica.com**. a. 2, n.1, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/>>. Acesso em: 12 maio de 2013.
- RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. *In* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- ROIG, María José Añón. **Necesidades y derechos**, un ensayo de fundamentación. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1994.
- SANTANA, Nívia Cardoso Guirra e LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. “A involução dos direitos previdenciários das crianças e adolescentes: uma leitura a partir dos direitos humanos”. **Pensar**, Revista de Ciências Jurídicas. V. 18, n. 1, p. 210-238, jan./abr. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2013.
- STANZIONE, Pasquale. Persona física. Diritto civile. *In* **Diritto civile e situazioni esistenziali**. AUTORINO, Gabriella; STANZIONE, Pasquale (Curatori.). Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEIXEIRA, Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas de. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. **Revista de Direito de Famílias e Sucessões**. Rio de Janeiro, n.0, p.61-65, out./nov., 2007.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The World Health Report 2001**: Mental Health, New Understanding, New Hope. Switzerland: WHO Library Cataloguing in Publication Data, 2001. Disponível em: http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf. Acesso em:10 de maio de 2013.

“LA ENCRUCIJADA DE UNA JUSTICIA PENAL TECNOLÓGICAMENTE AVANZADA. SOBRE LA GRABACIÓN DE LAS VISTAS Y LA GARANTÍA DE INMEDIACIÓN”.

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

**Doctoranda del Programa Interuniversitario de Criminología de la Universidad de Granada.
Investigadora del Proyecto de Investigación I+D "Variables para una moderna política criminal,
superadora de la contradicción expansionista/reduccionista de la pena de prisión" (Der 2012-35860)**

Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2015

Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2015

Reseña del libro:

LA ENCRUCIJADA DE UNA JUSTICIA PENAL TECNOLÓGICAMENTE AVANZADA
Sobre la grabación de las vistas y la garantía de intermediación
Ed. La Ley. Wolters Kluwer, 2011, 473 págs.
(M^a Pía Calderón Cuadrado)

I.- La reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, nos hace recuperar el libro objeto de esta reseña, ya que trata aspectos que podemos ver reflejados en el cambio normativo, ayudándonos a aclarar instrumentos analíticos y conceptuales para la mejora de la eficacia del ordenamiento jurídico. La obra es la novena monografía de la profesora Calderón, y tiene como marco de actuación los derechos fundamentales de las partes del proceso y la e-Justicia en el espacio de la Unión Europea, una de sus principales líneas de investigación.

La modificación de la normativa que impuso la grabación de imagen y sonido de las audiencias, vistas o comparencias que tengan lugar durante la tramitación del proceso (civil, penal, administrativo o laboral), supone un debate doctrinal, que suscita, de una parte la defensa de este instrumento en el proceso por parte de la doctrina, al plasmar de forma fiel el desarrollo del juicio oral, y de otra parte opositores al sistema que encuentran problemas que han no se han resuelto.

Este instrumento supone una posible contribución a la solución de una problemática, de la que se ocupó y se ocupa el Tribunal Constitucional, relativa a la ausencia de intermediación en el segundo grado del litigio, por lo que su estudio, como podemos advertir es interesante para el buen funcionamiento del sistema judicial.

Esta monografía se presenta como una de las obras más singulares en la materia, en la medida que realiza un análisis riguroso y pormenorizado el nuevo sistema de protocolización de las vistas y su reproducción en relación al proceso penal, incorporando propuestas para dar respuesta a los múltiples interrogantes que suscita, en la práctica diaria de nuestros órganos jurisdiccionales y teniendo presente la garantía de la intermediación, este sistema, especialmente en relación a la etapa de apelación.

El estudio es fruto de la reflexión documentada, analizando las diferentes tesis doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, de este modo, se nos presenta una obra que incorpora los principales pronunciamientos tanto de las Audiencias y el Tribunal Supremo como, y muy especialmente, del Tribunal Constitucional.

El trabajo de investigación realizado reviste también un estudio importantísimo en sobre el proceso penal, que abarca el derecho al recurso y las figuras e instrumentos en relación al Comité de Derechos Humanos de la ONU y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este libro se tratan temas de tan rabiosa actualidad como la sociedad de la información y la modernización de la justicia o la grabación de las vistas y su acceso a una ya generalizada apelación en el ámbito del proceso penal. Se reabre, pues, el debate sobre el derecho fundamental de todo condenado a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior y la posibilidad de alegar error en la apreciación de las pruebas y pedir en el escrito de interposición del recurso la reproducción de lo grabado.

La obra que se presenta se estructura a través de cuatro capítulos que van dando forma a la encrucijada en la que se sitúa el intérprete y aplicador del ordenamiento jurídico. Mejor, el propio legislador, y el juzgador, y los profesionales de la Justicia en tanto en cuanto todos ellos pueden encontrarse ante situaciones difíciles. Ni que decir tiene que esta monografía les dota de conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de las normas jurídicas y el cumplimiento de sus objetivos. De este modo, el estudio realizado ofrece soluciones a problemas de interpretación, lagunas y contradicciones del ordenamiento jurídico español e internacional en esta materia.

Y es que en este libro se aborda, precisamente, una situación difícil. Difícil porque va a exigir armonizar dos sendas que parecen caminar en paralelo: de un lado, el itinerario irreversible de la incorporación de las tecnologías de la información y las comunicaciones al discurrir diario de la sociedad y, lógicamente, de los órganos judiciales; de otro, la vía ineludible de su correcto acomodo a los que durante siglos se han construido y configurado como elementos estructurales básicos del proceso.

II.- A estas reflexiones iniciales se dedica el capítulo primero que tiene como sugerente título “un lugar donde se cruzan dos o más calles o caminos”. En él y con acierto se analiza los pasos dados por el legislador español y europeo en ese intento de aproximar la justicia a la sociedad de la información, los logros conseguidos y los retos pendientes. Se parte así del documento resultante de la Cumbre Mundial de Ginebra, la “Declaración de Principios. Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio” de 14 de mayo de 2004, del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012, o del Plan de acción plurianual 2009-2013 relativo a la justicia en red europea (2009/C 75/01). Es de observar entonces que la idea de conseguir una justicia más accesible, más transparente, “más ágil, al tramitarse íntegramente en formato electrónico y acortarse enormemente los plazos de tramitación” y “más eficiente, al asignar mejor los recursos disponibles” no ha dejado de estar presente en las últimas reformas legales de nuestro país. La Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia o la Ley de Reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil donde se introducen cambios significativos con relación a las tecnologías de la información y comunicación y para generalizar su aplicación en el proceso y alcanzar con ello una Justicia digitalizada y sin papel, son buenos ejemplos de ello.

Pero en este capítulo inicial también se destaca la imposibilidad de acometer el establecimiento de los distintos recursos de e-justicia al margen de los derechos fundamentales que se reconocen al justiciable en las normativas internacionales e internas: principalmente, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva y proceso con todas las garantías. La autora recuerda así los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la vigencia del principio de proporcionalidad y su consideración como límite de los límites de los derechos fundamentales, y asimismo y como prueba de lo anterior rememora la

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, de 16 de mayo de 2005, donde precisamente y por infracción de este principio se ordenó repetir la vista celebrada sin la presencia física del acusado, pero con comparecencia y declaración a través de videoconferencia.

III.- En la parte segunda se estudia con gran rigor jurídico una de estas herramientas: la grabación y reproducción de la imagen y el sonido como medio de protocolización del juicio oral. El punto de partida es ahora la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial. En ella se sustituye, sobre el papel al menos, y así se analiza en el libro, el tradicional instrumento de acta sucinta por el moderno registro de la imagen y el sonido. La investigación, como no podía ser de otra manera, se aproxima al artículo 743 de la LECrim donde se autoriza, y en alguna medida exige, la utilización de medios técnicos de protocolización en las actuaciones presididas por criterios de oralidad.

Como indica la autora, la reforma nos presenta una herramienta aparentemente aséptica. Sin embargo y como continúa advirtiéndolo, la realidad nos conduce a un instrumento que provoca en el desarrollo del procedimiento penal problemáticas tan complejas que desbordan las puras y esperables cuestiones técnicas para situarse en el ámbito de las garantías del proceso. La monografía desvela esta “difícil situación” y recorre el camino en búsqueda de solución. Se aproxima así, tras una seria investigación de carácter teórico con numerosas incursiones prácticas a la regulación de este mecanismo y a los olvidos del legislador, a sus fortalezas y debilidades, y todo ello cuestionando la neutralidad de la herramienta y su incidencia tan importante como la intermediación. De ahí la reinterpretación que se efectúa desde la perspectiva del derecho fundamental al proceso debido recogido en el artículo 24.2 de la Constitución.

Una interpretación que expone la profesora Calderón desde las primeras sentencias analizadas del Tribunal Constitucional, donde expresamente se propugna una hermenéutica favorable a la entrada del progreso tecnológico (se hablaba de fax, fotocopias..., ver STC 11/1993, de 18 de enero) y se alude a los efectos perversos que podía producir el sistema del acta manual (entre otros, anulación de las actuaciones y la repetición del juicio oral, STC 9/1991, de 9 de mayo). Y que continúa desde la jurisprudencia menor, primero, y en las sentencias del Tribunal Supremo, después, para ofrecer al lector las anomalías que viene presentando en la práctica esta herramienta de e-Justicia. Justo es reconocer el indudable alcance de este ofrecimiento y sus conclusiones. No en vano se distingue tras un análisis jurisprudencial exhaustivo entre las irregularidades de entidad menor y sus inocuas consecuencias y las deficiencias importantes que tienen como efecto “una posible declaración de nulidad precedida, claro es, de una malograda reconstrucción de autos” (entre las estudiadas se encuentran la SSAP de Madrid 61/2007, de 17 de enero, de Cádiz 42/2007, de 13 de febrero, de Toledo 23/2006 y 147/2007, de 24 de enero y 18 de abril, de Pontevedra 597/2007, de 14 de noviembre, de Málaga 700/2007, de 28 de diciembre, de Burgos 23/2008, de 24 de enero, o de Valencia 515/2009, de 30 de septiembre; SSTs 900/2009, de 23 de septiembre, 1066/2009, de 4 de noviembre, y ATS 254/2010, de 11 de febrero; SSTC 14/2005, de 31 de enero, 105/2005, de 9 de mayo). Precisamente, esta aproximación y las advertencias resultantes constituyen un material de gran valor para todos los operadores jurídicos: para el órgano jurisdiccional en su conjunto al permitirle detectar los fallos a tiempo, y para las propias partes al otorgarles instrumentos para obtener la corrección y mayor protección de los derechos, fundamentales o no, que pudieran haberse visto lesionados.

IV.- El capítulo tercero plantea “la cuestión”. Una cuestión de actualidad desbordante tras la reforma del sistema de impugnación penal realizada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que extiende la apelación a todas las sentencias, con la única excepción de las dictadas en casos de aforados, y que permite la revisión del juicio fáctico y jurídico emitido por el juzgador *a quo*. La autora, ante ese mediato control ulterior que se dispone, hace surgir los parámetros, de todos conocidos, de la vinculación del régimen impugnatorio a los principios del proceso, *rectius*, del procedimiento: oralidad e instancia única, escritura y doble grado de jurisdicción. A su historia dedica páginas muy significativas que sirven para

comprender mejor el estado actual de la “cuestión” y asociarlo a la nueva regulación legal y, sobre todo, a la doctrina del Tribunal Constitucional, de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Y el estudio jurisprudencial que efectúa la profesora Calderón es muy amplio. Tan amplio que le hace llegar a resultados, sin duda desconocidos, que causan sorpresa y, seguramente también, preocupación: el Tribunal de Estrasburgo no ha limitado las exigencias de vista pública e inmediación al proceso y los medios de impugnación penales y tampoco las ha vinculado única y exclusivamente al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Al contrario, sus pronunciamientos, que parten del artículo 6 del CEDH, derecho a un proceso justo, recaen en toda la tipología de instrumentos procesales hasta el punto, que la brecha, que tradicionalmente ha existido en esta materia entre el proceso civil y el penal o bien surge difuminada o bien sencillamente no aparece (entre otras muchas de las citadas se incide en la STEDH de 6 de diciembre de 2006, caso Susana Rós Westlund contra Islandia vinculada a un recurso en vía civil).

V.- El capítulo cuarto, supone el desenlace lógico de todo lo anterior, contemplándose las soluciones tras un análisis dogmático y jurisprudencial muy profundo. La opción del legislador de reproducir lo grabado es calificada de camino resbaladizo y perturbador. A lo largo de toda la obra, pero muy especialmente en esta parte, la profesora Calderón realiza continuas referencias al Derecho comparado, exponiendo detallada y pormenorizadamente las alternativas posibles en relación a otros ordenamientos jurídicos.

Una de ellas, precisamente, ha sido la acogida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que se anunciaba al inicio de esta recensión. El actual recurso de apelación penal se bifurca, sin duda no con el alcance que se dio en Italia y que la autora analiza en profundidad para advertir de los riesgos de inconstitucionalidad al lesionar el principio de igualdad. Y a esta novedosa bifurcación legal se pueden reconducir los problemas de inmediación que se abordan en la obra y que surgían en relación con las sentencias absolutorias. De ahí la actualidad del análisis que se hace respecto de las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de ciertas decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que no dejan de cuestionar, como se encarga de poner de manifiesto la autora, el sistema europeo y el español.

Ahora bien, no ocurre lo mismo con la impugnación de las sentencias condenatorias. El problema de la inmediación que se planteaba en los capítulos anteriores resurge aquí en toda su crudeza. Por ello, aquéllas alternativas, al menos en parte, siguen en pie y no solo en el quehacer diario de las Audiencias Provinciales también ahora en sede de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Y la decisión que habrán de adoptar no es fácil. Deberá decidirse, tal y como se indica en esta obra, si con la reproducción de lo grabado se traslada la realidad del debate del juicio oral a la segunda instancia permitiendo que el tribunal de apelación se sitúe en una posición semejante a la del órgano *a quo*. Y para contestar a esta cuestión, y hacerlo de manera definitiva, se nos advierte que será esencial dejar al margen un triple aspecto. En primer lugar, habrá que abstraerse de la discusión sobre la fidelidad que conlleva la grabación y que, a día de hoy, debe entenderse superada. En segundo lugar, interesará ignorar la controversia por las eventuales deficiencias técnicas que, de haberlas, tienen fácil solución con el transcurso del tiempo y su contribución a la mejora en la calidad de los aparatos y de la propia tecnología a emplear. Finalmente, convendrá relativizar los fallos en el registro y la indeterminación de su alcance pues, si bien se mira, los mismos no dejan de constituir una anomalía, precisada, eso sí, de una cierta uniformidad en su tratamiento procesal.

Finalmente la autora, despeja el camino de los interrogantes para detenerse en el que en su opinión sería el *punctus dolens*: la reflexión sobre la aptitud de unas imágenes y unas voces retransmitidas y no vividas como vehículo idóneo para acceder a una nueva valoración, que no interpretación, de las diligencias de prueba allí registradas, en solitario o

en unión de las que se pudieran practicar en el recurso. A sus fortalezas y debilidades se dedica las páginas finales con la esperanza de que se acometa una reforma legal que, sin duda, tendrá que atender a los datos que en esta obra se ofrecen.

Para finalizar, apuntar algunas de las interesantes conclusiones expuestas por la Dra. Calderón, tales como: a) La grabación de las vistas es una herramienta fundamental que facilita enormemente los actos de documentación y que refuerza las garantías del justiciable. Hay que estar de acuerdo con la autora que sus beneficiarios son el juez de instancia, las propias partes y el tribunal distinto o superior. Al primero, le sirve de recordatorio para emitir su decisión, a dictar según lo que vio y oyó; a los segundos, les permite encontrar fundamento suficiente para formular, con éxito, su reclamación (verificar las infracciones, comprobar las contestaciones...); y al tercero, le facilita la valoración y resolución de la solicitud impugnatoria o de otra naturaleza interpuesta. b) La intermediación es una garantía esencial del proceso, de todo proceso, de todas sus fases y de todas sus partes. La jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo conduce a ello, por tanto, civil, penal, y contencioso-laboral, en primera instancia y en segundo grado, y referida a quien actúe en el mismo tanto en la posición activa como en la pasiva. c) La reproducción de lo grabado en apelación conlleva una intermediación virtual cuyos efectos, al menos en ciertos casos y respecto a los eventuales poderes de decisión del órgano *ad quem*, resultan problemáticos e imprevisibles ante el silencio del legislador. Las opciones y sus ventajas e inconvenientes - técnicos y prácticos- se dan, solo es cuestión de elección en clave de política legislativa.

Tras todo lo expuesto, podemos advertir que la obra de la profesora Calderón constituye una aportación sumamente valiosa y de obligada lectura en esta materia, tanto para investigadores como para cualquier operador jurídico.

NOVEDADES JURÍDICAS

El Proceso Civil. Parte general, el juicio verbal y el juicio ordinario

Ainhoa Barrenengoa, Javier Larena Beldarrain (directores)

Francisco Lledó Yagüe (editor)

ISBN: 978-84-9085-687-1; 2016; 332 págs.

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco

Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial

Andrés M. Urrutia Badiola (director)

ISBN: 978-84-7752-591-2; 2016; 540 págs.

Estudios sobre el Código Penal reformado

Lorenzo Morillas Cueva (director)

Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015

ISBN: 978-84-9085-434-1; 2015; 1076 págs.

Manual de actuaciones en sala. Técnicas prácticas del proceso civil

Purificación Pujol Capilla

ISBN: 978-84-9020-486-3; 2016; 340 págs.

Jurisdicción Voluntaria

Jesús Eugenio Corbal Fernández, Pablo Izquierdo Blanco, Joan Picó i Junoy (directores)

ISBN: 978-84-9090-099-4; 2016; 802 págs.

Ley de Enjuiciamiento Civil

Comentado con Jurisprudencia sistematizada y concordancia

Rosa de Castro Martín, Rosa de y Ángel Juanes Peces

ISBN: 978-84-16378-58-6; 2016; 2004 págs.

Código Civil con Jurisprudencia

Francisco Javier Fernández Urzainqui

ISBN: 978-84-9098-982-1; 2015; 2300 págs.

Implicaciones socio-jurídicas de las redes sociales

Laura Davara Fernández de Marco

ISBN: 978-84-9098-912-8; 2016; 602 págs.

Preguntas y Respuestas. Colección

Alberto Blanco Pulleiro

Vol. I. Societario; junta general; administradores; capital; cuentas; concurso

Vol. II. Expedientes de dominio, excesos de cabida, obras nuevas, propiedad horizontal, extinción de condominio

Vol. III. Anotaciones preventivas. embargos. hipotecas

Vol. IV. Contratos y derechos reales

Vol. V. Familia y Sucesiones